CONCLUSIONS

M. Thomas JANICOT, Rapporteur public

1. « Elle avait surtout une vive tendresse pour la boulangerie T..., où toute une vitrine était réservée à la pâtisserie ; elle suivait la rue Turbigo, revenait dix fois pour passer devant les gâteaux aux amandes, les saint-honoré, les savarins, les flans, les tartes aux fruits, les assiettes de babas, d'éclairs, de choux à la crème ; et elle était encore attendrie par les boccas pleins de gâteaux secs, de macarons et de madeleines ... ». Si, pour le plus grand bonheur des habitants du quartier des Halles, Emile Zola a fait le choix de réunir, dans le *Ventre de Paris*, les activités de boulangerie et de pâtisserie sous l'enseigne de la boulangerie de Mme T..., la présente affaire illustre aussi les difficultés qui peuvent naître du cumul de ces deux activités.

En effet, l'article L. 3132-29 du code du travail prévoit que le préfet du département peut, par arrêté, ordonner la fermeture au public des établissements d'une profession et d'une zone géographique déterminée pendant la durée du repos hebdomadaire donné aux salariés, s'il est saisi d'une demande des syndicats intéressés et à la condition qu'un accord soit intervenu entre les syndicats d'employeurs et de travailleurs¹.

Cette disposition, qui remonte à une loi du 29 décembre 1923, est à l'origine du litige dont vous êtes saisis. A la suite de la conclusion, le 14 mars 2002, d'un accord entre des organisations patronales et salariales de Seine-et-Marne concernées par la fabrication, la vente ou la distribution de produits panifiés, son préfet a réglé la fermeture hebdomadaire des points de vente du pain dans le département par un arrêté du 28 août 2002 pris sur le fondement de l'article L. 3132-29.

¹ Cette accord doit reposer, selon une jurisprudence constante, sur une majorité indiscutable V. not. CE, 27 mars 1925 *Syndicat des grandes pharmacies de France et des colonies et autres*, p.335 ; CE, 27 mai 1927, *Associations des commerçants de Charleville et autres*, p.628

Ses deux premiers articles retiendront votre attention. Le premier impose une journée de fermeture hebdomadaire du « *rayon pain* » à tous les établissements, de quelque nature que ce soit, dans lesquels s'effectue à titre principal ou accessoire, la vente au détail ou la distribution de produits panifiés. Il s'agit « *notamment* » des « *boulangeries, boulangeries-pâtisseries, coopératives de boulangerie, boulangeries industrielles, terminaux de cuisson, quelle que soit leur appellation, dépôts de pain sous quelle forme que ce soit [et des] rayons de vente de pain des petites, moyennes et grandes surfaces* ». Le second article, qui est au cœur de notre litige, dispose que « *les boulangeries vendant de la pâtisserie fraîche devront fermer leur rayon pâtisserie, le même jour que celui choisi pour leur rayon pain* ».

2. La Fédération des entreprises de boulangerie, qui regroupe des boulangers et des pâtisseries industriels, a demandé au préfet d'abroger cet arrêté par un courrier du 26 avril 2018, auquel cette autorité n'a pas répondu. Après avoir vainement demandé au tribunal administratif de Melun d'annuler la décision implicite de rejet de sa demandée née de ce silence, elle se pourvoit contre l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris ayant rejeté son appel contre son jugement.

3. Son premier moyen pourra être écarté. Les juges d'appel ont pu, à juste titre et sans se méprendre sur la portée de ses écritures, écarter comme inopérant son moyen tiré de ce que la procédure suivie par le préfet pour l'élaboration de l'arrêté attaqué était irrégulière. Tel est en effet le sort réservé aux moyens de légalité externe soulevés dans le cadre d'un recours dirigé contre un refus d'abrogation d'une décision réglementaire (CE, Ass., 18 mai 2018, *CFDT Finances*, n° 414583, Rec.).

4. Le second moyen du pourvoi est celui qui en a justifié l'admission. Devant la cour, la fédération soutenait que l'article 2 de l'arrêté créait une distorsion de concurrence s'agissant de l'activité de vente de pâtisserie fraîche, contraire au principe d'égalité. En effet, alors qu'il prévoit que les boulangeries vendant de la pâtisserie fraîche doivent fermer leur rayon pâtisserie le même jour que celui du rayon pain, aucune obligation de fermeture hebdomadaire ne s'applique aux autres commerces qui vendent des pâtisseries fraîches, qui peuvent donc exercer cette activité tous les jours de la semaine.

La cour a écarté ce moyen, non pas en examinant les conséquences de l'article 2 sur la vente de pâtisserie fraîche, mais en s'arrêtant sur son articulation avec l'article 1^{er} relatif à la vente de pain. Relevant que l'objet de l'article L. 3132-29 était « *d'interdire de faire travailler un même salarié plus de six jours par semaine* », elle en a déduit qu'à partir du moment où l'article 1^{er} obligeait à fermer le rayon pain des boulangeries un jour par semaine, son article 2 pouvait imposer à celles qui vendent de la pâtisserie fraîche de fermer leur rayon dédié à ce produit le même jour afin de garantir un jour de repos à leurs salariés, sans créer de distorsion de concurrence contraire au principe d'égalité.

4.1. La fédération cible ce motif par un moyen divisé en plusieurs branches. Les deux premières pourront être écartées. D'une part, elle avait bien développé en appel une critique fondée sur le principe d'égalité. En se plaçant sur ce terrain, la cour n'a pas dénaturé ses écritures. D'autre part, nous ne voyons aucune raison de censurer son arrêt pour renversement de la charge de la preuve au détriment de la requérante. Deux autres angles d'attaque méritent en revanche de s'y arrêter davantage.

4.2. En premier lieu, la fédération soutient que la cour se serait méprise sur l'objet de l'article L. 3132-29 du code du travail, en estimant qu'il consistait à interdire de faire travailler un même salarié plus de six jours par semaine.

Il est vrai, comme le juge le Conseil constitutionnel, qu'en permettant au préfet d'imposer un jour de fermeture hebdomadaire à tous les établissements d'une même profession dans une même zone géographique, cette disposition « *vise à assurer l'égalité entre les établissements d'une même profession, quelle que soit leur taille, au regard du repos hebdomadaire* » (décision n° 2010-89 QPC du 21 janvier 2011, §4).

Mais le but est avant tout de préserver la concurrence entre les établissements d'une même profession *du fait* du droit au repos des salariés. Il s'agit ainsi d'éviter la naissance d'une distorsion de concurrence entre, d'une part, les établissements soumis à cette règle et qui sont de ce fait contraints de fermer un jour par semaine et, d'autre part, ceux qui y échappent, comme les indépendants, ou ceux qui, par leur taille, ont les moyens d'assurer une ouverture tous les jours de la semaine, à l'image des grandes surfaces.

Vous l'avez rappelé dans votre décision du 23 octobre 2013 *Fédération des entreprises de boulangeries et de pâtisseries française et autre*, selon laquelle ces dispositions poursuivent un objectif « *de préservation des conditions du libre jeu de la concurrence entre établissements exerçant une même profession* » (CE, n° 352561, T. sur un autre point et déjà CE, Sect., 18 décembre 1964, *Ministre contre Union pharmaceutique de sociétés mutualistes des Alpes-Maritimes*, n° 61295, Rec. qui évoque l'objectif d'éviter une « *concurrence anormale* » entre employeurs). La Cour de Cassation ne juge pas différemment, l'article L. 3132-29 ayant selon elle « *pour objet de garantir sur le fondement d'un accord professionnel une concurrence équilibrée entre les établissements ayant une activité commune* » (Cass. Crim., 16 mars 2010, n° 08-88418, Bull.).

Autrement dit, le point de départ de cette disposition est bien le repos hebdomadaire. Mais elle vise moins à garantir son bon respect qu'à éviter que son application différenciée ne crée des distorsions de concurrence entre les entreprises d'une même profession. Comme l'indique le commentaire aux Cahiers du Conseil constitutionnel sous la décision précitée de 2011, cette règle « *bien qu'elle figure dans le code du travail, concerne le repos hebdomadaire mais non pas directement le droit au repos des salariés* ». En passant sous silence l'objectif de

préservation d'une loyale concurrence entre entreprises d'une même profession pour retenir celui de garantir le droit au repos hebdomadaire, la cour s'est donc bien méprise sur l'objet de l'article L. 3132-29.

4.2. Vous pourriez censurer son arrêt sur ce point. Mais nous pensons que la dernière branche du moyen soulevé par la fédération requérante le justifierait également. Elle critique ainsi, sous l'angle de l'erreur de droit, de la dénaturation et de l'erreur de qualification juridique, le motif de son arrêt selon lequel l'article 2 de l'arrêté litigieux n'entraînerait pas de distorsion de concurrence. Selon elle, il provoquerait bien une telle distorsion puisque l'interdiction d'ouverture hebdomadaire qu'il instaure ne s'applique qu'aux boulangeries qui vendent de la pâtisserie fraîche et non aux autres commerces en vendant, comme les pâtisseries, les petites, moyennes et grandes surfaces ou encore les lieux de vente à emporter, alors même qu'ils interviennent tous sur le même marché concurrentiel.

Pour répondre à cette critique, il nous faut vous dire un mot de la notion de « *profession* » mentionnée par l'article L. 3132-29 et dont elle constitue la clé de voûte. En effet, pour atteindre l'objectif de préservation de la libre concurrence au regard du repos hebdomadaire, il faut que la réglementation s'applique à tous les établissements de la même profession. Que certains d'entre eux y échappent et c'est alors qu'apparaît, cette fois du fait de l'intervention de la puissance publique, une distorsion concurrentielle contraire aux intentions du législateur.

Vous veillez ainsi attentivement et depuis longtemps à ce que ce que l'interdiction d'ouverture hebdomadaire couvre bien l'ensemble des entreprises de la profession concernée. Elle doit ainsi valoir pour tous les établissements de cette profession, qu'ils emploient ou non du personnel (CE, 28 mai 2003, *Syndicat national des industries de la boulangerie, pâtisserie et fabrications annexes et autres*, n° 247120, T.) et concerne même les commerçants travaillant seuls ou avec l'aide des seuls membres de leurs familles (Cass. crim., 26 mai 1976, n° 75-92.879). Et elle vaut aussi bien pour les entreprises dont la vente du produit concerné constitue leur activité principale qu'à celles pour lesquelles elle revêt un caractère accessoire (CE, 11 juillet 1945, *Syndicat des charcutiers fabricants et revendeurs vendant sur les marchés du Havre et de la région*, n° 67709, p. 160).

Ceci dit, que recouvre la notion de « *profession* » ? Vous vous êtes toujours gardés de pousser trop loin la théorisation en la matière, pour préférer une approche plus casuistique. Reste que votre jurisprudence lie de longue date l'existence d'une « *profession* » sens de l'article L. 3132-29 du code du travail à l'exercice par des entreprises d'une activité commune les conduisant à entrer en concurrence sur un même marché.

Dans ses conclusions sous votre décision du 23 octobre 2013, Alexandre Lallet indiquait ainsi que la notion de profession est « *assimilée à celle d'activité* » et que ses contours sont « *définis en fonction de la nature des produits commercialisés* ». Relèvent selon lui de la

même profession « *les commerces offrant les mêmes produits ou des produits substituables et qui, par conséquent, sont réputés se faire concurrence* ». Tel est par exemple le cas des commerces d'ameublement et de literie (CE, 13 juin 1997, *SA Duband*, n° 162224) et, pour la vente de pain, des boulangeries, des boulangeries-pâtisseries et des dépôts de pain, et ce quel que soit le mode de fabrication, artisanal ou industriel, des denrées vendues (CE, 5 octobre 1998, *Sté le Fournil de Toulouse et autres*, T. ; CE, 6 mars 2002, *Ministre de l'emploi et de la solidarité*, n° 217459)².

En revanche, ne constituent pas une même profession les bouchers et les charcutiers (CE, 15 juin 1932, *V...*, p. 585), le commerce des vins à emporter et celui des vins à consommer sur place (CE, 26 juin 1935, p. 728), celui des bimbeloterie, bureaux de tabac et maroquinerie et celui de bijoutier-horloger ou encore la boucherie hippophagique et la boucherie ordinaire (v. respectivement CE, 18 novembre 1932, *F...* ; CE, 11 juillet 1933, *P...*, p. 777).

Au cas d'espèce, pour savoir si l'article 2 de l'arrêté litigieux a provoqué ou non une distorsion de concurrence sur le marché de la vente de la pâtisserie fraîche, il faut donc vous interroger sur le point de savoir si le préfet pouvait réserver la fermeture hebdomadaire du rayon pâtisserie aux seules boulangeries-pâtisseries en vendant. Autrement dit, il s'agit de savoir si celle-ci constitue une profession à part entière, distincte des autres activités commerçant de la pâtisserie fraîche.

Deux éléments plaident pour reconnaître l'existence d'une profession autonome de boulanger-pâtissier.

Le premier est l'existence d'une convention collective propre à la boulangerie-pâtisserie, distincte par exemple de celle relative à la pâtisserie. La première, en date du 19 mars 1976, recouvre ainsi les entreprises « *dont l'activité principale consiste à fabriquer et vendre, essentiellement au consommateur final du pain, de la viennoiserie et de la pâtisserie (...)* ». Il s'agit « *notamment de boulangerie, de boulangerie-pâtisserie, de points de vente de pain dépendant d'une boulangerie ou d'une boulangerie-pâtisserie* ». La seconde, datée du 30 juin 1983, recouvre l'activité de vente de pâtisserie mais aussi celle de confiserie, de glacerie, de chocolaterie, de salon de thé et de traiteur.

Vous pourriez donc considérer que l'activité de boulangerie-pâtisserie à laquelle se réfère l'article 2 de l'arrêté litigieux doit s'entendre au sens de la convention collective de la boulangerie-pâtisserie de 1976. L'interdiction d'ouverture hebdomadaire qu'il prononce ne vaudrait ainsi que pour les entreprises qui relèvent de son champ d'application et qui constitueraient, de ce fait, une profession autonome. Dans cette perspective, le préfet de Seine-et-Marne pouvait réserver l'interdiction à la profession des boulangers-pâtissiers, sans

² Solution partagée par la Cour de cassation v. Cass. Soc., 25 avril 2001, *Maison de la boulangerie*, n° 99-14938.

entraîner de distorsion de concurrence avec d'autres entreprises vendant de la pâtisserie fraîche, à l'image des pâtisseries, qui constituent une profession distincte n'intervenant pas sur le même marché concurrentiel.

En ce sens, et c'est le second élément que nous souhaitons porter à votre connaissance, vous avez annulé, dans une décision du 5 mars 1926 *Syndicat patronal des pâtisseries de Clermont-Ferrand*, un arrêté de fermeture hebdomadaire qui s'appliquait « à tous les établissements dans lesquels se fabrique de la pâtisserie » en tant qu'il visait « tant les pâtisseries que les boulangeries-pâtisseries » (n° 86251, p. 255). Vous avez notamment jugé que « la profession de pâtissier-confiseur (...) est une profession distincte de celle de boulanger dans laquelle ne se fait point de confiserie et qui a pour objet principal de pourvoir à l'approvisionnement en pain de la population, alors même que parmi les marchandises comprises dans le commerce de certains boulangers se trouve de la pâtisserie ».

Vous avez ainsi pris le soin de distinguer les deux professions de boulangerie-pâtisserie, d'une part, et de pâtisserie, d'autre part. En ciblant seulement la première à l'article 2 de son arrêté, le préfet de Seine-et-Marne semble donc s'être inscrit dans le cadre de cette jurisprudence centenaire, qui en fait une profession à part entière.

Nous vous proposerons toutefois vous éloigner de ce raisonnement. En effet, votre décision de 1926, comme les conventions collectives, retiennent une approche de la profession centrée autour du caractère « principal » ou « accessoire » de l'activité exercée par l'entreprise. La profession de boulangers-pâtisseries se distingue ainsi de celle de pâtisseries car la vente de pain est « l'objet principal » de la première et ce, même si elle exerce à titre accessoire une activité de vente de pâtisseries.

Or, nous l'avons vu, cette approche apparaît en décalage avec votre jurisprudence, qui rattache à une profession les entreprises dont les activités les placent en situation de concurrence sur un même marché, que cette activité soit exercée à titre principal ou accessoire.

C'est pourquoi dans votre décision *Fédération des entreprises de boulangeries et pâtisseries françaises* de 2013 vous avez annulé un arrêté qui prescrivait une fermeture hebdomadaire de tous les établissements « dont la vente au détail de pain et viennoiseries constitue l'activité unique ou l'une des deux activités principales », au motif que cette interdiction ne couvrirait pas les établissements « ayant pour activité accessoire la vente au détail de pain et viennoiseries », alors qu'ils se « trouvent placés, sur ce marché, en concurrence directe avec les établissements concernés par l'obligation de fermeture hebdomadaire et que cette obligation, si elle leur était étendue, ne concernerait que la partie de ces établissements ayant cette activité ».

De manière encore plus englobante, vous avez jugé que constituait une même profession la vente au détail de denrées alimentaires, qu'elle soit exercée à titre prédominant ou non par l'établissement et quel que soit, au regard de la diversité des produits proposés à la vente, leur caractère, spécialisé ou généraliste (CE, 20 février 2013, *Société CSF et autres*, n° 336594, 337860, 337997, 338047, 338053, Rec. ; Cass. crim., 16 mars 2010, n° 08-88.418, Bull. crim. 2010, n° 51). Il en résulte que selon le marché sur lequel il intervient un commerce peut entrer de manière concomitante dans le champ de plusieurs professions au sens de l'article L. 3132-29, une boulangerie relevant par exemple à la fois de la profession de la vente de pain comme de celle du commerce alimentaire de détail.

Au regard de ces éléments, vous pourrez juger que la cour a commis une erreur de droit en refusant de constater l'existence d'une distorsion de concurrence sur le marché de la vente de pâtisserie fraîche. La requérante faisait valoir, sans être contredite sur ce point, que celle-ci constitue un marché concurrentiel à part entière, sur lequel interviennent à la fois les boulangeries-pâtisseries et les autres entreprises en faisant commerce, de sorte que la fermeture hebdomadaire du rayon pâtisserie fraîche des boulangeries pâtisseries devait être étendue à ces autres acteurs du marché. Et si le ministre fait valoir que seules les boulangeries-pâtisseries pouvaient être concernées par l'article 2 de l'arrêté attaqué afin de garantir le droit au repos de leurs salariés par la fermeture concomitante, une fois par semaine, de leur rayon pain et pâtisserie fraîche, cette argumentation nous paraît inopérante au regard de l'objet de l'article L. 3132-29, consistant à préserver les conditions du libre jeu de la concurrence entre établissements exerçant une même profession.

Par ces motifs, nous concluons à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il se prononce sur les conclusions de la requête de la Fédération des entreprises de boulangerie dirigées contre le refus d'abroger l'article 2 de l'arrêté du 28 août 2002 du préfet de Seine-et-Marne, au renvoi de l'affaire devant la cour administrative d'appel de Paris, à ce que l'Etat soit condamné à verser la somme de 3 000 euros à la fédération requérante au titre de l'article L. 761-1 du CJA et au rejet du surplus des conclusions du pourvoi.