

N° 398816

Société O'Tours du chocolat

1^{ère} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 12 juillet 2017

Lecture du 28 juillet 2017

CONCLUSIONS

Charles TOUBOUL, rapporteur public

Y a-t-il lieu de reconsidérer votre compétence de premier et dernier ressort pour connaître des décisions par lesquelles le ministre du travail revient sur un arrêté préfectoral ordonnant la fermeture au public de certains commerces alimentaires pendant la durée du repos hebdomadaire ?

Voici bientôt quatorze ans que vous avez affirmé votre compétence directe par votre décision « SARL QSCT et SA France restauration rapide » du 3 décembre 2003 (n°248840) aux tables. Vous avez en effet jugé que la décision que le ministre était amené à prendre dans ce cas de figure revêtait un caractère réglementaire et qu'en application des dispositions de l'article R. 311-1 du code de justice administrative, le Conseil d'Etat était compétent pour en connaître en premier et dernier ressort.

1. Dès cette époque, cette solution pouvait « *paraître singulière* » comme le relevait votre commissaire du Gouvernement, Jacques-Henri Stahl, dans ses conclusions, néanmoins conformes, sur cette affaire.

L'hésitation ne tenait pas au caractère réglementaire de cette décision ministérielle prise en vertu de l'article L. 221-17, devenu l'article R. 3132-22 du code du travail. Ce caractère ne faisait aucun doute s'agissant d'un acte en abrogeant ou modifiant un autre, lui-même réglementaire : l'arrêté préfectoral ordonnant la fermeture des commerces alimentaires le jour du repos hebdomadaire convenu par les organisations syndicales et patronales dans une zone déterminée.

La gêne était ailleurs. Elle venait, d'une part, de ce que ces décisions du ministre, comme les arrêtés préfectoraux qu'elles abrogent ou modifient, ont un champ territorial limité n'excédant pas le ressort d'un tribunal administratif alors que les actes réglementaires des ministres ont en général une portée nationale ; portée qui a d'ailleurs été à l'origine de l'inscription de ce titre de compétence de premier et dernier ressort du Conseil d'Etat en 1963. Mais dans ce précédent de 2003, il n'avait pas semblé possible à votre commissaire du Gouvernement de faire prévaloir l'esprit de ce qui était devenu entretemps l'article R. 311-1 du code de justice administrative sur sa lettre.

La gêne venait, d'autre part et surtout, de ce que la décision prise par le ministre en vertu de ces dispositions du code du travail s'analysait comme une manifestation de son pouvoir hiérarchique. En pareil cas, la compétence juridictionnelle est en effet généralement déterminée en fonction de la décision initiale et non de la décision prise par le supérieur hiérarchique.

Cette logique, retenue dès 1953 par les textes relatifs à la compétence territoriale des tribunaux administratifs (2nd alinéa de l'article 4 du décret du 28 novembre 1953¹, codifiés aujourd'hui au 2nd alinéa de l'article R. 312-1 du code de justice administrative), a été transposée par une décision de Section du 13 mai 1983, Syndicat de l'énergie nucléaire (CEA CESTA CGT FO, n°31662), à la répartition des compétences de premier ressort entre le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs. C'était déjà, d'ailleurs, en matière de droit du travail puisqu'il s'agissait d'une décision du ministre du travail rendue à la suite d'une décision réglementaire d'un inspecteur du travail contre laquelle une entreprise avait formé un recours hiérarchique².

S'agissant du contentieux de la fermeture hebdomadaire des commerces alimentaires, ce raisonnement aurait pu conduire en 2003 à déterminer la compétence juridictionnelle au vu du seul arrêté préfectoral et non au vu de la décision prise par le ministre. Mais il a semblé alors à votre commissaire du Gouvernement que si la décision du ministre était prise sur un recours hiérarchique, le mécanisme ainsi mis en place ne pouvait être « *réduit à un recours hiérarchique de droit commun* », notamment parce que « *la décision ne peut pas intervenir immédiatement, mais seulement après six mois d'exécution de l'arrêté préfectoral, ce qui fait qu'à cette date un recours hiérarchique classique est irrecevable et [parce qu'] elle est subordonnée à une consultation spécifique* ».

Les réserves d'ordre théorique que pouvait inspirer l'affirmation de votre compétence directe pour connaître de ces arrêtés ministériels revenant sur les arrêtés préfectoraux de fermeture de certains commerces alimentaires étaient ainsi parfaitement identifiées dès 2003.

2. Depuis lors, d'autres objections, d'ordre pratique, ont été nourries par l'expérience.

Il est d'abord assez clair que votre compétence directe n'est pas dans l'ordre des choses. Elle retire aux tribunaux administratifs des contentieux purement locaux dont ils sont les juges naturels et elle prive les requérants comme les autorités administratives du double degré de juridiction. Elle conduit enfin à accroître le périmètre de votre compétence de premier et dernier ressort, à rebours de la tendance de ces dernières années à limiter ce titre de compétence à ce qui est strictement nécessaire. Or, si l'on se penche sur votre jurisprudence et, en particulier, sur les trois décisions fichées que vous avez rendues depuis l'affirmation de votre compétence directe il y a près de 14 ans, on voit que les questions les plus importantes que vous avez eues à trancher auraient pu l'être de manière tout aussi satisfaisante dans le cadre de votre office de juge de cassation : voyez vos décisions du 30 mars 2005, B... et autres n°268603³ ; 23 octobre 2013, Fédération des entreprises de boulangerie et pâtisseries

¹ V. sur l'application de ces dispositions : Sect. 5 juill. 1957, Aknin, p. 448 et 21 févr. 1958, Secr. d'État au Budget c/ Assoc. des viticulteurs de la Côte-d'Or, p.119.

² Décision fixant, en application de l'article 25 du décret du 29 novembre 1977, les règles de composition et de fonctionnement d'un comité spécial d'hygiène et de sécurité.

³ Sur le formalisme des accords concernant la fermeture hebdomadaire.

françaises et autres n°352561⁴ et enfin votre décision du 24 février 2017, Fédération des entreprises de boulangerie, n°396286 dont on reparlera dans un instant.

Ensuite, votre compétence directe, propre aux décisions ministérielles prises en application de l'article R. 3132-22 est d'autant plus fâcheuse qu'elle est presque impossible à cantonner à ces seules décisions. Dans bien des cas en effet, le ministre a été sollicité parallèlement à une démarche engagée auprès du préfet lui-même aux mêmes fins⁵. Or, les tribunaux administratifs sont incontestablement compétents pour connaître des recours dirigés contre les décisions préfectorales.

Lorsque vous en avez connaissance, la connexité permet de les attirer devant vous, en augmentant encore le nombre d'affaires que vous avez à connaître en cette matière, qui n'est déjà pas négligeable si l'on mesure par exemple que vous avez examiné ou avez été saisis d'une vingtaine de dossiers ces 6 derniers mois.

Et si vous n'avez pas connaissance de ces autres litiges pendants devant les tribunaux ou les cours, vous êtes alors inmanquablement amenés à statuer parallèlement à ces derniers et à ne découvrir la situation qu'au stade d'un éventuel pourvoi en cassation. Vous risquez alors de retrouver, comme juge de cassation, des litiges nés des décisions préfectorales, des faits et questions de droit identiques à ceux que vous avez pu examiner comme juge de premier et dernier ressort des décisions ministérielles, des mois ou des années auparavant.

3. Mais au delà des objections théoriques qui étaient connues dès l'affirmation de votre compétence directe en 2003 et des inconvénients pratiques qui se sont fait jour depuis, c'est l'intervention du législateur en 2015 qui nous semble résolument conduire à réexaminer votre compétence directe pour connaître de ces arrêtés ministériels.

Jusqu'à récemment, la situation n'était sans doute pas très satisfaisante mais elle était à peu près claire. Les arrêtés préfectoraux ordonnant la fermeture des commerces alimentaires pouvaient être abrogés ou modifiés soit par le préfet lui-même dans le cadre d'un recours gracieux classique, soit par le ministre du travail dans le cadre du mécanisme hiérarchique organisé par l'article R. 3132-22. Il y avait en réalité compétence concurrente entre les deux autorités pour lever totalement ou en partie l'arrêté préfectoral initial interdisant l'ouverture des commerces. Voyez, confirmant cette option, votre décision Société Pifral et société Mimi la Praline du 15 juin 2009, n°317485, inédite.

Mais l'article 255 de la loi dite « activité » du 6 août 2015 a changé la donne en insérant un nouvel alinéa à l'article L. 3132-29 au code du travail. Cet article, qui était censé codifier votre jurisprudence en ce domaine d'après ses travaux préparatoires, a en réalité modifié l'état du droit. Par votre décision du 24 février 2017 Fédération des entreprises de la Boulangerie, citée il y a quelques instants, vous avez (non sans peine, comme en témoignent les conclusions de J. Lessi dans cette affaire), interprété ces nouvelles dispositions législatives comme limitant les possibilités de saisir directement le ministre des arrêtés préfectoraux.

⁴ Sur le champ des commerces concernés par l'arrêté préfectoral et les conséquences à tirer de son illégalité sur le refus du ministre de l'abroger.

⁵ V. infra sur l'option qui s'ouvre aux requérants sur ce point.

Vous avez en effet jugé que « depuis le 8 août 2015, date d'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015, seul le préfet a compétence pour se prononcer sur une demande d'abrogation d'un arrêté de fermeture au public formée par une organisation syndicale représentative des salariés ou des employeurs et motivée par l'évolution de la majorité des membres de la profession de la zone géographique concernée. En conséquence, l'article R. 3132-22 du code du travail doit nécessairement être regardé comme ne régissant plus, à compter de cette date, les décisions susceptibles d'être prises en réponse à une telle demande d'abrogation, lorsque figure, au nombre des motifs fondant la demande, l'invocation de la modification de la volonté de la majorité des membres de la profession ».

En somme, le ministre ne peut plus être saisi directement par la voie spéciale de l'article R. 3132-22 concurremment à une demande adressée au préfet. Mais vous n'avez eu d'autre choix, compte tenu des termes mêmes de la loi, que de cantonner cette solution aux seules demandes d'abrogation formées par les organisations syndicales et pour autant qu'elles soient motivées par la modification de la volonté de la majorité des membres de la profession. Pour ces demandes là, le ministre ne peut plus donc être saisi directement mais votre décision ne nous semble pas préjuger de la possibilité de la saisir après une tentative infructueuse après du préfet, dans le cadre de ce qui pourrait alors être un recours hiérarchique de droit commun.

Dans tous les autres cas de figure, qu'il s'agisse des demandes d'abrogation émanant d'autres personnes que les organisations syndicales ou des demandes d'abrogation motivées par d'autres considérations que la volonté de la majorité des membres de la profession, les dispositions de l'article R. 3132-22 permettant le recours hiérarchique spécial directement devant le ministre restent applicables.

Ainsi, selon la qualité des demandeurs et les motifs de leur demande, le ministre pourra être sollicité, soit directement dans le cadre du recours hiérarchique spécial de l'article R. 3132-22 soit peut-être après le préfet dans le cadre d'un recours hiérarchique ordinaire. Si les termes dans lesquels vous avez affirmé en 2003 votre compétence directe étaient maintenus, vous pourriez être amenés à connaître du premier recours, mais pas du second, alors par ailleurs que des requêtes auront pu être introduites parallèlement devant le tribunal administratif contre les décisions préfectorales elles-mêmes.

Vous le voyez : la nouvelle répartition des compétences entre autorités administratives issue de la loi du 6 août 2015 combinée à votre jurisprudence de 2003 sur la compétence juridictionnelle aboutit à un tableau complexe mais aussi difficilement explicable et, au total, assez inopportun.

4. Le juge n'a pas toujours la possibilité d'apporter sa pierre à la simplification du droit. Mais en ce qui concerne les règles de répartition des compétences juridictionnelles au sein de la juridiction administrative vous êtes certainement en situation de retenir, entre deux interprétations tout aussi compatibles l'une que l'autre avec la lettre des textes, celle des deux qui soulèvera le moins de difficulté pour les justiciables comme pour la bonne administration de la justice.

En renonçant à votre compétence de premier et dernier ressort affirmée en 2003, il nous semble que vous pourrez tout à la fois vous inscrire dans le prolongement de la jurisprudence de Section du 13 mai 1983, rendre aux tribunaux et aux cours une compétence qui leur est naturelle et simplifier, en les unifiant, les règles de compétence contentieuse en matière de fermeture hebdomadaire des commerces alimentaires.

PCMNC à l'attribution du jugement de la requête introduite par la société O'Tours au tribunal administratif de Poitiers.