

N° 432388

Société Auchan Hypermarché

4^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 23 septembre 2019

Lecture du 2 octobre 2019

CONCLUSIONS

M. Raphaël Chambon, rapporteur public

La société Auchan Hypermarché exploite un magasin situé dans un centre commercial de Villeneuve d'Ascq. Comme tous les hypermarchés de l'entreprise, ce magasin propose à la vente de la charcuterie et du fromage à la découpe. Par une décision du 20 février 2019, l'inspection du travail a ordonné l'arrêt immédiat des travaux réalisés à l'aide d'une trancheuse à jambon, en application du 4^o de l'article L. 4731-1 du code du travail, lequel prévoit que *« L'agent de contrôle de l'inspection du travail (...) peut prendre toutes mesures utiles visant à soustraire immédiatement un travailleur qui ne s'est pas retiré d'une situation de danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé, (...), notamment en prescrivant l'arrêt temporaire de la partie des travaux ou de l'activité en cause, lorsqu'il constate que la cause de danger résulte : (...) / 4^o (...) de l'utilisation d'équipements de travail dépourvus de protecteurs, de dispositifs de protection ou de composants de sécurité appropriés ou sur lesquels ces protecteurs, dispositifs de protection ou composants de sécurité sont inopérants »*.

Cette décision comportait, au titre de la mention des voies et délais de recours l'indication suivante : *« en cas de contestation de la réalité du danger ou de la façon de le faire cesser, l'employeur peut saisir le tribunal administratif qui statue en référé »*, soit la reprise, à quelques mots près, de l'article L. 4731-4 du code du travail, aux termes duquel : *« En cas de contestation par l'employeur de la réalité du danger ou de la façon de le faire cesser, notamment à l'occasion de la mise en œuvre de la procédure d'arrêt des travaux ou de l'activité, celui-ci saisit le juge administratif par la voie du référé »*.

La société a saisi le tribunal administratif de Lille d'une requête présentée comme un référé introduit sur le fondement de l'article L. 4731-4 du code du travail mais demandant l'annulation de la décision du 20 février 2019.

Le juge des référés du tribunal administratif a rejeté cette requête par ordonnance. Il a estimé que les dispositions de l'article L. 4731-4 du code du travail devaient être lues comme permettant à un employeur de saisir le juge des référés du tribunal administratif au titre des procédures de référé de droit commun, que la requête de la société Auchan devait être regardée comme présentée sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice

administrative et qu'elle était irrecevable dès lors qu'elle se bornait à demander l'annulation de la décision litigieuse, une telle demande excédant l'office du juge du référé-suspension.

A l'appui de son pourvoi en cassation contre cette ordonnance, la société Auchan a soulevé, par mémoire distinct, une question prioritaire de constitutionnalité contestant la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L. 4731-4 du code du travail.

Les dispositions contestées ont bien un caractère législatif, car, si elles sont issues de l'ordonnance n° 2016-413 du 7 avril 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail, cette ordonnance a été ratifiée par l'article 118 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels. Elles sont à l'évidence applicables au litige et n'ont jamais été jugées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel, ce dernier ne s'étant pas prononcé sur l'article ratifiant cette ordonnance dans sa décision n° 2016-736 DC du 4 août 2016 sur la loi du 8 août 2016.

La société Auchan soutient que ces dispositions méconnaissent le plein exercice par le législateur de sa compétence, le droit à un recours juridictionnel effectif, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété.

Pour vous prononcer sur le caractère sérieux de ces griefs, il convient de trancher d'abord l'interprétation à donner des dispositions litigieuses. La requérante soutient en effet que les procédures de référé de droit commun prévues au titre II du livre V du code de justice administrative ne sont pas applicables et que l'article L. 4731-4 du code du travail institue une voie de recours particulière sous la forme d'un référé *ad hoc* (c'est pourquoi le législateur aurait dû selon elle préciser davantage les pouvoirs dévolus au juge dans ce cadre).

Si vous la suiviez, il faudrait alors considérer que le dispositif institué par le législateur ne serait pas entré en vigueur, faute d'édition des dispositions réglementaires organisant cette procédure (l'article L. 4731-6 prévoit d'ailleurs qu'« *un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités d'application des articles L. 4731-1 à L. 4731-4* » : un tel décret a bien été pris, il est aujourd'hui codifié aux articles R. 4731-1 à R. 4731-12, mais il ne dit mot du recours en référé prévu à l'article L. 4731-4). Dans une affaire posant une question similaire, vous avez en effet jugé que n'était pas entrée en vigueur, à défaut de toute précision dans la loi en ce qui concerne, notamment, la nature des pouvoirs du juge des référés et en l'absence de définition de ses modalités d'application par le décret en Conseil d'Etat prévu, une disposition du code de la santé publique ayant prévu que « *Le médecin (...) dont le droit d'exercer a été suspendu (...) peut exercer un recours contre la décision du directeur général de l'agence régionale de santé (...) devant le tribunal administratif, qui statue en référé dans un délai de quarante-huit heures* » (4/5 SSR, 30 mai 2011, M..., n°336838, aux Tables). Dans ses conclusions sur cette affaire, Gaëlle Dumortier rappelait que vous aviez *a contrario* jugé, dans votre arrêt d'Assemblée du 10 juin 1994 *Commune de Cabourg* (n° 141633, p. 300), que le référé

précontractuel de l'article L. 22 du code de justice administrative était entré en vigueur immédiatement après avoir relevé que les dispositions de cet article « *déterminent la forme des recours, les personnes habilitées à agir, le juge compétent pour en être saisi, l'étendue des compétences qui lui sont dévolues, et les voies de recours contre sa décision* ». Or tel n'est pas le cas en l'espèce, ni l'étendue des compétences dévolues au juge ni les voies de recours n'étant précisées. Portant sur une disposition législative non encore entrée en vigueur, la QPC ne saurait prospérer car elle ne peut être regardée comme applicable au litige, alors même que le juge des référés du tribunal administratif en a fait application (voyez 2/7 SSR, 28 avril 2014, *M. et Mme I...*, n°375709, aux Tables).

Mais telle n'est pas l'interprétation de la disposition litigieuse que nous vous proposons de retenir.

Dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 7 avril 2016, l'article L. 4731-4 disposait qu'« *en cas de contestation par l'employeur de la réalité du danger ou de la façon de le faire cesser, notamment à l'occasion de la mise en œuvre de la procédure d'arrêt des travaux ou de l'activité, celui-ci saisit le juge judiciaire dans des conditions déterminées par voie réglementaire* » : c'était donc le juge judiciaire qui était compétent et l'article R. 4731-8 pris pour l'application de la disposition législative prévoyait alors une saisine par l'employeur du « *président du tribunal de grande instance qui statue en référé* ».

Les travaux préparatoires de l'ordonnance éclairent bien la modification apportée et, par ricochet nous semble-t-il, le sens de la référence à la saisine du « *juge administratif par la voie du référé* ». Le rapport au Président de la République indique que l'ordonnance « reprend substantiellement » les dispositions de la proposition de loi relative aux pouvoirs de l'inspection du travail déposée le 27 mars 2014 par MM. Le Roux et Robiliard¹. Si l'on se reporte aux travaux parlementaires relatifs à cette proposition de loi, en ce qu'elle concernait l'article L. 4731-4 du code du travail, il apparaît que la saisine du juge judiciaire, alors que les décisions d'arrêt temporaire constituent des actes administratifs, s'expliquait pour des raisons historiques : lorsque la procédure avait été créée en 1991, « le référé devant le juge administratif n'existait pas encore ». La proposition de loi entendait unifier le contentieux des mises en demeure intervenant sur des questions de santé et de sécurité, en transférant au juge administratif « la compétence pour statuer sur les recours en référé exercés en matière d'arrêts temporaires de travaux et d'activité »². Son exposé des motifs indique que « la voie de recours en cas de décision d'arrêt de travaux d'activités résultant des articles L. 4731-1 ou L. 4731-2 sera le recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif qui retrouve sa compétence car il s'agit de la contestation d'une décision administrative. Le maintien d'une compétence spéciale du juge des référés judiciaires n'est plus nécessaire puisque le référé administratif n'a plus rien à envier à son homologue judiciaire ». Il semble donc que l'intention ait été de revenir au droit commun s'agissant des voies de contestation d'une décision d'arrêt de travaux

¹ Proposition n°1848 déposée le 27 mars 2014.

² Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale n°1942 du 14 mai 2014.

ou d'activité, soit le recours pour excès de pouvoir et les référés d'urgence. Nous sommes confortés dans cette lecture par la conviction que ces voies de droit sont bien, contrairement à ce qui est soutenu et comme nous allons le voir dans un instant en examinant les griefs d'inconstitutionnalité invoqués, susceptibles d'avoir un effet utile pour l'employeur.

Certes, si le législateur voulait permettre l'application du droit commun, nul n'était besoin d'écrire quoique ce soit dans la loi s'agissant des voies de recours ouvertes contre une décision administrative. Et une disposition à vertu purement pédagogique aurait gagné à être écrite différemment, en renvoyant au recours pour excès de pouvoir et aux référés d'urgence du titre II du livre V du code de justice administrative. Il est vrai que la rédaction donnée à l'article L. 4731-4 par l'ordonnance du 7 avril 2016 paraît maladroite dès lors qu'elle peut laisser penser que le législateur a entendu instituer un référé-fond, à l'instar des référés contractuels et précontractuels (cette lecture pouvant s'appuyer sur le constat qu'auparavant l'action devant le président du TGI était bien un référé-fond : le législateur aurait seulement entendu transférer la compétence juridictionnelle du juge judiciaire au juge administratif, sans modifier la nature du recours).

Mais les travaux préparatoires que nous avons évoqués sont suffisamment probants à nos yeux pour juger que l'ordonnance du 7 avril 2016 a entendu renvoyer aux voies de contestation de droit commun. Ce qui achève de nous en convaincre est qu'à la différence du précédent *M...* déjà mentionné, la disposition législative ici en litige ne contient aucun indice de l'institution d'une procédure de référé *ad hoc*, comme l'insertion de la réponse du juge dans un délai de 48h prévue dans la disposition législative alors en cause.

Si vous nous suivez pour adopter cette interprétation de l'article L. 4731-4 du code du travail, vous n'aurez aucun mal pour considérer qu'aucun des griefs d'inconstitutionnalité soulevés ne présente de caractère sérieux justifiant une transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

Dès lors que cet article est regardé comme renvoyant au régime des référés d'urgence de droit commun, le législateur n'est pas resté en-deçà de sa compétence, comme l'a déjà jugé le Conseil constitutionnel en estimant, à propos de la faculté de saisir le juge des référés aux fins de faire prononcer la suspension de la procédure de licenciement, qu'il « n'incombait pas à l'article critiqué de préciser davantage les pouvoirs du juge ni la procédure suivie devant celui-ci, dès lors qu'il peut être fait application, dans ces domaines, des règles du droit commun » (décision n° 2011-455 DC du 12 janvier 2012, *Loi de modernisation sociale*, considérant 13).

Le droit à un recours juridictionnel effectif n'est pas davantage méconnu.

En premier lieu, l'employeur peut bien entendu former un recours pour excès de pouvoir, ouvert même sans texte (CE Ass. 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c/ dame Lamotte*, p. 111).

En deuxième lieu, le référé-suspension introduit sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative peut permettre d'obtenir la suspension de l'exécution de la mesure d'arrêt des travaux ou de l'activité. Contrairement à ce que soutient la société requérante, la circonstance que la mesure d'arrêt ait commencé à être exécutée ne rend nullement sans objet une demande de suspension dès lors que ses effets se déploient dans le temps. La condition d'urgence pourrait-elle être satisfaite ? Aisément en cas d'arrêt d'activité. Peut-être de manière moins évidente en matière d'arrêt de travaux, mais tout dépendrait des circonstances de l'espèce. Sauf à retenir que la protection de la santé des travailleurs impose de ne pas retenir l'urgence à suspendre. Mais eu égard à l'objet du recours – contester l'appréciation du danger – il y aurait quelque paradoxe à l'opposer au titre de la condition d'urgence. Quant au caractère non suspensif du référé-suspension souligné par la requérante, il ne méconnaît pas, en lui-même, le droit à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789, comme l'a jugé expressément le Conseil constitutionnel (décision n° 2011-203 QPC du 2 décembre 2011, cons. 10).

En troisième lieu, la voie du référé-liberté n'est pas fermée par principe, l'employeur pouvant invoquer une atteinte au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre, qui sont des libertés fondamentales³, l'atteinte grave supposant néanmoins qu'une part substantielle de l'activité soit concernée.

Enfin, contrairement à ce qui est soutenu, l'article L. 8114-1 du code du travail, lequel punit « *le fait de faire obstacle à l'accomplissement des devoirs d'un agent de contrôle de l'inspection du travail* », ne fait en rien obstacle à ce qu'un juge des référés, suspension ou liberté, suspende l'exécution de la décision d'arrêt de travaux ou d'activité.

Certes, le juge constitutionnel a déjà censuré, comme le fait valoir la requérante, une disposition du code de sécurité intérieure en tant qu'elle laissait au tribunal administratif un délai de 4 mois, jugé excessif, pour se prononcer sur le recours pour excès de pouvoir formé contre la décision du ministre de l'intérieur interdisant à une personne, aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme, de se trouver en relation directe ou indirecte avec certaines personnes, nommément désignées, dont il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité publique (décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018). Mais cette décision est motivée par l'atteinte qu'une telle mesure porte aux droits de l'intéressé, le droit à un recours juridictionnel effectif imposant dès lors que le juge administratif soit tenu de statuer sur la demande d'annulation de la mesure dans de brefs délais. Il ne nous semble pas que le raisonnement tenu dans cette décision par le Conseil constitutionnel puisse valoir ici, l'atteinte portée à des droits constitutionnellement reconnus étant nettement moindre. Quant à la décision imposant l'intervention du juge administratif préalablement au renouvellement des mesures administratives d'assignation à résidence aux

³ Pour le droit de propriété : JRCE, 31 mai 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, n° 234226, au Recueil ; pour la liberté d'entreprendre : JRCE, 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, n° 239840, au Recueil.

fins de lutte contre le terrorisme et censurant la disposition prévoyant que la seule forme pouvant être prise par cette intervention soit celle d'une saisine du juge des référés-liberté, dès lors que son contrôle est limité aux atteintes graves et manifestement illégales (décision n° 2017-691 QPC du 16 février 2018), elle est également motivée par la nature privative de liberté de la mesure en cause et comme déjà indiqué le référé-liberté n'est en tout état de cause pas la seule voie de recours dans le cas qui nous occupe.

Enfin, l'article L. 4731-4 du code du travail, dès lors qu'il garantit le droit à un recours effectif contre les mesures prises sur le fondement de l'article L. 4731-1 du même code, ne méconnaît ni la liberté d'entreprendre ni le droit de propriété (cf. votre décision G... du 9 mai 2011, n° 346785, aux Tables⁴).

Si vous nous suivez, vous ne renverrez donc pas au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité, qui n'est ni nouvelle ni sérieuse.

Vous pourrez alors vous prononcer dans la même décision sur l'admission du pourvoi de la société Auchan, qui n'est pas irrecevable contrairement à ce que soutient la ministre du travail dans son mémoire en défense sur la QPC, l'irrecevabilité de la demande présentée devant le juge des référés n'entraînant pas *ipso facto* l'irrecevabilité du pourvoi en cassation contre l'ordonnance rendue par celui-ci.

Le pourvoi ne comporte qu'un moyen qui ne nous semble pas de nature à justifier son admission. Il est tiré de ce que le juge des référés aurait méconnu son office et entaché son ordonnance d'erreur de droit en regardant la demande présentée par la société Auchan comme introduite sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative et non sur son article L. 521-2. Faute pour le demandeur d'avoir précisé l'article qu'il entend invoquer dans le cadre d'un référé, il appartient au juge de préciser la portée de la demande au vu de tous les éléments d'appréciation dont il dispose (JRCE, 10 avril 2001, *Syndicat national unifié des directeurs, des instituteurs, des professeurs des écoles de l'enseignement public Force ouvrière (SNUDI-FO) du Maine-et-Loire*, n°232336, aux Tables) et en l'espèce l'ordonnance attaquée nous semble à l'abri de la critique sur ce point. Au demeurant, la demande d'annulation de la décision de l'inspection du travail aurait été tout aussi irrecevable si le juge des référés l'avait regardée comme présentée sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative (JRCE, 24 janvier 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis*, n° 229501, au Recueil).

⁴ « dès lors qu'elles sont accompagnées des garanties de procédure qui s'attachent aux mesures de police, étant en particulier susceptibles d'être déférées au juge administratif, notamment par les voies du référé-liberté ou du référé-suspension, le moyen tiré de la non-conformité des mesures de police nécessaires pour faire cesser l'usage pour habitation des locaux insalubres aux articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne présente pas de caractère sérieux ».

PCMNC à ce que vous décidiez de ne pas renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée et de ne pas admettre le pourvoi de la société Auchan.