

Justification du recours au travail de nuit dans le secteur du commerce : présomption de conformité à la loi de la justification résultant d'un accord collectif et compétence du juge des référés

Issu de Bulletin Joly Travail - n°04 - page 253

Date de parution : 01/12/2018

Id : BJT110t1

Réf : BJT déc. 2018, n° 110t1, p. 253

Auteur :

Laurent Marquet De Vasselot, avocat associé, CMS Francis Lefebvre
Avocats, professeur associé à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)

La cour d'appel de Paris interdit à la société Monoprix l'emploi de salariés après 21 heures par un arrêt qui soulève ainsi les questions du contrôle de la justification du recours au travail de nuit telle que résultant d'un accord collectif, de l'existence d'une présomption de conformité à la loi de cette justification, et de la compétence du juge des référés.

CA Paris, 7 sept. 2018, n° 17/16450

Extrait :

Sur le travail de nuit dans les établissements non situés dans les zones touristiques internationales

En application de l'article L. 3122-2 du Code du travail, tout travail effectué au cours d'une période d'au moins neuf heures consécutives comprenant l'intervalle entre minuit et 5 heures est considéré comme du travail de nuit ; la période de nuit commence au plus tôt à 21 heures et s'achève au plus tard à 7h.

L'article L. 3122-1 du Code du travail, dont les dispositions sont d'ordre public, pose un principe tenant au caractère exceptionnel du travail de nuit ; le texte énonce que le recours au travail de nuit doit prendre en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et doit être justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale.

L'article L. 3122-15 du Code du travail, qui organise le champ de la négociation collective, dispose notamment que l'accord collectif est soumis aux justifications du recours mentionnées à l'article L. 3122-1.

En l'espèce les établissements non situés dans les zones touristiques internationales sont soumis à l'accord du 9 décembre 2016, à l'exception du magasin Monoprix Pelleport qui dispose d'un accord qui lui est propre.

L'accord du 9 décembre 2016 prévoit le recours au travail de nuit à deux titres :

- les magasins qui sont amenés à faire travailler certains collaborateurs/trices dès 5h00, pour des raisons liées à des impératifs logistiques ou à des contraintes matérielles ;
- les magasins dont l'ouverture à la clientèle jusqu'à 22h00 au plus tard répond à un réel besoin de la clientèle.

Au soutien de leur appel, les syndicats font valoir que le travail de nuit est strictement encadré et doit rester exceptionnel ; il doit être justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale comme l'exige l'article L. 3122-1 du Code du travail ; que le mode normal d'organisation du travail pour les commerces de détail à prédominance alimentaire est le travail diurne ; que contrairement à ce qui a été décidé par le premier juge, le volontariat n'est pas un fait justificatif de la violation de l'ordre public, le travail de nuit ne peut pas être justifié par les nouvelles habitudes de la clientèle dans les grandes zones urbaines, la concurrence des autres enseignes ou le manque à gagner de l'enseigne.

La société Monoprix Exploitation expose en réplique que les textes comme la jurisprudence autorisent le recours au travail de nuit sous réserve de la conclusion d'un accord collectif ; que l'article L. 3122-15 du Code du travail définit les modalités et contreparties du travail de nuit, la direction générale du travail ayant admis la possibilité de ce travail dans les commerces alimentaires ; que la société assure un service d'utilité sociale en répondant à la demande de la clientèle urbaine et assure la continuité de l'activité économique ; que de nombreuses conventions collectives justifient depuis longtemps le recours au travail de nuit sans avoir été critiquées, dont notamment celle pour le commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire ; que la chambre sociale a posé un principe de présomption de légalité des accords collectifs régulièrement signés, présomption que les appelants ne parviennent pas à combattre ; que l'accord du 9 décembre 2016 n'a pas fait l'objet d'opposition.

Le syndicat SNEC CFE-CGC fait également valoir que le recours au travail de nuit est admis dès lors qu'il est organisé par un accord collectif, que l'accord du 9 décembre 2016 a été régulièrement négocié et signé, et qu'il s'appuie sur le volontariat des salariés.

Il convient toutefois de considérer au vu des dispositions du code du travail précédemment énoncées, que l'accord collectif qui organise les modalités du recours au travail de nuit, est soumis aux justifications du recours mentionnées à l'article L. 3122-1, à savoir la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale.

Ces justifications doivent faire l'objet d'une appréciation distincte selon les deux cas de recours au travail de nuit organisés par l'accord du 9 décembre 2016, à savoir le travail dès 5h qui selon l'accord est motivé par des raisons liées à des impératifs logistiques ou à des contraintes matérielles et d'autre part les magasins dont l'ouverture à la clientèle jusqu'à 22h répond, selon l'accord, à un besoin de la clientèle.

S'agissant de l'ouverture des magasins jusqu'à 22h, le préambule de l'accord énonce que cette ouverture permet de répondre à « une demande grandissante de la clientèle urbaine, par ce service d'utilité sociale, et d'assurer ainsi la continuité de l'activité économique. »

Néanmoins il y a lieu de relever que la continuité de l'activité économique de l'entreprise n'est pas manifestement mise en cause par l'organisation du travail dans le respect des dispositions de l'article L. 3122-2 du Code du travail, qui permet d'effectuer le travail de jour jusqu'à 21h.

En outre le besoin de la clientèle, énoncé au sens général, ne peut pas correspondre à la justification d'effectuer un service d'utilité sociale qui est l'objectif poursuivi dans les secteurs d'activité spécifiques, tels la santé ou la sécurité des personnes.

Il apparaît donc manifeste que l'ouverture des magasins jusqu'à 22h ne répond pas aux exigences posées par l'article L. 3122-1 du Code du travail.

S'agissant du travail à partir de 5h, le préambule de l'accord du 9 décembre 2016 énonce qu'il s'agit « d'assurer l'ouverture du magasin au public dans des conditions optimales compte tenu des contraintes logistiques, de circulation opérationnelles auxquelles font face certains magasins. »

Cette justification rejoint celle posée par la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire, modifiée par deux avenants du 26 novembre 2003 et du 28 janvier 2011, qui dispose dans son article 5.12 que le recours au travail de nuit peut être justifié par :

- la nécessité d'assurer le respect de la sécurité alimentaire et d'approvisionner les points de vente afin qu'ils soient prêts avant l'ouverture au public ;
- la nécessité de préparer les marchandises, notamment alimentaires et le magasin en général avant l'ouverture au public, assurer l'ouverture au public dans des conditions optimales.

En outre la circulation des véhicules de livraison fait l'objet de réglementations restrictives au sein de la ville de Paris, en application de l'arrêté municipal du 13 décembre 2006 et de l'arrêté du Préfet de police de Paris du 22 décembre 2006, qui limitent l'organisation de la distribution des marchandises et de la manutention sur la période de travail de jour.

Par suite, ces contraintes logistiques apparaissent conformes à la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique de l'entreprise.

CA Paris, 7 sept. 2018, n° 17/16450

Le recours au travail de nuit dans le secteur du commerce donne lieu à de multiples contentieux. Portant notamment sur la justification du recours au travail de nuit (ce commentaire s'intéresse exclusivement à la question essentielle de la justification du recours au travail de nuit et ne traite pas de celles relatives aux contreparties ou au régime du travail en soirée introduit par la loi n° 2005-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques), ils s'inscrivent dans le contexte suivant.

Dans une affaire médiatisée dite « SEPHORA », l'entreprise avait été condamnée, sous astreinte, à cesser d'employer des salariés entre 21 heures et 6 heures dans son établissement des Champs-Élysées. La Cour de cassation avait alors considéré que le travail de nuit ne peut pas être le mode normal d'organisation du travail au sein d'une entreprise et ne doit être mis en œuvre que lorsqu'il est indispensable à son fonctionnement. Ainsi, « l'attractivité commerciale liée à l'ouverture de nuit du magasin des Champs-Élysées ne permettait pas de caractériser la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique » (Cass. soc., 24 sept. 2014, n° 13-24851). Dans une affaire « CARREFOUR CITY », l'entreprise et son gérant avaient été condamnés à des amendes pour avoir fait travailler des salariés au-delà de 21 heures. Selon la Cour, le travail de nuit devant rester exceptionnel, l'activité de commerce alimentaire n'exigeait pas, pour l'accomplir, de recourir au travail de nuit (Cass. crim., 2 sept. 2014, n° 13-83304).

Des contentieux ayant impliqué des entreprises relevant de la Convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire sont nés ultérieurement. Ils se sont toutefois inscrits dans un contexte différent puisque le travail de nuit était mis en œuvre, non pas comme dans les affaires précédentes par décisions de l'employeur, mais en exécution d'accords collectifs justifiant du recours à ce mode d'organisation du travail. Le débat relatif au contrôle de la justification du recours au travail de nuit lorsque celle-ci figure dans un accord collectif avait donc pris une dimension contentieuse.

Des syndicats, se fondant sur la jurisprudence citée ci-dessus, ont pu obtenir une ordonnance de référé faisant interdiction à deux hypermarchés, sous astreinte de 100 000 euros par infraction constatée, d'employer des salariés le matin avant 5 heures, le juge considérant que n'était pas établie la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique requise par l'article L. 3122-1 du Code du travail. En appel, l'entreprise avait développé une argumentation reposant sur la présomption de légalité des accords justifiant le recours au travail de nuit. Accueillant cette présomption et donnant toute sa portée à la négociation collective, et plus encore sa force à l'accord collectif, la cour d'appel de Nîmes (22 sept. 2016, n° 15/05048) a infirmé l'ordonnance du TGI d'Avignon et admis le recours au travail de nuit, considérant que « la justification du recours au travail de nuit par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives investies de la défense des droits et des intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, est présumée établie et ses modalités justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les contestent de démontrer qu'elles sont contraires aux dispositions légales qui les régissent » (dans son arrêt du 30 mai 2018 n° 16-26394, la chambre sociale de la Cour de cassation, réunie en formation plénière, a confirmé l'arrêt d'appel de Nîmes en rejetant le pourvoi dont il avait fait l'objet. En un même sens : CA Montpellier, 11 janv. 2018, n° 16/02448).

C'est précisément au regard de cet arrêt que le Gouvernement s'est emparé du sujet pour tenter de sécuriser les accords collectifs autorisant le recours au travail de nuit, ce en leur faisant bénéficier d'un régime de présomption légale de conformité. L'étude d'impact du projet de loi l'exprimait clairement : « La cour d'appel de Nîmes, à l'occasion d'un recours contre un accord mettant en place le travail de nuit sur le site Auchan, a adopté une interprétation plus souple que la Cour de cassation sur le caractère exceptionnel du travail de nuit, laissant davantage de place à la négociation collective et à la présomption de justification » (Étude d'impact du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, 27 juin 2017). La réforme procédant de la solution rendue par la cour d'appel de Nîmes a ainsi eu pour objectif de sécuriser les accords collectifs autorisant le recours au travail de nuit. L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail a ainsi complété l'article L. 3122-15 du Code du travail d'un nouvel alinéa pour introduire cette présomption : « Cette convention ou cet accord collectif est présumé négocié et conclu conformément aux dispositions de l'article L. 3122-1 ».

C'est dans ce cadre que le contentieux MONOPRIX prend place.

L'intersyndicale Clic-P regroupant les organisations syndicales CGT, FO, SUD, SECI-UNSA et SCID avait engagé une action en référé pour qu'il soit ordonné à la société MONOPRIX de cesser d'employer des salariés dans ses établissements entre 21 heures et 6 heures du matin, et ce sous astreinte de 30 000 euros par infraction constatée.

Les accords prévoient le recours au travail de nuit à deux titres, d'une part jusqu'à 22 heures au plus tard pour répondre à un réel besoin de la clientèle, d'autre part, dès 5 heures du matin pour des raisons tenant à des impératifs logistiques ou à des contraintes matérielles.

Rappelant que le recours au travail de nuit doit être justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale (C. trav., art. L. 3122-1), la cour d'appel de Paris a entendu apprécier chacune des deux justifications prévues par les accords d'entreprise et d'établissement.

Cela l'a conduit à admettre le travail de nuit à partir de 5 heures en se fondant sur la justification énoncée dans l'accord d'entreprise aux termes duquel il s'agit d'assurer l'ouverture du magasin au public dans des conditions optimales compte tenu des contraintes logistiques de circulation opérationnelles auxquelles font face certains magasins et sur les justifications énoncées à l'article 5-12 de la convention collective (respect de la sécurité alimentaire, nécessité d'approvisionner les points de vente et de préparer les marchandises et les magasins afin qu'ils soient prêts avant l'ouverture au public, et de respecter les réglementations restrictives relatives à la circulation des véhicules de livraison dans Paris qui limitent l'organisation de la distribution des marchandises et de la manutention sur la période de travail de jour). La cour en tire ainsi la conclusion que « ces contraintes logistiques apparaissent conformes à la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique de l'entreprise ». Le juge, sans toutefois que la solution procède d'une quelconque présomption de conformité à la loi de la justification du recours au travail de nuit figurant dans l'accord collectif, a ainsi admis le recours au travail de nuit.

C'est cependant en sens contraire qu'il juge quant à la légalité du recours au travail de nuit après 21 heures. Le juge interdit en effet l'ouverture des magasins jusqu'à 22 heures au double motif que la continuité de l'activité économique de l'entreprise n'est manifestement pas mise en cause et que le besoin de la clientèle, énoncé au sens général, ne peut pas correspondre à la justification d'effectuer un service d'utilité sociale qui, selon le juge, est l'objectif poursuivi dans les secteurs d'activité spécifiques, tels que la santé ou la sécurité des personnes.

À cet égard, la décision, alors même que la justification du recours au travail de nuit après 21 heures résulte de l'accord collectif, est exposée à la critique singulièrement au regard du principe de présomption et des pouvoirs du juge de référés. Rappelons que les arrêts de principe de la chambre sociale de la Cour de cassation du 27 janvier 2015 (n° 13-22179 et 13-25437) ont constitué un premier pas vers la présomption de légalité des conventions et accords collectifs négociés et signés par les organisations syndicales représentatives, lesquels se sont prolongés

dans les arrêts du 8 juin 2016 (n° 15-11324) et 3 novembre 2016 (n° 15-18444). Si l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 n'a pas institué une présomption de légalité pour tous les accords collectifs afin de les sécuriser, comme cela avait été initialement envisagé, elle l'a cependant fait pour les accords collectifs d'entreprise mettant en place le travail de nuit. L'ordonnance n'a fait que traduire de façon explicite un principe déjà présent dans notre droit positif et mis en lumière par le Conseil constitutionnel dans ses décisions n° 2008-568 DC du 7 août 2008 (consid. 14) et n° 2014-373 QPC du 4 avril 2014 (consid. 11), selon lequel il est loisible au législateur, en vertu de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 aux termes duquel « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises », de confier à la convention collective le soin de préciser les modalités concrètes d'application des principes fondamentaux du droit du travail, parmi lesquels la prise en compte des impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs. Ainsi, les dispositions du Code du travail relatives au travail de nuit s'inscrivent dans un cadre légal et constitutionnel très particulier. Sur le fondement de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel affirme qu'« il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte ». Le mécanisme de délégation législative, qui permet au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution, confère une valeur particulière aux stipulations conventionnelles qui en résultent (en ce sens : Dutheillet de Lamothe O. : « Existe-t-il un droit constitutionnel du travail ? », JCP S 7 févr. 2012, et Odoul-Asorey I., *Négociation collective et droit constitutionnel, Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit*, LGDJ, p. 49.).

C'est donc sur le fondement du principe constitutionnel de participation des partenaires sociaux à la détermination collective des conditions de travail ainsi que de participation à la gestion des entreprises que le législateur a délégué sa compétence aux organisations syndicales pour mettre en place le travail de nuit. À raison de la légitimité des organisations syndicales représentatives investies de la défense des droits et des intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leurs votes, la justification du recours au travail de nuit par voie de conventions ou d'accords collectifs doit être présumée établie. En conséquence, la compétence du juge des référés pour constater qu'un trouble manifestement illicite résulte des dispositions mêmes de l'accord appelle de sérieuses réserves. La question de la nature et de l'étendue du contrôle que le juge peut exercer à l'égard des dispositions conventionnelles relatives au travail de nuit avait été tôt et clairement exposée par Madame Sabine Mariette, conseiller référendaire à la Cour de cassation, rapporteur de l'arrêt SEPHORA : « (...) Or, la loi du 9 mai 2001 s'en est remise aux partenaires sociaux pour qu'ils apportent les justifications du recours au travail de nuit afin d'assurer la continuité de l'activité économique, adopter des dispositions assurant la santé et la sécurité des travailleurs et prévoir les contreparties. En conférant à l'accord collectif la possibilité de définir les normes d'organisation de l'entreprise, le législateur a ainsi présumé la légitimité des organisations syndicales à incarner l'intérêt collectif. Comment seront interprétés les accords collectifs déjà conclus organisant le travail de nuit ? Ne risquent-ils pas d'être invalidés au motif qu'ils ne sont pas suffisamment motivés si les juges considèrent que le caractère exceptionnel n'aura pas été suffisamment étayé par les partenaires sociaux ? Au regard de l'impératif européen de protection de la santé des salariés, l'interrogation est légitime. Le parallèle pourrait être fait avec les accords relatifs au forfait-jours qui se sont révélés, les uns après les autres, illicites à la suite de la décision de principe posée en juin 2011 par la chambre sociale. À moins que la Cour de cassation fasse preuve de circonspection et restreigne l'étendue de son contrôle à l'instar de la solution qu'elle a retenue pour les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs lesquelles sont désormais présumées justifiées puisque les accords collectifs sont négociés et signés par des organisations syndicales représentatives investies de la défense des

droits et intérêts des salariés, et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote » (Mariette S., « Quelques réflexions sur le travail de nuit », RJS nov. 2015, p. 655).

C'est donc singulièrement la question de la compétence du juge des référés qui est posée. La Cour de cassation juge de façon constante que seule la violation évidente de la règle de droit constitue un trouble manifestement illicite (Cass. 1^{re} civ., 8 févr. 2017, n° 15-26760). Le caractère « manifeste » du trouble illicite renvoie à la raison d'être initiale du juge des référés, juge de l'immédiat, de l'évident, de ce qui implique une intervention dans un litige exempt de doute. La question du contrôle par le juge des référés de l'appréciation des justifications du recours au travail de nuit telles qu'entérinées par des organisations syndicales, légitimes, du fait de leur audience électorale, à incarner l'intérêt collectif par délégation législative est donc cruciale. Elle l'est d'autant plus que la conclusion d'un accord collectif caractérise l'exercice, par l'employeur, de sa liberté contractuelle et de sa liberté d'entreprendre, toutes deux également garanties par la Constitution, sur le fondement respectivement de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (Cons. constit., 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC) et du cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (Cons. constit., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC).

Issu de Bulletin Joly Travail - n°04 - page 253

Date de parution : 01/12/2018

Id : BJT110t1

Réf : BJT déc. 2018, n° 110t1, p. 253

Auteur :

Laurent Marquet De Vasselot, avocat associé, CMS Francis Lefebvre
Avocats, professeur associé à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)