

**N<sup>os</sup> 410659, 410660**  
**FÉDÉRATION NATIONALE DES**  
**TRANSPORTS ROUTIERS**  
**UNION DES ENTREPRISES DE**  
**TRANSPORT ET DE LOGISTIQUE EN**  
**France**

**2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> chambres réunies**  
**Séance du 9 novembre 2018**  
**Lecture du 28 novembre 2018**

**CONCLUSIONS**

**M. Guillaume ODINET, rapporteur public**

Une fois n'est pas coutume, nous allons vous parler de droit du travail dans ces deux affaires, dont vous avez le bonheur de connaître en raison de la compétence de votre deuxième chambre en matière de transport.

C'est précisément l'articulation entre le droit du travail « général » et ses adaptations particulières en matière de transport qui est au cœur des litiges qui vous sont soumis.

1. Commençons par les dispositions pertinentes du code du travail, qui sont issues de l'*aggiornamento* effectué par la loi du 8 août 2016<sup>1</sup>, dite El Khomri ; il s'agit des dispositions relatives à la durée légale du travail et aux heures supplémentaires, qui figurent à la section 3 du chapitre Ier du titre II du livre Ier de la troisième partie du code (art. L. 3121-27 ss.). La première sous-section de cette section est relative aux dispositions d'ordre public ; elle fixe la durée légale de travail effectif à trente-cinq heures par semaine (art. L. 3121-27), précise que toute heure accomplie au-delà est une heure supplémentaire qui ouvre droit à une majoration salariale ou à un repos compensateur équivalent (art. L. 3121-28) et prévoit notamment que les heures supplémentaires peuvent être accomplies dans la limite d'un contingent annuel et que les heures supplémentaires effectuées au-delà de ce contingent ouvrent droit à une contrepartie obligatoire sous forme de repos (art. L. 3121-30).

La deuxième sous-section de cette section est, quant à elle, relative au champ de la négociation collective. L'article L. 3121-33, qui y figure, prévoit en particulier – c'est son I – qu'une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche fixe le taux de majoration des heures supplémentaires, qui ne peut être inférieur à 10 %, le contingent annuel d'heures supplémentaires, les conditions d'accomplissement des heures supplémentaires ainsi que la durée, les caractéristiques et les conditions de prise de la contrepartie obligatoire sous forme de repos des heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> N° 2016-1088.

<sup>2</sup> Cette contrepartie ne pouvant être inférieure à 50 % ou 100 % de ces heures selon la taille de l'entreprise.

Par ailleurs, comme vous le savez, les dispositions générales relatives à l'articulation entre conventions et accords collectifs de travail, qui figurent au titre V du livre II de la deuxième partie du code, prévoient, d'une part, que dans certaines matières particulières, au nombre desquelles ne figurent pas la durée du travail et les heures supplémentaires, une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ne peut pas déroger aux conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels – c'est le premier alinéa de l'article L. 2253-3. D'autre part, elles prévoient que, dans toutes les autres matières, la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut au contraire déroger en tout ou partie aux stipulations d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large – c'est le second alinéa du même article.

Notons enfin qu'au sein de la dernière section du chapitre relatif à la durée et l'aménagement du travail, dont nous parlions en premier lieu, l'article L. 3121-67 prévoit notamment que des décrets en Conseil d'Etat déterminent les modalités d'application de ce chapitre pour l'ensemble des branches d'activité ou des professions ou pour une branche ou une profession particulière, et fixent notamment la répartition et l'aménagement des horaires de travail et « les dérogations permanentes ou temporaires applicables dans certains cas et pour certains emplois ».

Si nous nous résumons, la loi définit une durée hebdomadaire de travail, un taux de majoration des heures supplémentaires, un contingent annuel de ces heures et une compensation obligatoire en repos pour les heures effectuées au-delà. La convention ou l'accord collectif précise le taux, le contingent et les modalités de la compensation obligatoire en repos. La convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut, sur ces sujets, déroger à une convention ou un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large. Et les décrets en Conseil d'Etat fixent les modalités d'application de la loi pour une branche ou une profession ou pour toutes, ce qui peut inclure des dérogations propres à certains cas ou certains emplois.

2. Venons-en maintenant aux dispositions propres au domaine des transports. L'article L. 1311-1 du code des transports pose en principe que les dispositions du code du travail s'appliquent aux entreprises de transport ainsi qu'à leurs salariés, « sous réserve des dispositions particulières ou d'adaptation prévues par le présent code et sauf mention contraire dans le code du travail ou dans le présent code ». Notez dès à présent que cet article, qui éclaire l'articulation entre dispositions générales et dispositions spéciales, est sans effet sur ce qui relève du domaine de la loi et ce qui relève du domaine réglementaire ; il ne prévoit, notamment, aucune possibilité de dérogation, par voie réglementaire, aux dispositions législatives du code du travail.

Plusieurs dispositions du code des transports prévoient ensuite des règles particulières en matière de durée de travail. Ainsi, l'article L. 1311-2 prévoit que la durée du travail des salariés et la durée de conduite des conducteurs sont fixées par décret en Conseil d'Etat ; et l'article L. 1321-1 prévoit que, par dérogation au code du travail, un décret détermine la période de référence servant au décompte des heures supplémentaires (dans la limite de trois mois), le droit à une compensation obligatoire en repos et la durée maximale hebdomadaire moyenne de travail.

3. Nous en arrivons au litige. La Fédération nationale des transports routiers et l'Union des entreprises de transport et de logistique en France vous demandent l'annulation pour excès de

pouvoir de dispositions figurant aux articles R. 3312-47, 48 et 49 du code des transports, qui ont été adoptées, en même temps qu'une très grande partie des dispositions constituant la partie réglementaire de ce code, par un décret du 17 novembre 2016.

**3.1.** Plus précisément, ces deux requêtes, identiques, présentent deux contestations. Nous commençons par la seconde, que vous rejeterez aisément. Les requérants soutiennent que la mention d'une « compensation obligatoire en repos » qui figure aux articles R. 3312-48 et 49 méconnaît l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme, car elle ne reprend pas la notion de « contrepartie obligatoire sous forme de repos » qui figure dans le code du travail. Toutefois, les articles R. 3312-48 et 49 du code des transports font application de l'article L. 1321-1 du même code, qui renvoie à la détermination d'une « compensation obligatoire en repos ». Vous pourrez donc rejeter cette partie des conclusions, sans avoir à vous prononcer sur les conséquences que vous auriez – ou non – tirées de la discordance alléguée.

**3.2.** La contestation principale des requêtes vise quant à elle la deuxième phrase de l'article R. 3312-47. Celle-ci énonce que « La convention ou accord collectif étendu, ou la convention ou accord collectif d'entreprise ou d'établissement fixant le taux de majoration des heures supplémentaires mentionné au 1° du I de l'article L. 3121-33 du code du travail sont régis par les dispositions du premier alinéa de l'article L. 2253-3 de ce même code. ».

En d'autres termes, cette disposition, tout en reconnaissant l'applicabilité des dispositions du code du travail qui confient à la négociation collective le soin de fixer le taux de majoration des heures supplémentaires, déroge néanmoins aux dispositions du même code qui précisent, en matière d'heures supplémentaires, l'articulation des différents niveaux d'accords collectifs. En effet, en renvoyant au premier alinéa de l'article L. 2253-3 du code du travail, elle rattache le taux de majoration des heures supplémentaires aux matières dans lesquelles l'accord d'entreprise ne peut pas déroger à l'accord plus large, alors que le code du travail place cette question dans les autres matières, celles du second alinéa de l'article L. 2253-3, dans lesquelles l'accord d'entreprise peut déroger à l'accord plus large.

Les requérants voient, dans cette liberté prise par l'article R. 3312-47 du code des transports, une illégalité ; ils n'ont, selon nous, pas tort.

Il nous paraît clair, tout d'abord, qu'aucune disposition législative particulière du code des transports ne prévoit ou permet une telle dérogation aux dispositions législatives du code du travail. En particulier, il nous semble que, contrairement à ce que soutient le ministre, l'article L. 1311-2, qui ne confie au décret en Conseil d'Etat que le soin de fixer la durée du travail, ne l'habilite ni à déterminer les règles de majoration des heures supplémentaires, ni à déterminer l'articulation, sur ce point, des différents niveaux de conventions ou accords collectifs. L'article L. 1321-1 n'a pas non plus cette portée, qui confie seulement au pouvoir réglementaire le soin de fixer la période de référence servant au décompte des heures supplémentaires, le droit à une compensation obligatoire en repos et la durée maximale hebdomadaire moyenne de travail. Et nous n'avons trouvé aucune autre disposition du code des transports qui aurait cette portée.

D'autre part, nous pensons que les dispositions litigieuses ne peuvent être regardées comme trouvant un fondement légal dans le code du travail, plus précisément dans son article L. 3121-67. Comme nous vous le disions, cet article figure à la section 6 du chapitre consacré à la durée et l'aménagement du travail, lequel inclut les règles relatives à la majoration des heures supplémentaires. Il confie au pouvoir réglementaire le soin de préciser les conditions

d'application de l'ensemble de ce chapitre par branches et professions, en fixant notamment les dérogations permanentes ou temporaires applicables dans certains cas et pour certains emplois.

Il faut certainement admettre que la portée exacte de cette disposition est difficile à cerner. Héritée de l'ordonnance du 16 janvier 1982 consacrant la semaine de trente-neuf heures, dans laquelle elle visait les dérogations à la durée légale du travail<sup>3</sup>, elle s'est potentiellement trouvée très largement étendue à la faveur de son placement dans la section 6, en dénominateur commun de l'ensemble du chapitre, par la loi El Khomri – la doctrine a ainsi pu souligner « l'étrange section 6 » issue de l'article 8 de la loi<sup>4</sup>.

Mais quelle que soit la portée qu'il faille désormais donner au 3° de cet article, il ne nous paraît, en tout état de cause, pas couvrir le contenu de la disposition attaquée en l'espèce. Car, d'une part, celle-ci n'est relative ni à certains cas, ni à certains emplois, mais à l'ensemble du secteur des transports. D'autre part, et surtout, l'article L. 3121-67 ne permet pas de déroger aux règles d'articulation des niveaux de négociation collective qui résultent de l'article L. 2253-3, lequel est placé dans un autre chapitre (d'un autre titre, d'un autre livre, d'une autre partie).

Ce qui nous amène à la conclusion qu'en l'absence de disposition législative permettant de déroger à cet article, le pouvoir réglementaire ne pouvait légalement y prévoir une dérogation. Si vous nous suivez, vous devrez donc annuler la deuxième phrase de l'article R. 3312-47 du code des transports.

4. Le ministre, qui n'a pas totalement exclu cette hypothèse, vous demande néanmoins, si vous vous y résolvez, de moduler dans le temps les effets de l'annulation que vous prononcerez.

Il expose que la disposition en cause a été introduite dans un contexte social tendu, en réponse à la sollicitation des partenaires sociaux, afin de stabiliser et sécuriser un consensus social, qui correspond à une pratique qui était – du moins jusqu'au recours dont vous êtes saisis – assumée par la branche. Le ministre en déduit que l'annulation que vous pourriez prononcer est susceptible de créer des troubles sociaux dans la branche (dont il souligne la sensibilité) et vous demande en conséquence de laisser le temps au Gouvernement de prendre pleinement en compte les conséquences de votre décision, en engageant la concertation nécessaire et en appréciant l'opportunité d'éventuelles mesures législatives.

Vous pourriez hésiter à faire droit à ces conclusions. Car, juridiquement, l'effet de votre annulation sera uniquement de permettre des dérogations par accord d'entreprise ou d'établissement que le décret interdisait jusque-là ; il n'y a donc pas lieu de protéger des situations constituées lorsque l'acte était en vigueur, si bien que l'annulation n'est pas source d'insécurité juridique.

Trois raisons nous conduisent néanmoins à vous proposer de faire droit à la demande du ministre.

---

<sup>3</sup> V. en ce sens 30 novembre 2001, Fédération nationale des transports Force Ouvrière et Fédération générale des transports de l'équipement CFDT, n° 219286, Rec. p. 619.

<sup>4</sup> V. M. Morand, « Durée du travail : l'étrange section 6 », Semaine sociale Lamy 2016, n° 1735, p. 4.

Tout d'abord, votre jurisprudence AC<sup>5</sup> vous conduit à tenir compte des effets que l'acte a produits lorsqu'il était en vigueur mais aussi des conséquences de la rétroactivité – ou simplement de l'immédiateté<sup>6</sup> – de son annulation. Or, en l'espèce, d'une part, l'acte a bien produit des effets, en asseyant le consensus social qui prévalait dans la branche pour éviter la concurrence par le coût du travail sur la rémunération des heures supplémentaires. D'autre part, l'annulation de cet acte remettra en cause l'équilibre social que le décret avait figé et qui, eu égard à l'action des employeurs dont vous êtes saisis, semble peu susceptible d'être restauré par la signature d'un accord de branche. Votre décision aura donc des conséquences importantes, qu'il vous appartient de prendre en considération.

Par ailleurs, c'est le deuxième point, la limitation dans le temps ne nous paraît pas présenter d'inconvénients excessifs au regard du droit au recours ou du principe de légalité. Elle ne prive pas le droit au recours de son effectivité, car le recours dont vous êtes saisis est bien davantage tourné vers l'avenir que vers le passé. Et, s'il est vrai que, eu égard au vice qui entache la disposition en cause, elle porte une atteinte non négligeable au principe de légalité, il faut cependant garder à l'esprit que le décret se bornait à supprimer une possibilité de déroger, que la convention collective elle-même aurait pu supprimer.

Enfin, et peut-être surtout, il nous semble que vous n'avez pas, ou que vous n'avez plus, à conserver de réserves dans l'usage du pouvoir que vous vous êtes reconnus par votre jurisprudence AC. A mesure que les annulations pour excès de pouvoir devenaient plus effectives, vous avez continuellement cherché des moyens d'en éviter ou d'en atténuer la rigoureuse brutalité. En vous reconnaissant le pouvoir de limiter dans le temps les effets de ces annulations, vous avez précisé que son usage ne devait être envisagé qu'à titre exceptionnel ; mais vous avez finalement renoncé à cette mention en 2013<sup>7</sup>. Cinq ans plus tard, peut-être y a-t-il encore un adjectif à abattre dans le critère des conséquences manifestement excessives de l'annulation rétroactive, mais rien ne nous paraît justifier, quoi qu'il en soit, que vous manifestiez de la retenue à l'idée de tenir compte, non seulement des conséquences strictement juridiques d'une annulation pour excès de pouvoir, mais encore de ses effets sur les équilibres sociaux d'un secteur lorsqu'elle porte, comme en l'espèce, sur une norme issue de négociations collectives. La jurisprudence AC procède du souci du juge de l'insertion harmonieuse de ses décisions dans leur environnement ; or cet environnement n'est pas simplement juridique.

Par ces motifs nous concluons à l'annulation de la deuxième phrase de l'article R. 3312-47 du code des transports résultant du décret attaqué, à ce que cette annulation prenne effet six mois après la lecture de votre décision, à ce que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de votre décision, les effets produits par la disposition annulée antérieurement à son annulation soient regardés comme définitifs, à ce que l'Etat verse la somme de 1 500 euros à chacun des requérants au titre des frais de procédure et au rejet du surplus des conclusions de la requête.

<sup>5</sup> Assemblée, 11 mai 2004, Association AC !, n<sup>os</sup> 255886 à 255892, Rec. p. 197.

<sup>6</sup> V. not. 5 mars 2008, Société NRJ 12 et Société Télévision Française 1, n<sup>os</sup> 281451, 284783, Rec. p. 79 ; 3 mars 2009, Association française contre les myopathies, n<sup>o</sup> 314792, Rec. p. 69.

<sup>7</sup> Assemblée, 23 décembre 2013, Société Métropole télévision (M6) et Société Télévision Française 1 (TF1), n<sup>os</sup> 363702, 363719, Rec. p. 328.