

N° 396286

N° 396287

N° 396288

Fédération des entreprises de boulangerie

1^{ère} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 30 janvier 2017

Lecture du 24 février 2017

CONCLUSIONS

M. Jean LESSI, rapporteur public

La problématique de l'abrogation des arrêtés préfectoraux portant fermeture hebdomadaire de certains établissements commerciaux n'a jamais été simple. Autant vous le dire tout de suite : ce n'est pas aujourd'hui qu'elle le deviendra.

Rappelons que selon des dispositions issues d'une loi du 29 décembre 1923, codifiées à l'article 43 a du code du travail, puis à l'article L. 221-17 et enfin, aujourd'hui, à l'article L. 3132-29 : « *Lorsqu'un accord est intervenu entre les organisations syndicales de salariés et les organisations d'employeurs d'une profession et d'une zone géographique déterminées sur les conditions dans lesquelles le repos hebdomadaire est donné aux salariés, le préfet peut, par arrêté, sur la demande des syndicats intéressés, ordonner la fermeture au public des établissements de la profession ou de la zone géographique concernée pendant toute la durée de ce repos.* » Vous avez précisé la principale condition de légalité de ces arrêtés, pris essentiellement pour égaliser les conditions de concurrence entre commerce avec et sans salariés¹ : ils doivent refléter la volonté de la « majorité indiscutable » des professionnels concernés, c'est-à-dire de tous ceux qui exercent l'activité à titre principal ou accessoire (CE, 12 nov. 1938, *Milhac et autres*, au Recueil p. 841) – y compris au-delà du cercle des syndicats saisissant le préfet d'une demande formelle.

Depuis que ces arrêtés existent, ils sont contestés et font régulièrement l'objet de demandes d'abrogation, dont le contentieux vous a conduit à préciser, dans le silence des textes, les conditions de leur sortie de vigueur. Et vous les avez logiquement traités comme n'importe quel acte réglementaire. Ainsi, dans la lignée de la jurisprudence *Despujol*², vous avez jugé que le préfet est tenu d'abroger l'arrêté en cas de changement des circonstances,

¹ Ce régime a en effet pour but d'éviter les distorsions de concurrence liées à la coexistence, pour une même activité, d'établissements employant des salariés et d'autres pouvant fonctionner sans salariés. Cette disposition peut d'ailleurs avoir autant pour effet de protéger les gros commerces employant des salariés, en leur garantissant que leur concurrents artisans fermeront eux aussi un jour par semaine, que de protéger les petits, leur évitant de s'échiner à ouvrir tous les jours face à des établissements en mesure, le cas échéant, de donner le repos par roulement et d'ouvrir sept jours sur sept.

² CE, sect., 10 janv. 1930, au Recueil p. 30, GAJA 20^{ème} éd. n° 40, p. 241.

c'est-à-dire en cas de renversement de la volonté majoritaire³, soit que les opinions aient évolué, soit que la physionomie du secteur, avec l'arrivée de nouveaux acteurs autres que les boulangers artisanaux, ait changé (CE, 19 juil. 1939, *Syndicat des patrons charcutiers de la ville d'Aix-en-Provence*, au Recueil p. 490). Vous avez ensuite transposé votre jurisprudence *Compagnie Alitalia*⁴ (CE, Ass., 3 févr. 1989, au Recueil p. 44, GAJA n° 86) : le préfet a obligation d'abroger l'arrêté pour toute illégalité apparue ultérieurement, mais aussi en cas d'illégalité initiale (CE, 31 mai 1996, *Ministre du travail c/ Syndicat national du commerce moderne de l'équipement de la maison*, n° 147405, inédite). Vous avez également précisé qu'à côté de ces cas où il est tenu d'abroger l'arrêté, le préfet disposait d'un pouvoir d'appréciation pour les abroger à tout moment (CE, 5 mars 1986, *Ministre du travail c/ Syndicat du commerce moderne de l'équipement de la maison*, n° 41739, inédite) – ce qui n'est que la traduction du principe de mutabilité des règlements.

Voilà pour le cadre général de l'abrogation de ces arrêtés par le préfet qui les a pris. Pour être complet, et parce que c'est la configuration du jour, il faut rappeler que les textes ont ouvert un deuxième circuit d'abrogation, propre aux commerces de bouches, passant par le ministre. C'est ainsi qu'un décret-loi du 24 juin 1939 a ajouté à ce qui était alors l'article 43 a du code du travail un alinéa précisant que « *lorsque cet arrêté [de fermeture] concerne des établissements concourant d'une façon directe au ravitaillement de la population en denrées alimentaires, il peut être abrogé ou modifié par le **ministre** chargé du travail [après consultation des organisations professionnelles intéressées]* ». Il s'agissait de répondre à des difficultés d'approvisionnement, et à des pertes de denrées périssables, constatées après les premières années d'application de la loi de 1923, en facilitant l'abrogation des arrêtés préfectoraux déjà pris. Ces dispositions sont devenues le 2^{ème} alinéa de l'article L. 221-17 du code du travail, avant que, lors de la recodification en 2008, le codificateur estime que le partage loi-règlement impose de déclasser⁵ en partie réglementaire cette disposition, à l'article R. 3132-22.

Tout ce que nous venons de dire sur les cas de faculté ou d'obligation, en cas d'illégalité *ab initio* ou ultérieure, valables pour le préfet, valent pour le ministre. Ajoutons, malgré l'absence de décision fichée, que vous considérez que le circuit ministériel d'abrogation coexiste, pour les commerces de bouche, avec le circuit préfectoral (v. en ce sens CE, 15 juin 2009, *Société Pifral et société Mimi la Praline*, n° 317485, inédite)⁶ : il y a compétence concurrente entre préfet et ministre.

³ Les conditions dans lesquels le juge apprécie si une majorité indiscutable persiste à la date du refus d'abroger – en pratique il s'agit du principal angle de contestation – sont subtiles. Comme le rappelait fort justement Alexandre Lallet dans de récentes conclusions (CE, 23 oct. 2013, *Fédération des entreprises de boulangerie et pâtisserie française et Société la Panetière du Rouergue*, n° 354778), vous reprenez une approche à « double détente » : le ministre – ou le préfet – doit « d'abord apprécier s'il s'est produit dans l'opinion d'un nombre important d'établissements ou de salariés, un changement de nature à modifier la volonté de la majorité d'entre eux » et, « dans l'affirmative, il lui appartient d'organiser une nouvelle consultation », ou une nouvelle enquête ajouterons-nous, « afin de porter une appréciation éclairée sur ce point » (CE, Sect., 30 janvier 1981, *Ministre du travail c/ Société Afrique France Europe*, n° 16148, au Rec.). Il s'agit d'éviter d'imposer à l'administration, souvent saisie de demandes peu étayées, de procéder systématiquement à une instruction exhaustive, impliquant souvent une enquête auprès de l'ensemble des professionnels.

⁴ L'équilibre de cette jurisprudence générale a été codifié dans la loi, d'abord à l'article 16-1 de la loi du 12 avril 2000, puis à l'article L. 243-2 du code des relations entre le public et l'administration.

⁵ Sans doute parce qu'elle se borne à désigner une autorité administrative compétente à l'intérieur de l'Etat.

⁶ Les juridictions du fond se sont partagées sur cette question. Ont jugé dans le sens d'une compétence exclusive du ministre pour abroger les arrêtés relatifs à des commerces alimentaires : TA Clermont-Ferrand, 15 décembre 2007, *Société L'Aurillaquoise et autres*, n° 0600599 ; CAA Lyon, 29 juin 2010, *Société Pifral*, n° 08LY01043

C'est dans ce cadre que, jusqu'à 2015, vous auriez examiné les trois dossiers appelés, dans lesquels la Fédération des entreprises de boulangerie (FEB) vous demande d'annuler trois décisions implicites du ministre du travail rejetant autant de demandes d'abrogation d'arrêtés préfectoraux ordonnant la fermeture des établissements vendant du pain en Loire-Atlantique, dans la Manche et le Morbihan. Mais vous devez vous demander si l'article 255 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques n'a pas bousculé, voire emporté tout ou partie de ce cadre d'analyse.

Cet article, issu d'un amendement parlementaire, a ajouté à l'article L. 3132-29 un second alinéa ainsi rédigé : « *A la demande des organisations syndicales représentatives des salariés ou des organisations représentatives des employeurs de la zone géographique concernée exprimant la volonté de la majorité des membres de la profession de cette zone géographique, le préfet abroge l'arrêté mentionné au premier alinéa, sans que cette abrogation puisse prendre effet avant un délai de trois mois.* » Si l'on se fie aux travaux préparatoires, l'intention des auteurs de l'amendement était de prévoir l'obligation pour le préfet d'abroger les arrêtés devenus « obsolètes » - obligation qui, on l'a dit, existe pourtant depuis 1936. Dans la suite des débats, l'amendement, lui-même sous-amendé, a été présenté comme en assurant la codification de la jurisprudence, et comme visant à lancer un mouvement de révision des arrêtés en vigueur – mouvement cohérent avec la volonté affichée, lors de l'examen de ce texte dont la notoriété n'est plus à rappeler, de lever certains verrous à l'activité, notamment dominicale.

Nous dirons d'emblée que, par rapport à la volonté affichée – codifier la jurisprudence et faciliter l'abrogation – la disposition adoptée est très surprenante, car elle nous semble, en première lecture, modifier en profondeur le cadre rappelé, et verrouiller les circuits d'abrogation.

Le resserrement apparaît de trois points de vue. D'abord, la loi vise une seule catégorie de personnes ayant qualité pour demander l'abrogation, les syndicats alors que jusqu'ici, dans une logique Alitalia classique, tout intéressé, y compris une entreprise individuelle ou une personne physique, pouvait demander l'abrogation. Ensuite, la loi semble particulièrement exigeante sur la qualité de ces syndicats, puisqu'ils doivent « exprimer la volonté majoritaire ». Sauf à verrouiller entièrement le dispositif, cette formule ne saurait être lue comme exigeant que le syndicat représente *par lui-même*, via ses adhérents, une majorité de professionnels opposés à l'arrêté, compte tenu du caractère très hétérogène des établissements susceptibles de vendre du pain, de la boulangerie à la station service en passant par l'hypermarché, qu'on imagine mal adhérer à un même syndicat. Mais le demandeur doit sans doute fournir des éléments précis accréditant sérieusement l'hypothèse d'un renversement de majorité⁷. Enfin, le législateur, qui semble ne pas avoir pris conscience de l'existence de

(contre lequel un pourvoi a été introduit et débouché sur un non-lieu : CE, 14 déc. 2012, Ministre du travail c/ Pifral, n° 342761, inédite). Ont, implicitement ou explicitement, statué dans le sens d'une compétence concurrente : TA Nantes, Société Maison Rabreau et autre, n° 0601138 ; TA Lyon, 18 mars 2008, Société Pifral, n° 0704004 (annulé en appel par l'arrêt mentionné ci-dessus) ; TA Amiens, 4 juillet 2013, Société CSF France, n° 1101205 ; CE, 1ère SSJS, 15 juin 2009, Société Pifral et société Mimi la Praline, n° 317485, inédite.

⁷ De toute façon, la question du mécanisme « à double détente » ne se pose pas devant le préfet : il a été créé par la jurisprudence, compte tenu de la lettre de l'article réglementaire, pour déterminer à partir de quel seuil se déclenche l'obligation procédurale imposée au seul ministre, de réaliser une enquête parmi les organisations ou directement auprès des professionnels.

l'article R. 3132-22, pointe une seule autorité compétente pour abroger saisie d'une telle demande : le préfet. Exit le ministre.

Comment articuler cette nouvelle disposition et le cadre jurisprudentiel précédemment rappelé ? Nous vous proposerons, pour simplifier, deux lectures extrêmes, étant précisé que le nuancier des solutions imaginables est bien plus vaste.

La première lecture est de considérer que le législateur a exhaustivement régi les cas dans lesquels le préfet a l'obligation d'abroger ces arrêtés de fermeture hebdomadaire, et qu'il a ainsi dérogé à la jurisprudence Alitalia telle que codifiée à l'article L. 243-2 du CRPA. Il serait sans doute raisonnable, compte tenu de la lettre de la nouvelle loi, de cantonner cette dérogation à la seule problématique de l'abrogation pour changement de la volonté majoritaire – en réservant donc l'abrogation pour un autre motif, illégalité initiale ou tout autre motif d'illégalité ultérieure⁸. Dans cette lecture, l'un des principaux effets serait que désormais, un tiers, un commerçant seul, ne pourrait plus contraindre le préfet à abroger son arrêté. Seule un syndicat le pourrait.

Cette lecture a pour elle une certaine logique : elle est cohérente avec la nature de ces arrêtés de fermeture, qui sont moins les outils d'une régulation administrative de l'économie, que d'une régulation par les partenaires sociaux sous le contrôle et avec l'*execuatur* de l'administration. Il s'agit de règlements négociés⁹, sur proposition des syndicats et au vu d'un accord entre eux¹⁰. Dans ce contexte, par parallélisme, il n'est pas incongru qu'il soit réservé aux syndicats le soin de défaire ce qu'ils ont fait, en reportant sur eux une partie de la charge de la preuve du retournement de majorité que votre jurisprudence faisait jusqu'ici peser sur tout demandeur, et surtout sur les services de l'Etat¹¹.

Mais cette lecture soulève également des difficultés considérables. D'abord, on pourrait attendre du législateur, lorsqu'il entend déroger aux conditions d'abrogation d'un règlement issues du principe général du droit forgé par la décision Alitalia et désormais hissé au rang législatif, qu'il le fasse plus expressément. Certes, une loi peut déroger à une autre loi, et une telle dérogation ne porterait selon nous pas atteinte au droit au recours : les entreprises individuelles qui feraient l'objet de poursuites pour violation d'un arrêté qu'elles estimeraient devenu illégal pour changement de la majorité peuvent en effet exciper devant le juge pénal, qui dispose d'une plénitude de compétence, de cette illégalité, y compris si l'illégalité tient à un changement dans les circonstances de fait (Cass. Crim. 8 avr. 2014, n° 11-84722, publié au Bull. crim. N° 102)¹².

⁸ En matière d'arrêtés d'extension de conventions ou accords collectifs, vous avez maintenu l'intégrité de la jurisprudence Alitalia en présence d'un texte précisant, de manière en apparence exhaustive, les cas dans lesquels l'autorité administrative « pouvait » abroger un tel arrêté à la demande seulement de syndicats représentatif « intéressés » (CE, 3 mai 1993, M. et Mme B..., n° 111691, inédite). Sans doute aviez-vous estimé que cet article L. 133-16, dont le contenu a été repris à l'article D. 2261-13, ne traitait pas des cas dans lesquels l'autorité administrative est « tenue » d'abroger.

⁹ Voyez, pour les conventions médicales, les concl. de Christine Maugüe sur CE, 27 avr. 1998, Confédération des syndicats médicaux français et autres, n° 185644.

¹⁰ même si les textes ménagent au préfet une marge d'appréciation pour ne pas prendre l'arrêté alors même qu'un accord serait intervenu et qu'une volonté majoritaire existerait (il « peut »)

¹¹ même s'il ne s'agit à nos yeux que d'un déplacement du curseur

¹² En matière d'urbanisme, il est vrai que le Conseil constitutionnel a jugé, à propos de la restriction apportée à l'invocation de certains vices par la voie de l'exception en urbanisme, par sa décision 93-335 DC, « que les dispositions [que le législateur] a prises n'ont ni pour objet ni pour effet de limiter la possibilité ouverte à tout

Mais alors, c'est la deuxième difficulté, nous avons le sentiment que l'on aboutirait à un système bancal, incomplet, de sortie de vigueur des arrêtés de fermeture. Le tiers, commerçant individuel, convaincu de l'illégalité de l'arrêté pour cause de changement du sentiment majoritaire, ne pourrait plus demander l'abrogation, et devrait s'exposer à des poursuites pénales en attendant d'exciper, devant le juge, de l'illégalité de l'arrêté. Ce n'est pas optimal. Par ailleurs, le préfet ne serait pas tenu d'abroger à la demande d'un tiers autre qu'un syndicat, alors que simultanément subsisterait son obligation, législative, d'abroger spontanément un règlement illégal (art. L. 243-2 CRPA), ainsi que son obligation, jurisprudentielle, de ne pas appliquer un règlement illégal, en vertu de votre fameuse décision *Ponard* (CE, Section, 14 novembre 1958, *Sieur Ponard*, n° 35399, p. 554). Et la faculté d'abroger à tout moment subsisterait elle aussi.

Le seul moyen d'éviter ce paradoxe, serait de considérer que la loi de 2015 a entendu dire que, tant qu'un syndicat majoritaire ne demande pas l'abrogation de ces arrêtés, ils doivent être réputés, présumés par la loi, ne pas être devenus illégaux, alors même que la majorité aurait changé d'avis. Avec une telle présomption, le système boucle bien. Mais elle introduit une asymétrie contredisant frontalement l'idée, simple et robuste à laquelle nous tenons, selon laquelle un règlement dont une condition de légalité initiale a disparu est, de ce seul fait, devenu illégal.

Nous avons dès lors plus de sympathie, tout en restant perplexe, pour une deuxième lecture, inverse : la loi nouvelle n'a en fait rien changé – presque rien. Elle est recognitive.

En effet, à la lettre, la loi se borne à mentionner une hypothèse dans laquelle l'administration doit abroger l'arrêté, sans préjudice des autres hypothèses résultant de l'article L. 243-2 du CRPA. Car sur le fond, il n'y a rien de très novateur : s'il est aujourd'hui saisi par une organisation démontrant qu'elle exprime une volonté majoritairement hostile à l'arrêté, le préfet est d'ores et déjà tenu de l'abroger. Cette interprétation à droit constant aurait le mérite d'être conforme à l'intention affichée par les parlementaires, qui était de codifier la jurisprudence administrative. Et elle garantirait la stabilité juridique pour tous les opérateurs, dans un environnement juridique déjà particulièrement subtile. Elle reposerait en outre sur l'idée que le législateur doit se montrer plus explicite pour déroger au régime de droit commun de l'abrogation des actes réglementaires, qui est un élément faisant partie d'un tout, avec l'exception d'illégalité, tout auquel nous pensons devoir conserver sa cohérence.

Cette approche à droit constant bute sur une limite : sur un point au moins, la loi ne codifie pas l'existant, et innove incontestablement, en ce qu'elle fait obligation au préfet de différer de trois mois son éventuelle abrogation. Dérogeant votre jurisprudence selon laquelle l'administration n'a, pour citer Anne Courrèges, pas le droit « *se faire du AC ! à elle-*

requérant de demander l'abrogation d'actes réglementaires illégaux ou devenus illégaux et de former des recours pour excès de pouvoir contre d'éventuelles décisions de refus explicites ou implicites ; que dès lors il n'est pas porté d'atteinte substantielle au droit des intéressés d'exercer des recours ». Ce considérant s'appuie, de manière décisive, sur la jurisprudence *Alitalia*. Mais nous sommes ici dans la configuration symétrique : alors que le Conseil constitutionnel s'est appuyée sur la possibilité de demander l'abrogation pour admettre une restriction à l'exception d'illégalité, ici, la restriction des cas d'abrogation est compensée par la persistance de l'exception d'illégalité.

même »¹³, ici, le législateur autorise, et même impose, à l'administration, de prévoir un tel différé. Or on voit mal pourquoi ce différé serait limité au cas évoqué par la nouvelle disposition, celui d'une demande d'abrogation, pour cause de changement de majorité, émanant d'un syndicat, et non lorsque le préfet est saisi par un tiers. Car la mise en balance des principes de légalité et de sécurité juridique produit le même résultat quel que soit le demandeur. Nous serions donc partisan, dans cette lecture, d'étendre prétoriquement le champ de cette obligation de différé.

Nous hésitons entre ces deux lectures, avec, vous l'avez compris, une nette préférence pour la seconde. Mais, pour vous, aujourd'hui, il n'est pas absolument nécessaire de choisir.

Car il nous semble que, quelle que soit la lecture retenue, la loi nouvelle a supprimé la compétence propre du ministre pour abroger ces arrêtés. La loi désigne en effet désormais expressément l'autorité compétente pour abroger ces arrêtés, à savoir le préfet. Ce point relève pourtant du domaine du règlement en vertu de l'article 34 de la Constitution, ce qui motivait sans doute le déclassement opéré en 2008 lors de la recodification. Mais à présent que le législateur a lui-même pris parti, même au bénéfice d'une incompétence positive, le décret ne saurait y déroger. D'autant qu'ici, la demande est a priori présentée dans les conditions prévues par la lettre même de la nouvelle disposition, à savoir par un syndicat se revendiquant le porte-parole de la majorité des professionnels. Le ministre reste compétent pour connaître des éventuels recours hiérarchiques contre les décisions du préfet, mais il ne peut plus être saisi directement.

Nous en déduisons que l'article R. 3132-22 ne peut plus légalement recevoir application. Vous pourriez cantonner cette inapplicabilité aux seules hypothèses traitées expressément par la nouvelle disposition législative, celle des d'abrogations motivées par un changement de majorité. Mais il serait quelque peu inintelligible de laisser subsister une compétence-croupion du ministre pour les demandes d'abrogation présentées sur d'autres fondements. Par ailleurs, il est fréquent que les demandes soient mixtes, et reposent sur plusieurs fondements. Il nous semble de bonne administration de considérer que, sur ce point au moins, la loi a simplifié les choses.

Si vous nous suivez pour juger que le ministre est désormais incompétent – conclusion compatible dans les deux lectures proposées s'agissant des règles de fond présidant à l'abrogation de ces arrêtés – vous devrez en déduire que les trois requêtes appelées ne relèvent pas de votre compétence en premier et dernier ressort. Les demandes dont le ministre a été saisi doivent en effet être réputées avoir été transmises à l'autorité compétente, c'est-à-dire aux trois préfets de département concernés (art. L. 114-2 CRPA). Par suite, les trois refus implicites déferés devant vous ne seraient pas trois actes réglementaires d'un ministre relevant de votre compétence en premier et dernier ressort (art. R. 311-1, 3° du CJA), mais des décisions préfectorales de refus, que vous devriez renvoyer aux tribunaux administratifs territorialement compétents.

¹³ Concl. sur CE, 18 juin 2010, Syndicat national des professionnels de la santé au travail, n° 326369, aux Tables. Cette décision juge que l'administration ne peut pas, à la suite d'une annulation contentieuse, prendre l'initiative de maintenir l'acte annulé en vigueur à titre transitoire, si le juge ne l'y a pas autorisé. Et nous pensons que, de même, l'administration, saisie d'une demande d'abrogation d'un règlement illégal, ne peut pas légalement décider de différer elle-même cette abrogation.

Si vous ne nous suiviez pas, sur le fond, vous devriez, à nos yeux, annuler les refus implicites attaqués, dans le dossier mariligérien pour un vice de procédure tenant à l'absence de nouvelle enquête ou consultation des partenaires sociaux alors que la demande d'abrogation faisait état de changements de nature à éveiller un doute sérieux sur la persistance d'une majorité¹⁴ ; dans les autres dossiers, manchois et morbihanais, pour une double erreur de droit commise par le ministre dans l'exploitation des résultats de l'enquête réalisée l'année dernière, en ne tenant pas compte des établissements de restauration rapide et des stations-services qui vendraient effectivement du pain, d'une part, et en ne raisonnant qu'à partir des suffrages exprimés dans le cadre de cette enquête, sans tenir compte des abstentionnistes, d'autre part.

Mais par les motifs qui précèdent, nous concluons au renvoi de ces affaires aux tribunaux administratifs de Caen, Nantes et Rennes.

¹⁴ Il est soutenu que le ministre aurait dû, avant de rejeter la demande d'abrogation, consulter les syndicats. Effectivement, les évolutions de la physionomie des établissements vendant du pain, pointées par la requête et non contredites, peuvent sans doute être regardées comme constituant un changement de nature à éveiller un doute sérieux sur la persistance d'une majorité. Or le ministre n'a lancé de nouvelle consultation avant la naissance de son refus implicite. Sa décision est donc illégale pour ce motif qui en justifie l'annulation, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen de la requête. Vous enjoindrez au ministre de réexaminer la demande dans les trois mois.