



COUR DE CASSATION

**RAPPORT DE Mme PRIEUR,
CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE**

Arrêt n° 493 du 15 mai 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 22-23.399

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris du 27 octobre 2022

la société Distribution Voltaire

C/

le syndicat Sud Commerces et service Ile-Sde-France

1 - Rappel des faits et de la procédure

La société Distribution Voltaire (la société) exerçant son activité sous l'enseigne Cashershop exploite depuis 1966 un supermarché, sous l'enseigne commerciale Franprix, spécialisé dans le commerce de détail alimentaire exclusivement *cashier*, dont les produits sont conformes aux lois de la « *Casherout* » et à l'agrément du Consistoire central. Ce supermarché, qui ferme le vendredi au coucher du soleil et le samedi pour le *shabbat* ainsi que pour les fêtes religieuses juives, est ouvert le dimanche après-midi.

Le 1er avril 2019, l'inspecteur du travail des [Localité 6], [Localité 1] et [Localité 3] a saisi le juge des référés du tribunal de grande instance de Paris afin qu'il soit fait interdiction à la société d'employer des salariés le dimanche après treize heures

dans le magasin [Adresse 2] à [Localité 3] et ce, sous astreinte de 21 000 euros par infraction constatée.

Le syndicat Sud commerces et services Île-de-France (Sud), l'union syndicale CGT du commerce, de la distribution et des services de [Localité 7] (Cgt), le syndicat des Employés du commerce et des interprofessionnels (Seci) et le syndicat Commerce indépendant et démocratique (Scid) sont intervenus volontairement à l'instance.

Par ordonnance du 12 novembre 2019, le juge des référés du tribunal de grande instance de Paris a transmis à la Cour de cassation une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) sur la conformité des articles L. 3132-3 et L. 3132-13 du code du travail relatifs au repos hebdomadaire le dimanche avec les principes de liberté religieuse, d'égalité et de liberté d'entreprendre, et a sursis à statuer sur les demandes de l'inspecteur du travail dans l'attente de la décision à intervenir de la Cour de cassation ou du Conseil constitutionnel.

Par arrêt du 12 février 2020 (Soc., 12 février 2020, pourvoi n° 19-40.035, publié), la Cour de cassation a dit n'y avoir lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité. Les motifs de l'examen de la QPC sont les suivants :

2. Le dernier alinéa de l'article L. 3132-13 du code du travail, issu de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, n'est pas applicable au litige, dès lors que l'action en justice tend à faire interdire à la Société de distribution Voltaire, exploitant un commerce de détail alimentaire, de faire travailler ses salariés le dimanche après treize heures. Les autres dispositions contestées sont applicables au litige.

3. A l'exception du dernier alinéa de l'article L. 3132-13 du code du travail, elles ont déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision n° 2009-588 DC rendue le 6 août 2009 par le Conseil constitutionnel. Aucun changement de circonstances de droit ou de fait n'est depuis intervenu qui, affectant la portée des dispositions législatives critiquées, en justifierait le réexamen.

4. En conséquence, il n'y a pas lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel.

Par ordonnance du 5 janvier 2021, le juge des référés a notamment dit n'y avoir lieu à renvoyer devant la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles formulées par la société, lui a ordonné de cesser d'employer des salariés le dimanche après 13h00 dans son établissement commercial, sous astreinte provisoire par salarié employé le dimanche après 13h00, dans un délai de trois ans à compter de la signification de l'ordonnance, et l'a condamnée à payer à chacun des syndicats une indemnité provisionnelle à valoir sur leur créance de dommages-intérêts au titre du préjudice à l'intérêt collectif des salariés.

Statuant sur appel de la société par arrêt du 27 octobre 2022, la cour d'appel de Paris a dit n'y avoir lieu à question préjudicielle à poser à la Cour de justice de l'Union européenne, confirmé l'ordonnance en toutes ses dispositions, sauf en ce qui concernait le montant de l'astreinte et de la provision sur dommages-intérêts, qu'elle a augmenté.

La société a formé un pourvoi le 25 novembre 2022. Procédure devant la Cour de cassation :

- 28/03/2023 : dépôt du MA (SCP Duhamel, Rameix, Gury, Maitre) application art. 748-7 du CPC panne de transmission électronique des actes, signifié par actes d'huissier le 31/03/2023 au syndicat Seci, le 04/04/2023 au syndicat Scid, le 05/04/2023 au syndicat Cgt et le 14/04/2023 au syndicat Sud; demande de condamnation *in solidum* de l'inspectrice du travail et des syndicats à 5 000 € au titre de l'art. 700 du CPC ;
 - 30/05/2023 : dépôt du MD de l'inspectrice du travail (société Boré, Salve de Bruneton et Mégret), demande 4 000 € au titre de l'art. 700 du CPC ;
 - 12/10/2023 et 16/10/2023: constitution SCP Gury& Maitre en demande pour la société de distribution Voltaire et radiation de la société Duhamel.
- Les syndicats Sud, Cgt, Seci et Scid n'ont pas constitué avocat aux Conseils. Le pourvoi paraît recevable et la procédure régulière.

2 - Analyse succincte du moyen

Dans un moyen unique articulé en trois branches, la société fait grief à l'arrêt de dire n'y avoir lieu à renvoyer les questions préjudicielles formulées par elle, de lui ordonner de cesser d'employer des salariés le dimanche après 13h00 dans son établissement commercial, sous astreinte provisoire par salarié employé le dimanche après 13h00, dans un délai de trois ans à compter de la signification de l'ordonnance, et de la condamner à payer une certaine somme chacun aux syndicats Sud, Cgt, Seci et Scid, au titre du préjudice occasionné à l'intérêt collectif des salariés du fait de l'emploi de salariés le dimanche après 13 heures, alors :

« 1°/ qu'il appartient au juge saisi d'une action en cessation d'un trouble manifestement illicite de vérifier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la cessation de la situation litigieuse, portant atteinte à la liberté d'entreprendre d'une personne physique ou morale, est nécessaire dans une société démocratique, ce qui lui impose d'apprécier, *in concreto*, la nécessité de la mesure, l'étendue précise de ses effets sur la personne considérée et son caractère proportionné ; qu'en l'espèce, la société Distribution Voltaire, exploitant un commerce de détail alimentaire exclusivement *cashier*, faisait valoir que l'obligation de fermer ses portes le dimanche à compter de treize heures en plus du samedi, jour du *shabbat*, mettrait en péril sa survie économique (concl., pp. 13 à 16) en la contraignant à fermer 91 jours dans l'année, « *contre seulement 32 jours pour un supermarché classique* » (concl., p. 14 § 4), ce qui heurtait sa liberté d'entreprendre ; que cependant, pour juger que cette obligation faite à la société Distribution Voltaire de cesser d'ouvrir le dimanche après-midi poursuivait un but légitime et était proportionnée, la cour d'appel **s'est bornée à affirmer, *in abstracto***, que le dimanche était le jour chômé pour la majorité des français (cf. arrêt, p. 7, §. 4 ; jugement, p. 13 et p. 14 §. 1) ; qu'en statuant ainsi, **sans rechercher, comme elle y était invitée**, si l'obligation faite à la société Distribution Voltaire de fermer ses portes le dimanche après-midi en plus du *shabbat* hebdomadaire, n'aboutissait pas, concrètement, à la contraindre, soit à renoncer à exploiter un magasin *cashier* agréé par le Consistoire Central en raison de l'ouverture le samedi, soit à exploiter un magasin *cashier* déficitaire en raison de la fermeture du magasin le samedi et le dimanche, ce qui traduisait le caractère manifestement disproportionné de l'atteinte ainsi portée à sa liberté d'entreprendre au regard de l'objectif de protection des salariés de la société, eux-mêmes de confession juive et respectant le *shabbat*, **la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article R. 1455-6 du code du travail, ensemble les articles L. 3132-3 et L. 3132-13 du même code, 1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et 5 de la directive n° 2003/88/CE du 4 novembre 2003, lu à la lumière de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne et des articles 16 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;**

2°/ que la société Distribution Voltaire faisait valoir, en les énumérant, que **de nombreuses dérogations au repos dominical étaient désormais apportées selon les zones géographiques et les domaines d'activité concernés** (concl., p. 19 §6 ; p. 22), par exemple en ce qui concerne « *le secteur du bricolage et de l'ameublement, (...) ouverts 7/7 jours* » (concl., p. 23 § 2), ce dont elle déduisait que « *l'impératif de cohésion sociale a très nettement cédé la place à un pur impératif économique, voulu par le législateur* » (concl., p. 22 § in fine) ; qu'il en résultait que l'interdiction faite à la société Distribution Voltaire, exploitant un supermarché *cashier*, d'ouvrir le dimanche après-midi plutôt que le samedi, jour de *shabbat*, n'était pas proportionnée puisqu'elle mettait en péril l'existence même de ce commerce, alors que les dérogations au repos dominical étaient déjà largement acceptées par ailleurs pour toute sorte de commerces ; **qu'en ne répondant pas à ces conclusions invoquant une disproportion manifeste entre l'atteinte ainsi portée à la liberté d'entreprendre de la société Distribution Voltaire et le bénéfice attendu de l'interdiction de travailler le dimanche après-midi**, à laquelle de nombreuses dérogations étaient déjà aménagées par le législateur, **la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile** ;

3°/ qu'il appartient au juge saisi d'une action en cessation d'un trouble manifestement illicite de vérifier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la cessation de la situation litigieuse, entraînant une distinction entre des personnes morales exploitant un commerce de détail alimentaire, poursuit un but légitime, et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ; qu'en l'espèce, pour affirmer que l'ouverture du supermarché exploité par la société Distribution Voltaire le dimanche plutôt que le samedi était constitutive d'un trouble manifestement illicite qu'il convenait de faire cesser, la cour d'appel **s'est bornée à affirmer** que ladite société n'était pas fondée à invoquer une quelconque discrimination pour se soustraire à l'obligation de fermer le dimanche après-midi, aux motifs qu'elle n'avait pas sollicité le bénéfice d'une dérogation ouverte aux supermarchés compris dans des zones touristiques (arrêt, p. 11 § 3 et 4) et que « *les règles relatives au repos hebdomadaire sont prescrites pour l'ensemble des commerces de détail* » (jugement, p. 11 § antépen.) ; qu'en statuant ainsi, par des **motifs impropres** à établir que l'obligation de fermer le dimanche après-midi, à l'origine d'une **discrimination indirecte manifeste entre les magasins commercialisant des produits exclusivement *cashier***, déjà contraints de fermer le samedi durant le *shabbat*, **et les autres magasins**, était proportionnée au regard de l'objectif de protection des salariés de la société, dont certains sont d'ailleurs de confession juive et respectant le *shabbat*, **la cour d'appel a violé l'article R. 1455-6 du code du travail, ensemble les articles L. 3132-3 et L. 3132-13 du même code, 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et 1er du premier protocole additionnel à cette Convention, ainsi que l'article 5 de la directive n° 2003/88/CE du 4 novembre 2003, combiné à la directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, notamment ses articles 1er et 2, lus à la lumière de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne et des articles 16 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.** »

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

Un commerce, dont la clientèle cible, de religion hébraïque, le fréquente uniquement en considération de son respect strict des lois de la « *Cacherout* », lui imposant notamment de fermer le samedi pour *shabbat*, subit-il une atteinte disproportionnée à sa liberté d'entreprendre en se voyant également contraint de fermer le dimanche après-midi, à l'origine d'une discrimination indirecte, alors même qu'il respecte le jour de repos hebdomadaire prescrit par le code du travail ?

Demande de cassation sans renvoi. Demande subsidiaire de renvoi de questions préjudicielles.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

La question soumise est signalée sensible, comme dépassant le cadre du litige, dont la réponse sera susceptible d'impacter d'autres commerces et, au-delà, la diversité indispensable à toute société démocratique.

4-1- Les textes applicables

4-1-1- En droit interne, le repos hebdomadaire et dominical a été institué par la loi du 13 juillet 1906, Loi établissant un repos hebdomadaire en faveur des employés et ouvriers, dont les dispositions figurent désormais aux articles L. 3132-1 et suivants du code du travail.

Cette loi de 1906 constitue le résultat d'un discours hygiéniste et médical sur les bienfaits d'un repos régulier. Elle est également le résultat de considérations morales sur les bienfaits d'une vie de famille pour la classe ouvrière et s'explique par l'encadrement progressif du temps libre populaire.

Selon Robert Beck¹, cette loi, ne possède en revanche pas de dimension religieuse.

*« Ce processus commence avant la Révolution française. Encore pendant les premières décennies du XVIIIe siècle, le dimanche mérite bien cette appellation de « jour du Seigneur » : la pratique dominicale, c'est-à-dire l'abstention de tout travail servile et l'assistance aux offices divins, se révèle quasi unanime, résultat d'une nouvelle discipline imposée par le clergé post-tridentin dans les paroisses. Or **dès les années 1720 se développe un discours, repris par les Lumières, qui demande d'autoriser le peuple à travailler le dimanche pour des raisons économiques et sociales.** Tout à fait significatif de ce nouvel état d'esprit s'avère l'article « Dimanche », rédigé par Faiguet de Villeneuve dans l'Encyclopédie. Ce dernier demande d'accorder au peuple le droit de travailler au moins la moitié du dimanche, mesure qui lui permettrait de gagner assez d'argent et éviterait « le désordre & les folles dépenses ». Ces idées sont étroitement liées au **nouveau culte du travail et de la productivité**, terme inventé au XVIIIe siècle, dont le temps constitue un des facteurs. **Ces nouvelles conceptions d'ordre social et moral, mais aussi économique, admettent donc le travail du dimanche et, en constituant la base idéologique du travail du dimanche au XIXe siècle, contribuent à la désacralisation du Jour du Seigneur.***

*La Révolution française, à la fois pour satisfaire ces exigences d'ordre moral et social, et surtout pour combattre le christianisme, supprime finalement en 1793 le dimanche dans le cadre du calendrier républicain. Ce dernier se compose d'une semaine de dix jours (décade), avec un jour férié à la fin de celle-ci, le décadi. Or cette nouvelle organisation temporelle constitue un des plus grands échecs de la Révolution. **L'attachement de la population à un rythme de temps coutumier***

¹ Robert Beck : « Esprit et genèse de la loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire », Histoire, économie & société, vol. 28e année, n° 3, 2009, pp. 5-15.

pour des raisons religieuses et de tradition se montre plus fort que la volonté déchristianisatrice des autorités révolutionnaires.

(...)

Cette évolution laïque de la question dominicale ne correspond évidemment pas du tout à la volonté des Églises, catholique et protestante. En 1906, elles boudent la loi sur le repos hebdomadaire, dont elles rejettent le caractère non-religieux.

Citons encore, comme dernière preuve de l'essence laïque de cette loi, l'exemple de la seule minorité religieuse à cette époque, dont le jour de fête n'est pas le dimanche, c'est-à-dire la minorité juive. Celle-ci doit accepter le dimanche, au lieu du samedi ou sabbat, comme jour de repos dans le cadre de la loi du 13 juillet 1906. »

De religieuse, la justification devient sociale. Le choix du dimanche n'a donc découlé d'aucun motif confessionnel mais a consacré un usage, selon le commentaire au JurisClasseur Travail ²:

« Les débats parlementaires qui ont conduit à la loi du 13 juillet 1906 (JO 14 juill. 1906, p. 4831) attestent que le choix du dimanche n'a découlé d'aucun motif confessionnel mais a consacré un usage. Dès lors, étaient logiques les solutions de la jurisprudence selon lesquelles ne peuvent être retenues les raisons religieuses invoquées par un commerçant israélite pour demander l'autorisation de donner le repos hebdomadaire à son personnel le samedi (CE, 30 nov. 1906, 5e esp. : S. 1907, 3, p. 191. – À rapprocher : cour d'appel de Paris, Chambre 11 section B, 26 février 1993: JurisData n° 1993-021057, condamnation de l'employeur pour avoir fait travailler les salariés le dimanche en l'absence de dérogation mais dont la peine est modérée du fait de l'absence d'antécédents judiciaires et de la circonstance atténuante consistant en la production d'attestations des salariés de confession israélite confirmant avoir demandé à travailler le dimanche.). La même réponse pourrait être apportée à un musulman sollicitant la fixation du repos hebdomadaire le vendredi. »

S'agissant de l'arrêt du Conseil d'Etat cité par ces auteurs (CE, 30 novembre 1906, Sieur Jacquin, concl. J. Romieu, Rec. CE 1906, p. 862), dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Romieu a relevé que la législation relative au repos dominical permettait de garantir l'égalité entre opérateurs économiques agissant sur le même marché.

L'évolution législative ³ a abouti à l'article L. 3132-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n°2009-974 du 10 août 2009, réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires, ainsi qu'à l'article L. 3132-13 du même code reconnaissant la possibilité pour les établissements de vente au détail de denrées alimentaires de reporter au dimanche à partir de 13 heures la période à laquelle le repos hebdomadaire peut être donné.

² JurisClasseur Travail Traité Fascicule 22-10 : « Repos hebdomadaire » par Dominique Jourdan et Damien Chenu, n° 51

³ Voir le rapport du conseiller référendaire Alexandre David établi pour la décision de non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel de la question prioritaire de constitutionnalité posée dans le présent litige (Soc., 12 février 2020, pourvoi n° 19-40.035, publié)

Les articles L. 3132-1 et suivants du code du travail transposent l'article 5 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 en matière de repos hebdomadaire, étant précisé que le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles (Soc., 29 juin 2011, n°09-71.107, Bull. V, n°181 ; Soc., 14 mai 2014, n°12-35.033, Bull., V, n°121).

Article L. 3132-1 du code du travail :

« Il est interdit de faire travailler un même salarié plus de six jours par semaine. »

Article L. 3132-2 du code du travail :

« Le repos hebdomadaire a une durée minimale de vingt-quatre heures consécutives auxquelles s'ajoutent les heures consécutives de repos quotidien prévu au chapitre Ier. »

Article L. 3132-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n°2009-974 du 10 août 2009, qui affirme le principe du repos dominical :

« Dans l'intérêt des salariés, le repos hebdomadaire est donné le dimanche ».

Les dispositions relatives au repos dominical ne sont applicables qu'aux salariés et ne font donc pas interdiction aux établissements tenus par des commerçants indépendants d'ouvrir tous les jours de la semaine.

De nombreux textes prévoient que des dérogations au principe du repos dominical peuvent être mises en place, selon les situations :

- par la loi : article L. 3132-13 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 :

« Dans les commerces de détail alimentaire, le repos hebdomadaire peut être donné le dimanche à partir de treize heures.

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

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

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

Ainsi pour les salariés travaillant dans les commerces de détail alimentaires, le travail dominical peut être mis en place le dimanche matin mais il demeure interdit à partir de 13 heures.

- par décret (C. trav., art. L. 3132-12), qui prévoit les dérogations permanentes de droit au principe du repos dominical dans les établissements industriels et commerciaux :

« Certains établissements, dont le fonctionnement ou l'ouverture est rendu nécessaire par les contraintes de la production, de l'activité ou les besoins du public, peuvent de droit déroger à la règle du repos dominical en attribuant le repos hebdomadaire par roulement. »

- par accord collectif (C. trav., art. L. 3132-14 à L. 3132-19), dans les industries ou les entreprises industrielles et concerne le travail en continu et les équipes de suppléance,

- par arrêté préfectoral (C. trav., art. L. 3132-20 et s.),

- par décision du maire (C. trav., art. L. 3132-26 et L. 3132-27).

Article L. 3132-25 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 :

« Les établissements de vente au détail qui mettent à disposition des biens et des services et qui sont situés dans les zones touristiques caractérisées par une affluence particulièrement importante de touristes peuvent donner le repos hebdomadaire par roulement pour tout ou partie du personnel, dans les conditions prévues aux articles L. 3132-25-3 et L. 3132-25-4. »

Article L. 3132-25-1 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 :

« Les établissements de vente au détail qui mettent à disposition des biens et des services et qui sont situés dans les zones commerciales caractérisées par une offre commerciale et une demande potentielle particulièrement importantes, le cas échéant en tenant compte de la proximité immédiate d'une zone frontalière, peuvent donner le repos hebdomadaire par roulement pour tout ou partie du personnel, dans les conditions prévues aux articles L. 3132-25-3 et L. 3132-25-4. »

Article L. 3132-25-5 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 :

« Les articles L. 3132-25 et L. 3132-25-1 ne sont pas applicables aux commerces de détail alimentaire qui bénéficient des dispositions de l'article L. 3132-13.

Les commerces de détail alimentaire situés dans les zones mentionnées à l'article L. 3132-24 ou dans les emprises des gares mentionnées à l'article L. 3132-25-6 sont soumis, pour la période du dimanche s'achevant à treize heures, à l'article L. 3132-13. Après treize heures, ils peuvent donner le repos hebdomadaire par roulement pour tout ou partie du personnel selon les modalités définies aux II et III de l'article L. 3132-25-3 et à l'article L. 3132-25-4. »

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 (article L. 3132-29 du code du travail).

La sanction civile de l'emploi illicite de salarié est prévue à l'article L. 3132-31 du code du travail, qui prévoit que, lorsque l'inspecteur du travail constate la réalité du trouble manifestement illicite tiré d'une situation contrevenant aux règles relatives au travail dominical, le juge peut :

- alinéa 1 : soit se contenter d'enjoindre à l'employeur de faire cesser une situation d'emploi illicite en assortissant cette injonction d'une astreinte,
- alinéa 2 : soit « *le juge judiciaire peut notamment ordonner la fermeture le dimanche du ou des établissements concernés* ».

La fermeture dominicale constitue la sanction civile la plus sévère susceptible d'être prononcée, qui dépasse la simple cessation de l'illicite.

Par ailleurs, le litige étant en matière de référé, les dispositions de l'article R. 1455-6 du code du travail s'appliquent.

4-1-2- En droit de l'Union, 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, qui fixe les principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, dispose en son article 5 relatif au « *repos hebdomadaire* » :

« Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie, au cours de chaque période de sept jours, d'une période minimale de repos sans interruption de vingt-quatre heures auxquelles s'ajoutent les onze heures de repos journalier prévues à l'article 3. Si des conditions objectives, techniques ou d'organisation du travail le justifient, une période minimale de repos de vingt-quatre heures pourra être retenue. »

Cette exigence est une disposition minimale. Les États membres sont libres de fixer des périodes de repos supplémentaires ou plus longues tant que la période minimale est respectée. La directive ne s'oppose pas à ce que les États membres puissent choisir un autre jour que le dimanche comme jour de repos hebdomadaire légal.

La [Communication interprétative](#) relative à cette directive précise ⁴ :

*« L'article 5 de la précédente directive 93/104/CE était formulé de façon quelque peu différente, dans la mesure où il incluait la phrase suivante: «La période minimale de repos visée au premier alinéa comprend, en principe, le dimanche». **Toutefois, cette disposition a été annulée par la Cour, qui a considéré que l'obligation de fixer le dimanche, plutôt qu'un autre jour de la semaine, comme jour de repos ne serait pas justifiée à la lumière de la base juridique retenue pour cette***

⁴ Communication interprétative relative à 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, JO de l'Union européenne 24.5.2017, p.25

directive, qui a trait à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs

⁵. Cette phrase a donc été supprimée dans la directive modificative 2000/34/CE. » ⁶

La [Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000](#) portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, qui vise à garantir que les personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés ne subissent pas de discrimination et bénéficient de l'égalité de traitement sur le lieu de travail, prévoit :

Article 1 « *Objet* » :

« La présente directive a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement. »

Article 2 « *Concept de discrimination* » :

« 1. Aux fins de la présente directive, on entend par «principe de l'égalité de traitement» l'absence de toute discrimination directe ou indirecte, fondée sur un des motifs visés à l'article 1er.

2. Aux fins du paragraphe 1: a) une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1er;

b) une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que:

i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires,

(...)

5. La présente directive ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui. »

⁵ Arrêt de la Cour de justice du 12 novembre 1996, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord/Conseil de l'Union européenne, C-84/94, ECLI:EU:C:1996:431, points 15 à 49

⁶ Directive 2000/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 2000 modifiant la directive 93/104/CE du Conseil concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail afin de couvrir les secteurs et activités exclus de ladite directive, JO L 195, du 1.8.2000, p. 41.

Il incombe au juge national de procéder à une interprétation du droit interne à la lumière de la directive afin d'assurer l'effectivité de cette directive.

La [Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne](#) proclamée le 7 décembre 2000 (2000/C 364/01) reconnaît les droits, les libertés et les principes suivants :

Article 10 intitulé « *Liberté de pensée, de conscience et de religion* » :

« 1. *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.*

2. *Le droit à l'objection de conscience est reconnu selon les lois nationales qui en régissent l'exercice. »*

Article 16 intitulé « *Liberté d'entreprise* » :

« *La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales. »*

Article 21 intitulé « *Non-discrimination* » :

« 1. *Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.*

2. *Dans le domaine d'application du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, et sans préjudice des dispositions particulières desdits traités, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite. »*

Elle reconnaît également les droits relatifs à la protection des travailleurs aux articles 30 et suivants, notamment article 31 « *conditions de travail justes et équitables* » :

« 1. *Tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité.*

2. *Tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés. »*

L'absence d'effet direct horizontal ne prive pas forcément le salarié de tout recours pour invoquer les droits qu'il tient de la Charte des droits fondamentaux.

4-1-3- En droit européen, la [Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales](#) prévoit :

Article 14 « *interdiction de discrimination* » :

« *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présent Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la*

race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

Article 1^{er} du premier protocole additionnel à cette Convention intitulé « *Protection de la propriété* » :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

4-2- Les éléments de jurisprudence et de doctrine

4-2-1- Sur la conciliation de la liberté du culte avec le principe de laïcité

La décision [Cons. Const. 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC](#) définit ce principe au regard de la jurisprudence de la CEDH et de sa Convention. Il rappelle, d'une part, que la CEDH « *laisse aux Etats une large marge d'appréciation pour définir les mesures les plus appropriées, compte tenu de leurs traditions nationales, afin de concilier la liberté de culte avec le principe de laïcité* », d'autre part, que « *dans ces conditions, sont respectées les dispositions de l'article 1er de la Constitution aux termes desquelles « la France est une République laïque », qui interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers.* » (§18).

Cette décision a été commentée par le Conseil constitutionnel dans [Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Cahier n° 18](#). Cette jurisprudence a été confirmée en juin 2004 (CEDH, 29 juin 2004, Leyla Sahin c/ Turquie). Se prononçant sur l'interdiction faite aux étudiantes turques d'avoir la tête couverte, la Cour de Strasbourg juge qu'une telle prohibition n'est pas contraire à l'article 9 de la Convention. Elle précise dans cet arrêt que la marge d'appréciation laissée à chaque Etat membre, dans le respect de sa tradition constitutionnelle, « *va de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent. La tâche de la Cour consiste à rechercher si les mesures prises au niveau national se justifient dans leur principe et sont proportionnées* » (§107 et 110). La jurisprudence de la CEDH relative au principe de laïcité s'impose d'autant plus sûrement pour l'application de la Charte que le § 6 de son article II-112 dispose que « *Les législations et pratiques nationales doivent être pleinement prises en compte.*»

Cette décision a également été largement commentée par la doctrine⁷, les auteurs s'accordant à dire qu'il s'agit là de la première décision du Conseil constitutionnel au

⁷ O. Dord, « Le Conseil constitutionnel face à la Constitution européenne : contrôle des apparences ou apparence de contrôle? », Actualité juridique, Droit administratif, 2005, n°s.n., p. 211-219 ; D. Chamussy, « Le Conseil constitutionnel face à la primauté du droit communautaire », AJDA 2005, 219 ; B. Mathieu, « La Constitution européenne ne menace pas la République », D. 2004, 3075 ; H. Labayle et JL Sauron, « La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe », RFDA 2005.1 ; V. Champeil-Desplat,

sein de laquelle il se fonde sur un arrêt de la CEDH pour déclarer non-contraire à la Constitution française un traité communautaire. M. Frédéric Sudre⁸, bien que critique quant à la décision rendue par le Conseil constitutionnel, estime que, dans la décision Dahlab c/ Suisse, du 15 février 2001, la CEDH juge que l'Etat peut limiter la liberté de manifester une religion si l'usage de cette liberté porte atteinte « à l'objectif visé de protection des droits et libertés d'autrui, de l'ordre et de la sécurité publique. »

J. Barthélemy observe : « *L'impératif n'étant pas religieux, nul ne peut, sur ce fondement, réclamer le repos hebdomadaire un autre jour, en raison de sa religion.* »⁹

L'arrêt du Conseil d'Etat [CE, 23 décembre 2011, n°323309](#), Publié au recueil Lebon, est relatif à l'ouverture d'un marché parisien le samedi et dont la vente de produits *cashers* suppose de disposer de certifications susceptibles d'être retirées en cas d'ouverture le samedi. Suivant la requête tendant à l'annulation de l'arrêté du 24 mars 2006, par lequel le maire de Paris a fixé les jours et horaires d'ouverture des marchés couverts de la ville de Paris, le juge administratif approuve le rejet des demandes de dérogation à l'obligation d'ouvrir le samedi les emplacements de vente, qui n'est ni contraire au principe de la liberté religieuse, ni à la liberté du commerce et de l'industrie. Le Conseil d'Etat a procédé à une appréciation *in concreto* en considérant:

Considérant qu'il appartient à l'autorité compétente pour fixer les horaires d'ouverture d'un marché, lorsque des titulaires d'emplacements de vente font la demande de bénéficier individuellement d'autorisations de fermeture nécessaires au respect d'une pratique religieuse ou à l'exercice d'un culte, de prendre en compte, sous le contrôle du juge, la compatibilité des dérogations ainsi demandées avec le bon fonctionnement du marché, notamment au regard de l'objectif de continuité de ce fonctionnement, compte tenu des besoins des habitants du quartier desservi par ce marché ;

Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier qu'une réponse favorable aux demandes de dérogation de M. A et autres aurait entraîné la fermeture, pour tous les samedis de l'année et pour toute la journée, de plus d'un tiers des emplacements de vente alors en activité au sein du marché Riquet et aurait, ainsi, porté une atteinte excessive au bon fonctionnement de ce marché ; qu'il suit de là que la ville de Paris n'a pas commis d'erreur d'appréciation, au regard du principe de la liberté religieuse, en les rejetant ;

Considérant, en second lieu, que s'il est établi, au vu des pièces du dossier, que la vente de produits cashers suppose de disposer de certifications susceptibles d'être retirées en cas d'ouverture le samedi, les requérants ne démontrent pas que le marché Riquet était le seul lieu de vente susceptible d'accueillir leur commerce dans le quartier

« Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n°2004-505 DC du 19 novembre 2004 relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe », RTD eur. 2005. 557

⁸ F. Sudre, « Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel « sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union », RFDA 2005.34

⁹ J. Barthélemy, obs. sous Cass. Soc., 18 déc. 2001, Droit social 2002, 460

considéré ; qu'il suit de là que la ville de Paris n'a pas commis d'erreur d'appréciation **au regard du principe de liberté du commerce et de l'industrie** en rejetant les demandes de dérogation qui lui étaient soumises ;

4-2-2- Sur le repos hebdomadaire fixé par la loi française au dimanche

Le Conseil constitutionnel, dans sa [Décision n° 2009-588 DC du 6 août 2009](#) portant sur la loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires, a dit que les dispositions relatives au repos dominical n'étaient pas contraires à la Constitution. L'arrêt attaqué au cas présent se fonde sur cette décision citée intégralement (arrêt p.8 à 11).

Le Conseil constitutionnel dit que le principe du repos dominical n'est contraire, d'une part, ni au principe de liberté d'entreprendre en ce que le législateur « a entendu opérer une conciliation, qui lui incombe, entre la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et le dixième alinéa du Préambule de 1946 qui dispose que : " La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement " » et, d'autre part, ni au principe d'égalité de traitement entre salariés et entre collectivités territoriales, notamment au regard des dérogations légales ou résultant d'une autorisation préfectorale.

Le [communiqué de presse](#) de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-588 DC du 6 août 2009 insiste essentiellement sur la conformité à la Constitution des deux nouveaux régimes dérogatoires au repos dominical : communes et zones touristiques, « périmètres d'usage de consommation exceptionnel »(PUCE). La création de ces périmètres a pour objectif de prendre en compte la modification des pratiques de consommation en permettant de consacrer dans certaines zones, les habitudes de consommation dominicale. Cependant dans les deux régimes, le classement d'une zone touristique ou d'un PUCE sera opéré par arrêté du préfet sur proposition du maire. En outre, la loi étend la dérogation au repos dominical, sur l'ensemble de l'année, à tous les commerces situés dans les communes et zones touristiques. Elle transforme cette dérogation en dérogation de plein droit.

Ces nouveaux régimes s'ajoutent aux trois catégories de dérogations au principe du repos dominical (article L. 3132-3) énumérées par le code du travail :

- les dérogations permanentes de droit dans les établissements industriels et commerciaux (L. 3132-12),
- le régime de dérogations conventionnelles(L. 3132-14 à L. 3132-19),
- les dérogations temporaires pouvant être accordées par le préfet ou par le maire (L. 3132-20 à L. 3132-27).

Dans un commentaire de doctrine, Valérie Bernaud et Laurence Gay¹⁰ soulignent que le droit au repos dominical n'est pas un droit constitutionnel mais ne constitue qu'un simple principe fondamental du droit du travail servant régulièrement de norme de référence au Conseil constitutionnel. Elles relèvent qu'il ne porte pas atteinte au principe d'égalité entre les salariés des commerces situés en zone touristique et

¹⁰ [V. Bernaud et L. Gay, Droit constitutionnel, D. 2010. 1508](#) ; voir également V. Bernaud, « Travail dominical : le Conseil constitutionnel sacrifie la protection du salarié sur l'autel de la consommation », Dr soc. 2009. 1081

ceux des PUCE, mais favorise la société de consommation au détriment du droit du travail:

« 1 - Le repos dominical n'est pas un droit constitutionnel

La courte loi relative à l'extension du travail dominical, fruit d'un long cheminement législatif, a été déférée au Conseil constitutionnel fin juillet 2009. Rappelant à titre introductif que « **dans l'intérêt des salariés, le repos hebdomadaire est donné le dimanche** », cette dernière apporte trois modifications au code du travail qui, toutes, selon des modalités différentes, vont paradoxalement dans le sens d'une extension du travail le dimanche pour les salariés des commerces de vente au détail. Bien que la régression sociale soit tangible, la décision du Conseil n'a pas fait droit aux arguments des requérants (Cons. const., 6 août 2009, n° 2009-588 DC , Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires, AJDA 2009. 2120, note J. Wolikow).

Selon l'alinéa 11 du Préambule de 1946, la Nation « garantit à tous, [...], le repos et les loisirs ». Cette partie de la disposition constitutionnelle a été appliquée pour la première fois dans une décision de 2000 (Cons. const., 13 janv. 2000, n° 99-423 DC , Loi sur les 35 heures II, D. 2001. 1837, obs. V. Bernaud), **le droit au repos ainsi consacré servant depuis régulièrement de norme de référence au Conseil constitutionnel**. En l'espèce, toutefois, les requérants demandaient à ce dernier de franchir un pas supplémentaire en reconnaissant la valeur constitutionnelle d'un droit au repos dominical. Or, le juge constitutionnel a tout d'abord refusé d'élever au rang de principe fondamental reconnu par les lois de la République un tel droit qui aurait été issu de la loi du 13 juillet 1906, premier texte législatif de portée générale interdisant que soient occupés plus de six jours par semaine les salariés des établissements industriels et commerciaux et fixant comme jour de repos collectif le dimanche. **Le Conseil constitutionnel a également renoncé à fonder sur les alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946 un droit constitutionnel au repos dominical, ne reconnaissant donc pas le rôle de marqueur historique, culturel et identitaire que constitue le dimanche pour la société française et ses travailleurs**. Tout au plus le juge a-t-il débuté sa décision par une innovation relative à l'alinéa 11 du Préambule en affirmant que « **le principe d'un repos hebdomadaire est l'une des garanties du droit au repos ainsi reconnu aux salariés** ». S'agissant du repos dominical stricto sensu, la décision s'est en revanche bornée à énoncer « qu'en prévoyant que le droit au repos hebdomadaire des salariés s'exerce en principe le dimanche, **le législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, a entendu opérer une conciliation, qui lui incombe, entre la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et le dixième alinéa du Préambule de 1946 (...)** ». Dès lors, **le repos dominical ne constitue qu'un simple principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution, impliquant l'intervention du législateur**.

[...] A - Le principe d'égalité et le travail dominical

La loi sur le repos dominical, ne portant pas atteinte au droit constitutionnel au repos dominical faute pour lui d'exister (V. supra), aurait par contre pu faire l'objet d'une censure pour méconnaissance du principe d'égalité entre les salariés des commerces situés en zone touristique et ceux des PUCE. Pour les unités urbaines de plus d'un million d'habitants, la loi a créé cette notion de « périmètre d'usage de consommation exceptionnelle », qui est « caractérisé par des habitudes de consommation dominicale, l'importance de la clientèle concernée et l'éloignement de celle-ci de ce périmètre ». En effet, pour des raisons peu convaincantes, la loi ne

*fait pas bénéficier les uns et les autres de garanties sociales et d'avantages salariaux équivalents (pour les salariés des commerces situés en PUCE travaillant le dimanche : salaire doublé, principe du volontariat, interdiction de sanction en cas de refus de travailler ce jour, etc.). Les auteurs des saisines dénonçaient cette injustice, se demandant « pourquoi le fait de travailler le dimanche dans une commune touristique donnerait moins de droits que de travailler le dimanche dans une zone commerciale ». En dépit des vives critiques des requérants, le Conseil constitutionnel s'est borné à reformuler les observations du gouvernement qui relevait que dans certains cas « le travail dominical constitue une caractéristique intrinsèque des emplois concernés », « une dimension totalement intégrée de la semaine de travail » pour les salariés et qu'à leur égard « il est donc normal qu'aucune compensation particulière ne soit fixée par la loi ». **C'est ainsi qu'il a jugé avec minimalisme que « les salariés travaillant le dimanche dans des zones ou communes touristiques (...) sont, au regard de l'objet de la loi, dans une situation différente de celle des salariés travaillant dans les PUCE; par suite, le législateur pouvait prévoir, pour ces derniers, une majoration légale de la rémunération en l'absence d'accord collectif », et que « la différence de traitement qui en résulte (...) est en rapport direct avec l'objet de la loi ». Le principe d'égalité a donc ici servi à défendre une injustice au détriment des salariés mais au profit de la société de consommation.(...) »***

D'autres auteurs¹¹ exposent qu'au terme de cette décision, le principe du repos hebdomadaire, en principe le dimanche, apparaît comme l'une des garanties d'un droit au repos des salariés que le Conseil constitutionnel déduit du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 et pour lequel le législateur a opéré une conciliation entre la liberté d'entreprendre et la garantie de la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs.

Le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les dispositions du code du travail qui imposent la fermeture des établissements le dimanche :

- Décision n° 2010-89 QPC du 21 janvier 2011 Société Chaud Colatine : l'article L. 3132-29 du code du travail, qui permet, sous les conditions qu'il prévoit, au préfet d'imposer la fermeture des établissements le dimanche, ne porte pas à la liberté d'entreprendre une atteinte disproportionnée à l'objectif d'intérêt général poursuivi.

- Décision n° 2011-157 QPC du 5 août 2011 Société SOMODIA : l'article L. 3134-11 du code du travail applicable en Alsace-Moselle, qui impose la fermeture des établissements lorsque l'employeur est tenu d'accorder le repos dominical aux salariés, est conforme à la Constitution.

La Cour de cassation a dit n'y avoir lieu à transmettre au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité suivantes, qui soutenaient que l'article L. 3132-3 était contraire à la Constitution comme portant atteinte à la liberté d'entreprendre, à la liberté du travail et au principe de laïcité (Soc., 12 janvier 2011, pourvoi n° 10-40.055), à la liberté contractuelle et au principe d'égalité (Soc., 5 juin 2013, pourvoi n° 12-27.478, Bull. 2013, V, n° 149), aux principes de liberté religieuse, d'égalité devant la loi et à la liberté d'entreprendre (Soc., 12 février 2020, pourvoi n° 19-40.035, publié) :

¹¹ Thierry Rambaud et Agnès Roblot-Troisier, « Chronique de jurisprudence - Droit administratif et droit consitutionnel », RFDA 2009, 1269

- Soc., 12 janvier 2011, pourvoi n° 10-40.055_(Association des salariés du grand cercle 95) ¹² :

Attendu que la question transmise est ainsi rédigée :

*Les dispositions de l'article L. 3132-3 du code du travail qui imposent que le repos hebdomadaire soit donné le dimanche et interdisent le travail le dimanche sont-elles contraires à la Constitution en ce qu'elles porteraient atteinte à la **liberté d'entreprendre, à la liberté du travail et au principe de laïcité** ?*

*Mais attendu, d'abord, en ce qui concerne la liberté d'entreprendre, que la disposition contestée a déjà été **déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision n° 2009-588 DC rendue le 6 août 2009 par le Conseil constitutionnel** ; qu'aucun changement de circonstances de droit ou de fait n'est depuis intervenu qui, affectant la portée de la disposition législative critiquée, en justifierait le réexamen ;*

*Attendu, ensuite, concernant **le droit au travail et le principe de laïcité**, que la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, **n'est pas nouvelle** ;*

*Et attendu que **la disposition contestée institue**, en prévoyant que le repos hebdomadaire est donné en principe le dimanche, une **mesure nécessaire à la protection des droits et des libertés des salariés qui découlent des dixième et onzième alinéas du préambule de la Constitution de 1946, et n'apparaît nullement contraire à la liberté du travail et au principe de laïcité en ce qu'elle participe d'un objectif de préservation de la santé et de la sécurité des travailleurs mais également de protection des liens familiaux** ; que la question **ne présente pas un caractère sérieux** ;*

D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ;

- Soc., 5 juin 2013, pourvoi n° 12-27.478, Bull. 2013, V, n° 149 (Société Bricorama France) ¹³

Attendu que dans le cadre du pourvoi qu'elle a formé contre l'arrêt rendu le 31 octobre 2012 par la cour d'appel de Versailles, la société Bricorama demande à la Cour de transmettre la question suivante :

*"Les dispositions de l'article L. 3132-3 du code du travail, en ce qu'elles fixent le dimanche comme jour de repos hebdomadaire, méconnaissent-elles les droits et libertés garantis par les articles 4 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, tels que **la liberté contractuelle et le principe d'égalité** ?" ;*

Attendu que la disposition contestée est applicable au litige et n'a pas été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;

*Mais attendu, d'une part, que **la question**, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, **n'est pas nouvelle** ;*

¹² Rapport de Mme Mariette ; voir RDT 2011. 383, obs. M. Véricel

¹³ Rapport de Mme Mariette

*Et attendu, d'autre part, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que **la disposition légale critiquée qui a été adoptée par le législateur dans un but tant de préservation de la santé et de la sécurité des travailleurs que de protection des liens familiaux répond à des exigences constitutionnelles reconnues et garanties par les alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946 et n'a pas pour effet de porter à la liberté contractuelle une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ni ne méconnaît le principe d'égalité** ;*

D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ;

- Soc., 12 février 2020, pourvoi n° 19-40.035, publié précité (p.2) rendu dans la présente affaire Société Distribution Voltaire ¹⁴ :

Enoncé de la question prioritaire de constitutionnalité

1. La question transmise est ainsi rédigée :

*La question est « de savoir si les dispositions combinées des articles L. 3132-3 et L. 3132-13 du code du travail, en tant qu'elles imposent la fermeture des commerces de détail alimentaire casher le dimanche à partir de treize heures alors que ces commerces sont déjà fermés dans le cadre du Shabbat le vendredi soir au coucher du soleil et toute la journée du samedi, sont contraires aux droits et libertés que la Constitution garantit et, plus précisément, aux **principes de liberté religieuse, d'égalité devant la loi et à la liberté d'entreprendre**. »*

Examen de la question prioritaire de constitutionnalité

2. Le dernier alinéa de l'article L. 3132-13 du code du travail, issu de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, n'est pas applicable au litige, dès lors que l'action en justice tend à faire interdiction à la Société de distribution Voltaire, exploitant un commerce de détail alimentaire, de faire travailler ses salariés le dimanche après treize heures. Les autres dispositions contestées sont applicables au litige.

3. A l'exception du dernier alinéa de l'article L. 3132-13 du code du travail, elles ont déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision n° 2009-588 DC rendue le 6 août 2009 par le Conseil constitutionnel. Aucun changement de circonstances de droit ou de fait n'est depuis intervenu qui, affectant la portée des dispositions législatives critiquées, en justifierait le réexamen.

4. En conséquence, il n'y a pas lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel.

Par ailleurs, indépendamment des régimes dérogatoires précités, la règle de protection du repos dominical est prise « dans l'intérêt des salariés ». Elle ne vise pas les travailleurs indépendants et leur famille, au nom de la liberté du commerce. La loi et la jurisprudence permettent donc l'ouverture des commerces de détail alimentaire le dimanche après-midi en y affectant des personnels non-salariés, notamment le commerçant ou dirigeant social seul ou avec l'aide des membres de sa 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), ou en recourant à un fonctionnement automatisé au moyen de caisses automatiques. C'est le cas de l'ouverture de magasins le dimanche au moyen d'un

¹⁴ Rapport de M. David

système de traitement automatisé, lorsque l'entreprise recourt à un service de gardiennage, la Cour exerçant un contrôle *in concreto* des activités exercées par les agents de surveillance pour déterminer qu'ils n'intervenaient pas dans le fonctionnement du magasin ouvert le dimanche (Soc., 26 octobre 2022, pourvoi n° 21-15.142, publié société Distribution Casino France):

Sommaire : L'arrêté préfectoral, pris en application de l'article L. 3132-29 , alinéa 1, du code du travail, qui prévoit la fermeture à la clientèle, une journée par semaine, de 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, ne concerne pas les activités dont les modalités de fonctionnement et de paiement sont automatisées.

La cour d'appel, saisie en référé, qui a constaté que, pendant la journée de fermeture prévue par arrêté préfectoral, les magasins fonctionnaient de façon automatique et qu'il n'était pas démontré que les agents de surveillance, qui bénéficiaient d'une dérogation légale à la règle de repos dominical, agissaient en dehors de leurs fonctions afin de participer au fonctionnement du magasin pour son rangement ou l'assistance aux caisses, a pu décider qu'aucun trouble manifestement illicite n'était caractérisé.

Cet arrêt a été commenté par la doctrine ¹⁵.

4-2-3- Sur le repos dominical au regard du droit de l'Union ou européen

Le principe du repos dominical n'a pas été jugé contraire au droit de l'Union européenne au regard du principe de libre circulation des marchandises ¹⁶.

La CJCE a dit pour droit dans son [arrêt du 28 février 1991, Marchandise, aff. C-332/89](#) que «**L'article 30 du traité CEE doit être interprété en ce sens que l'interdiction qu'il prévoit ne s'applique pas à une réglementation nationale interdisant d'occuper des travailleurs salariés le dimanche après 12 heures.** ». La question posée par la juridiction nationale à l'égard notamment de l'article 5 de la directive était de savoir si une réglementation nationale interdisant l'occupation de travailleurs dans les commerces de détail le dimanche était compatible ou non avec les obligations découlant pour les Etats membres du traité CEE.¹⁷

La Cour de cassation se prononçant sur la conformité de l'article L. 221-5 du code du travail, devenu L. 3132-3 du même code, le repos hebdomadaire dominical n'a pas été jugé contraire au droit de l'Union européenne au regard du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes, ni de nature à entraîner une discrimination directe ou indirecte :

¹⁵ JCP S 2023 n° 1032, observations B. Bauduin ; Loïc Malfettes, « Magasins automatisés et repos dominical : le cas des agents de surveillance », Dalloz actualité 17 novembre 2022

¹⁶ CJCE 28 février 1991, Marchandise, C-332/89 ; Dalloz 1991, 343, note J.G. Huglo ; Crim. 20 nov. 1990, Bull. crim., n°392

¹⁷ Voir Lyon-Caen, Droit social et droit de la concurrence, in Mélanges J Savatier, p.339 ; X. Prétot, Repos dominical et droit de la concurrence, TJS 8-9/91, 483

- Crim., 10 janvier 1995, pourvoi n° 94-82.490, Bull. crim. 1995 N° 9

Sommaire : Le règle prévue à l'article L. 221-5 du Code du travail, imposant de donner aux travailleurs le repos hebdomadaire le dimanche, a été prise dans le seul intérêt de ces derniers, hommes ou femmes, et constitue un avantage social ; son application n'est dès lors pas de nature à entraîner une discrimination directe ou indirecte au détriment des uns ou des autres Il en résulte que le texte précité n'est incompatible ni avec les dispositions du Traité instituant la Communauté économique européenne ni avec celles de la directive communautaire du 9 février 1976, relatives à l'égalité de traitement entre hommes et femmes.

- Crim., 2 mars 1999, pourvoi n° 97-85.165, Bull. crim. 1999, n° 27

Sommaire : La règle prévue à l'article L. 221-5 du Code du travail, imposant de donner aux travailleurs le repos hebdomadaire le dimanche, constitue, pour ces derniers, un avantage social consacré par l'article 5 de la directive n° 93-104 CEE du 23 novembre 1993, et n'est pas de nature à entraîner une discrimination directe ou indirecte au détriment des uns ou des autres. Il en résulte que le texte précité n'est incompatible, ni avec les dispositions instituant la Communauté économique européenne, ni avec celles des directives n° 76-207 CEE du 9 février 1976, relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, et n° 97-80 CEE du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans le cas de discrimination fondée sur le sexe.

Il n'a pas non plus été jugé contraire à l'article 9 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales au regard de la liberté de pensée, de conscience et de religion :

- Crim., 14 avril 1992, pourvoi n° 90-81.894 :

*Sur le premier moyen de cassation pris de la violation du principe de l'égalité devant la loi, du principe de la liberté de conscience, des articles L. 221-5, L. 221-9, R. 262-1 du Code du travail, **9 § 1er de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**, 4 du Code pénal, 591 et 593 du Code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale ;*

"en ce que l'arrêt attaqué a déclaré X... coupable d'avoir omis de donner le repos hebdomadaire du dimanche à cinq salariés ; [...]"

*Attendu que les textes relatifs au repos hebdomadaire, ayant valeur législative, s'imposent aux juridictions de l'ordre judiciaire, lesquelles ne sont pas juges de leur constitutionnalité ; que, par ailleurs, **ces textes ne sont nullement contraires à l'article 9, alinéa 1er de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'ils instituent « des mesures nécessaires, dans une société démocratique,... à la protection des droits et des libertés**», telles que le prévoit ledit article en son alinéa 2 ;*

D'où il suit que le moyen ne peut être qu'écarté ;

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, en règle générale, l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui, en son premier paragraphe, proclame la liberté religieuse, stipule, en son second, que cette liberté peut faire l'objet de restrictions constituant

des « mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui », « **ne donne pas le droit de se soustraire, sous prétexte de convictions religieuses, à l'application d'une loi neutre et à portée générale qui est elle-même conforme à la Convention** » (CEDH, 17 mai 2014, Fränklin-Beentjes et Ceflu-Luz da Floresta c/Pays-Bas, n° 28167/07, § 46, à propos de célébrations religieuses accompagnées de consommation de stupéfiants; CEDH 1er juill. 2014, n°43835/11; CEDH, 9 juin 2020, n°23735/16).

Le MA cite par ailleurs CEDH, 19 déc. 2018, Molla Sali c. Grèce, n° 20452/14, § 134, relatif à la discrimination par association.

La Cour de cassation avait déjà jugé que les dispositions relatives au repos dominical ne sont pas incompatibles avec celles des articles 6 et 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui reprennent la teneur des articles 23 et 24 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, prévoyant la reconnaissance du droit au travail, mais qui disposent aussi que toute personne doit pouvoir exercer ce droit dans des conditions assurant notamment le repos, les loisirs ainsi que la limitation de la durée du travail (Crim., 15 octobre 1991, pourvoi n° 90-86.791).

Par ailleurs, la dérogation de plein droit accordée au secteur de l'ameublement, comme celle concernant notamment les commerces de détail alimentaire autorisés à donner le repos hebdomadaire le dimanche à partir de 13 heures, a été jugée compatible avec l'article 7 de la convention n°106 de l'Organisation internationale du travail (Soc., 14 novembre 2018, pourvoi n°17-18.259, publié) :

*Sommaire : Ayant relevé d'une part que le rapport du Comité de l'Organisation internationale du travail chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la France de la convention n° 106, des 10 et 24 mars 2016, avait noté que la commission d'experts, après analyse complète et détaillée de la législation en cause, **n'avait pas considéré que les dispositions en question étaient contraires aux dispositions de la convention n° 106**, et ayant d'autre part fait ressortir que **les dérogations concernées étaient justifiées par la nature du travail, la nature des services fournis par l'établissement, l'importance de la population à desservir et le nombre des personnes employées et se fondaient sur des considérations économiques et sociales répondant à un besoin du public, en ce que l'aménagement de la maison auquel participe l'ameublement relève d'une activité pratiquée plus particulièrement en dehors de la semaine de travail**, une cour d'appel décide à bon droit que **les dispositions de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 n'étaient pas incompatibles avec celles des articles 6 et 7, § 1, de la convention n° 106.***

Toutefois le repos dominical est une faculté laissée à l'appréciation des Etats membres, et non un principe commun. En effet, l'objectif poursuivi par la directive 2003/88/CE est d'assurer une protection adéquate de la santé et de la sécurité du travailleur, tout en laissant aux États membres une certaine souplesse dans l'application des dispositions qu'elle prévoit.

La Cour de justice a statué dans son arrêt du [12 novembre 1996, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord/Conseil de l'Union européenne, C-84/94](#), ECLI:EU:C:1996:431 (point 37) sur le recours en annulation de l'article 5, deuxième alinéa, de la Directive 93/104 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, fixant au dimanche du jour de repos hebdomadaire. Elle a rappelé

que selon son but et son contenu, la directive a pour objet principal de protéger la sécurité et la santé des travailleurs au moyen de prescriptions minimales applicables progressivement. Pour répondre à l'argumentation du Royaume-Uni sur la base juridique de la directive, la CJUE distingue entre l'article 5, deuxième alinéa, de la directive et ses autres dispositions :

37. S'agissant de l'article 5, deuxième alinéa, de la directive, il convient de relever que, si la question de l'inclusion éventuelle du dimanche dans la période de repos hebdomadaire est certes laissée, en définitive, à l'appréciation des États membres, compte tenu, notamment, de la diversité des facteurs culturels, ethniques et religieux dans les différents États membres (article 5, deuxième alinéa, lu en combinaison avec le dixième considérant), il n'en demeure pas moins que le Conseil est resté en défaut d'expliquer en quoi le dimanche, comme jour de repos hebdomadaire, présenterait un lien plus important avec la santé et la sécurité des travailleurs qu'un autre jour de la semaine. Dans ces conditions, il convient de faire droit à la demande subsidiaire du gouvernement requérant et d'annuler l'article 5, deuxième alinéa, de la directive, qui est détachable des autres dispositions de la directive.

La CJUE précise que les dispositions de la directive ainsi modifiée respectent le contrôle de proportionnalité :

57 S'agissant du principe de proportionnalité, il convient de rappeler la jurisprudence de la Cour, selon laquelle, afin d'établir si une disposition de droit communautaire est conforme au principe de proportionnalité, il importe de vérifier si les moyens qu'elle met en oeuvre sont aptes à réaliser l'objectif visé et s'ils ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (voir, notamment, arrêt du 9 novembre 1995, Allemagne/Conseil, C-426/93, Rec. p. I-3723, point 42).

(...)

59 S'agissant de la première condition, il suffit de constater que, comme il résulte des points 36 à 39 du présent arrêt, les mesures relatives à l'aménagement du temps de travail faisant l'objet de la directive, à l'exception de celle qui est contenue à son article 5, deuxième alinéa, contribuent directement à l'amélioration de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs au sens de l'article 118 A et que, dès lors, elles ne sauraient être considérées comme inaptées à réaliser l'objectif visé.

60 Quant à la deuxième condition, elle est également remplie. En effet, contrairement à ce que prétend le gouvernement requérant, le Conseil n'a pas commis une erreur manifeste en estimant que les mesures litigieuses étaient nécessaires pour atteindre l'objectif de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs.

(...)

62 En deuxième lieu, la période minimale de repos hebdomadaire de vingt-quatre heures sans interruption, prévue par l'article 5, premier alinéa, et auxquelles s'ajoutent les onze heures de repos journalier prévues à l'article 3, peut faire l'objet des mêmes dérogations que celles qui sont autorisées en ce qui concerne l'article 4 précité. A ces dérogations s'ajoutent celles relatives aux activités de travail posté et aux activités caractérisées par des périodes de travail fractionnées dans la journée (article 17, paragraphe 2, point 2.3). En outre, la période de référence de sept jours peut être étendue à quatorze jours (article 16, point 1).

Selon le [Rapport de la Commission](#) au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur la mise en œuvre par les États membres

de la directive 2003/88/CE concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail du 26 avril 2017 :

*« En ce qui concerne le **temps de repos** (articles 3 et 5 de la directive), l'exigence de base de la directive est que le travailleur doit avoir un repos journalier minimal de 11 heures consécutives par période de 24 heures et **une période de repos ininterrompue minimale de 24 heures par période de sept jours**, en plus des 11 heures de repos journalier. La directive prévoit la possibilité de réduire le repos hebdomadaire à 24 heures pour des raisons objectives. **Ces exigences fondamentales semblent avoir été transposées de façon satisfaisante dans le droit national des États membres pour la plupart des secteurs.** Quelques États membres semblent avoir transposé incorrectement l'exigence concernant le **temps de repos hebdomadaire pour certains aspects**, notamment parce que l'exigence n'est pas transposée pour un secteur donné¹⁸ ou en prévoyant le recours à une période de repos de 24 heures sans la présence de raisons objectives concrètes¹⁹.*

En revanche, il n'est pas relevé de difficulté concernant le choix du jour de repos hebdomadaire habituel parmi les États membres. Ils ont d'ailleurs fixé ce jour le samedi et/ou dimanche, y compris ceux à majorité religieuse musulmane comme l'Albanie²⁰, la Bosnie-Herzégovine ou la Turquie.

La CJUE dans son [arrêt du 9 novembre 2017, António Fernando Maio Marques da Rosa contre Varzim Sol – Turismo, Jogo e Animação SA](#), C-306/16, relatif à une question préjudicielle introduite par le Tribunal da Relação do Porto sur la transposition par la réglementation nationale des dispositions de l'article 5 de la directive 2003/88/CE sur le repos hebdomadaire a dit pour droit : *« L'article 5 de la directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, telle que modifiée par la directive 2000/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 2000, ainsi que l'article 5, premier alinéa, 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, doivent être interprétés en ce sens **qu'ils n'exigent pas que la période minimale de repos hebdomadaire sans interruption de vingt-quatre heures, à laquelle un travailleur a droit, soit accordée au plus tard le jour qui suit une période de six jours de travail consécutifs, mais imposent que celle-ci soit accordée à l'intérieur de chaque période de sept jours.** »*

La CJUE a précisé, répondant notamment à la question de savoir si le repos hebdomadaire pouvait tomber n'importe quel jour de la période de sept jours de calendrier consécutive :

*«39. S'agissant, premièrement, du libellé de l'article 5 de la directive 2003/88, il découle de celui-ci que **les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie, « au cours de chaque période de sept jours », d'une période minimale de repos sans interruption de vingt-quatre heures auxquelles s'ajoutent les onze heures de repos journalier prévues à l'article 3 de la directive 2003/88. Cependant, cet article ne précise pas le moment auquel doit***

¹⁸ Espagne (fonctionnaires)

¹⁹ Belgique, Slovaquie (secteur de la santé)

²⁰ Article 85 de la [Loi n° 7961 du 12 juillet 1995 portant Code du travail de la République d'Albanie](#) : Congé hebdomadaire. (1) Le congé hebdomadaire est d'au moins trente-six heures, dont vingt-quatre ininterrompues. (2) Le congé hebdomadaire comprend le dimanche.

intervenir cette période minimale de repos et confère ainsi aux États membres une certaine latitude quant au choix dudit moment.

(...)

S'agissant, troisièmement, de l'objectif de la directive 2003/88, il convient de rappeler que cette dernière a pour finalité de protéger de façon efficace la sécurité et la santé des travailleurs. Compte tenu de cet objectif essentiel, chaque travailleur doit notamment bénéficier de périodes de repos adéquates (arrêts du 9 septembre 2003, Jaeger, C-151/02, EU:C:2003:437, point 92, et du 23 décembre 2015, Commission/Grèce, C-180/14, non publié, EU:C:2015:840, point 51). À cet effet, l'article 5 de cette directive prévoit, à son premier alinéa, une période minimale de repos hebdomadaire sans interruption au profit de tout travailleur.

46 Toutefois, il ressort de ladite directive, notamment de son considérant 15, qu'elle accorde également une **certaine souplesse dans la mise en œuvre des dispositions** de celle-ci. C'est ainsi qu'elle comporte plusieurs dispositions, telles que celles précisées au point 34 du présent arrêt, qui **permettent de déroger**, par des mesures compensatoires, aux périodes minimales de repos exigées, notamment pour les activités de travail posté ou pour les activités caractérisées par la nécessité d'assurer la continuité du service ou de la production. En outre, ainsi qu'il ressort du point 42 du présent arrêt, l'article 16, sous a), de la directive 2003/88 dispose que **les États membres peuvent prévoir une période de référence plus longue pour l'application de l'article 5 de celle-ci, relatif au repos hebdomadaire**. Au demeurant, **l'objectif poursuivi par cette directive d'assurer une protection adéquate de la santé et de la sécurité du travailleur, tout en laissant aux États membres une certaine souplesse dans l'application des dispositions qu'elle prévoit**, ressort également du libellé même de cet article 5, tel que cela a été exposé au point 41 du présent arrêt.

(...)

50 Pour ce qui concerne **l'article 31, paragraphe 2, de la Charte**, dont la juridiction de renvoi demande également l'interprétation, il convient de constater que cette disposition **prévoit que tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire**, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés. Or, il ressort des explications relatives à la Charte (JO 2007, C 303, p. 17) que cette disposition se fonde sur la directive 93/104 ainsi que sur l'article 2 de la charte sociale européenne, signée à Turin le 18 octobre 1961 et révisée à Strasbourg le 3 mai 1996, et sur le point 8 de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, adoptée lors de la réunion du Conseil européen tenue à Strasbourg le 9 décembre 1989. L'article 2, paragraphe 5, de la charte sociale européenne, sur le repos hebdomadaire, fait, pour sa part, également référence aux directives 93/104 et 2003/88. Dès lors, ainsi que l'a relevé également M. l'avocat général au point 44 de ses conclusions, **l'article 31, paragraphe 2, de la Charte n'est pas susceptible d'apporter de nouveaux éléments aux fins de l'interprétation de l'article 5 de la directive 2003/88**.

51 Partant, il convient de répondre aux première à troisième questions que **l'article 5 de la directive 93/104 et l'article 5, premier alinéa, de la directive 2003/88 doivent être interprétés en ce sens qu'ils n'exigent pas que la période minimale de repos hebdomadaire sans interruption de vingt-quatre heures, à laquelle un travailleur a droit, soit accordée au plus tard le jour qui suit une période de six jours de travail consécutifs, mais imposent que celle-ci soit accordée à l'intérieur de chaque période de sept jours.** »

La CJUE précise donc que l'expression « au cours de chaque période de 7 jours » constitue une notion autonome au droit de l'UE qui doit être interprétée de manière uniforme (voir, en ce sens, arrêt du 9 novembre 2017, Maio Marques da Rosa, C-

306/16, EU:C:2017:844, point 38 et jurisprudence citée). Elle constate que « **la directive laisse aux Etats membres une certaine souplesse dans sa mise en œuvre en ce qu'ils disposent d'une marge d'appréciation pour la fixation du moment auquel cette période minimale d'interruption doit être accordée.** »

La [CJUE 2 mars 2023, IH c/ MÁV-START Vasúti Személyszállító Zrt.](#), aff. C-477/21 a répondu à une question préjudicielle posée par la cour de Miskolc, Hongrie sur l'interprétation des article 3 et 5 de la directive sur le temps de travail, lus en combinaison avec l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, portant sur la question de savoir si le repos journalier prévu à l'article 3 de la directive fait partie du repos hebdomadaire prévu par son article 5, ou s'il doit être accordé en plus ou avant. Elle a dit pour droit :

« 1) L'article 5 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, lu à la lumière de l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens que : **le repos journalier prévu à l'article 3 de cette directive ne fait pas partie de la période de repos hebdomadaire visée audit article 5, mais s'y ajoute.**

2) Les articles 3 et 5 de la directive 2003/88, lus à la lumière de l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doivent être interprétés en ce sens que : **lorsqu'une réglementation nationale prévoit une période de repos hebdomadaire dépassant une durée de trente-cinq heures consécutives, il y a lieu d'accorder au travailleur, en plus de cette période, le repos journalier tel qu'il est garanti par l'article 3 de cette directive.**

3) L'article 3 de la directive 2003/88, lu à la lumière de l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens que : **lorsqu'est accordée à un travailleur une période de repos hebdomadaire, celui-ci a également le droit de bénéficier d'une période de repos journalier précédant ladite période de repos hebdomadaire.** »

La CJUE rappelle à titre liminaire :

30 À titre liminaire, il y a lieu de rappeler que, en établissant le droit de chaque travailleur à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, la directive 2003/88 précise le droit fondamental expressément consacré à l'article 31, paragraphe 2, de la Charte et doit, par conséquent, être interprétée à la lumière de cet article 31, paragraphe 2. Il s'ensuit notamment que **les dispositions de la directive 2003/88 ne sauraient faire l'objet d'une interprétation restrictive au détriment des droits que le travailleur tire de celle-ci** [voir, en ce sens, arrêt du 9 mars 2021, Radiotelevizija Slovenija (Période d'astreinte dans un lieu reculé), C-344/19, EU:C:2021:182, point 27 et jurisprudence citée].

31 Dans ces conditions, il convient, afin de répondre aux questions posées, d'interpréter cette directive **en tenant compte de l'importance du droit fondamental de chaque travailleur à des périodes de repos journalier et hebdomadaire** (voir, en ce sens, arrêt du 14 mai 2019, CCOO, C-55/18, EU:C:2019:402, point 33).

32 Il importe également de rappeler que **la directive 2003/88 a pour objet de fixer des prescriptions minimales destinées à améliorer les conditions de vie et de travail des travailleurs par un rapprochement des réglementations nationales concernant, notamment, la durée du temps de travail.** Cette harmonisation au niveau de l'Union européenne en matière d'aménagement du temps de travail **vise à garantir une meilleure protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, en faisant bénéficier ceux-ci de périodes minimales de**

repos notamment journalier et hebdomadaire (voir, en ce sens, arrêt du 4 juin 2020, Fetico e.a., C-588/18, EU:C:2020:420, points 26 et 27 ainsi que jurisprudence citée).

33 Ainsi, **les États membres sont tenus**, conformément aux dispositions des articles 3 et 5 de la directive 2003/88, **de prendre les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie**, respectivement, d'une période minimale de repos de onze heures consécutives au cours de chaque période de vingt-quatre heures **et, au cours de chaque période de sept jours, d'une période minimale de repos sans interruption de vingt-quatre heures**, à laquelle s'ajoutent les onze heures de repos journalier prévues audit article 3 (arrêt du 14 mai 2019, CCOO, C-55/18, EU:C:2019:402, point 38 et jurisprudence citée).

34 **Pour garantir la pleine effectivité de la directive 2003/88, il importe donc que les États membres garantissent le respect de ces périodes minimales de repos** (arrêt du 14 mai 2019, CCOO, C-55/18, EU:C:2019:402, point 40).

35 Ainsi, **compte tenu de l'objectif essentiel poursuivi par la directive 2003/88, qui est de garantir une protection efficace des conditions de vie et de travail des travailleurs ainsi qu'une meilleure protection de leur sécurité et de leur santé, les États membres sont tenus de garantir que l'effet utile de ces droits soit intégralement assuré, en les faisant bénéficier effectivement des périodes minimales de repos journalier et hebdomadaire prévues par cette directive**. Il s'ensuit que les modalités définies par les États membres pour assurer la mise en œuvre des prescriptions de la directive 2003/88 ne doivent pas être susceptibles de vider de leur substance les droits consacrés à l'article 31, paragraphe 2, de la Charte et aux articles 3 et 5 de cette directive (voir, en ce sens, arrêt du 14 mai 2019, CCOO, C-55/18, EU:C:2019:402, points 42 et 43).

36 À cet égard, il y a également lieu de rappeler que **le travailleur doit être considéré comme la partie faible dans la relation de travail, de telle sorte qu'il est nécessaire d'empêcher que l'employeur ne dispose de la faculté de lui imposer une restriction de ses droits** (arrêt du 14 mai 2019, CCOO, C-55/18, EU:C:2019:402, point 44 et jurisprudence citée).

A la connaissance du rapporteur, la CJUE ne s'est pas prononcée précisément sur le cas de la compatibilité d'une législation nationale ayant fixé au dimanche le jour de repos hebdomadaire des salariés avec la fermeture d'un commerce de détail alimentaire le samedi pour des raisons religieuses tenant au suivi du *shabbat*, au regard du principe de la liberté d'entreprendre et de celui de l'égalité de traitement entre les commerces à l'origine d'une discrimination indirecte.

Au cas présent, la cour d'appel, après avoir rappelé les termes de la décision 2009-588 du Conseil constitutionnel (arrêt p. 8 à 11), a énoncé (p.11 et 12) :

« Sur le principe du repos dominical
(...)

Il résulte directement de cette décision que la réglementation relative au repos dominical, que conteste la Société, n'est contraire ni au principe d'égalité ni à celui de la liberté d'entreprendre.

Cette réglementation vise à assurer la protection à la fois d'intérêts individuels, - en l'occurrence, le repos régulier et prévisible, donc le droit à la santé, à l'intégrité physique et morale -, et la participation à la vie familiale ou sociale, et d'intérêts collectifs, précisément par cette faculté dont peut disposer un salarié d'accéder librement, périodiquement,

régulièrement, à un ensemble de circonstances qui permet au plus grand nombre de se réunir.

La réglementation est proportionnée aux buts recherchés puisqu'elle prévoit, d'abord, que les magasins alimentaires peuvent ouvrir, avec des salariés, jusqu'à 13 heures.

Ensuite, il est possible de solliciter des dérogations.

Il faut souligner, à cet égard, que la Société n'est pas fondée à invoquer une quelconque discrimination au motif que le quartier dans lequel se situe le magasin devrait bénéficier de la qualité de 'zone touristique' au sens des dispositions en cause. Outre qu'il n'appartiendrait en aucune façon au juge judiciaire de se prononcer à cet égard, la Société ne démontre en aucune manière que seraient réunies l'ensemble des conditions permettant de conférer au [Localité 3] une telle qualité de 'zone touristique'.

Quoi qu'il en soit, un mécanisme de dérogations existe, que ne conteste pas la Société, de droit ou résultant d'une autorisation préfectorale. C'est le choix de la Société que de n'avoir pas sollicité de dérogation et elle se trouve donc d'autant moins fondée à invoquer un quelconque caractère excessif et attentatoire à la liberté, du principe du repos dominical.

Sur le caractère discriminatoire et l'atteinte à la liberté d'entreprendre résultant de l'obligation du repos dominical

Il résulte des considérations qui précèdent que le principe du repos dominical n'est manifestement pas discriminatoire.

De fait, la Société invoque une discrimination indirecte, résultant du désavantage spécifiquement subi par les commerces casher, résultant à la fois du nombre bien supérieur de jours de fermeture qu'ils devraient exposer par rapport à un autre magasin similaire (91 jours de fermeture contre 32 jours) et de l'atteinte à la liberté du culte au regard de pratiques rituelles des habitudes de consommation de la clientèle du magasin « qui fait ses achats ou célèbre des offices importants le dimanche après-midi après avoir fait Shabbat, pendant un jour 1/2 ».

La cour est convaincue de la nécessité que la religion, qui relève de la sphère privée, puisse s'exercer librement dans le cadre des lois de la République.

Mais la Société ne peut invoquer que l'atteinte qui serait portée au seul exercice de sa religion à elle, étant bien entendu compris ici que cela concernerait les salariés ou les responsables du magasin. La Société n'est évidemment aucunement fondée à invoquer une quelconque atteinte à la liberté religieuse que subirait des tiers.

Pour ce qui la concerne, elle n'établit en rien une quelconque atteinte.

Il est d'ailleurs intéressant de noter que la Société éclaire spontanément le débat lié à une éventuelle discrimination religieuse indirecte par la perte de chiffre d'affaires qui résulterait de cette discrimination. La Société n'apporte en tout état de cause pas la moindre démonstration à cet égard non plus.

Enfin et surtout, il convient de rappeler ici que la présentation que fait la Société de la situation tend à travestir l'enjeu du débat.

En effet, ce que l'inspection du travail reproche à la Société n'est pas que le magasin ouvre le dimanche après 13 heures mais que des salariés y travaillent le dimanche après 13 heures sans que la Société ne remplisse les conditions pour ce faire.

Il n'y a donc ni atteinte à la liberté religieuse, même indirectement, ni atteinte à la liberté d'entreprendre.

Sur les questions préjudicielles

Il résulte directement de la discussion qui précède qu'aucune des deux questions préjudicielles soulevées par la Société ne mérite d'être posée étant relevée, d'une part, que si elles étaient préjudicielles elles auraient dû être soulevées préalablement et non à titre 'très subsidiaire' et surtout, d'autre part, que la directive européenne n° 2003-88 du 4 novembre 2003, relative à l'organisation du temps de travail n'a jamais été interprétée comme rendant irrégulière la réglementation française.

Il sera rappelé ici, à toutes fins, que cette directive ne pose pas le principe du repos dominical mais celui du repos hebdomadaire : « Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie au cours de chaque période de sept jours, d'une période minimale de repos sans interruption de vingt-quatre heures auxquelles s'ajoutent les onze heures de repos journalier prévues » par l'article 3 de la directive. La jurisprudence de la CJUE interprète cet article de la directive comme imposant un jour de repos tous les sept jours mais un jour de repos au moins au sein d'une période de sept jours.

De plus, l'article 15 de cette directive prévoit que celle-ci « ne porte pas atteinte à la faculté des Etats membres d'appliquer ou d'introduire des dispositions législatives, réglementaires ou administratives plus favorables à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs ou de favoriser ou de permettre l'application de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux plus favorables à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs ».

La réglementation française, qui pose le principe du repos hebdomadaire dominical, à partir de 13 heures, pour les commerces alimentaires, s'inscrit directement dans ces dispositions.

Rien ne justifie qu'il soit fait droit à la demande de questions préjudicielles présentée par la Société. »

Le mémoire ampliatif soutient que la fermeture du magasin le samedi plutôt que le dimanche, compatible avec le droit au repos hebdomadaire des salariés et indispensable au maintien de leurs liens familiaux s'ils sont eux-mêmes de confession juive, est la seule organisation permettant à la société Distribution Voltaire de n'avoir pas à choisir entre sa liberté d'entreprendre, dont l'exercice doit être concret et effectif, et la liberté religieuse de ses clients. Il fait valoir qu'afin d'assurer l'alignement des jours d'exploitation du supermarché sur le calendrier hébraïque et obtenir le titre de magasin *casher* par le Consistoire central, le supermarché exploité par la société ferme tous les vendredis à 15 heures en hiver et à 18 heures en été et toute la journée du samedi pour le « *shabbat* », jour de repos de la religion juive débutant le vendredi soir à la tombée de la nuit. Ces restrictions apportées à l'ouverture du magasin constituent donc, de fait, une condition nécessaire d'accès des personnes de confession juive à un magasin *casher* et, de ce fait, de pratique de leur religion.

Le MA suggère (p.32) que la cassation soit prononcée sans renvoi, en application de l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire, et que la Cour de cassation statuant au fond déboute de l'ensemble de leurs demandes Mme [V], en qualité d'inspectrice du travail de l'unité de contrôle des [Localité 6], [Localité 1] et [Localité 3], et les syndicats.

Le MD réplique qu'en ses trois branches, le moyen manque par le fait même supposé lui servir de base, alors qu'il n'a jamais été question d'interdire l'ouverture du magasin Cachershop le dimanche après-midi mais, ce qui est totalement différent, de lui interdire l'emploi de salariés le dimanche après-midi. Il ajoute qu'aucune atteinte à la liberté d'entreprendre, encore moins à la liberté religieuse ou à l'égalité de traitement, ne peut être utilement invoquée, qu'au demeurant la société de Distribution Voltaire ne produit aucun élément de preuve à l'appui de son argumentation sur la perte de chiffre d'affaires résultant de sa fermeture le dimanche après-midi aurait abouti "à exploiter un magasin casher déficitaire". Il fait valoir au regard de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat, ainsi que des normes internationales, qu'une dérogation générale à la règle commune de portée générale du repos dominical ne saurait être accordée à un individu ou à une personne morale pour un motif religieux, soit en l'occurrence, pour compenser des sujétions imposées par sa religion.

4-3- La demande subsidiaire de saisine préjudicielle de la Cour de justice de l'Union européenne

Le mémoire ampliatif demande, à titre subsidiaire, le prononcé d'un sursis à statuer et le renvoi à la Cour de justice de l'Union européenne des deux questions préjudicielles suivantes (MA p.33) :

« Les dispositions combinées des articles R. 1455-6 et L. 3132-13 du code du travail, qui permettent au juge des référés d'interdire sous astreinte, sur le fondement de la cessation d'un trouble manifestement illicite, à un commerce de détail alimentaire exclusivement casher d'employer des salariés le dimanche après 13 heures, alors que le magasin, afin d'être considéré comme conforme aux lois de la « Cacherout » et de recevoir la clientèle à laquelle ses produits sont destinés, est déjà tenu de fermer le samedi pour des raisons religieuses tenant au suivi du shabbat, ne sont-elles pas incompatibles avec le principe d'égalité de traitement et la prohibition de la discrimination indirecte fondée sur la religion, garantis notamment par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne et l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, d'une part, et la liberté d'entreprendre, garantie par l'article 16 de la même Charte, d'autre part ?

Les dispositions de l'article 5 de la directive n° 2003/88/CE du 4 novembre 2003, combinées avec celles de la directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, notamment ses articles 1er et 2, lues à la lumière de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne et des articles 16 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'opposent-elles à une législation telle que celle issue des articles R. 1455-6 et L. 3132-13 du code du travail, permettant à un juge des référés d'interdire sous astreinte, sur le fondement de la cessation d'un trouble prétendument manifestement illicite, à un commerce de détail alimentaire exclusivement casher d'employer des salariés le dimanche après 13 heures, alors que le magasin afin d'être considéré comme conforme aux lois de la « Cacherout » et de recevoir la clientèle à laquelle ses produits sont destinés, est déjà tenu de fermer le samedi pour des raisons religieuses tenant au suivi du shabbat ? »

Elle soutient que le traitement de ces questions contribuerait à éclairer :

- l'interprétation de l'article 5 de la directive n° 2003/88/CE du 4 novembre 2003, relatif au repos hebdomadaire ;
- l'interprétation et la portée de la directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, notamment son article 1^{er} ;
- la portée de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne, ainsi que des articles 16 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Il appartiendra à la Cour, au regard de l'ensemble de ces éléments, de se prononcer sur les mérites du moyen et, le cas échéant, sur la pertinence d'un renvoi à la Cour de justice de l'Union européenne des questions préjudicielles.