

**N° 433053**

**Fédération des syndicats CFTC Commerce, Services et Force de vente (CFTC CSFV)**

**N° 433233**

**Fédération des services CFDT (FS CFDT)**

**N° 433251**

**Fédération générale des travailleurs de l'agriculture, de l'alimentation, des tabacs et des activités annexes Force Ouvrière (FGTA FO)**

**N° 433463**

**Fédération nationale CFE-CGC Agro**

**N° 433473**

**Fédération du commerce et de la distribution (FCD)**

**N° 433534**

**Fédération CGT du commerce et des services (CGT Commerce et services)**

**4<sup>ème</sup> et 1<sup>ère</sup> chambres réunies**

**Séance du 20 septembre 2021**

**Décision du 7 octobre 2021**

## **CONCLUSIONS**

### **M. Raphaël Chambon, rapporteur public**

Quelles conséquences le mouvement de « décentralisation » du droit du travail et de remise en cause du principe de faveur a-t-il, dans l'état du droit issu de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, en matière de rémunération minimale des salariés ? En particulier, les branches professionnelles peuvent-elles encore définir dans une convention collective des salaires minima incluant le montant de certaines primes prévues par ladite convention, dont l'extension par le ministre du travail rendrait le respect obligatoire pour toutes les entreprises de la branche ?

Telles sont les questions auxquelles les six requêtes qui viennent d'être appelées vous commandent de répondre.

La rémunération des salariés est traditionnellement l'un des thèmes de négociation conventionnelle au sein des branches professionnelles. C'est chaque année, selon le bilan de la négociation collective publié annuellement par la direction générale du travail, le thème sur

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

lequel le plus d'accords sont signés. La rémunération des salariés est au demeurant un sujet de négociation imposé par le législateur depuis 1982<sup>1</sup>, le législateur, lorsqu'il a défini les missions de la branche en 2016<sup>2</sup> lui a notamment assigné comme rôle de « *définir, par la négociation, les garanties applicables aux salariés employés par les entreprises relevant de son champ d'application, notamment en matière de salaires minima* », et l'extension d'une convention collective de branche par le ministre du travail, qui conditionne le caractère obligatoire de ses stipulations pour l'ensemble des salariés et employeurs compris dans son champ d'application, est subordonnée, aux termes de l'article L. 2261-22 du code du travail, à la présence en son sein de clauses portant sur « *le salaire minimum national professionnel des salariés sans qualification et l'ensemble des éléments affectant le calcul du salaire applicable par catégories professionnelles* ».

Les branches professionnelles fixent donc, généralement chaque année, par voie d'accord collectif, une garantie de salaire effectif, appelée communément « salaire minimum conventionnel » ou « salaire minimum garanti » (SMG). Ce salaire minimum conventionnel est fixé pour chacune des catégories de salariés figurant dans la classification hiérarchique des salariés établie par la convention collective. Il en résulte que la rémunération des salariés de la branche doit, en pratique, être au moins égale à ce minimum.

Les conventions de branche peuvent librement déterminer quels éléments de rémunération entrent dans le calcul de la rémunération effective à comparer avec le salaire minimum conventionnel pour vérifier son respect par chaque entreprise<sup>3</sup>. En l'absence de telles stipulations conventionnelles expresses, entrent dans ce calcul, en vertu d'une jurisprudence judiciaire constante<sup>4</sup>, le salaire de base et les seuls compléments du salaire qui sont la contrepartie du travail (c'est par exemple le cas des primes de rendement<sup>5</sup> ou du 13<sup>ème</sup> mois<sup>6</sup> mais pas des primes rémunérant les temps de pause, des primes d'ancienneté ou de servitudes diverses<sup>7</sup>).

L'extension d'un accord de branche par le ministre du travail, introduite par les accords de Matignon en juin 1936, a pour effet d'intégrer les salaires minima qu'il définit à l'ordre public conventionnel auquel toutes les entreprises de la branche doivent se soumettre, au-delà des seules entreprises adhérentes aux organisations signataires. On mesure son importance quand on sait qu'un quart seulement des entreprises, employant deux tiers des salariés, adhèrent à une organisation patronale selon la mesure de l'audience patronale réalisée en 2017<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Articles L. 2241-1, L. 2241-8, L. 2241-9 et L. 2241-10

<sup>2</sup> Article L. 2232-5-1 du code du travail créé par l'article 24 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

<sup>3</sup> Le juge est dans ce cas tenu de respecter la définition donnée par les signataires au minimum conventionnel : Soc., 24 avril 2013, n° 12-10.196, 12-10.219, Bull. 2013, V, n° 114.

<sup>4</sup> Soc., 7 avril 2010, n° 07-45.322, Bull. 2010, V, n° 89.

<sup>5</sup> Soc., 8 novembre 1983, n° 81-41.538, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre sociale N° 539.

<sup>6</sup> Soc., 15 février 1979, n° 77-40.842, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre sociale N 140 p099 ; Soc., 14 novembre 2018, n° 17-22.539 ; Soc., 13 mars 2019, n° 17-21.151 ; Soc., 2 octobre 2019, n° 17-31.421.

<sup>7</sup> Soc., 13 juillet 2010, n° 09-42.890, 09-42.892, 09-42.891, Bull. 2010, V, n° 178 ; Soc., 21 mars 2012, n° 10-27.425 et 10-21.737, Bull. 2012, V, n° 105.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Toutefois l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective a réformé l'articulation des accords collectifs de branche et des accords collectifs d'entreprise, notamment en matière de rémunération.

Depuis 2004, un accord d'entreprise pouvait déjà comporter, dans certaines matières, des dispositions dérogeant en tout ou en partie à celles lui étant applicables en vertu d'une convention de branche, sauf si cette convention en disposait autrement. Mais cette première entorse au principe de faveur ne s'appliquait pas « *en matière de salaires minima* »<sup>9</sup>.

L'ordonnance du 22 septembre 2017<sup>10</sup> a modifié les articles L. 2253-1 à L. 2253-3 du code du travail qui organisent la manière dont s'articulent les différents niveaux d'accords collectifs.

Cette articulation repose désormais sur un système de listes de matières, structurées en trois blocs pour lesquels l'articulation n'est pas la même :

- Le premier bloc, dit de primauté de la branche, est défini à l'article L. 2253-1 du code du travail, qui dispose que la convention de branche définit les conditions d'emploi et de travail des salariés et peut en particulier définir les garanties qui leur sont applicables dans 13 matières, pour lesquelles ses stipulations prévalent sur l'accord d'entreprise, sauf lorsque celui-ci « *assure des garanties au moins équivalentes* ». Parmi ces 13 matières, on trouve les « *salaires minima hiérarchiques* ».
- Pour les quatre matières relevant du deuxième bloc, dit de verrouillage facultatif et décrit à l'article L. 2253-2, cette primauté des stipulations de la convention de branche sauf garanties au moins équivalentes n'existe que lorsque celle-ci le stipule expressément. On y trouve en particulier « *les primes pour travaux dangereux ou insalubres* ».
- Enfin, l'article L. 2253-3 prévoit que c'est l'accord d'entreprise, antérieur ou postérieur à l'entrée en vigueur de la convention de branche qui prévaut dans toutes les autres matières, qu'il soit plus ou moins favorable aux salariés. Toutefois, en l'absence d'accord d'entreprise, c'est la convention de branche qui s'applique.

La règle générale est donc dorénavant que l'accord d'entreprise prime, la convention de branche n'ayant qu'une portée supplétive. Comme le note Jean-Emmanuel Ray, « à une hiérarchie simple, fondée sur l'ordre public social (« *plus on descend, plus on monte* » : plus on descend dans les conventions, plus les avantages montent) (...) s'est substituée une

---

<sup>8</sup> DARES Analyses, novembre 2018, n° 053, « Les extensions des accords de branche : quels sont les entreprises et les salariés concernés ? ».

<sup>9</sup> Articles L. 132-23 puis L. 2253-3.

<sup>10</sup> Prise sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

articulation en forme de vaste décentralisation sociale »<sup>11</sup>, mouvement dont l'ordonnance du 22 septembre 2017 constitue une étape déterminante.

L'interprétation à donner à ces dispositions est au cœur des présents litiges.

Que recouvre la notion de « salaires minima hiérarchiques » figurant à l'article L. 2253-1 et les partenaires sociaux d'une branche peuvent-ils décider d'inclure dans ces SMH auxquels les entreprises ne peuvent déroger sauf garanties équivalentes le montant de primes ou compléments de salaires définis par la convention collective ?

Cette dernière question est apparue lors de l'extension de plusieurs avenants salariaux à des conventions collectives par des arrêtés de la ministre du travail en date du 5 juin 2019. Parmi ces arrêtés figure celui attaqué par les six requêtes inscrites à la présente audience, qui étend un avenant du 31 mai 2018 à la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2001, relatif aux salaires minima conventionnels.

La ministre du travail n'a en effet procédé à son extension qu'au prix d'une exclusion et d'une réserve motivées par le nouvel ordonnancement des niveaux de négociation issu de l'ordonnance du 22 septembre 2017 :

- est exclue de l'extension la stipulation qui prévoit, pour les salariés faisant 35 heures, d'une part, l'intégration dans les salaires minima hiérarchiques d'une majoration de 5% (correspondant au temps de pause) et d'une prime annuelle instituée par la convention collective et, d'autre part, que les stipulations d'un accord d'entreprise ne peuvent prévaloir sur cette stipulation que s'ils comportent des garanties au moins équivalentes (« clause dite de verrouillage »)<sup>12</sup>.
- l'arrêté étend la stipulation, relative aux cadres dont le temps de travail est décompté sous la forme d'un forfait annuel en jours, qui fixe un salaire minimum annuel garanti « incluant l'ensemble des éléments de salaire », sous réserve de l'application de l'article L. 2253-3 du code du travail, ce qui équivaut à une exclusion partielle dès lors que l'arrêté précise qu'il entend faire obstacle à ce que cette stipulation fixant un salaire minimum garanti comportant une assiette qui intègre des compléments de salaires s'impose aux entreprises de la branche et empêche les accords d'entreprise relatifs aux éléments accessoires au salaire de base, qu'ils soient plus favorables ou moins favorables aux salariés.

Les organisations signataires de l'avenant, soit d'une part, côté salarial, les fédérations du commerce de la CFDT, FO, la CFE-CGC et la CFTC, d'autre part, côté patronal, la

---

<sup>11</sup> *Droit du travail, droit vivant*, 24<sup>ème</sup> édition, § 1115, p. 634.

<sup>12</sup> Dans les avenants précédents signés chaque année, le salaire minimum garanti incluait déjà la majoration de 5% rémunérant les temps de pause (mais pas la prime annuelle).

Fédération du commerce et de la distribution, ainsi que la Fédération CGT du commerce et des services, vous demandent d'annuler l'arrêté en tant qu'il contient cette exclusion et cette réserve. Ces six requêtes vous donnent l'occasion de prendre une position de principe qui est très attendue, étant précisé que votre 4<sup>ème</sup> chambre est également saisie de contentieux dirigés contre des arrêtés d'extension partielle similaires concernant d'autres branches. Les confédérations syndicales de salariés auxquelles sont affiliées les fédérations requérantes sont d'ailleurs chacune intervenues au soutien de la requête de leur fédération professionnelle, leurs interventions nous paraissant devoir être admises à l'exception de celle de la CGT qui n'a pas été présentée par mémoire distinct mais dans les mémoires de sa fédération et est dès lors, en vertu de l'article R. 632-1 du code de justice administrative, irrecevable, cette irrecevabilité pouvant être opposée sans que vous soyez sans que soyez tenus d'inviter l'intervenante à régulariser sa situation (2/1 SSR, 12 décembre 2003, *Ammouche*, n° 235234, aux Tables).

L'enjeu est en effet majeur : il s'agit de rien moins que la remise en question ou non du rôle de régulation des branches dans le domaine majeur qu'est la rémunération des salariés, dans un contexte où les salaires minima de base fixés par les conventions collectives sont souvent à peine supérieurs, voire inférieurs, au SMIC et parfois significativement augmentés par les compléments de salaire prévus par lesdites conventions, comme c'est le cas dans la branche du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire. Le salaire mensuel brut de base fixé par l'avenant litigieux pour le premier niveau hiérarchique, correspondant à un temps de travail de 35h par semaine, est en effet de 1 500,02 euros, quand le SMIC était à la date de signature de l'avenant très légèrement inférieur (1498,47 euros) et a été porté à un montant supérieur quelques mois après (1521,22 euros au 1<sup>er</sup> janvier 2019). Le salaire annuel minimum garanti, incluant le montant de la « prime de pause » et de la prime annuelle, est en revanche de 20474,77 euros, soit plus de 1706 euros en moyenne mensuelle, ce qui représente une augmentation de près de 14% par rapport au seul salaire de base. On le voit, la différence n'est pas mince pour les salariés, et en termes de masse salariale pour les entreprises<sup>13</sup>.

Les organisations requérantes soulèvent toutes un moyen tiré de ce que la ministre du travail aurait entaché son arrêté d'une erreur de droit résultant d'une inexacte interprétation des dispositions législatives, auxquelles la ministre donnerait une portée qu'elles n'ont pas. Le refus d'extension des stipulations litigieuses est en effet fondé sur une lecture de ces dispositions selon laquelle les « salaires minima hiérarchiques » doivent être entendus comme les seuls « salaires de base » par coefficient hiérarchique, à l'exclusion de tout complément de rémunération. Selon cette interprétation explicitée par la ministre dans ses écritures en défense au cours de l'instruction écrite comme par son représentant lors de l'audience publique d'instruction que vous avez tenue le 9 septembre dernier, faisant pour la première fois application des dispositions de l'article 4 du décret du 18 novembre 2020<sup>14</sup>, la notion de « *salaires minima hiérarchiques* » présente à l'article L. 2253-1 renvoie au seul salaire de base et les conventions de branche ne peuvent légalement fixer un SMH dont l'assiette

---

<sup>13</sup> Même si la prime annuelle ou 13<sup>ème</sup> mois est réservée aux salariés ayant un an d'ancienneté.

<sup>14</sup> Décret n° 2020-1404 du 18 novembre 2020 portant expérimentation au Conseil d'Etat des procédures d'instruction orale et d'audience d'instruction et modifiant le code de justice administrative.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

comprend des éléments accessoires de rémunération. Si le salaire de base est une notion qui n'est définie par aucun texte législatif ou réglementaire, il est généralement admis qu'il est calculé par la multiplication d'un salaire horaire par un nombre d'heures travaillées et sert de référence pour calculer certains compléments de salaire, à l'instar de la prime de « pause » prévue par la convention collective qui nous occupe, fixée à 5% du salaire de base. Selon cette interprétation, les branches ne peuvent plus verrouiller un niveau de rémunération garantie incluant le montant de certains compléments de salaires.

La ministre fait valoir que cette interprétation découle, d'une part, de l'ajout de l'adjectif « *hiérarchique* » à la locution « *salaires minima* » qui figurait déjà à l'article L. 2253-1, qui témoignerait de l'intention du Gouvernement de renvoyer au seul salaire de base lié à la position de l'emploi dans les classifications, et, d'autre part, de l'économie générale des articles L. 2253-1 et suivants définissant les trois blocs : l'inscription à l'article L. 2253-2 de la possibilité offerte à la branche de verrouiller des dispositions relatives à des primes pour travaux dangereux ou insalubres impliquerait nécessairement qu'aucune prime et complément de salaires ne relève de l'article L. 2253-1, c'est-à-dire de la primauté systématique de la branche.

Le premier de ces deux arguments ne nous convainc guère. Les « salaires minima » auxquels faisait jusqu'alors référence l'article L. 2253-1 du code du travail, locution unanimement comprise comme visant les « salaires minima conventionnels », lesquels sont par nature « hiérarchiques » car présentés par catégories ou niveaux hiérarchiques (à l'inverse du SMIC, qui n'est pas hiérarchique mais constitue un plancher minimal unique). L'avenant litigieux l'illustre bien : la colonne de droite du tableau fixant les salaires minima, portant sur le revenu annuel minimum garanti, comporte bien neuf lignes correspondant à autant de niveaux hiérarchiques, alors même que les montants indiqués incluent celui de certains compléments de salaires. Le code du travail comportait d'ailleurs depuis 1982 une occurrence de la locution « *salaires minima hiérarchiques*<sup>15</sup> » sans que sa signification paraisse différente de celle de « salaires minima » et on trouve des arrêts de la Cour de cassation antérieurs à 2017 utilisant l'expression de salaires minima hiérarchiques pour désigner des salaires minima conventionnels<sup>16</sup>. Il est dès lors, à nos yeux, difficile de soutenir que, l'ordonnance du 22 septembre 2017, en ajoutant, à l'article L. 2253-1, l'adjectif « hiérarchiques » aux mots : « salaires minima » en aurait nécessairement modifié le sens et en particulier restreint l'acception aux seuls « salaires de base ».

Le second argument a plus de poids.

Il faut à ce stade préciser que les organisations requérantes ne défendent pas toutes la même thèse.

---

<sup>15</sup> Article L. 132-12 du code du travail, devenu L. 2241-2 lors de la recodification de 2008 et aujourd'hui L. 2241-9 : « *La négociation sur les salaires est l'occasion, pour les parties, d'examiner au moins une fois par an au niveau de la branche les données suivantes : (...) / 3° L'évolution des salaires effectifs moyens par catégories professionnelles et par sexe, au regard, le cas échéant, des salaires minima hiérarchiques* ».

<sup>16</sup> Soc., 7 avril 2004, n° 01-47.009, 01-43.563, Bull., 2004, V, n° 116.

Selon les organisations syndicales représentant les salariés de la branche, les branches peuvent verrouiller, en tant que SMH, à la fois une structure et un niveau de rémunération, c'est-à-dire qu'elles peuvent garantir, d'une part, un niveau minimal de rémunération incluant le montant de certaines primes et, d'autre part, l'existence et le montant de ces primes (donc, dans notre compréhension, pour l'ensemble des salariés de la branche et non pour les seuls salariés rémunérés au taux horaire minimum conventionnel<sup>17</sup>).

La FCD, tout comme les autres fédérations patronales contestant des refus d'extension similaires, soutient pour sa part que les branches sont libres de définir un SMH incluant le montant de certaines primes mais que ce faisant elles ne verrouillent qu'un niveau de rémunération minimale et non une structure de rémunération. Selon elle, comme avant la réforme de 2017, les branches peuvent toujours déterminer des salaires minimaux (dorénavant qualifiés de hiérarchiques) en indiquant quels éléments du salaire doivent être pris en compte pour comparer les salaires effectifs à ces minimaux conventionnels, ce qui répond à une préoccupation de sécurité juridique. Les primes relevant bien du bloc 3 défini par le législateur, les accords d'entreprise peuvent réduire voire supprimer les primes prises en compte dans le calcul du SMH pour peu que ce SMH soit respecté pour chaque salarié, soit par l'augmentation du salaire de base, soit par l'application d'autres compléments de salaire prévus par la convention de branche, soit encore par l'instauration d'autres compléments de salaire plus adaptés à la situation de l'entreprise, conformément au dernier alinéa de l'article L. 2253-1 prévoyant la possibilité pour la convention d'entreprise de déroger à la convention de branche dans l'une des matières qu'il énumère à condition d'assurer des garanties au moins équivalentes. Relevons à cet égard que si le SMH était constitué du seul salaire de base, la notion de garanties au moins équivalentes n'aurait guère de sens et le 1° de l'article L. 2253-1 relèverait non pas d'une primauté de la branche sauf garanties au moins équivalentes mais d'une primauté absolue de la branche...

Encore faut-il rappeler que nombre d'entreprises négocient des accords d'entreprise prévoyant une grille de salaires supérieurs aux minimaux conventionnels, si bien que la diminution par accord d'entreprise d'une prime prévue par la convention de branche et prise en compte dans le calcul du SMH n'a pas nécessairement pour effet de faire baisser la rémunération des salariés de cette entreprise sous les minimaux conventionnels. Ainsi une entreprise dans laquelle les salariés sont payés 5% de plus que les minimaux conventionnels, la suppression de la prime de pause de 5 % du salaire horaire par accord d'entreprise est tout à fait possible sans qu'aucune compensation ne soit nécessaire pour assurer le respect des minimaux conventionnels.

La mention d'une catégorie particulière de primes dans le bloc 2, celles pour travaux dangereux ou insalubres, peut dans cette conception tout à fait avoir un objet alors même que les branches pourraient décider d'inclure dans le SMH le montant de certaines primes. Le SMH est en effet, comme son nom l'indique, un salaire minimum. Il ne concerne par construction pas tous les salariés qui sont payés davantage que ce plancher par leur entreprise.

---

<sup>17</sup> Sauf à ce que l'existence et le montant de ces primes ne soient garantis que pour ces seuls salariés mais cette hypothèse nous semble devoir être exclue.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

En revanche, en verrouillant l'existence et le montant d'une prime pour travaux dangereux ou insalubres, les négociateurs d'une convention collective peuvent garantir la perception d'une telle prime par tous les salariés éligibles, au-delà des seuls salariés dont la rémunération n'excède pas le SMH.

Le caractère peu explicite sur le point qui nous occupe des dispositions législatives litigieuses ne plaide guère pour l'interprétation qu'en donne la ministre. Si le législateur avait entendu apporter un changement aussi décisif à une pratique établie depuis plusieurs décennies, à savoir la définition par les accords de branche de rémunérations minimales auxquelles les entreprises ne peuvent déroger pouvant inclure certaines primes, il n'est pas déraisonnable de penser qu'il l'aurait écrit clairement. Pourquoi ainsi ne pas avoir écrit explicitement que le SMH s'entendait comme le seul salaire horaire de base, à l'exclusion de tout complément de rémunération ? A l'inverse, de l'absence totale de définition des SMH par le législateur peut s'évincer l'idée que les partenaires sociaux des branches conservent la possibilité de lui donner le contenu qu'elles jugent le plus approprié à la branche et sur lequel elles s'accordent. Ajoutons en outre que l'absence de définition légale de la notion de salaire de base ne plaide pas pour une référence implicite à cette notion...

Dès lors que la lettre des dispositions législatives ne permet pas de déterminer avec certitude l'interprétation qu'il convient d'en donner, il nous faut nous pencher un instant sur les travaux préparatoires qui en sont à l'origine pour tenter de déterminer l'intention de leur auteur. Hélas, contrairement à ce que soutient la ministre, ceux-ci ne nous apparaissent pas pouvoir éclairer d'un jour univoque le sens des textes. S'agissant d'une ordonnance, dont le rapport de présentation au Président de la République ne nous renseigne pas sur le point aujourd'hui en débat, les travaux parlementaires sur les lois d'habilitation et de ratification sont hélas succincts et peu probants, les extraits cités par les parties ne permettant pas de tirer de conclusions claires et convergentes, sauf à se livrer à des extrapolations et surinterprétations hasardeuses. Les réactions négatives à l'ordonnance de certaines organisations syndicales de salariés dénonçant le risque de remise en cause de certaines primes par accords d'entreprise, mises en avant par la ministre, ne sont pas plus probantes : d'une part, elles ne sauraient révéler par elles-mêmes et à elles-seules l'intention du législateur, d'autre part, elles restent justifiées si on adopte la lecture de l'ordonnance faite par la FCD, dont découle l'illégalité de l'arrêté contesté.

Ni la lettre du texte ni ses travaux préparatoires ne donnant la clé pour dévoiler son sens, les parties font également appel à des arguments tenant davantage à une approche téléologique et à la cohérence de l'ensemble des dispositions législatives en vigueur.

Pour la ministre du travail, son interprétation est cohérente avec la volonté clairement exprimée du Gouvernement d'étendre la primauté de l'accord d'entreprise, en faisant confiance au dialogue social entre acteurs de terrain. Permettre aux entreprises, sous réserve qu'elles parviennent à conclure sur ce point et à leur niveau un accord avec les représentants du personnel, de déterminer librement la structure et le niveau des éléments accessoires aux salaires serait un gage de souplesse et d'adaptabilité à la situation particulière de chaque entreprise. Ce serait aussi pleinement cohérent avec la préoccupation d'éviter que le

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

verrouillage au niveau conventionnel de compléments de salaire importants porte une atteinte excessive à la concurrence en dissuadant l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché voire en compromettant le maintien sur ce marché de TPE-PME, rappelée par l'Autorité de la concurrence dans son avis du 11 juillet 2019<sup>18</sup>.

Les organisations requérantes soulignent de leur côté que la branche a, selon l'article L. 2232-5-1 du code du travail, pour mission de « *réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application* ». Il est difficile de leur donner tort quand elles soulignent qu'elles doivent pour ce faire pouvoir réguler les rémunérations effectives et non exclusivement les salaires de base, ce qu'elles font au demeurant depuis des décennies. C'est d'ailleurs surtout sur les compléments de salaire que la négociation conventionnelle de branche est dynamique. Les organisations requérantes pointent le risque de dumping social, les entreprises, en particulier les PME qui détiennent la moitié des parts de marché de la branche et sont bien souvent des déserts syndicaux, pouvant être tentées, dans un secteur aux taux de marge très faibles, de diminuer les compléments de salaire pour réduire leur masse salariale, avec un risque d'effet boule de neige sur toutes les entreprises d'une branche très concurrentielle<sup>19</sup>. La FCD souligne que l'hypothèse alternative consistant à renégocier la convention collective en supprimant la prime de pause et la prime annuelle et en augmentant à due concurrence les salaires hiérarchiques de base se heurterait à la difficulté pour les entreprises à obtenir l'accord des salariés pour supprimer les primes en question à leur niveau et qu'à supposer mêmes qu'elles y parviennent cette hypothèse se traduirait malgré tout par une hausse du coût du travail dès lors que tous les salariés ne perçoivent pas la prime annuelle, laquelle est réservée aux salariés ayant au moins un an d'ancienneté.

Les organisations requérantes font en outre remarquer, à juste titre à nos yeux, que la préoccupation de ne pas entraver la libre concurrence est déjà satisfaite par la possibilité donnée au ministre du travail de refuser l'extension d'un accord collectif pour « *des motifs d'intérêt général, notamment pour atteinte excessive à la libre concurrence ou au regard des objectifs de la politique de l'emploi* »<sup>20</sup>, cette disposition législative issue de l'ordonnance du 22 septembre 2017 étant venue codifier votre jurisprudence de Section *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement* (30 avril 2003, n° 230804, au Recueil<sup>21</sup>) par laquelle vous aviez jugé qu'il appartient au ministre du travail de veiller à ce que l'extension d'une convention collective n'ait pas pour effet de conduire à

---

<sup>18</sup> Avis n° 19-A-13 du 11 juillet 2019 relatif aux effets sur la concurrence de l'extension des accords de branche.

<sup>19</sup> La FCD pointe également le risque inverse, si l'arrêté d'extension devait être interprété comme ayant bien étendu la rémunération annuelle garantie fixée par l'avenant mais en ayant pour effet que seul le salaire de base puisse être pris en compte pour comparer les salaires effectifs à ce minimum conventionnel, que les entreprises soient contraintes d'augmenter fortement leurs salaires de base pour le respecter, au prix d'une forte augmentation de leur masse salariale dès lors que les représentants des salariés seraient naturellement peu enclins à signer un accord supprimant en compensation la prime de pause et la prime annuelle. Nous ne partageons néanmoins pas cette lecture de l'arrêté d'extension, qui nous semble avoir étendu seulement le salaire horaire minimum et le salaire mensuel minimum hors primes pour 35h hebdomadaires.

<sup>20</sup> Article L. 2261-25 du code du travail.

<sup>21</sup> Voir aussi : 1/6 SSR, 21 mai 2008, *Société Nouvelle de Remorquage du Havre (SNRH) et Société de Remorquage Maritime de Rouen (SORMAR)*, n° 291115, 291210 et 291247, aux Tables.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur un marché, notamment en limitant l'accès à ce marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises<sup>22</sup>.

Au terme de ces développements, il nous semble que l'arrêté attaqué est bien entaché d'erreur de droit. Rien dans les textes en vigueur ne nous paraît justifier l'approche radicale de l'administration, qui représente une rupture nette avec la logique ancienne et constante du dispositif, peu cohérente avec les missions confiées à la branche par le législateur et qui ne peut se déduire de façon subliminale d'une supposée intention du législateur jamais clairement exprimée. Il appartient au Gouvernement, s'il entend la faire prévaloir, de proposer au législateur de l'écrire clairement.

L'approche radicalement inverse des organisations syndicales de salariés ne nous paraît pas davantage pouvoir être retenue dès lors que, d'une part, le verrouillage d'un complément de rémunération pour l'ensemble des salariés de la branche ne saurait être rattaché aux salaires minimaux hiérarchiques relevant du bloc 1, faute pour un tel complément d'être réservé aux salariés payés au minimum conventionnel et de présenter un quelconque caractère hiérarchique, et, d'autre part, l'architecture des articles L. 2253-1 à L. 2253-3 y fait obstacle, la mention des primes pour travaux dangereux ou insalubres au bloc 2 n'ayant aucun sens dans cette compréhension du bloc 1. Cette approche reviendrait en outre à nier tout effet juridique à la réforme opérée en 2017.

La thèse de la FCD nous semble en revanche celle qui se déduit le plus logiquement des textes, donnant un effet réel à l'ordonnance du 22 septembre 2017 mais pas au-delà de ce qu'elle prévoit explicitement, et la plus cohérente avec la mission de régulation des rémunérations minimales assignée aux branches professionnelles afin d'éviter une concurrence par le dumping social entre entreprises d'un même secteur.

Si vous nous suivez, vous annulerez l'arrêté attaqué en tant qu'il a exclu certaines stipulations de l'extension. Dans le cas inverse, vous pourrez rejeter l'ensemble des requêtes. Tous les autres moyens qu'elles soulèvent sont en effet infondés.

Les moyens mettant en cause la légalité externe de l'arrêté attaqué ne vous retiendront guère.

Ceux tirés de ce que la ministre du travail n'aurait pas présenté à la commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle un projet d'arrêté comportant les exclusions litigieuses et de ce que ladite commission nationale n'aurait pas émis d'avis motivé manquent en fait. La circonstance que l'arrêté attaqué n'a pas été pris en application de la procédure accélérée prévue à l'article L. 2261-26 du code du travail relative aux avenants à une convention étendue ne portant que sur les salaires n'entache pas l'arrêté contesté d'illégalité dès lors que la ministre, qui est membre de la sous-

---

<sup>22</sup> Le juge administratif exerce un contrôle normal sur le refus d'extension opposé par le ministre pour un motif d'intérêt général : 1/6 SSR, 21 novembre 2008, *Syndicat national des cabinets de recouvrement de créances et de renseignements commerciaux et autres*, n° 300135, au Recueil.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

commission des conventions et accords de la Commission nationale selon l'article R. 2272-12 du code du travail, pouvait comme chacun de ses membres aux termes de l'article R. 2261-5 demander qu'elle soit saisie du projet d'arrêté et faire ainsi échec à la procédure accélérée. Enfin, rien n'imposait à la ministre à mentionner les exclusions envisagées dans l'avis préalable à l'extension publié au Journal officiel conformément à l'article D. 2261-3 du code du travail. (2/1 SSR, 8 décembre 2000, *Groupement hippique national et fédération générale des travailleurs de l'agriculture, de l'alimentation des tabacs et allumettes et des services annexes-Force ouvrière*, n° 206575, au Recueil<sup>23</sup>)

Vous pourrez aussi écarter les moyens mettant en cause la légalité interne de l'arrêté autres que celui dont nous vous avons longuement entretenus.

Les moyens tirés de ce que la ministre aurait méconnu le principe de liberté de négociation des partenaires sociaux protégé par l'article 4 de la convention 98 de l'Organisation internationale du travail, les articles 2, 3, 8-2, 10 et 11 de la convention 87 de la même organisation et l'article 11 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la jurisprudence de la CJUE qui a reconnu ce principe comme un des droits fondamentaux de l'Union européenne, le point 8 du socle social européen qui consacre les principes du dialogue social et de la participation des travailleurs sont à nos yeux à l'évidence infondés. D'une part, il est toujours loisible à la branche de conclure des avenants en matière de compléments de salaire, la seule conséquence de l'arrêté, découlant directement de l'ordonnance du 22 septembre 2017 est qu'ils ont une portée supplétive et non plus une portée impérative. D'autre part, la primauté des accords d'entreprise sur les accords d'entreprise fait prévaloir un niveau de dialogue social sur un autre, ce qui ne saurait caractériser une méconnaissance des stipulations invoquées, qui ne sont au demeurant pas toutes d'effet direct. Quant à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, elle n'est pas utilement invocable dès lors que l'arrêté attaqué ne met pas en œuvre le droit de l'Union.

Le principe d'égalité n'est pas méconnu du fait de la différence de traitement découlant du refus d'extension partielle entre les entreprises adhérentes à la FCD, auxquelles toutes les stipulations de l'avenant s'appliquent, et les autres, qui pourront diminuer voire supprimer la prime de pause et la prime annuelle, cette différence de traitement découlant de l'illégalité des stipulations non étendues, laquelle résulte directement de la loi selon l'interprétation qu'en fait la ministre. Quant à la différence de traitement également invoquée entre la branche de la distribution alimentaire et celle des transports routiers et activités auxiliaires de transport, pour laquelle la ministre a accepté d'étendre un avenant salarial sans exclure des stipulations pourtant de même nature que celles qu'elle a exclues dans l'arrêté attaqué, elle ne constitue pas davantage une méconnaissance du principe d'égalité dès lors qu'en tout état de cause et contrairement à ce qui est soutenu, la ministre a bien formulé une réserve à son extension.

---

<sup>23</sup> Pour la réitération d'une telle solution : 1/6 SSR, 26 février 2007, *Fédération nationale des particuliers employeurs*, n° 280606, aux Tables sur un autre point ; 1/6 SSR, 29 juin 2011, *CGPME de La Réunion*, n° 332562 ; 1 SSJS, 27 juin 2016, *Union départementale CFDT de la Moselle*, n° 385087.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Si l'arrêté attaqué ne brille pas particulièrement par la clarté de l'exclusion et de la réserve qu'il contient, son autrice n'a pas pour autant méconnu l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme. Si son invocation est opérante à l'encontre d'un arrêté d'extension (4/1 CHR, *Fédération nationale du bois*, 18 septembre 2019, n° 410738, 410801, 410936), l'arrêté ne contient pas de dispositions « contradictoires ou d'une particulière obscurité »<sup>24</sup> qui encourraient la censure à ce titre.

Le moyen tiré de ce que la ministre aurait méconnu le principe de sécurité juridique en décidant d'une extension partielle sans prévoir de mesures transitoires, peut davantage faire hésiter mais la ministre fait valoir à juste titre que les signataires d'un avenant, avisé par la ministre de ce qu'elle s'apprête à l'étendre en excluant de l'extension certaines stipulations, peuvent toujours retirer leur demande d'extension s'ils estiment qu'une telle extension partielle bouleverse le point d'équilibre qu'ils avaient atteint par la négociation et dénature l'avenant dont ils souhaitaient l'extension. Si bien que les partenaires sociaux ont toujours la possibilité de prendre le temps de renégocier la structure de leurs SMH.

Enfin, le moyen tiré de ce que l'arrêté contesté entrerait en contradiction avec des dispositions conventionnelles de branche déjà étendues et non abrogées ne mérite pas qu'on s'y attarde.

PCMNC :

- à l'admission des interventions à l'exception de celle de la CGT
- à l'annulation des troisième et quatrième alinéas de l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté attaqué ;
- à ce que vous mettiez à la charge de l'Etat le versement de la somme de 3 000 euros à la charge de chacune des organisations requérantes au titre de l'article L. 761-1 du CJA ;
- Au rejet des conclusions présentées par la CFTC au même titre, qui, dès lors qu'elle n'aurait pas eu qualité pour former tierce opposition à la décision que vous rendrez si elle n'avait pas été présente à l'instance, ne peut être regardée comme une partie pour l'application de cet article (6/1 SSR, 10 janvier 2005, *Association Quercy-Périgord contre le projet d'aéroport de Brive-Souillac et ses nuisances*, n° 265838, aux Tables).

---

<sup>24</sup> Selon l'expression de notre collègue Vincent Villette dans ses conclusions sous 1/4 CHR, 13 mars 2020, *Centre hospitalier de Saint-Denis*, n° 426568.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*