

N<sup>os</sup> 406987, 406990, 407018, 407019  
Confédération générale du Travail - Force ouvrière

Union syndicale solidaires

1<sup>ère</sup> et 4<sup>ème</sup> chambres réunies  
Séance du 29 janvier 2018  
Lecture du 21 février 2018

## CONCLUSIONS

**M. Charles TOUBOUL, rapporteur public**

Le « rapport Combrexelle » de septembre 2015 proposait une nouvelle architecture des normes en droit du travail, distinguant plus nettement que par le passé ce qui relève de l'ordre public, ce qui relève de la négociation collective et ce qui relève des dispositions supplétives applicables à défaut d'accord.

Au niveau législatif, cette réorganisation a été portée par la loi « Travail » dite aussi El Khomri du 8 août 2016. Et c'est à travers elle que vous avez pris connaissance de ces requêtes en renvoyant la QPC qui s'y attachait le 16 juin 2017. Ce renvoi n'a donné lieu, ni à censure, ni à réserve du Conseil constitutionnel dans sa décision du 15 septembre dernier. La voie est donc dégagée pour examiner les moyens des deux requêtes présentées par la CGT-FO et autre, contre les deux décrets qui ont ré-agencé les dispositions du code, respectivement au niveau des articles « en R » et « en D », comme on dit.

Les moyens des quatre requêtes, que vous pourrez joindre, sont très nombreux mais ils n'appelleront que de brèves observations. Ce sont les questions de principe, sur le sort à réserver aux conclusions et moyens dirigés contre des textes procédant à ce type de recodification à droit constant ou quasi-constant, qui justifient l'inscription de cette affaire à votre rôle de cet après-midi.

1. Nous commencerons par ces questions, que l'on peut résumer ainsi : « dans quels cas peut-on considérer qu'une disposition réglementaire est confirmative ? ».

1.1 Remémorons-nous d'abord ce qu'est la théorie des actes confirmatifs, pour saisir les enjeux de la question et les déterminants de la réponse.

Lorsqu'un requérant conteste une décision qui n'est, sur le fond, que la répétition d'une décision antérieure, les conclusions tendant à l'annulation de la nouvelle décision sont regardées comme dirigées contre l'ancienne, dont les délais de recours ont expiré. Vous en déduisez qu'elles sont alors tardives et, par suite, irrecevables.

Cette théorie jurisprudentielle, née à propos des décisions individuelles puis étendue aux décisions d'espèce, n'a été appliquée que plus tard aux actes réglementaires. Cette extension remonte tout de même aux années 50 (Section, 14 octobre 1955, Union de la propriété bâtie de France et Chambre syndicale des propriétaires de Dijon et de la Côte d'Or, n°4136, rec. ; Ass. 25 oct. 1957, Duval, rec.) et vous l'avez nettement consacrée par votre décision de Section, 7 févr. 1969 Fargeas, rec. (v. aussi, Ass. 13 févr. 1976, C..., n°94707 rec ; Ass. 12 oct. 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France et autres, n°01875;01905;01948;01951, rec. ; Ass. 2 juillet 1982, H... et autres, n°25288, 25322, rec. ; 3 déc. 1982, Syndicat national des inspecteurs et cadres administratifs du service national des examens du permis de conduire, n°15132 T).

Pourtant, tout a failli être remis en cause lorsque, 20 ans plus tard, votre jurisprudence d'Assemblée Alitalia du 3 février 1989 n°74052 rec., a systématisé la voie, permanente quant à elle, du recours contre le refus d'abroger les actes réglementaires. Plusieurs de vos commissaires du Gouvernement puis rapporteurs publics se sont interrogés depuis lors sur la cohérence qu'il y avait à maintenir la tardiveté des conclusions dirigées contre un acte réglementaire confirmatif, alors que le pouvoir réglementaire pouvait être contraint à tout moment d'en prononcer l'abrogation (tout en vous invitant, soit par conviction, soit par discipline, à maintenir ces deux jurisprudences : voir, respectivement, les ccl de J-H Stahl, sur la décision du 9 oct. 2002, Fédération française des pompes funèbres n°240208 et celles de V. Daumas, sur la décision du 30 sept. 2015, Association Agréée pour la Pêche et la Protection des Milieux Aquatiques « Les Deux Vallées » -AAPMA-, n°375095).

De fait, vous êtes ainsi restés fidèles à cette ligne, fermant la voie du REP contre les actes confirmatifs tout en ouvrant largement celle contre les refus d'abroger (v. not. 29 juin 1992, SARL Procaes, n°111423, T. ; 30 avril 1997, Syndicat des médecins d'Aix et région et B..., 173044;174212, rec. sur un autre point ; 22 déc. 2017, B... et autres, 400669, T. sur un autre point) en veillant à ce que par l'une ou par l'autre, les requérants trouvent un accès utile au juge (Sect. 5 oct. 2007, Ordre des avocats au barreau d'Evreux, n°282321 rec.). Pour être largement constante, cette jurisprudence ne nous semble pas avoir tranché deux questions importantes sur ce qu'il faut entendre par « acte confirmatif » et que l'affaire d'aujourd'hui soulève très clairement.

**1.2.** La première, **de forme**, est celle de savoir si la caractérisation d'un acte comme confirmatif est liée ou non à une technique d'écriture, disons, de légistique. Il s'agit de savoir s'il y a une différence à faire, au regard de cette théorie, selon qu'un texte qui en retouche un autre sur des points de détail procède par réécriture d'ensemble ou bien par modifications ciblées.

On sait que ces deux techniques de rédaction sont possibles. La seconde, si elle conduit à des textes modificatifs peu lisibles, est néanmoins celle qui est recommandée pour assurer la traçabilité des modifications. Mais la première n'est pas exclue, surtout lorsqu'il s'agit d'apporter plusieurs petites modifications à un même article, paragraphe ou alinéa. Ces deux techniques sont, en tout état de cause, regardées comme rigoureusement équivalentes d'un point de vue normatif (v. not. sur ces questions le Guide de légistique, 3<sup>ème</sup> éd. 2017, pp. 305-306).

Sont-elles égales devant le risque de recours contentieux ? La théorie de l'acte confirmatif nous semble toujours appliquée lorsque le nouveau texte a procédé par réécriture d'ensemble.

Un raisonnement équivalent a pu être retenu par certaines de vos décisions sur des textes procédant par modifications ciblées face à des requêtes articulant des moyens contre des dispositions ou des parties de dispositions qui n'avaient pas été retouchées (v. parmi d'autres décisions, 15 nov. 1985, Synd des avocats de France, n°49622 T. ; 10 juillet 2009, Chambre professionnelle de Mayotte, n°237889). On peut néanmoins douter que vous ayez toujours adopté ce parti dans les nombreux dossiers où vous avez été confrontés à ce type de situations. Sans doute avez-vous été tentés par d'autres causes d'irrecevabilité, tirées par exemple de ce que les seules modifications apportées par le nouveau texte ne faisaient pas grief ou de ce que le requérant n'avait pas intérêt à agir contre elles (v. p.ex 28 mai 1982, Syndicat national des médecins, chirurgiens, spécialistes et biologistes des hôpitaux publics, n°20974, T. ; v. aussi, les conclusions de C. Vérot sur la décision du 18 janvier 2006, Sté Ciment antillais, n°269406 rec. sur un autre point, à propos d'une renumérotation d'article). Sans doute avez-vous pu aussi imaginer répondre sur un terrain d'inopérance, en constatant que les critiques visant des dispositions non retouchées par le texte modificatif ne pouvaient venir utilement au soutien des conclusions dirigées contre celui-ci (v. pour un exemple toutefois ambigu : 3 déc. 1982, Syndicat national des inspecteurs et cadres administratifs du service national des examens du permis de conduire, n°15132 T.).

Cette dernière approche, celle de l'inopérance, est à la fois rigoureuse quant à l'interprétation des écritures et séduisante quant à ses conséquences procédurales, puisqu'elle dispense le juge d'avoir à soulever d'office le moyen tiré d'une irrecevabilité. Et comme elle parvient sensiblement au même résultat que le constat d'une tardiveté, c'est-à-dire l'impossibilité de contester par la voie du REP ce qui n'est en réalité que le droit antérieur que le pouvoir réglementaire n'a pas changé, nous n'avons pas de difficulté à vous proposer de l'adopter pour le cas des modifications ciblées. Voilà pour la première question.

**1.3.** La seconde question, **de fond**, est celle de savoir dans quelle mesure une disposition réglementaire peut être regardée comme confirmative alors que le contexte a pu évoluer.

S'agissant des décisions individuelles et des décisions d'espèce, vous jugez que n'est pas confirmative une décision qui réitère une décision antérieure alors que les circonstances de fait ou de droit ont changé (Sect. 16 nov. 1983, T..., n°28951, rec. ou Sect. 13 nov. 1987, Mlle G..., n°68964, rec.). Mais s'agissant des actes réglementaires, la question ne nous semble pas tranchée.

Certes, plusieurs de vos rapporteur publics vous ont invités à franchir ce pas, notamment dans le cas où une disposition réglementaire était réitérée à l'identique par le pouvoir réglementaire alors que le contexte législatif avait évolué (c'est notamment le cas de nos collègues N. Boulouis sur la décision Syndicat EGF-BTP et autres du 9 juillet 2007, n°297711, rec., M. Vialettes sur la décision CE, 13 nov. 2013, Association cercle de réflexion et de proposition sur la psychiatrie - CRPA- et autre, n°352667 T. ; V. Daumas sur la décision du 30 sept. 2015, AAPPMA préc. ou encore L. Dutheillet de Lamothe sur la décision du 21 juin 2017, Sté Starlight, n°397194 et 404444). Vous n'avez pas toutefois eu réellement à prendre parti dans ces différents cas de figure soit parce que les circonstances n'avaient pas changé soit parce que les moyens articulés contre ces dispositions n'étaient en tout état de cause pas fondés.

Nous comprenons et partageons évidemment l'inspiration des propositions qui vous ont été faites à ce pupitre : ouvrir l'accès au juge à l'occasion de la publication au journal officiel de dispositions réglementaires qui, certes reproduisent des dispositions qui préexistaient mais qui, dans le nouveau contexte législatif, n'ont plus tout à fait la même portée. Il nous semble néanmoins que la solution du REP direct n'est pas la bonne dans ce cas de figure et ce pour plusieurs raisons.

Premier élément, et non des moindres, un décret qui en réitère un autre alors que la loi a changé ne change rien par lui-même à l'état du droit. Si changement il y a eu, il résulte de la loi qui a immédiatement modifié la portée du texte réglementaire antérieur qui, par construction, était compatible avec elle, puisqu'on a pu le réitérer *a posteriori*. Un décret qui en réitère un autre est donc par nature confirmatif de l'état du droit qui prévalait la veille et qui s'est déjà combiné à la loi nouvelle.

Deuxième élément : puisque le décret est sans lien avec le changement de l'état du droit résultant de la loi, les hypothèses où le décret confirmatif pourra intervenir des mois ou des années après elles ne seront pas rares. Le décret confirmatif pourra même ne jamais intervenir, puisqu'il n'est en rien nécessaire au changement de l'état du droit. Ce n'est souvent que pour d'autres motifs ou par souci louable de « toiler » les textes à droit constant qu'il interviendra. Il ne serait dès lors pas logique de saisir cette occasion pour rouvrir une voie de recours contre un état du droit qui n'est en rien imputable au texte de toilettage, sans parler de l'effet dissuasif que cela aurait sur le pouvoir réglementaire de « nettoyer » les textes pour maintenir la qualité du droit.

Troisième élément : nous ne pensons pas possible de raisonner dans l'idée que pour réitérer une norme préexistante dans un nouveau contexte législatif le pouvoir réglementaire procéderait à une nouvelle appréciation de celui-ci justifiant que l'on ouvre la voie du REP direct contre l'acte confirmatif. C'est peut être vrai en pratique mais cela ne justifie pas une réouverture des délais de recours aux yeux de votre propre jurisprudence. Vous avez en effet jugé qu'un acte qui en réitère un autre même à la lumière d'autres motifs n'en perd pas pour autant son caractère confirmatif (Sect. 13 nov. 1987 Mlle G..., précité).

Quatrième élément : nous ne pensons pas qu'il soit utile d'ouvrir le REP contre l'acte confirmatif intervenu après une modification législative puisque, bien souvent, l'intéressé ne pourra obtenir que l'annulation de la nouvelle disposition qui se substituait à la précédente, faisant alors revivre le droit antérieur qui comportait déjà la difficulté. La demande d'abrogation nous semble la plus pertinente, même si elle est effectivement plus lente pour le requérant. Elle lui permet de faire masse de l'ensemble des dispositions réglementaires -qu'elle qu'ait été la date de leur adoption- et de les confronter à l'ensemble des circonstances de fait ou de droit intervenues depuis lors pour en contester la légalité.

Cinquième élément : déroger à la théorie de l'acte confirmatif au motif « d'un changement de circonstance de droit » révèle tout le miroitement de cette approche avec votre jurisprudence Alitalia, dont c'est l'un des cas d'ouverture de l'obligation d'abroger. Admettre qu'un changement de circonstance de droit puisse ouvrir le REP créerait ainsi une porosité entre les deux voies de recours que vous avez eu à cœur de maintenir séparées jusqu'ici. En pratique, compte tenu de l'instabilité législative que l'on connaît, rares seront les cas où le contexte législatif n'aura pas

changé entre deux textes réglementaires disant la même chose. En admettant le REP direct dans ces cas là, le risque est non seulement de vider de sa substance la théorie de l'acte confirmatif mais aussi de priver d'espace utile votre jurisprudence Alitalia qui n'aura plus qu'un intérêt très résiduel.

Un dernier élément nous semble enfin devoir être signalé, en lien avec la question précédente « de légistique ». Admettre qu'un changement de circonstance de droit puisse rouvrir la voie du REP direct contre des dispositions procédant par réécriture d'ensemble créerait une différence de régime contentieux très forte avec celui qui prévaut en cas de retouches ciblées. En effet, le recopiage du texte antérieur dans un nouveau contexte rouvrirait la voie du REP alors que les mêmes modifications introduites par retouches ciblées resteraient hors de portée des requérants. Ce serait consacrer une différence de traitement contentieux difficilement justifiable pour deux interventions du pouvoir réglementaire de nature rigoureusement identiques, intervenues dans un contexte législatif rigoureusement identique et donc de portée normative rigoureusement identique.

De tout ceci nous retirons l'idée qu'il n'est pas souhaitable d'amputer aujourd'hui la théorie de l'acte confirmatif des actes réglementaires d'une part si importante de sa substance, tout du moins sans une remise à plat plus générale de cette théorie, en la confrontant avec les implications de votre jurisprudence Alitalia et les réflexions en cours sur le resserrement de l'exception d'illégalité (ainsi que les éventuelles conséquences à tirer des dispositions issues de la loi Warsmann de 2011 sur l'obligation d'abroger les règlements illégaux même d'initiative, codifiées à l'article L. 243-2 du CRPA). Dans l'attente de cet éventuel *aggiornamento*, nous pensons préférable de ne pas prendre le risque d'une percée qui pourrait provoquer un véritable désordre.

Si vous nous suivez, vous constaterez l'irrecevabilité des conclusions en tant qu'elles visent l'article R. 3122-8 du code du travail. Si vous ne nous suivez pas, vous répondrez aussi aux moyens dirigés contre ces dispositions et dont nous vous redirons un mot dans un instant.

2. Nous pouvons en venir aux 4 requêtes en faisant masse de leurs moyens.

2.1 Cinq d'entre eux sont articulés contre les deux décrets à la fois.

Le moyen tiré d'un défaut de concertation préalable est inopérant, les décrets attaqués ne constituant pas, en tant que tels, une réforme au sens de l'article L.1 du code du travail. Le moyen tiré d'un défaut de consultation des partenaires sociaux ne tient pas davantage, non seulement parce qu'il est articulé sans plus de précision mais aussi parce que la Commission nationale de la négociation collective, où ils siègent, a rendu un avis sur le texte.

Les moyens tirés de l'atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution ont fini d'être écartés par le Conseil constitutionnel lui-même, on l'a dit. Le moyen tiré du manque de clarté des textes et de l'atteinte à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ne sauraient être regardés comme fondés au seul motif que le pouvoir réglementaire aurait procédé par retouches ciblées pour certains articles plutôt que par réécriture d'ensemble. On a déjà rappelé que les deux méthodes étaient équivalentes en légistique.

Le dernier moyen articulé conjointement contre les deux décrets est un peu plus intéressant même s'il n'est pas plus sérieux. Il est soutenu que les articles L. 3121-41 et L. 3121-44 du code du travail méconnaîtraient les objectifs de la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail. En confrontant directement la loi à la directive et en faisant ainsi l'économie d'un détour par les deux décrets attaqués, la requête ne respecte pas la règle du jeu de l'exception d'inconventionnalité. Vous pourriez l'écartier assez sèchement pour ce motif comme vous l'avez déjà fait par votre décision « CGC-centrale et CGC DGFIP » du 22 janvier 2013 n°348209 T. Mais la maladresse de la requête était encore plus marquée dans ce précédent et ce qui pose problème ici est surtout l'absence de rattachement de l'exception à des dispositions précises des décrets qu'elle conteste et ils sont trop volumineux pour que vous fassiez cette recherche vous-même. Nous vous proposons donc de constater sobrement que le moyen n'est pas assorti des précisions suffisantes.

## 2.2 On en vient aux moyens dirigés contre le décret en Conseil d'Etat.

**2.2.1** Un premier groupe de moyens concerne le dépassement de la durée maximale hebdomadaire de travail.

Selon les requêtes, le décret (article R. 3121-10 du code du travail) méconnaîtrait, d'une part, l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne imposant des conditions de travail respectant la santé, la sécurité et la dignité du travailleur et, d'autre part, l'article 6 de la directive du 4 novembre 2003, qui impose une durée moyenne de travail n'excédant pas 48 heures pour chaque période de 7 jours sur une période de référence de 4 mois (art. 6).

Mais les dispositions législatives contestées ne méconnaissent pas ces règles en tout état de cause. Il est vrai que l'article L. 3121-20 pris isolément peut donner cette impression en ouvrant la voie à des dérogations portant la durée hebdomadaire à 60 heures par semaine. Mais ces dispositions se combinent avec celles de l'article L. 3121-22 qui plafonnent dans tous les cas la durée de travail hebdomadaire à 44 heures en moyenne sur une période de 12 semaines (soit moins que le plafond européen). Et les pics de 60 heures hebdomadaires tolérés en droit interne s'appliquent sans préjudice des périodes minimales de repos journalier et hebdomadaire.

**2.2.2** Un second groupe de moyens se rapporte à la durée quotidienne de travail des travailleurs de nuit. En vertu de l'article L. 3122-6, cette durée ne peut excéder huit heures par tranches de 24 heures. Des dérogations sont néanmoins possibles dans certains cas particuliers prévus par la loi (art. L. 3132-16 à 19) ainsi que sur autorisation de l'inspecteur du travail dans des circonstances exceptionnelles (second alinéa de l'article L. 3122-6) ou par accord collectif (art. L. 3122-17).

Il est d'abord soutenu que le Premier ministre n'était pas compétent pour préciser les conditions dans lesquelles cette dernière dérogation, par accord collectif, pourrait être mise en œuvre. Il est vrai que le législateur n'a que très peu encadré les choses mais dès lors qu'il a spécifiquement renvoyé au pouvoir réglementaire sur ce point par l'article L. 3122-17, la loi fait écran à un contrôle du respect des règles constitutionnelles de partage loi/règlement.

Il est ensuite soutenu que les dispositions litigieuses méconnaîtraient la convention n°87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical et n°98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, mais sans préciser quelles stipulations auraient été méconnues. Le moyen n'est donc, en tout état de cause, pas assorti des précisions permettant d'en apprécier le bien fondé.

Il est encore reproché au pouvoir réglementaire de s'être borné à reproduire, sans les préciser, des dispositions de la directive du 4 novembre 2003, ce qui méconnaîtrait ses obligations de transposition. Le moyen est dirigé contre l'article R. 3122-8 dont nous vous avons parlé tout à l'heure et vous n'aurez à y répondre que si vous ne nous avez pas suivi sur l'irrecevabilité des conclusions contre cet article qui réitérent des dispositions précédentes mais dans un nouveau contexte législatif. A titre subsidiaire donc, on peut observer que le moyen est étrange mais pas inintéressant si l'on mesure que l'idée de transposer les directives par « copier-coller » a souvent été évoquée comme la solution miracle à nos retards de transposition mais qu'on lui oppose généralement d'importantes objections d'ordre juridique et pratique. Sans trancher cette vaste question, on observera, qu'au cas particulier, le copier-coller de la directive était tout à fait possible, puisqu'aux termes de celle-ci, c'est à l'accord collectif de préciser les choses. Le pouvoir réglementaire n'avait donc par à en dire plus.

Il est également soutenu que la définition, à l'article R. 3122-7 du code du travail, des cas dans lesquels il peut y avoir dépassement de la durée maximale quotidienne de travail de huit heures d'un travailleur de nuit serait contraire à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme. Mais ce qui est ici contesté n'a pas été modifié par le décret attaqué, le moyen est donc inopérant.

Quant à l'article R. 3122-3, fixant les conditions auxquelles est subordonné le dépassement de la durée maximale quotidienne de huit heures pour les travailleurs de nuit, elles sont suffisamment claires et précises pour ne pas encourir de critiques sur le terrain de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la norme.

### 2.3 On finit par les moyens dirigés contre le décret simple.

Vous pourrez aisément écarter le moyen d'incompétence soulevé contre des dispositions qui ont principalement pour objet de déplacer des normes préexistantes, de faire évoluer certains termes employés ou de tirer les conséquences nécessaires des modifications intervenues au niveau de la loi.

S'agissant des moyens de conventionnalité, vous pourrez rapidement écarter ceux tirés des stipulations de l'article 2 de la partie II de la charte sociale révisée, faite à Strasbourg le 3 mai 1996, mais qui est si générale et laisse une telle marge aux Etats membres que vous l'avez déjà regardée comme dépourvue d'effet direct (30 janvier 2015, Union syndicale Solidaires, n°363520 T.). Le moyen tiré de la directive du 4 novembre 2003 était opérant quant à lui mais on retrouve la même difficulté que tout à l'heure : la requête ne pointe pas articles du décret attaqué qui seraient affectés par l'éventuelle méconnaissance de la directive. Le moyen n'est donc pas assorti des précisions suffisantes.

Enfin, le dernier moyen contestant l'inscription du spectacle vivant sur certaines listes ouvrant un traitement dérogatoire en matière d'heures de travail et de repos est dirigé contre des

dispositions non modifiées par le décret. Ce moyen là aussi est donc « inopérant » si vous nous suivez sur la grille d'analyse générale à retenir en pareil cas.

**PCMNC** au rejet des requêtes.