

CONCLUSIONS

M. Raphaël Chambon, rapporteur public

Par un arrêté du 5 juin 2019 la ministre du travail a procédé à l'extension d'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. Elle n'a cependant 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 n° 2017-1385 du 22 septembre 2017.

- A ainsi été exclue de l'extension la stipulation prévoyant, d'une part, l'intégration dans les salaires minima hiérarchiques (SMH) 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 »).
- 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.

Dans votre décision du 7 octobre 2021 *Fédération des syndicats CFTC Commerce, Services et Force de vente et autres* (4/1 CHR, n°433052, au Recueil), vous avez annulé l'arrêté du 5 juin 2019 en tant qu'il comportait cette exclusion et cette réserve. Vous avez jugé

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.

qu'il est loisible à la convention de branche, d'une part, de définir les SMH et, le cas échéant à ce titre de prévoir qu'ils ont vocation à être comparés soit aux seuls salaires de base, soit aux rémunérations effectives des salariés résultant de leurs salaires de base et de certains compléments de salaire, d'autre part, d'en fixer le montant par niveau hiérarchique. Lorsque la convention de branche stipule que les SMH s'appliquent aux rémunérations effectives des salariés résultant de leurs salaires de base et de compléments de salaire qu'elle identifie, elle ne fait pas obstacle à ce que le montant de ces minima soit atteint dans une entreprise par des modalités de rémunération différentes de celles qu'elle mentionne, un accord d'entreprise pouvant réduire ou supprimer les compléments de salaire qu'elle mentionne au titre de ces minima, dès lors toutefois que sont prévus d'autres éléments de rémunération permettant aux salariés de l'entreprise de percevoir une rémunération effective au moins égale au montant des SMH fixé par la convention.

Dans un nouvel avenant du 19 septembre 2019 relatif aux salaires minima conventionnels, signé après le refus partiel d'extension de l'avenant précédent mais avant que vous ayez statué sur le recours pour excès de pouvoir qu'ils avaient formé contre ce refus partiel d'extension, les partenaires sociaux de la branche ont actualisé les SMH en maintenant en substance l'architecture de l'avenant précédent, en précisant plus clairement leur intention, intention exactement conforme à l'état du droit tel qu'éclairé par votre décision du 7 octobre dernier : verrouiller un niveau de SMH intégrant le montant d'une prime d'ancienneté, sans toutefois verrouiller la structure de rémunération correspondante et donc l'existence et le montant de cette prime.

Anticipant la réitération éventuelle par la ministre du travail de l'exclusion et de la réserve formulée dans son arrêté du 5 juin 2019, les signataires de l'avenant avaient pris la précaution de prévoir à son article 6 relatif à son entrée en vigueur la stipulation suivante : *« le barème fixé par l'accord est applicable à compter du 1^{er} jour du mois suivant la publication de son arrêté d'extension au Journal officiel, et sous réserve que celui-ci ne comporte pas d'exclusion remettant en cause les montants des minima conventionnels hiérarchiques fixés. Si tel devait être le cas, les partenaires sociaux se réuniraient pour examiner la situation et rechercher les solutions à apporter »*. Cette précaution faisait écho à la préoccupation que nous évoquions dans nos conclusions sur votre décision du 7 octobre dernier, quant à l'inclusion du montant de certaines primes dans les SMH dans un équilibre global, nécessairement remis en cause par une extension partielle.

Par un arrêté du 7 décembre 2020, la ministre du travail a procédé à l'extension de cet avenant en l'accompagnant en substance des mêmes réserve et exclusion que celles formulées dans son arrêté du 5 juin 2019. L'article 2 de cet arrêté précise que l'extension des effets et sanctions de l'avenant prend effet à compter de la date de publication du présent arrêté pour la durée restant à courir et aux conditions prévues par l'avenant.

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.

La fédération CFDT des services, l'une des organisations représentant les salariés de la branche signataires de l'avenant, vous demande d'annuler cet arrêté en tant qu'il formule lesdites exclusion et réserve et le moyen d'erreur de droit qu'elle soulève, identique à celui auquel vous avez fait droit dans votre décision du 7 octobre dernier, est fondé.

La ministre du travail soulève toutefois une exception à fin de non-lieu. Elle soutient qu'il n'y a plus lieu de statuer sur la requête car l'arrêté attaqué est devenu caduc. L'article L. 2261-28 du code du travail dispose en effet que « *L'arrêté d'extension d'une convention ou d'un accord devient caduc à compter du jour où la convention ou l'accord en cause cesse de produire effet* ».

Or si l'arrêté en litige est entré en vigueur le lendemain de sa publication au JO, soit le 27 décembre 2020, les stipulations relatives aux SMH de l'avenant qu'il étend (soit ses trois premiers articles) n'ont pas pris effet en application de l'article 6 de l'avenant : en effet, l'arrêté comportait bien une exclusion (ainsi que deux réserves assimilables à une exclusion) remettant en cause les montants des minima conventionnels hiérarchiques fixés par l'avenant, dès lors que l'arrêté a exclu de l'extension le verrouillage du niveau des SMH en tant que leur montant intègre celui de la prime d'ancienneté. Ces stipulations n'ont donc jamais produit d'effet, pas davantage que l'arrêté litigieux en ce qu'il procède à leur extension.

A la suite de l'arrêté du 7 décembre 2020, les partenaires sociaux de la branche se sont de nouveau réunis et ont signé le 22 janvier 2021 un nouvel avenant relatif aux salaires minima conventionnels. En application de son article 7, qui contient des stipulations identiques à celles de l'article 6 de l'avenant du 19 septembre 2019, le barème des SMH qu'il fixe est devenu applicable à compter du premier jour du mois suivant la date de publication de l'arrêté qui l'a étendu (daté du 19 octobre 2021 et publié au JORF le 21 octobre), dès lors que cet arrêté, postérieur à votre décision du 7 octobre 2021 ayant tranché le débat sur l'interprétation du droit positif, a procédé à son extension sans exclusion remettant en cause les montants des SMH fixés. L'avenant du 22 janvier 2021 a donc pris effet le 1^{er} novembre 2021, tout comme son extension à l'ensemble des entreprises de la branche.

La ministre soutient qu'à cette date l'arrêté attaqué, daté du 7 décembre 2020, est devenu caduc, en ce qu'il procède à l'extension du barème des salaires minima hiérarchiques arrêté par le précédent avenant. Si l'article L. 2261-28 du code du travail n'envisage explicitement que le cas dans lequel l'arrêt devient caduc dès lors que l'accord cesse de produire effet, il nous semble qu'il vaut aussi dans le cas particulier dans lequel l'accord n'a jamais produit effet.

Votre jurisprudence admet que l'abrogation d'un acte prive d'objet le recours pour excès de pouvoir demandant son annulation à la double condition que cet acte n'ait reçu

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.

aucune exécution pendant la période où il était en vigueur et que la décision procédant à son abrogation soit devenue définitive (jurisprudence ancienne : Assemblée, 12 décembre 1953, *Union fédérale des associations familiales*, p. 545 ; Assemblée, 27 novembre 1964, *Caisse centrale de secours mutuel agricole*, p. 584), alors que si l'acte a été retiré le non-lieu est acquis à la seule condition que le retrait soit définitif, que l'acte ait reçu un commencement d'exécution ou non, dès lors que le retrait emporte disparition rétroactive de l'acte comme le ferait l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir (2/1 SSR, 19 avril 2000, *Borusz*, n° 207469, au Recueil).

Cette jurisprudence relative au non-lieu en cas d'abrogation définitive d'un acte n'ayant reçu aucun commencement d'exécution est également valable lorsque l'acte n'a pas été formellement abrogé mais est devenu insusceptible de produire un quelconque effet dès lors qu'il est frappé de caducité ou de péremption (déjà : CE, 3 janvier 1969, *Menassé et Sté civile immobilière Résidence Bonaparte*, p. 2). Voyez par exemple pour un arrêté de cessibilité devenu caduc faute d'avoir été transmis dans le délai prévu au juge de l'expropriation (2/6 SSR, 21 juillet 1972, *Ministre de l'intérieur c/ Consorts C...*, n° 84357, au Recueil), un arrêté préfectoral ayant autorisé une décharge au titre des installations classées devenu caduc faute que la décharge ait été mise en service dans le délai prévu (CE 1^{er} février 1985, *Commune d'Ons-en-Bray*, n° 41634, aux Tables) ou une autorisation de défrichement n'ayant reçu aucun commencement d'exécution avant son expiration et par suite, périmée en vertu des dispositions du code forestier (5/3 SSR, 19 novembre 1999, *Association Bien vivre au Mesnil*, n° 172976, aux Tables). De même sont sans objet les conclusions dirigées contre une ordonnance de l'article 38 devenue caduque et n'ayant reçu aucune application (10/9 SSR, 2 avril 2003, *Conseil régional de Guadeloupe*, n° 246748, au Recueil).

Vous avez, sans employer le mot de caducité ni citer l'article L. 2261-28 du code du travail, fait application de cette jurisprudence précisément dans le cas de stipulations d'un accord, relatif aux retraites complémentaires, élargi et étendu par arrêté ministériel dès lors qu'un nouvel accord intervenu avant que ces stipulations prennent effet leur avait substitué de nouvelles stipulations : vous avez considéré que les dispositions du premier arrêté devaient être regardées comme ayant été abrogées avant d'avoir reçu exécution par le second arrêté élargissant et étendant les stipulations du nouvel accord, si bien que les conclusions d'annulation du premier arrêté en tant qu'il procédait à l'extension des stipulations du premier accord étaient devenues sans objet (1/6 SSR, 17 avril 2013, *CFE-CGC*, n° 352245, aux Tables sur d'autres points).

L'application de votre jurisprudence bien ancrée conduit à constater que la requête dirigée contre l'arrêté du 7 décembre 2020 en tant qu'il prononce l'extension de stipulations n'ayant jamais produit effet a perdu son objet à compter du jour où cet arrêté est devenu caduc dans cette mesure, soit le 1^{er} novembre 2021.

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.

Il est vrai toutefois que le cas d'espèce est très particulier et peut faire hésiter.

Toute votre jurisprudence est en effet inspirée par des considérations pragmatiques relatives à l'utilité de l'intervention du juge, qui doit se poser la question de savoir si l'annulation de l'acte qu'il prononcerait le cas échéant aurait un effet utile. Dans tous les précédents jurisprudentiels que nous avons mentionnés, l'éventuelle annulation rétroactive de l'acte n'aurait eu aucun intérêt pour les requérants dès lors que l'acte dont ils sollicitaient l'annulation n'avait pas reçu d'exécution et n'était plus susceptible d'en recevoir, ni rétroactivement dans le passé, ni dans l'avenir.

Or ce n'est pas le cas dans notre affaire : contrairement au cas tranché par votre décision *CFE-CGC*, l'avenant du 22 janvier 2021 ne s'est pas substitué à celui du 29 septembre 2019 à compter d'une date de prise d'effet de ce dernier avenant encore à venir. L'avenant du 22 janvier 2021 aurait dû lui succéder dans le temps, comme c'est d'ailleurs l'habitude s'agissant des avenants salariaux annuels. C'est parce que la ministre du travail a procédé à l'exclusion illégale de certaines stipulations de l'avenant du 29 septembre 2019 que les stipulations de cet avenant ne sont pas devenues applicables. Si vous annuliez ces exclusions et réserves illégales avec l'effet rétroactif qui s'attache à une telle annulation, ces exclusions et réserves seraient réputées n'avoir jamais existé, si bien que l'arrêté du 7 décembre 2020 serait réputé avoir procédé à une extension complète de l'avenant du 29 septembre 2019 et par suite les stipulations de cet avenant seraient réputées avoir pris effet le 1^{er} janvier 2021, soit le 1^{er} jour du mois suivant la publication de l'arrêté ayant procédé intégralement à son extension, et être restées applicables jusqu'au 1^{er} novembre 2021, date d'entrée en vigueur de l'avenant du 22 janvier 2021. On perçoit bien intuitivement que la requête conserve une forme d'objet dès lors que votre décision, en y faisant droit, conduirait à ce que l'avenant du 29 septembre 2019 et l'arrêté procédant à son extension en tant qu'il fixe le barème des SMH reçoivent exécution.

La différence avec tous les précédents jurisprudentiels que nous avons mentionnés est que, l'acte administratif attaqué étant un arrêté d'extension d'un accord collectif de droit privé ayant lui-même prévu qu'il ne deviendrait applicable qu'en cas d'extension sans exclusion de certaines de ses stipulations, l'absence de commencement d'exécution de l'acte administratif attaqué ne résulte pas de circonstances extrinsèques à cet acte mais de son illégalité même : si l'acte administratif avait été légal, l'accord collectif qu'il avait pour objet d'étendre serait devenu applicable et l'extension qu'il prononçait aurait pris effet. L'absence de commencement d'exécution de l'acte administratif dans un passé révolu à la date à laquelle le juge statue n'est pas un fait purement objectif sur lequel le juge n'a aucune prise comme c'est le cas dans toute la veine jurisprudentielle que nous avons rappelée, mais la conséquence de l'illégalité de cet acte que le juge a le pouvoir de faire disparaître rétroactivement par une annulation de l'acte en tant seulement qu'il est entaché de cette illégalité.

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.

Certes cette situation résulte non seulement de l'illégalité de l'arrêté d'extension mais également de la clause introduite par les partenaires sociaux de la branche dans l'accord qu'ils ont signé. Sans cette clause, l'avenant serait devenu applicable malgré les exclusions illégales dont la ministre avait assorti l'extension, son extension partielle aurait pris effet et la requête conserverait à l'évidence son objet. Mais la circonstance que les signataires aient une responsabilité dans la situation atypique qui donne lieu au présent litige est sans incidence sur le constat objectif que vous devez faire : la requête a-t-elle ou non perdu son objet ?

Quelles conséquences concrètes l'annulation que vous prononceriez serait-elle susceptible d'avoir pour les salariés qui auraient été rétribués à un niveau inférieur au barème fixé par les stipulations étendues en cause ? Ce serait au juge judiciaire de le dire mais nous n'avons pas identifié dans la jurisprudence de la Cour de cassation d'obstacle à ce que ces salariés puissent se prévaloir du barème ayant rétroactivement pris effet pour obtenir un rappel de salaires¹.

La réponse que le juge judiciaire apporterait le cas échéant nous semble en tout état de cause sans incidence sur la conservation ou non de l'objet de la requête d'excès de pouvoir dirigée contre l'arrêté d'extension en tant qu'il comporte une exclusion et deux réserves. Dès lors que votre décision est susceptible de modifier rétroactivement l'applicabilité d'un avenant salarial et de son extension à toutes les entreprises de la branche il nous semble que la requête n'a pas perdu son objet.

Si vous nous suivez sur ce point, vous devrez y faire droit en annulant l'arrêté attaqué en tant qu'il comporte l'exclusion et les réserves litigieuses.

Reste à déterminer s'il y a lieu de moduler dans le temps les effets d'une telle annulation. En repoussant par exemple au 1^{er} novembre 2021 les effets de l'annulation de l'exclusion et des réserves dont l'arrêté d'extension était assorti, vous empêcheriez la prise d'effet rétroactive des stipulations de l'avenant du 19 septembre 2019 relatives au SMH entre le 1^{er} janvier et le 1^{er} novembre 2021.

Outre que cela aboutirait au même résultat que le non-lieu, ce qui peut sembler quelque peu paradoxal, il nous semble qu'il n'y a pas lieu de le faire.

Certes vous avez par exemple modulé dans le temps les effets de l'annulation de l'arrêté d'extension d'un accord collectif qui prévoyait des hausses de salaires, en relevant qu'une annulation rétroactive de l'arrêté ferait revivre, pour l'ensemble des entreprises non affiliées aux syndicats d'employeurs signataires de l'accord, les minima résultant des accords précédemment étendus, et serait à l'origine de graves incertitudes quant à la rémunération des

¹ Sur les questions de rétroactivité en matière d'accords collectifs, voir notamment : Jean-François Cesaro, *La rétroactivité en droit social*, Droit social 2021 p. 803.

salariés de ces entreprises (1/6 SSR, 15 mai 2013, *Fédération nationale des transports routiers*, n° 337698, aux Tables). Mais la situation d'espèce est très différente et les difficultés posées par l'annulation d'un arrêté d'extension d'un avenant ayant prévu une augmentation des rémunérations, faisant revivre un arrêté étendant un avenant précédent prévoyant des rémunérations plus basses, notamment quant au risque de demandes faites aux salariés par leur employeur de restitution de salaires trop-perçus, bien expliquées par Alexandre Lallet dans ses conclusions sur votre décision *Association des producteurs de cinéma* du 24 février 2015 (1/6 SSR, n° 370629, aux Tables), ne se posent nullement dans notre configuration.

PCMNC à l'annulation des troisième, quatrième et cinquième alinéas de l'article 1^{er} de l'arrêté attaqué et à ce que vous mettiez à la charge de l'Etat le versement à la fédération CFDT des services de la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

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.