



Le repos dominical après la loi du 10 août 2009

Mireille Poirier

DANS **LE DROIT OUVRIER** 2010/1 N° 738 , PAGES 22 À 39

ÉDITIONS **CONFÉDÉRATION GÉNÉRALE DU TRAVAIL**

ISSN 0222-4194

DOI 10.3917/drou.738.0022

Date de mise en ligne : 12/09/2024

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-le-droit-ouvrier-2010-1-page-22?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Confédération générale du Travail.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Le repos dominical après la loi du 10 août 2009

par *Mireille POIRIER*, Maître de conférences à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

PLAN

I. La banalisation des dérogations au principe du repos dominical

- A. L'empilage des dérogations
- B. Un engrenage funeste

II. L'incohérence du statut du travailleur privé de son repos dominical

- A. Un statut très éclaté
- B. Des zones de turbulences

« *Qui a volé « l'aertété » ?* » s'interroge l'inspecteur Martin Bryau dans un « polar social » concocté en 2001, par le romancier Jean-Michel Leterrier (1). Cette enquête peu ordinaire mène notre policier sur les traces de la « RTT » – entendez par là la réduction du temps de travail. Selon Mme Samira, voyante de son état, cette disparition affecterait principalement le milieu culturel.

« *Martine V., la sociologue, confirma bien que la RTT avait effectivement disparu. Non pas que l'on soit revenu aux 39 heures, mais les quatre heures gagnées chaque semaine depuis l'application de la loi, le 1^{er} février 2000, avaient bel et bien disparu. En clair, dit-elle, « ces quatre heures-là s'étaient en quelque sorte envolées, évaporées ». Les gens n'allaient pas plus au théâtre, ne lisaient pas plus de livres, ne pratiquaient pas davantage de sport et ne participaient pas plus à la vie associative. « Bref, conclut Martine, malgré quatre heures de loisirs en plus, tout est comme avant. Où sont passées ces heures ? »* (2).

Que les lecteurs du *Droit Ouvrier* pardonnent l'hérésie : pour les besoins de la cause, il convient de dévoiler dès à présent le résultat des investigations menées par l'inspecteur Martin Bryau – résumées, dans les dernières pages du roman policier, par l'entremise de la sociologue Martine V. : « *Anticipant la réduction du temps de travail et convoitant ce marché lucratif, quatre grosses entreprises du divertissement, de la restauration rapide, de l'audiovisuel et du bricolage, s'étaient regroupées afin de créer un consortium répondant au nom des plus rassurant de : « MACCASHIBOU », composé avec les premières lettres de leurs noms (Macdo-Casto-Disney-Bouygues). Convoitant, chacun, une heure de ce juteux marché, ils avaient apporté chacun 25 % du capital. Le 1^{er} février 2000, dès la mise en œuvre de la RTT, tout était prêt : campagnes publicitaires musclées, promotions alléchantes, toute la panoplie du racolage fut déployée. Les quatre mousquetaires avaient pris de l'avance sur leurs concurrents, qui n'avaient rien changé à leurs habitudes.*

« *Il faut dire, à leur décharge, souligna le prof. qui prit d'un coup son ton plus politique, que l'Etat ne les a ni incités, ni aidés. Aucune construction de théâtre ou d'opéra, pas de nouveaux musées, pas davantage de bibliothèques ou de piscines. Silence radio, contrairement à 1936, où l'Etat accompagna les réductions du temps de travail par un vaste programme de réalisations sportives et culturelles et par toute une série de mesures incitatives. L'OPA du consortium sur les quatre heures avait parfaitement réussi : elles furent détournées à son seul profit. Les salariés eux-mêmes n'y ont vu que du feu, et leur mode de vie est resté inchangé »* (3).

Les faits n'ont pas démenti l'essentiel des conclusions avancées par les personnages de ce roman policier... Avec une réserve, toutefois : le mode de vie proposé aux salariés change bel et bien. La sphère marchande se développe au point de phagocyter les occupations liées au temps libre. Nous voilà invités à

(1) Jean-Michel Leterrier, *Qui a volé « l'aertété ? »*, ed. Les Points sur les i, 2001.

(2) Idem, p. 82.

(3) Idem, p. 83 et 84.

entrer dans une société de consommation permanente. Et l'on peut, aujourd'hui, verser à la charge du dossier d'accusation l'évolution de la réglementation du repos dominical.

« Il est interdit de faire travailler un même salarié plus de six jours par semaine » prévoit l'article L. 3132-1 du Code du travail. Le repos hebdomadaire doit avoir une durée minimale de 35 heures, précise l'article L. 3132-2, l'article L. 3132-3 ajoutant que « le repos hebdomadaire est donné le dimanche ». Ce repos dominical, pour si nécessaire qu'il soit, ne peut bien évidemment pas concerner l'ensemble de la population salariale : la prise en charge de certains besoins essentiels doit être assurée, même le dimanche – raison pour laquelle la règle, posée dès 1906 (4), a toujours connu des dérogations.

D'ailleurs, en 1991, 18,5% des salariés travaillaient le dimanche de façon occasionnelle ou habituelle – soit près d'un salarié sur cinq... quand même ! En 2008, le travail du dimanche concerne 28 % des salariés – soit environ 6,5 millions de personnes (5). Un peu plus de dix points en l'espace de dix-huit ans, pour toucher aujourd'hui près d'un salarié sur trois. C'est, qu'en effet, les dérogations au principe du repos dominical ont été élargies, notamment depuis le début des années 1990 – jusqu'à la toute récente 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 » (6).

L'intitulé, passablement indigeste, se veut rassurant : le principe du repos dominical est réaffirmé par le législateur de 2009. Au-delà de cette pétition de principe, le champ des dérogations est en réalité élargi, conduisant, une fois de plus, à une banalisation du travail dominical (I). Cela au grand bénéfice du consortium « MACCASSIBOU », et de quelques autres enseignes commerciales, tout autant connues.

Dans ces conditions, est-ce du côté du statut du travailleur privé de son repos dominical qu'il faut se tourner pour trouver un souffle nouveau dans cette énième extension des dérogations au repos dominical ? Hélas ! L'analyse montre que l'incohérence du statut du travailleur privé de son repos dominical est le second trait marquant de la réforme d'août 2009 (II).

La loi du 10 août 2009 apparaît, à maints égards, bien décevante...

I. La banalisation des dérogations au principe du repos dominical

L'existence de dérogations au principe du repos dominical est ancienne, aussi ancienne que le principe lui-même. La loi du 10 août 2009 ne fait que conforter une tendance très nette au grignotage de la règle, via l'empilement des dérogations (A). Ce faisant, la réforme amplifie l'engrenage funeste dont est victime, depuis longtemps déjà, la règle du repos dominical (B).

A. L'empilage des dérogations

La règle du repos dominical a une origine très ancienne. Sa première manifestation légale date en effet de la loi du 19 mai 1874 qui, en même temps qu'elle repousse l'âge d'admission au travail industriel des enfants à 12 ans (7) et maintient leur durée journalière

de travail à 12 heures, interdit de les employer le dimanche (8). La même interdiction sera élargie aux femmes en 1892 (9). Puis ce fût la célèbre loi du 12 juillet 1906 qui posa le principe du repos dominical pour tous les salariés. Loi assortie, pour des raisons évidentes, d'un nombre non négligeable de dérogations.

Au fil des trente dernières années, ces dérogations se sont enrichies à un point tel que le principe même du repos dominical est très sérieusement ébranlé. Leur nombre est d'ailleurs difficilement quantifiable (10). Il en résulte une matière particulièrement aride et complexe, avec des dérogations dont la justification s'estompe, réforme après réforme.

(4) Loi du 12 juillet 1906.

(5) DARES, « Le travail du dimanche en 2008 », Premières synthèses, n° 42.1, octobre 2009.

(6) JO du 11 août 2009. Cf. Marc Véricel, « La loi du 10 août 2009 relative au travail dominical : réaffirmation du principe du repos dominical ou généralisation du travail le dimanche ? », RDT 2009, 573 ; « Droit cri-TIC » (<http://koubi.fr>), site Internet animé par Mme Geneviève Koubi ; Sébastien Tournaux, « Le paradoxe de la loi du 10 août 2009 : réaffirmation du principe du repos dominical et extension des hypothèses dérogatoires », Lexbase hebdo n° 362, 10 sept. 2009, éd. soc. ; Mickaël d'Allende, « Réforme du repos dominical – Loi n° 2009-974 du 10 août 2009 », JCP éd. S, n° 37, doct. n° 1385, p. 8.

(7) Il était fixé à 8 ans par « l'acte de naissance » du droit du travail, à savoir la loi du 22 mars 1841.

(8) Cf. Gérard Aubin et Jacques Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail*, PUF, 1^{re} éd., 1995, p. 223.

(9) Loi du 2 novembre 1892. Cf. Gérard Aubin et Jacques Bouveresse, ouvrage précité.

(10) A notre connaissance, aucune étude n'a été réalisée pour donner le nombre de dérogations accordées et d'entreprises concernées. Les dérogations ne se réduisent certainement pas à la liste des 181 catégories d'établissement autorisées à déroger de droit au repos dominical – cf. *infra*.

De 1906 jusqu'à nos jours, il reste cependant possible de distinguer deux grandes catégories de dérogations : celles accordées de plein droit par le Code du travail (1°), et celles à caractère plus « exceptionnel », soumises à autorisation (2°).

1. Les dérogations de plein droit

La loi du 12 juillet 1906 a assorti la règle du repos dominical de nombreuses dérogations « de droit » – le champ de ces dérogations ayant été élargi en 1992 (11).

a) Les établissements autorisés à donner le repos hebdomadaire par roulement

L'article L. 3132-12 du Code du travail prévoit que « 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. Un décret en conseil d'Etat détermine les catégories d'établissements intéressées ».

En conséquence, le Code du travail fournit, sous la forme d'un tableau, la liste de 181 catégories d'établissements dans lesquels certains travaux ou certaines activités expressément visés peuvent être réalisés – même le dimanche (12). Il est évident que le repos dominical ne doit pas contrarier la réponse à certains besoins essentiels, de même qu'il doit permettre la réalisation d'activités de détente et de loisirs propices à être mises en œuvre ce jour-là. L'interdiction doit donc forcément s'accompagner de dérogations – qui ne suscitent guère d'hésitations.

Plus discutable est le sensible allongement de la liste de ces dérogations, opéré en 1992 – allongement lié au « développement des activités de loisirs et de tourisme (...) : services de commerces situés dans les aéroports, activités commerciales des centres culturels, sportifs et récréatifs (...) » (13). Ne confond-on pas loisirs, tourisme et consumérisme ?

La réponse est positive dans la mesure où l'on trouve, aujourd'hui, pêle-mêle, dans la liste des établissements autorisés à donner le repos hebdomadaire par roulement : la conduite des fours dans les usines à feu continu, les services de garde dans les établissements de soins médicaux, le service de transport pour les établissements industriels et commerciaux, les activités de change, les jardineries et graineteries ou encore les débits de tabac... « Les contraintes de la production, de l'activité ou les besoins du public » sont ainsi de plus en

plus largement entendus. D'ailleurs, la loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence a ajouté dans le tableau de l'article R. 3132-5 du Code du travail les établissements de commerce de détail d'ameublement...

La loi du 10 août 2009 n'a cependant pas modifié cette première catégorie de dérogations de plein droit – sans aucun doute car elle est déjà bien étoffée.

b) Les commerces de détail alimentaires

Depuis fort longtemps, l'article L. 3132-13 du Code du travail prévoyait quant à lui que « dans les commerces de détail alimentaires, le repos hebdomadaire peut être donné le dimanche à partir de midi » – concession faite aux consommateurs qui n'auraient pas pris leurs précautions en semaine. Durant des années, assez peu de commerces ont utilisé cette faculté, dont la mise en œuvre va cependant aller croissant ces dix ou quinze dernières années.

La loi du 10 août 2009 a élargi le champ de cette seconde dérogation « de droit » au repos dominical puisque, désormais, les commerces de détail alimentaires pourront être ouverts jusqu'à treize heures (14). Cette modification apparaît somme toute assez bénigne – sauf peut-être pour les nombreux salariés des commerces de détail alimentaires qui voient leur repos dominical reporté d'une heure. On estime, en effet, qu'à l'heure actuelle, 40 % des supermarchés sont ouverts le dimanche matin (15).

Ces dérogations de plein droit apparaissent finalement non seulement anciennes, mais aussi dotées d'un champ d'application fort large. Qu'à cela ne tienne : elles sont complétées par de nombreuses dérogations « exceptionnelles » soumises à autorisation.

2. Les dérogations soumises à autorisation

Les établissements qui ne peuvent pas prétendre à une dérogation de plein droit ont encore, éventuellement, la faculté de solliciter leur ouverture le dimanche par divers moyens – dont le nombre n'a cessé d'augmenter depuis 1982.

a) Les dérogations municipales en faveur des commerces de détail

Les maires (16) ont la possibilité de supprimer le repos du dimanche dans les commerces de détail visés par leurs décisions, à raison d'un nombre limité de dimanches (17). Ce pouvoir était, à l'origine, destiné à permettre l'animation lors de fêtes locales – étant

(11) D. du 6 août 1992. Cf. Françoise Favennec-Héry et Bernard Grassi, « Rigueurs et incertitudes du principe du repos dominical », Dr. Soc. 1993, p. 336.

(12) Art. R. 3132-5, C. Trav.

(13) Françoise Favennec-Héry et Bernard Grassi, « Rigueurs et incertitudes du principe du repos dominical », précité, p. 340.

(14) Nouvel art. L. 3132-13, C. Trav.

(15) Rapport du Conseil économique et social « Consommation, commerce et mutations de la société », 2007, p. I-24.

(16) Le préfet de Paris pour Paris.

(17) Art. L. 3132-26 C. Trav.

entendu que les maires décident ici en toute opportunité.

« *Force est de constater* », soulignent Mme Françoise Favennec-Héry et M. Bernard Grassi dans un article publié en avril 1993, « *que les maires n'ont pas une pratique très légaliste de ce pouvoir* » (18) : au lieu d'être collective (comme le prévoit le texte) l'autorisation est souvent individuelle, parfois à des dates différentes (ce qu'exclut le texte) ; enfin, certains maires dépassent le quota autorisé.

Malgré ce constat, dressé peu avant son adoption, la loi « *quinquennale pour l'emploi* » de décembre 1993 (19) a augmenté le nombre de dimanches travaillés laissés à l'appréciation des maires, de trois à cinq dimanches par an. On constate, de surcroît, une évolution dans la pratique d'utilisation de cette dérogation « occasionnelle » : les autorisations municipales de déroger au repos dominical sont désormais le plus souvent utilisées pour permettre aux grandes surfaces et autres hypermarchés d'ouvrir les dimanches précédant des fêtes nationales – comme en décembre, avant les fêtes de fin et début d'année. On retrouve ici la logique consumériste. Mais, dans ces conditions, pourquoi laisser ce type de dérogations entre les mains des maires ?

Quoi qu'il en soit, et bien que des propositions allant en ce sens aient été formulées, le législateur de 2009 n'a pas augmenté à nouveau le nombre de dimanches travaillés dans le commerce de détail, laissé à l'appréciation des maires.

L'article L. 3132-26 du Code du travail reste donc inchangé.

b) Les dérogations « conventionnelles » dans les entreprises industrielles

Le travail du dimanche n'a par ailleurs pas été épargné par la possibilité, donnée aux acteurs de la négociation collective, de déroger *in pejus* au droit commun du travail. Etant entendu que ce type de dérogation concerne exclusivement les entreprises du secteur industriel.

Les équipes de suppléance (20). L'ordonnance du 16 janvier 1982 a ouvert la possibilité de mettre en place, par convention ou accord collectif étendu complété d'un accord d'entreprise, des « *équipes de*

suppléance de fin de semaine », ou « *VSD* » (21), destinées à permettre le travail des entreprises industrielles même pendant le repos dominical. L'idée n'est pas de répondre aux besoins essentiels de la population, ni de préserver l'outil de travail ou la matière produite (22), mais de « *permettre une utilisation plus intensive de certains équipements* » (23). En effet, difficile de soutenir, par exemple, que la construction d'automobiles ou de cocottes-minutes doive être réalisée même le dimanche. Qu'à cela ne tienne : la mise en œuvre de la dérogation est laissée à la libre appréciation de l'employeur et des signataires des conventions collectives de travail.

Le travail en continu (24). Dans le même ordre d'idée, toujours dans le secteur industriel, la loi n° 87-423 du 19 juin 1987 relative à la durée et à l'aménagement du temps de travail (25) a institué la possibilité d'organiser, par convention ou accord collectif étendu, le travail en continu « *pour des raisons économiques* », et d'attribuer le repos hebdomadaire par roulement. Ici encore, aucune condition de fond n'est posée par les textes fondateurs : l'opportunité de déroger à la règle du repos dominical est laissée à l'appréciation des négociateurs des conventions collectives de travail – sous le contrôle éventuel de l'inspection du travail.

Qu'il s'agisse des équipes de fin de semaine, ou du travail en continu, l'inspection du travail peut même venir en aide aux employeurs : dans l'hypothèse où la négociation collective échoue, la dérogation à la règle du repos dominical peut être accordée par l'inspecteur du travail après consultation des représentants du personnel (26). Etant étendu qu'au terme d'une évolution bien connue, la dérogation *in pejus* peut aujourd'hui être obtenue par les employeurs, non seulement par la conclusion d'une convention collective de branche étendue, mais également par la conclusion d'un simple accord d'entreprise.

Les négociateurs des conventions collectives, tout comme l'inspection du travail, disposent ainsi, depuis 1982, d'un large pouvoir de déroger à la règle du repos dominical dans le secteur industriel, dont la finalité est « *une meilleure utilisation des équipements de production* » (27) – i.e. la rentabilité des entreprises (28).

(18) Françoise Favennec-Héry et Bernard Grassi, « Rigueurs et incertitudes du principe du repos dominical », précité, p. 342.

(19) Loi du 20 décembre 1993, art. 44.

(20) Art. L. 3132-16 et ss, C. Trav.

(21) Vendredi, samedi, dimanche.

(22) Les dérogations de plein droit sont là pour cela.

(23) Cf. Bernard Teyssié, « La durée du travail (ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982) », JCP 1982, éd. G, I, 3092.

(24) Art. L. 3132-14 et ss, C. Trav.

(25) JCP 1987, éd. G, III, 60295.

(26) Art. L. 3132-14 (travail en continu) et L. 3132-18 (VSD), C. Trav. Pour une critique, cf. Sylvie Hennion-Moreau, « La règle du repos dominical », Dr. Soc. 1990, p. 434, sp. p. 441.

(27) Cf. art. R. 3132-10 (équipes de suppléance) et art. R. 3132-9 (travail en continu), C. Trav.

(28) En ce sens, Sylvie Hennion-Moreau, « La règle du repos dominical », précité.

Nul besoin, donc, pour le législateur de 2009, d'élargir ce type de dérogations à la règle du repos dominical – déjà largement octroyées par les textes.

c) Les dérogations préfectorales

C'est au plan des dérogations préfectorales qu'il faut chercher les plus importantes modifications apportées par la loi du 10 août 2009. Trois possibilités sont désormais offertes aux établissements qui entendent faire travailler les salariés le dimanche.

Le repos dominical préjudiciable au public ou compromettant le fonctionnement normal de l'établissement (29). Dès 1906, le législateur a considéré opportun de donner aux préfets des pouvoirs en matière de dérogation au repos dominical lorsque le repos simultané de tous les salariés d'un établissement apparaissait à leurs yeux « *préjudiciable au public ou compromettant le fonctionnement normal de cet établissement* ». La justification de la dérogation est ici formulée par la loi en des termes si imprécis qu'elle « *se prête à des interprétations lâches* », et laisse « *en conséquence à l'administration une certaine marge de manœuvre* » (30). Ici encore, la nécessité de la dérogation à la règle du repos dominical s'estompe.

En 1906, cette catégorie de dérogations préfectorales répondait au souci de permettre un passage « en douceur » à l'interdiction du travail dominical (31). Néanmoins, « *les autorisations d'ouvrir le dimanche furent généreusement accordées* » (32) – constat que l'on peut encore dresser un siècle plus tard...

Quoi qu'il en soit, le Conseil d'Etat a apporté un certain nombre de précisions, reprises en 2007 dans une note de la Direction générale du Travail (33). Ainsi, pour établir la réalité du « *préjudice au public* », il y a lieu de s'attacher à la nature de l'activité exercée ou des produits vendus, selon leur utilité, ou au type de clientèle, touristique ou familiale. L'appréciation de l'atteinte au « *fonctionnement normal de l'établissement* » doit, quant à elle, être fondée sur une évaluation d'ensemble des conditions de son fonctionnement : chiffre d'affaires réalisé la dimanche, affluence suscitée par une activité

dominicale voisine, implantation géographique ou commerciale d'un magasin, etc.

Cette catégorie de dérogation, provisoire (34), est en principe individuelle. Elle peut néanmoins être « *étendue à plusieurs ou à la totalité des établissements de la même localité, exerçant la même activité, s'adressant à la même clientèle* » (35).

En sens inverse, l'extension de la dérogation peut être retirée lorsque la majorité des établissements intéressés le demandent (36). De facultatif, ce retrait de l'autorisation de dérogation collective au repos dominical est devenu obligatoire par le jeu de la loi du 10 août 2009 – seule modification apportée par la réforme à cet ancien mécanisme de dérogation préfectorale (37).

Les établissements de vente au détail situés dans les communes d'intérêt touristique ou thermale et les zones touristiques d'affluence exceptionnelle ou d'animation culturelle permanente (38). Cette catégorie de dérogations préfectorales a été créée en 1993, à la faveur de la loi « quinquennale pour l'emploi » (39). Elle a été très sensiblement élargie par la loi du 10 août 2009 (40).

La liste des communes et le périmètre des zones concernés par ce type de dérogations sont toujours établis par le préfet, mais sur proposition des maires (41). Dans ce cadre, les préfets disposent d'un large pouvoir d'appréciation (42) puisqu'il ne leur est pas demandé d'établir que le repos dominical serait, dans ces communes ou ces zones, préjudiciable au public ou encore compromettrait le fonctionnement normal des établissements de vente au détail... D'imprécise, la justification de la dérogation à la règle du repos dominical devient évanescence.

La Direction générale du Travail (43) a toutefois précisé que les communes et les zones concernées sont celles qui offrent un ensemble de spécificités naturelles, pittoresques, thermales, historiques ou artistiques, résultant de leur situation géographique ou de particularités telles que des ressources thermales,

(29) Art. L. 3132-20 et ss du Code du travail.

(30) Cf. les obs. de M. Franck Moderne sous CE 16 mars 1988, D. 1988, p. 491.

(31) Cf. Michel Massé, « La fermeture hebdomadaire des établissements et l'évolution des techniques de commercialisation », Dr. Soc. 1979, p. 80, sp. § n° 8.

(32) Idem.

(33) Cf. notamment « Le repos dominical des salariés. Guide pratique de la DGT à l'attention des services instructeurs », Liaisons Sociales-Législation sociale, Durée du travail, n° 182/2007 des 23 et 24 juillet 2007.

(34) Pour le Conseil d'Etat, une durée de trois ans satisfait à la condition de durée limitée posée par la loi (CE 20 oct. 1993, RJS 1993, n° 1206).

(35) Art. L. 3132-23, C. Trav.

(36) Idem.

(37) Art. 2, III de la loi du 10 août 2009.

(38) Art. L. 3132-25 et ss, C. Trav.

(39) Cf. Jean Savatier, « L'assouplissement des règles sur le travail dominical », Dr. Soc. 1994, p. 180.

(40) Il existe aujourd'hui 29 zones et 500 communes classées dans cette catégorie, avec une augmentation de trois par an depuis dix ans. Rien qu'à Paris, sept zones ont été classées zones touristiques (AN, débats, 1^{re} séance du 7 juillet 2009).

(41) Et non plus des conseils municipaux.

(42) Souligné notamment par la DGT dans sa note précitée (fiche n° 7).

(43) Idem.

balnéaires, culturelles ou sportives, et qui connaissent de ce fait un afflux saisonnier très important de population.

Première modification apportée par la loi du 10 août 2009 : auparavant, pour déroger au repos dominical, l'établissement intéressé devait en faire la demande et avoir pour activité principale « *la vente au détail de biens ou de services destinés à faciliter l'accueil du public ou ses activités de détente ou de loisirs d'ordre sportif, récréatif ou culturel* ». Désormais, il suffit que l'établissement de vente au détail soit situé dans une commune reconnue par le préfet « *d'intérêt touristique ou thermale* » ou dans une zone classée par le préfet « *zone touristique d'affluence exceptionnelle ou d'animation culturelle permanente* » pour bénéficier d'une dérogation « de droit » à la règle du repos dominical.

Deuxième modification apportée par la loi du 10 août 2009 : la dérogation n'est plus temporaire. Elle n'est plus limitée « *à la ou les périodes d'activité touristique* », mais pourra être exercée toute l'année.

Ces deux modifications récentes simplifient sans aucun doute la matière et réduisent les hypothèses de contentieux. Mais elles éloignent les conditions de mise en œuvre de la dérogation de la finalité qu'elle est supposée poursuivre : répondre aux besoins spécifiques des touristes. Ce d'autant que, rappelons-le, la dérogation concerne les établissements de vente au détail – passage obligé lors de visites touristiques ?

Les établissements de vente au détail compris dans des périmètres d'usage de consommation exceptionnelle (44). Voilà la grande innovation de la loi du 10 août 2009 : les « PUCE » font leur entrée en droit du travail !

Ceux-ci se présentent sous la forme d'unités urbaines de plus d'un million d'habitants, le périmètre de chaque unité urbaine devant désormais être délimité par chaque préfet de région, après chaque recensement. De fait, les « PUCE » concernent aujourd'hui les agglomérations de Paris, Lille, Lyon et Aix-Marseille.

Une fois l'unité urbaine de plus d'un million d'habitants délimitée, le conseil municipal de la commune sur laquelle se situe cette unité doit demander son classement en « PUCE » par le préfet. Sont alors concernés par cette nouvelle dérogation au repos dominical tous les établissements de vente au détail compris dans le « PUCE » et mettant à la disposition des consommateurs des biens ou des services.

Pour en bénéficier, le chef de l'établissement intéressé devra adresser une demande de dérogation au préfet dans les conditions suivantes : soit après avoir conclu un

accord collectif autorisant le travail le dimanche et fixant les contreparties pour les salariés concernés, soit, à défaut d'accord, après avoir pris une décision unilatérale et organisé un référendum dans son entreprise. Mais attention : cette dérogation n'est accordée qu'à titre temporaire, entendez par là pour une durée de... cinq ans.

A travers la création de ces « PUCE », il s'agit, pour le législateur, de tenir compte des facteurs suivants (45) : « *les habitudes de consommation dominicales (...) i.e. la fréquentation des magasins le week-end pour des achats ayant un caractère familial, difficilement réalisables le reste de la semaine car les disponibilités horaires des clients et l'accessibilité des sites ne sont pas aisément conciliables* » ; « *l'importance de la clientèle concernée et l'éloignement de celle-ci de son périmètre* » ; et enfin « *la proximité immédiate d'une zone frontalière où il existe un usage de consommation dominicale, compte tenu de la concurrence produite par cet usage* » (46).

Ce dernier facteur vise la communauté urbaine de Lille. L'argument, classique, est celui de la concurrence internationale et européenne que se livrent les entreprises, dont la prise en considération se réalise au détriment des conditions de travail des salariés. Les deux facteurs précédents sont factuels : ils reviennent, peu ou prou, à considérer que les magasins doivent ouvrir le dimanche... si les consommateurs consomment le dimanche. Se trouve ici consacrée une inversion de logique assez symptomatique de l'engrenage infernal dans lequel est placé, depuis fort longtemps, le principe du repos dominical.

B. Un engrenage funeste

L'expression pourrait paraître excessive. Elle ne l'est pas. L'analyse montre, en effet, que l'évolution de la réglementation du repos dominical est néfaste tant en ce qui concerne la conception qu'elle donne à voir de la règle de droit (1°), qu'en ce qui concerne, plus généralement, la conception de l'Homme qu'elle entretient (2°).

1. Une conception néfaste de la règle de droit : la duplicité des pouvoirs publics

L'évolution de la réglementation du repos dominical contribue indubitablement à la mise à mal du principe, pourtant encore « réaffirmé » par la loi du 10 août 2009. A cet égard, l'affichage des pouvoirs publics est en nette contradiction avec la réalité de leur action. L'empilage des réformes conduit à une déréglementation permanente

(44) Nouveaux articles L. 3132-25-1 et s., C. Trav.

(45) Cf. Circ. Min. n° 2009-974 du 31 août 2009 portant application de la loi du 10 août 2009, JCP éd. S, n° 37 du 8 septembre 2009.

(46) Idem.

(a) – qui apparaît, de surcroît, totalement inadaptée à l'établissement d'une saine concurrence entre entreprises (b).

a) *Une réglementation en forme de déréglementation permanente*

Dès 1906, le principe du repos dominical, solennellement posé, fut assorti de très nombreuses dérogations – trop nombreuses peut-être. Rappelons qu'il s'agissait, à l'époque, d'organiser une période de transition conduisant au chômage effectif du dimanche. « *Le repos ainsi institué comptait plus de 25 000 dérogations accordées dès 1913 – à cette date, moins du tiers des salariés bénéficiaient réellement du repos hebdomadaire – et n'entra vraiment dans les mœurs qu'après le premier conflit mondial* » (47).

Pendant plus de soixante-dix ans, la réglementation reste en l'état et le repos dominical s'installe non seulement « dans les mœurs », mais également dans les pratiques d'utilisation de la main-d'œuvre. En 1979, M. Michel Massé observait que : « *aujourd'hui, dans leur très grande majorité, les établissements commerciaux sont fermés le dimanche* » (48). Tel n'est plus le cas aujourd'hui.

Les réformes qui ont suivi cette première période présentent, en effet, une toute autre allure. Il ne s'agit plus de permettre un passage « en douceur » vers le repos dominical, mais l'inverse : **promouvoir délibérément le travail dominical**. Dans l'industrie tout d'abord, avec l'ordonnance du 16 janvier 1982 et la loi du 19 juin 1987. Puis dans le secteur commercial : décret du 6 août 1992, loi du 20 décembre 1993 (surtout), loi du 3 janvier 2008 et, pour finir, loi du 10 août 2009.

On retient généralement de la réglementation du temps de travail le principe de l'interdiction du travail du dimanche. En réalité, il y a lieu de se demander si « *nonobstant la généralité de la règle, les dérogations n'enlèvent pas à celle-ci l'essentiel de sa portée* » (49). De là à dire que la règle pourrait disparaître, il y a un pas à franchir que nous ne franchissons évidemment pas. Le principe reste celui du repos dominical – et c'est heureux.

Il faut cependant s'interroger sur l'étrange contribution des pouvoirs publics à l'irrespect du principe pourtant

constamment proclamé. La **mise en œuvre des nombreuses dérogations** préfectorales, voire municipales (50) est, à cet égard, édifiante. A l'occasion, la presse s'en fait d'ailleurs l'écho. Et la doctrine aussi.

Lorsqu'ils se penchent sur cette question, les auteurs ne peuvent que constater, en tout temps, « *des dérogations trop nombreuses et trop largement accordées* » (51), « *la complicité de l'administration* » (52), l'existence de « *dérogations accordées avec laxisme* » (53), des « *décisions illégales (...) fréquentes* » (54). Symptomatique est l'affaire « Plan de campagne » (55) : comment comprendre que, pendant plus de trente ans, des commerces aient été autorisés, par arrêtés préfectoraux annuellement reconduits, à ouvrir le dimanche alors qu'ils n'en avaient manifestement pas le droit (56) ? Cela ne revient-il pas à creuser la tombe du repos dominical ?

La réponse est affirmative lorsque l'on se penche sur **l'art de légiférer** en matière de repos dominical. Car, tout d'abord, le législateur ne s'est indéniablement pas donné les moyens de rendre effective l'interdiction de travailler le dimanche. « *Complexe et incertaine, lorsqu'elle est appliquée, cette réglementation n'est même pas d'une sévérité dissuasive. Une dissuasion efficace supposerait des contrôles réguliers – ce qui n'est pas le cas – et des sanctions plus importantes* » (57).

Plus encore, le développement du contentieux sur la question est à la mesure de la violation de la règle : les ouvertures dominicales non autorisées par la loi se sont multipliées à grande échelle depuis une trentaine d'années. Face à cette violente pression, la réponse législative a toujours été du même ordre : élargir le champ des dérogations, i.e. légaliser les situations illégales, cela jusque dans la loi du 10 août 2009. On ne saurait mieux entraîner le repos dominical dans une spirale absorbante. Ainsi, à titre d'illustration, la circulaire relative à l'élargissement des dérogations au repos dominical introduit par la loi quinquennale sur l'emploi de 1993 invitait les préfets à accorder des dérogations temporaires au profit de commerces déjà ouverts (dans l'illégalité) le dimanche, sur la base d'un texte qui ne le permettait pas encore (58). En 2009, l'optique est la même : « *il fallait régulariser les enseignes hors la loi* »

(47) Rapport du Conseil économique et social « Les mutations de la société et les activités dominicales », 2007, p. 8.

(48) « La fermeture hebdomadaire des établissements et l'évolution des techniques de commercialisation », précité, n° 25.

(49) Sylvie Hennion-Moreau, « La règle du repos dominical », précitée, p. 436.

(50) Cf. supra.

(51) Michel Massé, « La fermeture hebdomadaire des établissements et l'évolution des techniques de commercialisation », précité, n° 8.

(52) Idem n° 29

(53) Françoise Favennec-Héry et Bernard Grassi, « Rigueurs et incertitudes du principe du repos dominical », précité, p. 338

(54) Idem, p. 343.

(55) Entre autres affaires, car de nombreux exemples pourraient être donnés.

(56) Cf. Alexis Bugada, « Le travail dominical dans le commerce en question (réflexions à partir d'un pôle économique disputé) », Dr. Soc. 2005, p. 536.

(57) Michel Massé, « La fermeture hebdomadaire des établissements et l'évolution des techniques de commercialisation », précité, n° 24.

(58) Cf. Jean Savatier, « L'assouplissement des règles sur le repos dominical », précité, sp. p. 183.

(59), « mettre en adéquation le régime des dérogations accordées avec les pratiques illicites » (60).

Finalement, comme le souligne M. Jean Savatier : « si l'assouplissement de la règle du repos dominical s'inscrit dans un mouvement de dérèglementation remettant en cause le principe même d'une intervention de l'Etat pour protéger les travailleurs contre les conditions de travail qui leur sont imposées par les employeurs, eux-mêmes soumis à une concurrence sans frein (61), on se trouve devant une contestation des fondements même du droit du travail » (62).

Il faut effectivement ajouter que l'évolution de la réglementation du repos dominical, en forme de dérèglementation permanente, ne permet même pas d'assurer une saine concurrence entre entreprises. Et la loi du 10 août 2009 n'a malheureusement pas « changé la donne » en la matière.

b) Une réglementation inadaptée à une saine concurrence

S'agissant des règles de la concurrence, le regard se tourne, par réflexe teinté d'inquiétude, du côté du **droit européen**. L'interdiction du travail dominical n'est-elle pas susceptible de contrarier le libre-échange intra-communautaire ? Dans une décision du 23 novembre 1989, la Cour de justice des communautés européennes a précisé que l'article 30 du Traité de Rome concernant les restrictions à l'importation entre Etats membres « ne s'applique pas à une réglementation nationale interdisant à des commerces de détail d'ouvrir le dimanche » (63). Nous voilà donc rassurés.

Hélas ! Si l'on se tourne maintenant vers la réglementation française du repos dominical, force est de constater qu'elle prête le flanc à de très sérieuses critiques du point de vue de l'organisation de la concurrence entre entreprises.

La loi du 12 juillet 1906 présentait déjà une grave lacune. En effet, elle interdisait, en principe, d'employer les salariés le dimanche. Mais l'employeur lui-même et sa famille (64) restaient libres d'ouvrir l'entreprise – tel un commerce – durant la période de repos dominical. C'est d'ailleurs toujours le cas aujourd'hui.

Les entreprises qui fonctionnent grâce à du personnel salarié subissent donc la concurrence faussée des

établissements familiaux – situation susceptible de les inciter à vouloir ouvrir, elles aussi, le dimanche. Conscient de ce problème, le législateur est rapidement intervenu : une loi du 29 décembre 1923 a introduit dans le Code du travail la seule technique respectueuse du principe de rendre obligatoire la fermeture dominicale de tous les établissements, quels qu'ils soient.

Le dispositif figure encore et toujours à l'article L. 3132-29 du Code du travail : le préfet peut, par arrêté, ordonner la fermeture au public des établissements d'une profession et d'une zone géographique déterminées pendant toute la durée du repos dominical (65). Le problème, car il y a problème, provient du fait que la loi confie l'initiative de cette procédure de fermeture aux seuls acteurs de la profession. Ce n'est que « lorsqu'un accord est intervenu entre les organisations syndicales de salariés et les organisations d'employeurs d'une profession et d'une zone géographique déterminées » que le préfet peut prononcer un arrêté de fermeture dominicale. Le dispositif suppose donc un accord « de la profession » qui aura du mal à se réaliser en ces temps de banalisation du travail dominical.

Malgré ce risque de concurrence malsaine que notre système induit entre entreprises familiales et autres entreprises, pas plus le législateur de 2009 que les législateurs précédents n'ont modifié la technique de fermeture dominicale de tous les établissements mise en place dès 1923. Ici, les pouvoirs des préfets sont liés à un hypothétique accord des syndicats et des organisations patronales concernés.

Précisément, les préfets, voire les maires ou les inspecteurs du travail, qui ont de très larges pouvoirs en matière de travail dominical, sont-ils **les mieux placés pour réglementer la matière ?** Selon les régions, les départements, les localités, les entreprises, les catégories d'établissements, la réglementation applicable peut être très différente. Se pose, ici encore, un grave problème en terme de concurrence déloyale. « La multiplicité des autorités chargées d'accorder ou non des dérogations au principe du repos dominical est source de discriminations entre entreprises » (66). La multiplicité – et la complexité – du champ des dérogations donnent en effet un large pouvoir d'appréciation aux autorités administratives locales, notamment aux préfets. Cela

(59) Jean-Frédéric Poisson, AN, débats, 1^{re} séance du 7 juillet 2009.

(60) Rapport n° 1782 de Richard Maillié réalisé au nom de la Commission des affaires culturelles (loi du 10 août 2009).

(61) Souligné par nous.

(62) Jean Savatier, « L'assouplissement des règles sur le repos dominical », précité, p. 181.

(63) CJCE 23 novembre 1989, Torfaen Borough Council, aff. 145/88. A noter que dans cette décision, la CJCE considère également que « la répartition des heures de travail et de repos adaptées aux particularités socio-culturelles, nationales ou régionales »

relève, « dans l'état actuel du droit communautaire, de la compétence des Etats ». Il ne faut donc pas non plus chercher dans le droit européen une protection du repos dominical, pas plus que dans le droit international, d'ailleurs. Cf. Sylvie Hennion-Moreau, « La règle du repos dominical », précité, pp. 435 et 436.

(64) Idem pour les travailleurs indépendants.

(65) Cette interdiction primant sur les éventuelles dérogations antérieurement accordées.

(66) Françoise Favennec-Héry et Bernard Grassi, « Rigueurs et incertitudes du principe du repos dominical », précité, p. 341.

conduit à « des décisions manquant de cohérence d'un département à l'autre, même parfois au sein d'un même département » (67). Ne vaudrait-il pas mieux, comme l'a proposé depuis longtemps la doctrine, que les dérogations soient gérées et accordées au niveau national ?

Ce à quoi il faut ajouter que la technique majoritairement retenue par le législateur, à savoir l'octroi des dérogations pour certaines entreprises localisées dans certains secteurs géographiques, est génératrice d'une distorsion de concurrence entre les établissements situés dans le périmètre où la dérogation s'applique et ceux situés à sa lisière (68). « Lorsque la moitié d'un département est considérée comme zone touristique, l'autre moitié qui constitue l'arrière-pays pourra-t-elle supporter cette ouverture dominicale sans réagir ? » (69).

L'atteinte à l'égalité des règles de la concurrence entre entreprises est donc flagrante. Elle incite à violer les interdictions – les faits le confirment. Malgré cela, aucun texte, pas même la récente loi du 10 août 2009, n'a apporté de véritable réponse au grave problème ainsi posé (70). Ce n'est pas faute d'information : l'atteinte a depuis longtemps été soulignée en doctrine, notamment dans un article assez visionnaire rédigé il y a très exactement... trente ans (71) ! La seule véritable réponse apportée par les pouvoirs publics consiste, nous l'avons vu, à élargir le champ des dérogations de manière à légaliser des pratiques répréhensibles. La boucle est bouclée...

L'impression d'ensemble que laisse l'architecture de notre réglementation relative au repos dominical amène finalement à constater que les pouvoirs publics ne se donnent manifestement pas les moyens de faire respecter le principe posé. Pire, on en vient à l'idée qu'avec duplicité, les pouvoirs publics organisent la « mise à mort » de ce principe et le « règne » de la société de consommation.

2° Une conception néfaste de l'Homme : la consommation, nouvel « opium du peuple »

Comme toute règle de droit, celle relative au repos dominical ouvre sur un débat de société. Avec ceci de particulier qu'ici, le débat sonne comme une évidence.

(67) Idem, p. 342

(68) En ce sens, Jean Savatier, « L'assouplissement des règles sur le repos dominical », précité, p. 184

(69) Françoise Favennec-Héry et Bernard Grassi, « Rigueurs et incertitudes du principe du repos dominical », précité, p. 342

(70) A noter, toutefois, que la loi du 10 août 2009 s'inscrit plus ou moins dans cette perspective lorsqu'elle prévoit que, dans les communes et zones touristiques déterminées par arrêté préfectoral, l'autorisation de travailler le dimanche concernera désormais l'ensemble des établissements de vente au détail compris dans la commune ou la zone, et non plus seulement ceux d'entre eux « destinés à faciliter l'accueil du public ou ses activités de détente ou de loisirs d'ordre sportif, récréatif ou culturel ». Cf. *supra*.

Au culte de la société de consommation – alimenté par l'extension du travail dominical (a) – opposons la modernité « de la célébration du dimanche » (72) (b).

a) Le culte de la société de consommation

De fait, il n'est absolument pas évident que le travail dominical réponde à un besoin exprimé par la population française. Par contre, cette forme de travail contribue, sans nul doute, à ce que les Français se muent en « hyperconsommateurs ».

Un curieux dédoublement de la personnalité.

L'évolution des modes de consommation est fréquemment avancée comme argument en faveur de la banalisation du travail le dimanche. Qu'en est-il de l'aspiration de nos concitoyens ? « Un sondage IFOP pour La Croix faisait apparaître 56 % d'opinions favorables, avec un score de 75 % pour les franciliens (...). Mais lorsque l'on interroge les salariés, ils sont 75 % à déclarer ne pas vouloir travailler le dimanche, selon un sondage BVA de juin 2006. Autrement dit, un certain nombre de Français seraient plutôt favorables à l'ouverture des commerces le dimanche à condition de ne pas être mis à contribution » (73).

Malgré les réserves qu'il est d'usage de prendre avec les sondages, ce trait apparaît comme une constante : « Sur ce sujet, nos concitoyens cultivent une certaine ambiguïté : ils veulent bénéficier de l'ouverture des commerces et des services le dimanche, mais ils ne souhaitent pas, à titre personnel, contribuer à leur fonctionnement » (74). Les Français semblent finalement très nombreux à être victimes d'un curieux dédoublement de la personnalité : ils adoptent, tour à tour et selon les circonstances, une position de « consommateur » (favorable au travail dominical) et une autre de « salarié » (opposé au travail dominical).

Au final, selon une enquête de l'institut IPSOS de décembre 2008, ils sont 84% à être attachés au repos dominical (75). Il n'y a donc, indéniablement, pas d'adhésion populaire au travail dominical (76). Les pouvoirs publics ne peuvent pas arguer d'un consensus en ce sens. A l'inverse, les Français y sont très majoritairement opposés. Même si, assez curieusement,

(71) Michel Massé, « La fermeture hebdomadaire des établissements et l'évolution des techniques de commercialisation », précité.

(72) Expression empruntée à Proudhon – cf. *infra*.

(73) Rapport du Conseil économique et social « Consommation, commerce et mutations de la société », précité, p. 1-27

(74) Jean-Marc Poisson, AN, 1^{re} séance du 7 juillet 2009.

(75) Cf. Martine Billard, Débats à l'Assemblée nationale, 1^{re} séance du 7 juillet 2009.

(76) A noter que les syndicats se prononcent également, et unanimement, contre une « déréglementation » du travail dominical (CGT, CFDT, FO, CGC, CFTEC, UNSA, Solidaires).

il ne leur déplairait pas de pouvoir, à titre individuel, consommer le dimanche... A cet égard, il appartient aux « représentants du peuple » de clarifier les enjeux, et de permettre à nos concitoyens de surmonter leurs contradictions dans le sens du bien-être commun.

Consomme, consomme ! En 1993, M. Jean Savatier s'inquiétait de l'évolution de notre société concernant son rapport à la consommation (77). Il citait un article paru dans la revue "Autrement" qui constatait : « *Aujourd'hui, c'est le dieu Consommation qui a pris la place du Dieu des chrétiens, et ce Dieu consommation, il demande son dimanche. Il demande toute la journée* » (78). Cette évolution se trouve confirmée par la lecture d'un récent rapport : « *Le consommateur est en recherche d'identité ou d'identification dans une société en mal de repères collectifs, avec un besoin de se raccrocher à quelqu'un ou quelque chose, de partager un mode de vie, des valeurs et de trouver de la réassurance* » (79) ; « *il faut que l'expérience d'achat (la « shopping experience ») soit gratifiante, qu'elle procure bien-être, amusement et émotion* » (80).

L'éminent juriste regrettait, en parallèle, la position adoptée par des parlementaires lors des débats relatifs à la loi quinquennale pour l'emploi de 1993 : « *Le dimanche permet à la famille de se réunir, de discuter, de se détendre. Alors, pourquoi ne pas effectuer ce jour-là des achats ?* » (81) ; « *Moi je pense que l'achat d'une chambre à coucher ou d'un ameublement de salle à manger ne peut se faire qu'en famille et justifie donc, beaucoup plus qu'un achat de disque-compact, l'ouverture d'un magasin le dimanche* » (82). En 2005, M. Alexis Bugada renchérisait, s'agissant du travail dominical dans la zone « Plan de campagne » (83) : « *A partir d'un site commercial idéalement placé, le comportement des consommateurs s'est forgé depuis les années 70 à coup d'arrêtés préfectoraux annuellement reconduits* » (84).

Aujourd'hui, ce n'est même plus le règne de la consommation que l'on observe, mais celui de **l'hyperconsommation** (85) : « *On consomme plus, on consomme en tous temps et en tous lieux, tel le joueur acharné à Las Vegas qui passe son temps devant les*

machines à sous, de l'aéroport à sa chambre à coucher, en passant par le casino et le restaurant. L'avalanche de produits, la multiplicité des points de vente, le développement des loisirs et leur cortège de produits dérivés, le grignotage, l'absorption de musique en ligne, la commande passée à minuit sur Internet, tels sont les visages multiples d'une activité qui ne s'interrompt qu'avec le sommeil. Cette description est quelque peu caricaturale, aucun d'entre nous pris isolément ne passe son temps ainsi. Elle exprime plutôt la grande diversité des actes de consommation. Celle-ci s'est aujourd'hui banalisée. Consommer avec un esprit critique est consubstantiel au fait d'exister. L'achat-plaisir côtoie l'achat-nécessité, l'émotion se mêle à la raison, mais la culpabilisation n'a plus sa place. S'y substitue plutôt une recherche de sens, un désir d'utilité, une quête de valeurs qui s'insinuent subtilement dans la démarche » (86). D'ailleurs, les sites commerciaux, dont certains s'appuient depuis des décennies sur des faveurs préfectorales plus que douteuses, empruntent des dénominations trompeuses : « Plan de Campagne » (87), « Art de vivre » (88), « Thiais Village » (89). Le dimanche, « jour du caddie »... L'Homme réduit à un producteur-consommateur.

b) La modernité « de la célébration du dimanche »

Le repos dominical serait-il dépassé en raison des évolutions de la société ? La modernité passerait-elle par le travail dominical ? A ce titre, il faut discuter de deux types d'arguments : ceux qui se rapportent à la bonne santé de notre économie, et ceux qui se rapportent à nos modes de vie.

La question économique. Evacuons d'emblée l'importante question économique : aucune étude sérieuse n'a démontré que l'ouverture des magasins le dimanche était créatrice d'emploi (90). Et pour cause. D'une part, ce type de mesure n'a aucune incidence sur le pouvoir d'achat des ménages : les achats du dimanche se substituent, en vérité, à ceux réalisés un autre jour de la semaine. D'autre part, l'ouverture des commerces le dimanche est certes favorable à la grande distribution, mais au détriment des commerces de proximité, qu'ils soient ruraux ou urbains. De simples transferts, donc,

(77) Jean Savatier, « L'assouplissement des règles sur le repos dominical », précité.

(78) Cité p. 182.

(79) Rapport du Conseil économique et social "Consommation, commerce et mutations de la société", précité, p. II-52.

(80) Idem, p. II-53.

(81) Idem.

(82) Idem.

(83) Cf. *supra*. La zone « Plan de Campagne » fait partie de celles qui devraient obtenir leur classement dans un « PUCÉ ».

(84) Alexis Bugada, précité, p. 536.

(85) « *Avec des hauts et des bas, nous sommes bel et bien installés dans ce qu'il est convenu d'appeler (maintenant)*

l'hyperconsommation » (Rapport du Conseil économique et social "Consommation, commerce et mutations de la société", précité, p. II-49).

(86) Rapport du Conseil économique et social "Consommation, commerce et mutations de la société", précité, p. II-50.

(87) Aix-Marseille.

(88) Eragny.

(89) Val de Marne.

(90) Cf. notamment, en ce sens, Jean Savatier, « L'assouplissement des règles sur le repos dominical », précité, p. 18, et Marc Véricel, « Faut-il conserver le régime actuel du repos dominical ? Ne pas jouer aux apprentis sorcier », RDT 2009, p. 642.

sans effet globalement favorable sur l'emploi (91). Pire : l'ouverture élargie du dimanche risque plutôt d'avoir un effet négatif : « *Il n'y a pas beaucoup d'exemples de remplacement d'emplois moins productifs par des emplois plus productifs qui ne se traduise finalement par une réduction nette du volume des heures travaillées* » (92). A cet égard, n'oublions pas que, selon le Groupe de l'artisanat représenté au Conseil économique et social, avec 30 milliards d'euros de chiffre d'affaires, les artisans et commerçants de proximité assurent plus de 20 % des parts de marché du secteur alimentaire et emploient proportionnellement quatre fois plus de personnes que la grande distribution (93).

Enfin, l'ouverture dominicale des commerces joue un rôle inflationniste sur les prix : « *Toutes les études le montrent. Aux Etats-Unis, l'ouverture généralisée des commerces a entraîné une augmentation des prix de l'ordre de 5%* » (94).

Du côté de nos modes de vie, le repos dominical, présenté comme initialement destiné à la pratique religieuse, perdrait aujourd'hui son sens. Ici aussi il y a « maldonne ». Le repos dominical s'est indéniablement laïcisé, et ce depuis fort longtemps. Plus d'un demi-siècle avant que la loi de 1906 ne soit adoptée, Proud'hon en faisait le constat dans son livre *De la célébration du dimanche* publié en 1839 : « *Le dimanche, sabbat-chrétien, dont le respect semble avoir diminué, revivra dans toute sa splendeur quand la garantie du travail aura été conquise, avec le bien-être qui en est le prix. Les classes laborieuses sont trop intéressées au maintien de la fériation dominicale pour qu'elle périsse jamais. Alors tous célèbreront la fête, bien que pas un n'aille à la messe* » (95). Plus récemment, un rapport rendu pour le compte du Conseil économique et social constatait que le texte de 1906 était apparu « *comme une réponse à la fois sociale et politique aux pratiques du XIX^e siècle, dans (...) la situation issue de la loi de séparation des églises et de l'État de 1905. Le repos hebdomadaire qu'il instituait trouvait son fondement dans la volonté de protéger la santé des salariés dans une perspective laïque* » (96).

Le dimanche n'est donc pas spécialement réservé à la pratique religieuse – ce qui explique les résistances de tous bords au développement du travail dominical. On pourrait tout à fait imaginer choisir un autre jour de la semaine comme jour de repos collectif, mais alors le problème serait déplacé, et non résolu. CQFD.

Pour toutes celles et tous ceux qui n'en sont pas privés, le dimanche est certes un jour de repos – nécessaire. Mais c'est aussi un jour « à soi » – où l'on peut pratiquer des activités militantes, sportives, culturelles ou tout simplement de détente. C'est enfin, et surtout, un jour que l'on peut consacrer aux autres : jour de retrouvailles – amicales, familiales, etc. En cette période moderne où le sens du collectif et de la solidarité se dilue, jusque dans les liens familiaux, il apparaît tout à fait inapproprié de priver de plus en plus de personnes de ce moment privilégié pour, soit les obliger à travailler, soit les inciter à acheter. Car, sur le fond, c'est bien de cela qu'il s'agit à travers l'extension du travail dominical.

Dans ces conditions, pourquoi élargir sans cesse le champ des dérogations à la règle du repos dominical ? Pour satisfaire les revendications des entreprises commerciales dont le chiffre d'affaires est susceptible d'augmenter aux dépens de commerces concurrents ? Sans aucun doute. Pour satisfaire leur appétit, quitte à transformer les citoyens en simple consommateurs ? Sans doute également. En poussant le raisonnement un peu plus loin, on en vient presque à se demander s'il ne vaut pas mieux, pour nos dirigeants, que la population compare les prix affichés par les grandes enseignes concernant tel ou tel produit, y compris le dimanche, plutôt que de s'intéresser, de manière éclairée, à la vie publique ou encore au chiffre qui figure en bas de la fiche de paie ou de la taxe d'habitation... Mais ce serait, peut-être, aller un peu trop loin.

La loi du 10 août 2009 est finalement assez décevante en ce qu'elle donne à voir de l'évolution de notre réglementation et, corrélativement, de l'évolution de notre société. Elle l'est aussi, bien malheureusement, par ce qu'elle donne à voir du « nouveau » statut du travailleur dominical.

(91) Evidemment, la situation est différente quand il s'agit de faire respecter la règle du repos dominical alors que des centres commerciaux ouvrent depuis des dizaines d'années en violation de la règle – cf. Alexis Bugada, « Le travail dominical dans le commerce en question (réflexions à partir d'un pôle économique disputé) », précité.

(92) Rapport Chaigneau (1989), cité par M. Jean Savatier, « L'assouplissement des règles sur le repos dominical », précité, p. 181.

(93) Rapport du Conseil économique et social « Consommation, commerce et mutations de la société », précité, p. 1-46.

(94) Christian Ekert, AN, Débats, 1^{re} séance du 7 juillet 2009. Cette augmentation des prix est logique : elle est liée à l'augmentation des frais de fonctionnement occasionnée par l'ouverture dominicale.

(95) Cité par M. Michel Massé, « La fermeture hebdomadaire des établissements et l'évolution des techniques de commercialisation », précité, et M. Jean Savatier, « L'assouplissement des règles sur le repos dominical », précité.

(96) Rapport du Conseil économique et social « Les mutations de la société et les activités dominicales », précité, p. 8.

II. L'incohérence du statut du travailleur privé de son repos dominical

Avant la loi du 10 août 2009, cette question ne faisait curieusement l'objet que de dispositions législatives très éparses. Première précision : dans le secteur industriel, les équipes de fin de semaine devaient percevoir une majoration de salaire d'au moins 50 % (97). Deuxième précision : lorsque le repos dominical avait été supprimé dans les établissements de commerce de détail par arrêté municipal, dans la limite de cinq dimanches par an, les salariés concernés devaient bénéficier d'un repos compensateur et d'une majoration de salaire égale à 1/30^e de leur traitement mensuel (98). Dans tous les autres cas de dérogations possibles, le statut des travailleurs du dimanche était renvoyé, sans plus de précision, à la négociation collective. Etant entendu qu'il n'existe malheureusement pas d'étude d'ensemble sur les pratiques de compensation du travail dominical.

La loi du 10 août 2009 modifie quelque peu ce dispositif, mais, à vrai dire, assez curieusement... Selon l'article 1^{er} de cette loi : « *Le premier alinéa de l'article L. 3132-27 du Code du travail est ainsi rédigé : "Chaque salarié privé de son repos dominical perçoit une rémunération au moins égale au double de la rémunération normalement due pour une durée équivalente, ainsi qu'un repos compensateur équivalent en temps."* ». L'article placé en tête de la loi porte donc, avec bonheur, sur le statut du travailleur dominical. Et une première lecture laisse croire que le statut des travailleurs dominicaux est uniformisé, tant en ce qui concerne leur rémunération qu'en ce qui concerne leur droit à un repos compensateur.

Une lecture plus attentive de la loi contredit pourtant cette première impression. En effet, l'article L. 3132-27 du Code du travail, modifié par l'article 1^{er} de la loi du 10 août 2009, est placé, dans le Code du travail, sous un sous-paragraphe intitulé « *Dérogations accordées par le maire* ». Autant dire que l'article 1^{er} de la loi du 10 août 2009, qui prévoit un repos compensateur accompagné d'un doublement du salaire pour « *chaque salarié privé du repos dominical* » ne concerne... que les salariés privés de cinq dimanches dans l'année par arrêté municipal !

Quid des autres salariés ?

Dans les débats parlementaires relatifs à la loi du 10 août 2009, on peut lire que « *les promoteurs de la loi sont attachés aux contreparties offertes aux salariés ainsi qu'au principe du volontariat* » (99). Force est de

constater, cependant, que le texte adopté n'est absolument pas à la hauteur de l'ambition affichée.

Seulement deux dispositions sont applicables à tous les travailleurs dominicaux. D'une part, celle selon laquelle « *le refus d'un demandeur d'emploi d'accepter une offre d'emploi impliquant de travailler le dimanche ne constitue pas un motif de radiation de la liste des demandeurs d'emploi* » (100) – heureuse précision en cette période de radiation massive des travailleurs privés d'emploi (101). D'autre part, celle selon laquelle le repos hebdomadaire est donné le dimanche « *dans l'intérêt des salariés* » (102).

Pour le reste, le statut du travailleur dominical apparaît totalement éclaté (A). Mieux : ce statut entre, à n'en pas douter, en « zone de turbulences » (B).

A. Un statut très éclaté

Malgré l'intervention récente du législateur, pour déterminer le statut applicable aux travailleurs privés de repos dominical, il convient, encore et toujours, de distinguer plusieurs catégories de salariés. A cette différence près que l'anomalie de la situation est plus criante aujourd'hui qu'hier (103).

D'ailleurs, même lorsque la loi se prononce sur le statut du travailleur dominical, il faut encore différencier. En effet, le Code du travail organise trois grands types de statuts légaux qui concernent quatre catégories de dérogations au repos dominical. Pour les autres, rien n'est vraiment prévu.

A l'arrivée, les travailleurs privés de repos dominical se répartissent en trois grandes catégories : ceux qui se sont vus attribuer un nouveau statut (1^o), ceux dont l'ancien statut a été maintenu (2^o) et ceux que la loi ignore superbement (3^o).

1. Le nouveau statut des travailleurs privés du dimanche sur autorisation préfectorale, soit parce que leur repos serait préjudiciable au public ou compromettrait le fonctionnement normal de l'établissement (104), soit dans le cadre des « PUCE » (105)

C'est là que la nouveauté de la loi du 10 août 2009 doit être recherchée : les travailleurs visés par ces deux catégories de dérogations au repos dominical se voient attribuer un statut juridique *relativement* élaboré (106).

(97) Art. L. 3132-19, C. Trav.

(98) Ancien art. L. 3132-27, C. Trav.

(99) Jean-Pierre Brard, AN, débats, 1^{re} séance du 7 juillet 2009.

(100) Nouvel art. L. 3132-3-1, C. Trav.

(101) En vérité, voilà la seule traduction législative d'un « volontariat » qui concernerait l'ensemble des salariés.

(102) Nouvel art. L. 3132-3 C. Trav.

(103) Cf. Michel Morand, « Travail du dimanche : cherchez l'erreur », JCP 2009, éd. S, n° 31-35, p. 3.

(104) Art. L. 3132-20, C. Trav.

(105) Nouvel art. L. 3132-25-1, C. Trav.

(106) Nouveaux articles L. 3132-25-3 et s., C. Trav.

La mise en place du repos dominical est ici subordonnée à la conclusion d'un accord collectif ou, à défaut, d'une décision unilatérale de l'employeur prise après référendum organisé auprès des personnels concernés par la dérogation. Etant entendu que le statut du travailleur dominical dépend de l'option retenue, tant en ce qui concerne les contreparties en termes de repos et de rémunération (a) qu'en ce qui concerne l'épineuse question du volontariat (b).

a) Les contreparties en termes de repos et de rémunération

L'accord, comme la décision de l'employeur, doit fixer les contreparties accordées aux salariés privés du repos dominical (107).

Dans le cas d'une décision unilatérale – et uniquement dans ce cas – la nouvelle loi prévoit que le salarié bénéficie d'un repos compensateur et d'une rémunération au moins égale au double de la rémunération normalement perçue pour une durée équivalente. Le nouveau texte ajoute que, lorsqu'un accord collectif est régulièrement négocié postérieurement à la mise en place du travail dominical sur décision unilatérale de l'employeur, cet accord s'applique dès sa signature en lieu et place des contreparties prévues antérieurement. Est-ce à dire que le législateur autorise une révision « à la baisse » des contreparties accordées aux travailleurs privés de leur dimanche en cas de conclusion d'un accord collectif postérieur à la mise en place unilatérale du travail dominical par l'employeur ?

La réponse est malheureusement affirmative. En effet, le « principe de faveur » ne peut pas être invoqué : il ne s'agit pas d'un problème d'articulation entre normes concurrentes, mais d'une question de succession de normes, unilatérale dans un premier temps, conventionnelle dans un second temps. En la matière, la jurisprudence a décidé depuis longtemps qu'une convention ou un accord collectif portant sur le même objet a pour effet de mettre fin à un usage ou un engagement unilatéral de l'employeur. Le législateur de 2009 ne fait que consacrer cette jurisprudence en prévoyant qu'un accord portant sur le travail dominical s'applique dès sa signature, en lieu et place des contreparties décidées antérieurement par le seul employeur. L'aberration provient du fait que le législateur a choisi de ne pas fixer de minima concernant les contreparties accordées aux travailleurs dominicaux, y compris en cas de conclusion d'un accord de dérogation au repos dominical.

(107) Nouvel art. L. 3132-25-3, C. Trav.

(108) En pratique, le volontariat est une vue de l'esprit en période de crise économique et de fragilisation de la condition salariale ; il est synonyme de contrainte économique.

Les syndicats sont ainsi invités à participer à la régression du statut de salarié. Et s'il doit y avoir travail dominical, il apparaît préférable, du point de vue de la contrepartie accordée aux salariés, que celui-ci soit mis en place par décision unilatérale de l'employeur plutôt que par la voie d'un accord collectif – sauf à considérer que les syndicats bénéficient d'un rapport de force leur permettant d'imposer à l'employeur d'aller au-delà de l'octroi d'un repos compensateur accompagné d'un doublement du salaire.

b) Le volontariat (108)

Les travailleurs privés du dimanche sur autorisation préfectorale, soit parce que leur repos serait préjudiciable au public ou compromettrait le fonctionnement normal de l'établissement, soit dans le cadre des « PUCE », se sont également vus accorder un certain nombre de droits organisés autour de l'idée de volontariat (109).

Ainsi, dans toutes les entreprises bénéficiaires de ces deux catégories de dérogations préfectorales, le refus de travailler le dimanche ne peut pas être un motif valable de non-embauche. De même, le refus de travailler le dimanche ne peut constituer ni une faute, ni un motif de licenciement. Par ailleurs, seuls les salariés ayant donné leur accord par écrit à leur employeur peuvent travailler le dimanche.

Pour le reste, il faut distinguer selon qu'un accord collectif mettant en place le travail dominical a – ou non – été conclu.

En effet, **en l'absence d'accord collectif**, l'employeur doit, chaque année, demander aux travailleurs dominicaux s'ils souhaitent bénéficier d'une priorité pour occuper ou reprendre un emploi ne comportant pas de travail le dimanche (110) – ce droit de priorité pouvant, cependant, être exercé à tout moment par le salarié. Chaque année, encore, l'employeur doit informer les salariés concernés de leur faculté de refuser de travailler désormais le dimanche – ce refus prenant effet trois mois après la notification écrite à l'employeur. Enfin, le salarié privé de repos dominical a la faculté de refuser de travailler trois dimanches par an, sous réserve d'un délai de prévenance d'un mois.

Mais attention : ces différents droits ne sont ici encore accordés par la loi qu'à défaut d'accord collectif. Les négociateurs des conventions et des accords collectifs devront donc être vigilants : s'ils ne veulent pas voir ces droits disparaître, ils devront avoir obtenu leur inclusion dans le texte conventionnel. A défaut de quoi, encore une fois, la mise en place du travail dominical sur décision unilatérale de l'employeur apparaîtra plus

(109) Nouvel art. L. 3132-25-4, C. Trav.

(110) Sur les conditions de mise en œuvre de cette priorité, cf. art. L. 3132-25-4, al. 4, C. Trav.

protectrice du statut des salariés concernés que sa mise en place par voie d'accord collectif.

Il faut souligner, au passage, une nouvelle forme d'articulation entre la loi et les conventions collectives, à laquelle le droit du travail français est peu habitué : la conclusion d'une convention ou d'un accord collectif a pour effet, non pas d'améliorer la condition des salariés, non pas de réduire les droits des salariés dans des conditions prévues par la loi, mais de les faire totalement disparaître... Une sorte de « *remise des compteurs à zéro* ».

Quoi qu'il en soit, force est de constater que, depuis la loi du 10 août 2009, les travailleurs privés du dimanche sur autorisation préfectorale, *soit* parce que leur repos serait préjudiciable au public ou compromettrait le fonctionnement normal de l'établissement, *soit* dans le cadre des « PUCE », figurent dans la catégorie des salariés les mieux traités par le législateur.

2. Le maintien du statut des salariés travaillant soit dans le cadre d'équipes de fin de semaine, soit dans le cadre d'autorisations municipales

Rien de neuf concernant ces deux catégories de salariés privés de repos dominical.

a) Les salariés du secteur industriel travaillant dans le cadre d'équipes de fin de semaine

Les anciennes dispositions concernant les équipes de fin de semaine du secteur industriel sont maintenues : les travailleurs concernés devront toujours percevoir une majoration de salaire d'au moins 50 %. Sans qu'aucune autre précision ne soit ajoutée par la nouvelle loi.

b) Les salariés du commerce de détail travaillant le dimanche dans le cadre d'une dérogation municipale

Ce sont les salariés visés par le fameux article premier de la loi du 10 août 2009. Ils devront percevoir, pour chaque dimanche travaillé, dans la limite de cinq par an, une rémunération au moins égale au double de la rémunération normalement due pour une durée équivalente, ainsi qu'un repos compensateur équivalent en temps.

On est très proche de l'ancienne réglementation (111) et, ici encore, la nouvelle loi n'apporte aucune précision supplémentaire. Ce ne sont pourtant pas les travailleurs

dominicaux les plus à plaindre du point de vue de la réglementation applicable.

3. L'absence de statut légal des autres travailleurs privés de leur repos dominical

Pour tous les autres salariés, à savoir ceux qui ne rentrent dans aucune des quatre catégories précédentes (112), le législateur a simplement prévu une obligation de négocier le statut des travailleurs privés du dimanche, sans fixer un quelconque statut minimal (113) – voire n'a rien prévu du tout.

Cela concerne quatre catégories de dérogations au repos dominical visant les très nombreux commerces ou établissements suivants : les établissements autorisés, par la loi ou par décret, à donner le repos le dimanche par roulement (114) ; les commerces de détail alimentaires autorisés par la loi à ne donner le repos qu'à compter du dimanche treize heures (115) ; les commerces d'ameublement autorisés par la loi à donner le repos hebdomadaire par roulement ; et, enfin, les établissements situés sur une liste de communes et de zones qui connaissent une affluence particulière, en raison de leur spécificité touristique, thermale ou culturelle, et à l'intérieur desquelles il est fait exception au principe du repos dominical sur autorisation préfectorale (116).

Cette véritable mosaïque de statuts, plus ou moins élaborés, est a priori très discutable. On pourra, certes, objecter des raisons historiques liées à l'apparition de telle ou telle dérogation au repos dominical. Mais cela ne permet pas de comprendre pourquoi le législateur de 2009, conscient du problème, a rajouté de la complexité à la complexité. Cette situation est d'autant plus critiquable que des « zones de turbulences » sont à craindre – ou à espérer...

B. Des zones de turbulences

On peut raisonnablement pronostiquer que la loi du 10 août 2009 va être à l'origine d'un contentieux non seulement nourri, mais aussi complexe. Deux illustrations permettent d'en prendre, pour partie, la mesure. En premier lieu, cette loi accroît avec trop d'évidence l'inégalité de statut entre travailleurs dominicaux (1.). En second lieu, à la suite de son adoption, de plus en plus de salariés seront sollicités pour venir travailler le dimanche. Disposeront-ils d'un droit de refus (2.) ?

(111) Cf. *supra*.

(112) A savoir : salariés privés du dimanche par autorisation préfectorale parce que leur repos serait préjudiciable au public ou compromettrait le fonctionnement normal de l'établissement ; salariés privés du dimanche par autorisation préfectorale dans le cadre des « PUCE » ; salariés du secteur industriel travaillant dans le cadre d'équipes de fin de semaine ; salariés du commerce de détail travaillant le dimanche dans le cadre d'une dérogation municipale.

(113) Exemple : nouvel art. L. 3132-3-1, IV du Code du travail pour les commerces ou services de détail.

(114) Rappel : 181 catégories d'établissements.

(115) Rappel : 40 % des supermarchés sont ouverts le dimanche matin.

(116) Rappel : 500 communes et 29 zones à ce jour.

1. L'inégalité de statut des travailleurs privés de repos dominical

Le Conseil constitutionnel, saisi de la conformité de la loi du 10 août 2009, s'est prononcé sur cette question le 6 août 2009 (117). Il était notamment reproché au législateur d'instaurer une différence de traitement au détriment des salariés des zones touristiques, dès lors qu'ils ne bénéficiaient pas des garanties légales prévues pour les salariés travaillant dans des « PUCE ». Pour le Conseil constitutionnel, cet argument tiré du non-respect de l'égalité entre salariés n'est pas recevable.

Le principe d'égalité, tel qu'interprété par les « neuf sages », veut qu'à des situations *semblables* soient appliquées les mêmes règles. Or, pour le Conseil constitutionnel, les salariés des zones ou communes touristiques sont dans une situation *différente* de celle des salariés travaillant dans des « PUCE » : les premiers travaillent le dimanche « *en vertu d'une dérogation de plein droit liée aux caractéristiques des activités touristiques* », tandis que les seconds travaillent le dimanche « *en vertu d'une dérogation administrative temporaire* » (118). Conclusion : le législateur a valablement pu établir une différence de traitement et réserver le bénéfice de garanties légales aux premiers.

Un peu plus tard, la circulaire ministérielle du 31 août 2009 (119) a détaillé le raisonnement. Il conviendrait de distinguer deux types de situations. D'un côté, les « *dérogations de plein droit* » qui découlent de facteurs structurels tels que les caractéristiques de l'activité (exemples : restaurants, pompes à essence, cinémas, etc.) ou encore la zone touristique ou thermale dans laquelle se situe le commerce. Dans cette première situation, tout emploi est susceptible d'impliquer de travailler le dimanche, et le législateur renvoie à la négociation collective pour la détermination du statut du travailleur, sans fixer de statut minimal. D'un autre côté trouvent place les autorisations administratives temporaires (PUCE par exemple). Dans cette seconde situation, le travail dominical revêt un caractère temporaire, et le législateur fixe un statut minimal destiné à donner des contreparties aux salariés.

Au plan juridique, le raisonnement est solide : l'appréciation de la similitude de situation au regard du principe d'égalité peut se prêter à diverses interprétations – dont celle retenue par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 6 août 2009. Les neuf juges ont tranché... Il reste possible de discuter l'opportunité et la logique sous-tendue par cette application du principe

d'égalité. Elle aboutit, curieusement, à ce que les salariés qui sont *habituellement* privés de leur dimanche soient moins bien protégés par la loi que les salariés qui ne travaillent qu'*occasionnellement* le dimanche ! Parodiant le titre d'un article récent (120), on peut se demander si le Conseil Constitutionnel n'a pas sacrifié le principe d'égalité sur l'autel de la consommation...

Malgré la décision du Conseil, **tout problème relevant du principe de l'égalité de traitement n'est pour autant pas résolu**. On peut fort bien imaginer, en effet, qu'une même enseigne commerciale ait des établissements situés à la fois dans un « PUCE » (Plan de Campagne par exemple), dans une zone classée touristique (Paris par exemple) et soit autorisée, dans de nombreuses autres communes, à ouvrir cinq dimanches par an. Les salariés accepteront-ils d'être traités à l'aune de trois régimes juridiques différents ? En cas de mutation d'un établissement à l'autre, la lecture de la décision du Conseil constitutionnel risque de ne pas suffire à les convaincre du bien-fondé de la situation.

Il faut souligner par ailleurs que, contrairement à ce que laisse croire la décision du Conseil constitutionnel, le statut du travailleur privé de repos dominical est, non pas dual, mais pluriel. Car, y compris au niveau des dérogations que l'on peut classer dans la catégorie « *dérogations temporaires* », les droits des salariés privés de leur dimanche sont différents (121).

M. Michel Morand s'est d'ailleurs vivement inquiété des conséquences probables de « *l'erreur de conception* » qui affecte le statut de travailleur dominical tel qu'il résulte de la loi du 10 août 2009, à savoir ce qu'il désigne comme « *un risque de contagion* » : « *Il est évident que cette différence de traitement entre salariés placés dans une même situation ne pourra résister longtemps à la revendication de ceux des salariés n'ayant pas de contrepartie. La régression sociale va se muer en progression sociale pour ces salariés qui sont les plus nombreux* » (122). A son corps défendant, si cet auteur pouvait dire vrai...

Enfin, il n'est pas anodin de souligner qu'à la lecture de la loi du 10 août 2009, seuls les salariés privés du dimanche sur autorisation préfectorale, *soit* parce que leur repos serait préjudiciable au public ou compromettrait le fonctionnement normal de l'établissement, *soit* dans le cadre des « PUCE », disposeraient d'un droit de refus de travailler le dimanche, limité à trois dimanches dans l'année – et encore, en l'absence d'accord collectif relatif au travail le

(117) Décision n° 2009-588 DC du jeudi 6 août 2009 (JO du 11 août 2009, p. 13319). Cf. Valérie Bernaud, « Travail dominical : le Conseil constitutionnel sacrifie la protection du salarié sur l'autel de la consommation », Dr. Soc. 2009, 1081.

(118) 19^e considérant.

(119) Circ. min. n° 2009-974 du 31 août 2009 portant application de la loi du 10 août 2009, précitée, sp. § 4.

(120) « Travail dominical : le Conseil constitutionnel sacrifie la protection du salarié sur l'autel de la consommation », précité.

(121) On peut dénombrer au moins cinq grandes catégories de statuts prévus par la loi pour les travailleurs privés de leurs dimanches.

(122) « Travail du dimanche : cherchez l'erreur », précité.

dimanche. Un droit de refus en forme de « tête d'épingle » qui risque de ne pas correspondre aux attentes – légitimes – des salariés.

2. Le refus, par les salariés, de venir travailler le dimanche

Les salariés qui ne bénéficient pas des droits accordés par l'article L. 3132-25-4 du Code du travail ont-ils le droit de refuser de travailler le dimanche ? Sans doute. En effet, ce refus est susceptible de trouver un fondement dans le droit au respect du contrat de travail (a), et/ou dans le droit à une vie personnelle et familiale (b).

a) Le droit au respect du socle contractuel

Un salarié qui n'a jamais travaillé le dimanche peut-il se voir imposer une modification de la répartition de ses horaires de travail qui conduise à supprimer son repos dominical ?

La réponse sera négative si le contrat de travail ou un avenant à celui-ci exclut le travail dominical par une clause claire et précise. La Cour de cassation a ainsi décidé, s'agissant d'un horaire prévu par avenant convenu entre un employeur et une salariée pour respecter les désirs et obligations familiales de cette dernière, que « les horaires ainsi expressément précisés, à la demande de la salariée, acceptés par l'employeur, présentaient un caractère contractuel ». La modification des horaires de travail proposée par l'employeur, qui contraignaient la salariée à venir travailler le dimanche, constituait donc une modification du contrat de travail qu'elle était en droit de refuser (123). Cependant les contrats de travail sont assez rarement aussi explicites.

A défaut de clause expresse fixant précisément les horaires de travail (124), il convient, pour répondre à notre question, d'appliquer l'épineuse distinction entre changement des conditions de travail imposé par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction et modification du contrat de travail nécessitant l'accord du salarié.

La Cour de cassation a d'ores et déjà précisé que la répartition des horaires de travail entre dans le domaine du pouvoir de direction du chef d'entreprise (124 bis) – qui peut donc y apporter des changements unilatéralement

(125). En principe, seulement. En effet, la Haute juridiction a ajouté, au fil de quelques arrêts, qu'il pouvait en aller autrement dans certaines circonstances (126). Par exemple en cas de passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit – et inversement (127) ou d'un horaire fixe à un horaire variable ou encore d'un horaire continu à un horaire discontinu (128). Il faut donc comprendre que, si la modification de la répartition des horaires de travail entraîne un bouleversement dans le rythme de travail salarié, il y a – à l'inverse – une modification du contrat de travail qui nécessite l'accord du salarié.

La Cour de cassation n'a, semble-t-il, pas encore eu l'occasion de se prononcer sur le point de savoir si le passage d'un repos à un travail dominical doit être qualifié de simple changement des conditions de travail ou de modification du contrat de travail. La seconde option devrait vraisemblablement être retenue. Le dimanche est un jour traditionnellement chômé – raison pour laquelle il ne reçoit pas la qualification de « jour ouvrable » (129). De surcroît, « ce jour constitue un repère symbolique qu'il convient de ne pas banaliser, tant il constitue un point d'ancrage stable pour la vie familiale et le lien social » (...), « le dimanche reste un marqueur social, un repère symbolique » (...), un « marqueur historique, culturel et identitaire » (130). Passer du repos au travail dominical constitue donc ce que l'on peut considérer, objectivement, comme un bouleversement dans le rythme de travail des salariés. A ce titre, ce passage devrait être considéré comme entraînant une modification du contrat de travail.

Il faut également verser à l'appui de cette thèse un arrêt de la Cour de cassation qui, bien que ne portant pas sur le repos dominical, donne de précieuses indications (131). Dans cette affaire, un employeur avait exigé d'une salariée qu'elle vienne désormais travailler le samedi. Pour l'employeur, il y avait là un simple changement des conditions de travail. Les juges du fond, approuvés en cela par la Cour de cassation, ont quant à eux considéré que ce changement de la répartition des horaires de travail constituait une modification du contrat de travail : « Mais attendu que la Cour d'appel, qui a constaté que la modification proposée, non seulement imposait à la salariée, dont l'horaire de travail avait toujours été

(123) Cass. Soc. 29 avril 2009, Sté Cabinet Montchalin c/ Bourgion, RJS 7/09, n° 604. Cf. également Cass. Soc. 11 juillet 2001, 1^{re} esp., RJS 10/01, n° 1111.

(124) Une « simple » clause « informative » ne suffit pas. Sur la notion de clause informative, cf. notamment Jean Pélissier, « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », RJS 1/04, p. 3 ; et, du même auteur : « La détermination des éléments du contrat de travail », Dr. Ouv. 2005, p. 92.

(124 bis) M. Miné « Les horaires de travail », Dr. Ouv. 2000 p. 412.

(125) Cf. notamment : Cass. Soc. 17 oct. 2000, RJS 12/00, n° 1222 Dr. Ouv. 2002 p. 23 n. P. Moussy, et Cass. Soc. 9 avril 2002, RJS 7/02, n° 785.

(126) Cf. Françoise Favennec-Héry, « Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif », RJS 6/03, p. 459.

(127) Cass. Soc. 8 juillet 2000, RJS 11/02, n° 1205.

(128) Cass. Soc. 18 juillet 2008, RJS 11/08, n° 1075.

(129) Un arrêt en date du 27 juin 2001 (RJS 10/01, n° 1111, 2^e esp.) autorise à penser que la Cour de cassation ne sera pas insensible à cet argument. Dans cet arrêt, en effet, elle souligne, notamment, que le changement dans la répartition des horaires de travail se réalisait sur un jour « ouvrable » pour conclure qu'il y avait simplement changement des conditions de travail (cf. note 132).

(130) Rapport du Conseil économique et social « Les mutations de la société et les activités dominicales », précité, pp. 4, 5 et 6.

(131) Cass. Soc. 22 oct. 2003, RJS 1/04, n° 5.

réparti du lundi au vendredi, de travailler un samedi entier sur deux, mais encore la privait une semaine sur deux du bénéfice du repos hebdomadaire de deux jours consécutifs, a pu décider qu'il s'agissait d'une modification du contrat de travail et que le refus de la salariée n'était pas fautif » (132). Les mêmes causes produisant les mêmes effets, la Cour de cassation devrait décider que la privation du repos dominical doit recevoir la qualification de modification du contrat de travail – que les salariés sont en droit de refuser (133).

Dans les deux affaires exploitées ci-dessus, les salariées invoquaient, à l'appui de leur refus, les répercussions de la modification d'horaires de travail sur leur vie privée ou familiale. Voilà, en effet, un argument supplémentaire pour considérer que les salariés devraient se voir conférer le droit de refuser de travailler le dimanche.

b) Le droit à une vie privée et familiale

L'entrée des droits et des libertés fondamentales des travailleurs sur la scène juridique est assez récente, mais elle ouvre d'assez nombreuses perspectives (134). Ainsi, aux côtés du respect du contrat de travail, le droit au respect de la vie privée et familiale est susceptible de limiter le pouvoir de direction des employeurs – y compris en matière de repos dominical.

Le droit au respect de la vie privée et familiale est consacré par de nombreux et prestigieux textes ou décisions, tant nationaux qu'internationaux (135) : convention C 156 de l'OIT concernant « l'égalité des chances et de traitement (...) pour les travailleurs ayant des responsabilités familiales » ; article 33 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacré à l'articulation entre « Vie familiale et vie professionnelle » ; article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentale protégeant la vie privée et familiale ; décisions du Conseil constitutionnel et

du Conseil d'Etat reconnaissant le droit à une vie familiale normale comme principe général du droit rattaché au Préambule de la Constitution de 1946 (136) ; loi du 23 mars 2006 imposant à l'employeur d'établir un rapport comportant une analyse des conditions d'articulation entre l'activité professionnelle et l'exercice de responsabilités familiales (137) ; enfin, article L. 1121-1 du Code du travail disposant que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

Au visa de ce dernier texte (138), la jurisprudence a évolué dans le sens d'une prise en considération de plus en plus importante des répercussions des décisions patronales sur la vie des salariés. En particulier sur leur vie privée et familiale, et notamment en cas de modification de la répartition de leurs horaires de travail (139). Désormais, si cette modification porte atteinte à la vie personnelle et familiale des salariés, les juges du fond doivent rechercher « concrètement » si une telle atteinte est justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché (140). S'agissant du travail à temps partiel (141), ils doivent de surcroît s'assurer que la modification d'horaires est compatible avec des obligations familiales impérieuses (142). En la matière, l'exercice du pouvoir patronal est donc soumis à une exigence de justification, sous le contrôle étroit des juges.

Cette **limitation des décisions patronales** doit, à n'en pas douter, trouver application en matière de repos dominical. Le travail du dimanche porte indéniablement atteinte à la vie personnelle et familiale des travailleurs. C'est un fait avéré : « Notre société a besoin de repères stables pour permettre aux salariés et à leur famille de se retrouver, d'échanger, de vivre ensemble (...). Depuis 1906, c'est le principe du repos dominical qui prévaut pour répondre à cette demande légitime » (143).

(132) La jurisprudence de la Cour de cassation a donc évolué sur cette question. En effet, dans un arrêt en date du 27 juin 2001 (précité, note 129), elle affirmait que : « A défaut de clause contractuelle excluant le travail du samedi, l'employeur, en changeant l'horaire de travail et en demandant aux salariés de travailler le samedi matin, jour ouvrable, au lieu du lundi matin, fait usage de son pouvoir de direction ». Pour des faits similaires (travail du samedi alors que le/la salarié(e) était depuis toujours en repos ce jour-là), la solution est diamétralement opposée. L'explication ne doit pas (c'est à souhaiter) être cherchée dans le fait qu'en 2001 un salarié refusait de travailler le samedi, tandis qu'en 2003 c'était un salarié. Sur un plan général, n'oublions pas que seulement 20% des hommes participent aux tâches ménagères et familiales – qui se réalisent en partie le samedi, le dimanche étant normalement consacré au repos de toutes et tous...

(133) Etant entendu qu'une convention ou un accord collectif de travail ne peut pas, non plus, affecter le socle contractuel.

(134) Cf. dernièrement, Philippe Waquet, « Libertés et contrat de travail », RJS 5/09, p. 347.

(135) Cf. H.K. Gaba, « Obligations familiales impérieuses et mise en œuvre du contrat de travail », RJS 1/09, p. 3.

(136) D.C n° 93-325 du 13 août 1993, Rec. Cons. Constit. p. 87 ; CE 8 déc. 1978, GISTI, D. 1979, 661, note Léo Hamon ; cf. Marie-

Cécile Escande-Varniol « Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaires ou de lieu de travail », Dr. Soc. 2002, p. 1064.

(137) Art. L. 2323-57 C. Trav.

(138) Souvent complété par l'article 1134 du Code civil en ce qu'il impose une exécution de bonne foi des engagements contractuels.

(139) Cf. notamment Marie-Cécile Escande-Varniol, « Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaires ou de lieu de travail », précité ; Philippe Waquet « Libertés et contrat de travail », précité, et K. Gaba, « Obligations familiales impérieuses et mise en œuvre du contrat de travail », précité.

(140) Cf. par exemple, Cass. Soc. 13 janvier 2009, RJS 3/09, n° 229.

(141) Comme chacun sait, très répandu dans le secteur du commerce.

(142) Cass. Soc. 13 janvier 2009, précité.

(143) Xavier Darcos, ministre du Travail, lors des débats parlementaires relatifs à la loi du 10 août 2009 (1^{re} séance du 7 juillet 2009).

D'ailleurs, le nouvel article L. 3132-3 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la réforme d'août 2009, précise que le repos hebdomadaire est donné le dimanche « *dans l'intérêt des salariés* ». On ne saurait mieux souligner que le travail dominical conduit à un conflit d'intérêt entre employeurs et salariés, conflit qui ne peut être résolu qu'à l'aune de l'article L. 1121-1 du Code du travail.

En conséquence, les salariés pourront invoquer leur droit à une vie personnelle et familiale pour refuser de travailler le dimanche, soit occasionnellement pour ceux qui y sont astreints habituellement, soit plus durablement pour ceux qui ont l'habitude de disposer de leurs dimanches. Et, de son côté, l'employeur devra convaincre les juges qu'en raison de la tâche accomplie par le salarié ayant refusé de travailler le dimanche, et de la nécessité que son travail soit réalisé y compris le dimanche, son licenciement était inévitable. La banalisation du travail précaire risque de contrarier quelque peu l'efficacité de ce type de justification patronale, destinée à contraindre un salarié à travailler le dimanche (144).

Reste l'épineux problème des conséquences du refus du travail dominical dans les hypothèses où ce refus est possible, soit au motif du respect du socle contractuel, soit au motif du respect des droits fondamentaux des salariés

(145). Dans l'un et dans l'autre cas, le refus ne sera pas fautif et ne pourra donc pas fonder un licenciement. Si, malgré tout, le licenciement est prononcé, le salarié aura droit à des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse – en attendant que les juges admettent que la sanction du licenciement prononcé en violation des droits et des libertés fondamentales des salariés, i.e. contraire aux prévisions de l'article L. 1121-1 du Code du travail, doit logiquement être la nullité. Mais c'est là un autre débat...

Le moment venu de terminer ce tour d'horizon relatif au repos dominical, qu'il soit permis de remémorer l'appel lancé par treize résistants de la première heure (146), en 2004, lors de la célébration du soixantième anniversaire du Programme du Conseil national de la Résistance (147) : « *Nous appelons (...) à créer un nouveau programme de résistance de notre siècle, à une véritable insurrection contre les moyens de communication de masse. Ils ne proposent comme horizon pour notre jeunesse que la consommation marchande, le mépris des plus faibles et de la culture, l'amnésie généralisée et la compétition à outrance de tous contre tous* » (148). On ne saurait mieux souligner qu'en matière de repos dominical, notamment, la vigilance reste de mise.

Mireille Poirier

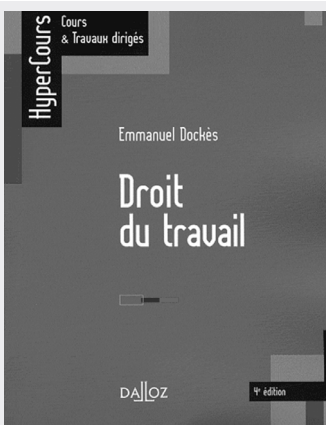
(144) On peut s'en réjouir et, en même temps, le regretter. A cet égard, il a beaucoup été question, lors des débats parlementaires, des nouvelles possibilités de dérogations au repos dominical qui seraient autant d'occasions offertes aux étudiants pour travailler contre rémunération – sur la base du volontariat, évidemment. Jusqu'à preuve du contraire, le travail des étudiants consiste à... étudier ! Parfois même le samedi et le dimanche. Et, sacrilège, parfois même peuvent-ils se reposer tout ou partie du dimanche ! Une société qui n'offre pas à ses étudiants les moyens financiers de mener à bien leurs études n'a vraiment pas de quoi s'en vanter...

(145) Ces deux versants pouvant bien entendu – et c'est même conseillé – se conjuguer.

(146) Visualisable sur « Daily Motion ».

(147) Le 15 mars 1944.

(148) « De fil en aiguille », une suggestion pour toutes celles et tous ceux qui peuvent encore profiter de leur précieux repos dominical : aller savourer « Walter, retour en résistance », l'excellent film documentaire de Gilles Perret.



Droit du travail par Emmanuel Dockès

Sommaire (4^e édition)

Situer le droit du travail Contextes / Domaine / Sources

Pouvoir de l'employeur Pouvoir et contrat / Le pouvoir disciplinaire / Le pouvoir réglementaire / Pouvoir et droits fondamentaux

L'accès à l'emploi Le recrutement / Conclusion du contrat / Le contrat à durée déterminée / L'intermédiaire en main-d'œuvre / Le contrat de travail à temps partiel

L'exécution du contrat de travail Le salaire / Le temps de travail

L'emploi menacé La suspension du contrat de travail / Transfert d'entreprise

L'emploi perdu Qualifications de la rupture / Droit commun du licenciement / Le licenciement économique

Les salariés coalisés La grève / Le syndicat et ses représentants

Les conventions collectives Formation et champ d'application des conventions collectives / Modification et destruction des conventions collectives

Les institutions représentatives Le comité d'entreprise / Les autres représentants du personnel / Désignation et élection des représentants / Statut des représentants

La puissance publique Inspection du travail / Le Conseil de prud'homme

Dalloz coll. hypercours - ISBN : 978-2-247-08431-9 - 697 pages - 33 euros - Disp. en librairie et sur Internet