

# La décision du Conseil d'État du 7 octobre 2021, un révélateur des mutations du droit de l'extension des conventions collectives de branche

Par Haruka OCHI,  
 Doctorant à l'Institut d'études du travail de Lyon,  
 Université Lumière-Lyon-2 (CERCRID/MTO, UMR CNRS 5137)

## PLAN

### I. Une victoire de la conception traditionnelle de l'extension et des salaires minima hiérarchique...

- A. Une lecture jurisprudentielle très attendue de la notion de « salaire minimum hiérarchique »
- B. Un coup d'arrêt à un mouvement jurisprudentiel et législatif défavorable à la fonction traditionnelle de l'extension

### II. ... Sans lendemain ? (des perspectives d'avenir de l'extension)

- A. Vers une conception gestionnaire de l'extension ?
- B. Vers une disparition de facto de l'extension ?

**« Le salaire minimum conventionnel va-t-il disparaître (I) ? » Tel avait pu être une des réactions face au choix de la ministre du Travail d'exclure des arrêtés d'extension les primes et autres compléments de rémunération de l'assiette des salaires minimums hiérarchiques de branche. Accueilli le plus souvent avec des réserves, voire de l'hostilité (2), ce choix n'a pas manqué de faire l'objet de recours en excès de pouvoir de la part des négociateurs de branche. L'arrêt rendu par le Conseil d'État le 7 octobre 2021 (3) est le premier à avoir statué en la matière : il est appelé immédiatement à faire jurisprudence dans d'autres affaires similaires. Par l'annulation de ce refus d'extension, il confirme le pouvoir des négociateurs de branche de donner une force impérative aux salaires minima en y incluant aussi bien le salaire de base que les primes ainsi que les autres compléments de rémunération : ce rôle était depuis longtemps reconnu par la jurisprudence.**

**Mais plus largement, cet arrêt, par le contexte législatif et judiciaire qui l'entoure, agit comme un puissant révélateur des mutations et des enjeux entourant le droit des conventions collectives de branche, et ce d'autant plus qu'il touche un de ses aspects fondamentaux : la technique de l'extension ainsi que la négociation des salaires minima conventionnels. Il peut apparaître comme un répit inattendu dans un mouvement de fond, qui débuta à vrai dire il y a plus de deux décennies, défavorable à l'extension des conventions collectives de branche, vue comme étant un instrument attentatoire à la libre concurrence supposée favoriser le développement de l'emploi. À cet égard, cet arrêt semble passer pour une réaffirmation de la fonction d'uniformisation des conditions minimales de travail et d'emploi assignée à la branche, son extension étant l'outil privilégié afin de lui permettre de remplir ce rôle (I). Pour autant, cette victoire semble bien fragile et peut-être sans lendemain au regard d'une volonté législative visant à faire de la branche étendue un outil de développement de la compétitivité, si ce n'est à conduire l'extension de facto à sa disparition (II).**

(1) Titre d'un article de S. Niel (SSL, n° 1877, 7 octobre 2019).

(2) Voir en ce sens S. Niel, *ibid*, mais également C. Didry, « De l'entreprise à l'établissement ? Retour sur les enjeux du salaire minimum hiérarchique dans les conventions collectives de branche », *Dr. ouv.*, 2020, p. 79. Inversement, d'autres auteurs ont pu soutenir l'inverse : voir par ex. M. Hautefort, qui cependant nuance cette position en écrivant que « sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, le point de vue du ministère semble fondé » (« Respecter le salaire minimum conventionnel », *Les Cahiers du DRH*, n° 269, 1<sup>er</sup> nov. 2019). Plus radicaux sont P. Cahuc et A. Zylberberg, qui, après avoir relevé

que « le seul point constamment mis en avant par la ministre du Travail est celui des primes », poursuivent, non sans regrets que « même cette disposition risque de rester lettre morte comme l'illustre l'accord tripartite entre le gouvernement, les syndicats et le patronat, conclu le 4 octobre 2017 dans le secteur du transport routier, qui "sanctuarise" les primes en les intégrant aux minima hiérarchiques de la branche » (« La réforme n'a pas encore vraiment eu lieu », *Commentaire*, 4/2017, p. 813, voir p. 815).

(3) CE, 7 octobre 2021, Fédération des syndicats CFTC commerce service et force de vente et autres, n°433053.

# I. Une victoire de la conception traditionnelle de l'extension et des salaires minima hiérarchique...

Nous choisirons une approche antéchronologique, en nous attachant à la lecture de l'arrêt du 7 octobre 2021 et des éléments de contexte immédiats (A), avant de mobiliser l'histoire afin de mieux discerner en quoi la décision du Conseil d'État constitue une rupture surprenante avec un mouvement d'abord jurisprudentiel, ensuite législatif défavorable au rôle historique joué par l'extension des conventions et accords collectifs de branche (B).

## A. Une lecture jurisprudentielle très attendue de la notion de « salaire minimum hiérarchique (4) »

Face à la ministre du Travail défendant une conception minimaliste du salaire minimum hiérarchique, les signataires de l'avenant salarial de branche constituèrent un front commun afin de défendre la liberté conventionnelle de définir le contenu de ce salaire minimum hiérarchique. Cette unanimité de principe dissimula cependant des divergences entre syndicats de salariés et l'organisation patronale signataire, ce qui permet d'estimer que c'étaient non pas deux mais trois conceptions de l'effet impératif des salaires minima hiérarchiques de branche qui s'affrontèrent devant le Conseil d'État (1). Les juges du Palais-Royal, tout en s'en tenant à un strict respect des dispositions issues de l'ordonnance, réaffirmèrent la faculté des négociateurs de branche à définir le contenu des salaires minima hiérarchiques incluant les primes au-delà du seul salaire de base (2).

### 1. Deux (trois ?) conceptions de l'effet impératif des salaires minima hiérarchiques conventionnels en débat devant le Conseil d'État

Il n'est pas inutile de rappeler les faits à l'origine du litige tranché par le Conseil d'État (5). Le 31 mai 2018, un avenant fut conclu à la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire, qui elle-même date du 12 juillet

2001. Il comportait des clauses salariales fixant le salaire minimum conventionnel pour chaque niveau hiérarchique en deux sous-ensembles : d'une part le salaire minimum de base, d'autre part des compléments de rémunération, à savoir une majoration de 5% au bénéfice des salariés à temps plein, et une prime annuelle. L'accord mentionnait expressément que le salaire minimum hiérarchique devait s'entendre du montant cumulé entre le salaire de base et ces compléments de rémunération. Il prévoyait également, au bénéfice des salariés cadres faisant l'objet d'un décompte de leur temps de travail par un forfait annuel en jours, un salaire minimum annuel, lequel incluait expressément l'ensemble des éléments de rémunération.

Le 5 juin 2019, la ministre du Travail prit un arrêté d'extension : furent exclues les clauses salariales relatives aux éléments de rémunération complémentaires, seul le salaire de base étant visé. Quant à la clause concernant les cadres au forfait jours annuel, elle fut certes étendue, mais avec une réserve d'interprétation. L'arrêté prévoyait que les primes destinées à ces derniers seraient soumises à la règle de la subsidiarité de la branche (6), ce qui permet à l'accord d'entreprise de les réduire, voire de les supprimer (7). Le nœud du conflit opposant les signataires de l'accord de branche et la ministre du Travail se situe donc dans la définition du salaire minimum hiérarchique.

La ministre du Travail justifia cette exclusion des primes de l'arrêté d'extension sur une interprétation restrictive de la notion de « *salaire minimum hiérarchique* (8) ». Selon la ministre, cette nouvelle rédaction de l'article, issue de l'ordonnance de 2017 vise à ne désigner que les seuls salaires de base, de sorte que les compléments de salaire relèveraient de l'article L. 2253-3 selon lequel les stipulations conventionnelles de branche sont subsidiaires des clauses conventionnelles d'entreprise ou de groupe.

(4) C. trav., art. L. 2253-1, 1°, issu de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 et de la loi de ratification n° 2018-217 du 29 mars 2018 : « *La convention de branche définit les conditions d'emploi et de travail des salariés. Elle peut en particulier définir les garanties qui leur sont applicables dans les matières suivantes : 1° Les salaires minima hiérarchiques ; [...]* Dans les matières énumérées au 1° à 13°, les stipulations de la convention de branche ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large prévalent sur la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date de leur entrée en vigueur sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes. Cette équivalence des garanties s'apprécie par ensemble de garanties se rapportant à la même matière. »

(5) Pour un exposé détaillé du litige jusqu'à l'audience de jugement devant le Conseil d'État, voir également F. Champeaux, « Les salaires minima hiérarchiques devant le Conseil d'État », *SSL*, n° 1967, 20 septembre 2021.

(6) C. trav., art. L. 2253-3 du Code du travail, prévoyant que dans les domaines de négociation autres que les art. L. 2253-1 et L. 2253-2 du même code, les clauses des conventions et accords de branche (ainsi que des accords interprofessionnels ou professionnels) sont d'application supplétive, c'est-à-dire qu'elles ne s'appliqueront qu'en l'absence de convention ou d'accord d'entreprise (ou de groupe).

(7) Art. 1 de l'arrêté, *JORF*, 12 juin 2019.

(8) C. trav., 1° de l'art. L. 2253-1, préc.

L'article L. 2253-1 du Code du travail, tel qu'issu de l'ordonnance du 22 septembre 2017 (9), fixe de manière limitative les domaines de négociation collective où les stipulations conventionnelles de branche s'imposent de manière impérative aux conventions et accords d'entreprise, à moins que ces derniers ne prévoient des clauses au moins équivalentes. Parmi les treize domaines de négociation énumérés se trouve en 1<sup>o</sup> les « salaires minima hiérarchiques ». Il est remarquable que les clauses concernant les salaires minima conventionnels furent toujours sanctuarisées par le législateur malgré le mouvement de réduction de l'effet impératif des accords de branche qui – au fil des différentes réformes législatives – sont devenus d'application supplétive par rapport aux conventions d'entreprise. Ces clauses forment aujourd'hui encore le domaine où la branche s'impose aux champs conventionnels plus restreints, entreprise ou groupe. Ni la loi du 4 mai 2004 (10), ni celle du 20 août 2008 (11) ou encore celle du 8 août 2016 (12) n'ont remis en cause la valeur impérative des clauses concernant les salaires minima de branche à l'égard des entreprises et groupes compris dans son champ d'application. Pour autant, une subtile différence de rédaction a été introduite à l'occasion des ordonnances du 22 septembre 2017. Là où les textes précédents faisaient simplement référence aux « salaires minima », il est désormais question des « salaires minima hiérarchiques ». Aux yeux de la ministre du Travail, l'ajout de cette précision supplémentaire doit être compris comme démontrant une volonté du législateur de limiter l'effet impératif de clauses salariales de branche aux « seuls salaires de base par coefficient hiérarchique, à l'exclusion de tout complément de rémunération (13) ».

Les signataires de l'accord, requérant l'annulation de l'arrêté d'extension, soutenaient la position diamétralement opposée. Ils s'estimaient en droit de définir le salaire minimum hiérarchique comme incluant aussi bien le salaire de base que les compléments de rémunération tels que des primes. Mais une fois cette position de principe affirmée, les requérants signataires de l'accord soutenaient deux visions différentes de la valeur impérative des clauses salariales minima.

Pour les organisations syndicales représentatives des salariés, la valeur impérative de ces clauses porte aussi bien sur le niveau minimum de salaires que sur

la structure de la rémunération. En d'autres termes, les entreprises sont tenues de respecter aussi bien, pour chaque niveau hiérarchique, le salaire minimum de base que le montant minimum des primes et autres compléments de rémunération.

Pour l'organisation patronale signataire, la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (FCD), cette valeur impérative porte uniquement sur le montant global de ce que les négociateurs ont entendu englober dans la notion de salaire minimum hiérarchique. Le raisonnement est le suivant : « les primes relevant bien du bloc 3 défini par le législateur », à savoir des domaines de négociation où l'accord de branche ne s'appliquera qu'à défaut de clause conventionnelle d'entreprise, selon le mécanisme de l'article L. 2253-3 du Code du travail. Par conséquent, « les accords d'entreprise peuvent réduire voire supprimer les primes prises en compte dans le calcul du salaire minimum hiérarchique (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 (14) ».

Le Conseil d'État tranche en faveur des requérants, en reconnaissant leur droit à fixer les minima hiérarchiques de branche incluant les primes. Mais, s'appuyant sur une interprétation stricte des dispositions issues des ordonnances de 2017, il limite dans le même temps leur valeur impérative au niveau global de la rémunération minimale.

## 2. Le raisonnement du Rapporteur public et les solutions du Conseil d'État

Le raisonnement de l'organisation patronale est suivi par le Rapporteur public, qui s'appuie sur une disposition de l'article L. 2253-2. Cet article inclut en effet, parmi les domaines de négociation pour lesquels les clauses conventionnelles de branche sont impératives à l'égard des entreprises à condition de l'avoir prévu expressément, les primes pour travaux

(9) Art. 1, ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017, *JORF*, 23 septembre 2017.

(10) Art. 42, loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, ayant créé l'al. 3 de l'art. L132-23 du Code du travail (devenu art. L. 2253-3 du Code du travail lors de la recodification de 2008) : « En matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives mentionnées à l'art. L912-1 du code de la sécurité sociale et de mutualisation des fonds recueillis au titre du livre IX du présent code, la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement ne peut comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels. »

(11) Loi n° 2008-789 du 20 août 2008, qui introduit en matière de temps de travail l'application supplétive de l'accord de branche, ce qui permet d'écarter les clauses de verrouillage permises par la loi du 4 mai 2004

(12) Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, qui généralise la supplétivité des accords de branche concernant le temps et la durée du travail.

(13) Conclusions de R. Chambon, Rapporteur public au Conseil d'État, « Les pouvoirs des branches professionnelles en matière de "salaires minima hiérarchiques" », *SSL*, n° 1971, 18 octobre 2021

(14) Conclusions R. Chambon, préc.

dangereux et insalubres. Cela permet de déduire en creux que les primes instituées à d'autres fins font partie du bloc d'application prioritaire des accords d'entreprise de l'article L. 2253-3, à moins d'avoir été incluses dans le champ des salaires minima hiérarchiques. (15)

Ce faisant, le Rapporteur repousse également l'interprétation restrictive de la notion de salaires minima hiérarchiques retenue par la ministre du Travail. Il avance le fait que l'expression « *salaire minimum hiérarchique* », qui existe depuis la loi du 13 novembre 1982 (16), a toujours été interprétée par la Cour de cassation comme désignant le salaire minimum conventionnel. (17) En d'autres termes, la lecture littérale de la notion de salaire minimum hiérarchique, logée dans différentes dispositions du Code du travail, ne permet pas de conclure de manière univoque à une volonté de viser les seuls salaires de base. La référence aux travaux préparatoires afin d'éclairer le sens d'une disposition législative n'est guère plus utile. L'article L. 2253-1 a été adopté dans le cadre d'une ordonnance, de sorte que tant les travaux parlementaires que le rapport présenté au président de la République apparaissent lacunaires à ce sujet. Rien ne permet d'y discerner une volonté du législateur de limiter les salaires minima hiérarchiques au seul salaire de base, contrairement à ce qui était allégué par la ministre du Travail.

Le Conseil d'État suit la lecture de son Rapporteur, qui se tient à équidistance entre une vision du salaire minimum hiérarchique réduite au seul salaire de base, et une vision maximaliste considérant qu'il doit englober aussi bien le montant et sa structure voulue par les négociateurs de branche. Les négociateurs des conventions et accords de branche conservent bien la liberté d'inclure dans le salaire minimum hiérarchique non seulement le salaire de base, mais également les compléments de rémunération tels que les primes (18).

Ainsi, l'effet impératif du salaire minimum hiérarchique à l'égard des entreprises comprises dans

son champ d'application se limitera au montant global de la rémunération, et non à sa structure telle que les négociateurs de branche l'ont fixé. En effet, le pouvoir reconnu à la branche de fixer le salaire minimum hiérarchique « *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 salaires minima hiérarchiques fixé par la convention* (19) ». Les primes, dès lors qu'elles n'ont pas été intégrées par les négociateurs de branche comme relevant du salaire minimum hiérarchique, font en effet bien partie des domaines de négociation pour lesquels, conformément aux articles L. 2253-3 et L. 2253-2, « *les stipulations d'un accord d'entreprise [...] prévalent sur celles de la convention de branche, qu'elles soient ou non plus favorables, sauf, le cas échéant, en ce qui concerne les primes pour travaux dangereux ou insalubres pour lesquelles la convention de branche, lorsqu'elle le stipule expressément, s'impose aux accords d'entreprise qui ne peuvent que prévoir des garanties au moins équivalentes* (20) ».

L'arrêté d'extension du 5 juin 2019 est ainsi frappé d'une annulation partielle dans ses dispositions excluant de l'extension les primes distinctes du salaire de base tout en étendant les clauses salariales minima des cadres en forfait jours avec une réserve d'interprétation (21). Cette décision est immédiatement appelée à faire jurisprudence, puisque d'autres recours concernant des refus d'extension de clauses relatives aux salaires minima conventionnels incluant des compléments de rémunération ont été introduits dans l'intervalle. C'est notamment le cas de l'arrêté d'extension du 9 juin 2021 de l'accord professionnel des ingénieurs et cadres de la métal-

(15) Conclusions R. Chambon, préc. : « *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. 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.* »

(16) Voir la note n° 31 sur les occurrences de l'expression « *salaire minimum hiérarchique* » dans le Code du travail.

(17) Est cité à titre d'exemple l'arrêt Soc., 7 avril 2004, n° 01-47009, n° 01-43563.

(18) CE, 7 octobre 2021, point 8, préc. « *Faute pour les dispositions citées au point 7 (à savoir l'article L. 2253-1) de définir la notion de salaires minima hiérarchiques, laquelle n'est pas davantage éclairée par les travaux préparatoires de l'ordonnance du 22 septembre 2017, il est loisible à la convention de branche, d'une part, de définir les salaires minima hiérarchiques et, le cas échéant, à ce titre de prévoir qu'ils valent soit pour les seuls salaires de base des salariés, soit pour leurs rémunérations effectives résultant de leurs salaires de base et de certains compléments de salaire, d'autre part, d'en fixer le montant par niveau hiérarchique.* »

(19) CE, 7 octobre 2021, point 8, préc.

(20) CE, 7 octobre 2021, point 8, préc.

(21) CE, 7 octobre 2021, article 3, préc.

lurgie (22). À cet égard, il semble permis de voir dans cet arrêt du 7 octobre un sursis (sans lendemain ?) à un mouvement de recul, entamé de longue date, de la technique de l'extension et, partant, de sa fonction traditionnelle dans le système conventionnel français.

## **B. Un coup d'arrêt à un mouvement jurisprudentiel et législatif défavorable à la fonction traditionnelle de l'extension**

La tentative de la ministre du Travail de réduire le salaire minimum hiérarchique au seul salaire de base n'est que le dernier épisode d'un long recul de l'effet impératif de la branche étendue (2), alors même que l'extension et la fixation des salaires minima forment un binôme indissociable dans l'histoire du droit conventionnel français (1).

### **1. Une solution jurisprudentielle s'inscrivant dans la fonction historique de fixation des salaires minima par la branche étendue**

La question de la fixation des salaires minima est présente dès les premiers textes qui préfigurent l'extension, à savoir les décrets du 10 août 1899 (23) sur les adjudications des travaux publics. Ces textes sont passés à la postérité sous le nom de décrets Millerand. L'adjudication des chantiers effectués pour

le compte de l'État et des collectivités territoriales et locales a donné lieu à un important phénomène de dumping social. Les entreprises de travaux publics, afin d'être en mesure de proposer les contrats les moins chers aux pouvoirs publics, enchérissaient à la baisse sur la rémunération de leurs salariés. Afin de combattre ce phénomène (24), les décrets imposent aux entrepreneurs de travaux publics ayant obtenu des marchés publics le versement d'un salaire minimum (25). La grande originalité de ces décrets réside néanmoins ailleurs : ce salaire minimum, loin d'être imposé par les pouvoirs publics, voire le législateur, l'est par référence aux conventions collectives conclues dans la localité ou la région où auront lieu les travaux. (26) Est bien en germe ici la technique de l'extension, consistant à imposer à des employeurs tiers à la convention collective mais faisant partie de la même branche d'activité le respect des stipulations concernant les conditions de travail et d'emploi. Dès ces décrets précurseurs de 1899, la technique de l'extension est intrinsèquement liée à la faculté d'imposer une rémunération minimale à l'ensemble des entreprises de la branche afin de réguler la concurrence s'exerçant sur les salaires (27).

Il faudra cependant attendre la loi du 24 juin 1936 (28) pour que l'extension soit inscrite dans le

(22) L'art. 1 de l'arrêté d'extension du 9 juin 2021 (*JORF*, 29 juin 2021) indiquant que cet article « qui identifie les salaires minima conventionnels à des salaires minima hiérarchiques entrant dans le champ d'application de l'article L. 2253-1 du Code du travail alors qu'ils se rapportent à des salaires comportant une assiette qui intègre les compléments de salaires est exclu de l'extension car il ne peut avoir pour objet et légalement pour effet de faire obstacle à la conclusion d'accords d'entreprise sur le fondement des dispositions de l'article L. 2253-3 du Code du travail et dans les domaines tels que définis par ces mêmes dispositions » (cité par F. Morel, A. Cormier Le Goff, « Une définition des salaires minima de branche respectueuse de la négociation collective dans l'esprit de la réforme de 2017 », *SSL*, n° 1971, 18 octobre 2021).

(23) *JORF*, 11 août 1899, p. 5397-5399. Il s'agit d'une série de trois décrets, destinés respectivement à l'État, aux départements et aux communes, régissant chacun, par des dispositions reproduites à l'identique, les règles relatives aux conditions de travail dont le paiement d'un salaire minimum pour les salariés des entreprises exécutant des contrats de travaux publics.

(24) Un rapport de 1908, présenté devant le tout récent ministère du Travail, faisant un bilan de l'application des décrets de 1899, mentionne « les nombreux abus dont se plaignaient les ouvriers [...] né[s] de la concurrence ruineuse à laquelle se livraient les industriels » comme ayant motivé leur adoption (Conseil supérieur du travail, *Les Décrets du 10 août 1899 sur les adjudications, rapport de M. Honoré au nom de la commission permanente*, Imprimerie nationale, 1908, p. 1).

(25) Art. 1, décrets du 10 août 1899 : « Les cahiers des charges des marchés de travaux publics ou de fournitures passés au nom de l'État (pour les deux autres décrets, remplacer « au nom de l'État » par « au nom des départements » ou par « au nom des communes et des établissements de bienfaisance »), par adjudication ou de gré à gré, devront contenir des clauses par lesquelles l'entrepreneur s'engagera à observer les conditions suivantes en ce qui concerne la main-d'œuvre de ces travaux ou fournitures, dans les chantiers ou ateliers organisés ou fonctionnant en vue de l'exécution du marché : [...] 3° Payer aux ouvriers un salaire normal égal, pour chaque profession et dans chaque profession pour chaque catégorie d'ouvriers, au taux couramment appliqué dans la ville ou la région où le travail est exécuté. »

(26) Art. 3, décrets du 10 août 1899 : « La constatation ou la vérification du taux normal et courant des salaires et de la durée normale et courante de la journée de travail sera faite par les soins de l'administration qui devra :

1° Se référer, autant que possible, aux accords entre les syndicats patronaux et ouvriers de la localité ou de la région ;

2° À défaut de cette entente, provoquer l'avis de commissions mixtes composées en nombre égal de patrons et d'ouvriers [...] Les bordereaux résultant de cette constatation [...] seront affichés dans les chantiers ou ateliers où les travaux sont effectués. »

(27) Voir notamment en ce sens J. Saglio, « Équité salariale et rapports de force : la diversité des conceptions des conventions collectives de branche dans le système français de relations professionnelles » in A. Jobert, J.-D. Reynaud, J. Saglio, M. Tallard (dir.), *Les Conventions collectives de branches : déclin ou renouveau ?*, CEREQ, 1993, p. 63 (sur les décrets Millerand, voir p. 70-72). Le rapport Laroque de 1934 (P. Laroque, rapport au Conseil national économique, *Les Conventions collectives de travail*, 1934, Imprimerie nationale, p. 68-70) nous renseigne par ailleurs que le mécanisme des décrets de 1899 fut ensuite transposé à d'autres secteurs professionnels pendant la Grande Guerre, notamment celui des ouvrières du textile à domicile (loi du 10 juillet 1915, *JORF*, 11 juillet 1915, p. 4698-4700) et celui de la fixation du congé hebdomadaire du samedi après-midi (loi du 11 juin 1917, *JORF*, 12 juin 1917, p. 4565).

(28) La première loi reconnaissant la convention collective, celle du 25 mars 1919 (*JORF*, 23 mars 1919, p. 3181) ne comportait aucun mécanisme d'extension, même si des propositions en ce sens avaient été formulées (pour l'historique détaillé, voir la thèse de C. Hablot (Université Paris-II), *De la norme privée à la norme publique en droit du travail*, Éditions Panthéon-Assas, 2013, p. 47, note 27). Il fallut d'une part un constat de l'échec de la loi de 1919 à développer la négociation collective (P. Laroque, rapport au Conseil national économique, *Les Conventions collectives de travail*, préc. tableau p. 73 : de 557 conventions signées en 1919, ce chiffre tombe à 20 en 1933), et d'autre part l'arrivée au pouvoir du Front populaire pour que l'extension intégrât le droit positif.

droit positif. Là encore, la place de la négociation salariale est centrale, puisque parmi les clauses obligatoires des conventions de branche prétendant à l'extension, énoncées dans ce qui était alors l'article 31vc du Code du travail, figurent « *les salaires minima par catégorie et par région (29)* ». La loi du 11 février 1950 reprend à son compte, en la détaillant davantage, l'énonciation des minima salariaux parmi les clauses obligatoires aux conventions de branche étendues. Elle codifie à l'article 31g du Code du travail l'obligation pour l'extension de prévoir « *2° Les éléments du salaire applicable par catégories professionnelles* » dont en premier lieu « *le salaire minimum national professionnel de l'ouvrier ou de l'employé sans qualification* » ainsi que « *les coefficients hiérarchiques afférents aux diverses qualifications professionnelles* », lesquels « *serviront à déterminer les salaires minima nationaux pour les diverses qualifications professionnelles (30)* ». Ce faisant, la loi de 1950, même si elle n'utilise pas encore cette expression, a inventé la notion de salaire minimum hiérarchique.

Le législateur n'a cependant jamais donné d'indications concernant l'assiette du salaire minimum hiérarchique, même lorsqu'il utilisa cette expression à partir de 1982. (31) Les négociateurs de branche ont-ils le pouvoir de le définir comme comprenant le salaire de base et les compléments de rémunération ? Les juges judiciaires, saisis de la question du salaire devant servir de référence afin d'apprécier le respect par l'employeur du salaire minimum hiérarchique de branche, ont estimé que c'était le cas. Comme l'a rappelé l'arrêt du 7 octobre, « *à défaut de stipulations conventionnelles expresses sur les éléments de rémunération des salariés à prendre en compte pour procéder à cette comparaison, il convenait de retenir,*

*en vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation (32), le salaire de base et les compléments de salaire constituant une contrepartie directe à l'exécution de la prestation de travail par les salariés (33)* ». Dès le milieu des années 1980 étaient cependant apparues les premières positions doctrinales soutenant la limitation du salaire minimum hiérarchique au salaire de base (34). Quelques années plus tard, même l'extension allait être contestée, au nom d'un impératif de préservation de la libre concurrence.

## 2. Une contestation de la fonction traditionnelle de l'extension au nom de la libre concurrence... pas si récente que cela !

Parmi les arguments soulevés par la ministre du Travail pour une lecture restrictive de la notion de salaires minima hiérarchiques figurent des arguments d'ordre téléologiques, fondés sur l'esprit des ordonnances de 2017. Deux arguments sont soulevés en ce sens : d'une part, cette interprétation est cohérente avec la volonté d'appliquer prioritairement l'accord d'entreprise, (35) afin de leur permettre d'adapter à leurs besoins les primes fixées par les branches (36). D'autre part, restreindre la notion de salaire minimum hiérarchique au seul salaire de base « *serait aussi pleinement cohérent avec la préoccupation d'éviter que le 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 (37)* ». La ministre du Travail place dans le débat un argumentaire qui semble être apparu assez récemment, avec l'arrêt du Conseil

(29) Art. 1, loi du 24 juin 1936 (*JORF*, 26 juin 1936, p. 6699).

(30) Art. 1, loi n° 50-205 du 11 février 1950 (*JORF*, 12 février 1950, p. 1689).

(31) Art. 4, loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 (*JORF*, 14 novembre 1982, p. 3414), une des lois Auroux, créant les art. L. 132-12 (actuel art. L. 2241-9 du Code du travail) qui prévoit, parmi les domaines de négociation annuelle obligatoire de branche, l'examen des « *salaires minima hiérarchiques* », et L. 132-24 (actuel art. L. 2253-4 du Code du travail) qui permet aux conventions et accords d'entreprise de prévoir des modes dérogatoires d'application des majorations salariales de branche à condition, d'une part, que l'augmentation globale de la masse salariale soit identique à celle qui aurait résulté de l'application directe de l'accord de branche, et que, d'autre part, soient respectés « *les salaires minima hiérarchiques* ».

(32) Sont ainsi considérées comme des éléments de rémunération constituant une contrepartie du travail, les primes de 13<sup>e</sup> mois (Soc., 15 févr. 1979, n° 77-40842 ; Soc., 17 sept. 2003, n° 01-43029 ; Soc., 14 nov. 2018, n° 17-22539) ou les primes de rendement (Soc., 8 nov. 1983, n° 81-41538 ; Soc., 23 avr. 1997, n° 82-40511), ou encore les primes d'objectifs (Soc., 4 juin 2002, n° 00-41140). A contrario seront exclus, sauf stipulation conventionnelle contraire, les primes ne constituant pas une contrepartie directe du travail, comme les primes d'ancienneté (Soc., 1<sup>er</sup> juin

1983, n° 80-42378 ; Soc., 24 nov. 1998, n° 96-41631 ; Soc., 4 févr. 2015, n° 13-20879). Pour une étude détaillée, voir M. Hautefort, « Respecter le salaire minimum conventionnel », préc.

(33) CE, 7 octobre 2021, point 5, préc.

(34) M. Morand, « La négociation dérogatoire des salaires », *JCP E, suppl. Cahiers de droit de l'entreprise*, janv. 1986, p. 32 : « *À notre avis la notion de minima hiérarchiques doit donc s'entendre de manière très stricte, à savoir : la rémunération correspondant au coefficient hiérarchique attribué au salarié en excluant tous les éléments annexes à cette rémunération telle que les différentes sortes de primes pouvant exister (rendement, assiduité, ancienneté, dimanche, vacances, treizième mois, etc.)* ».

(35) Conclusions R. Chambon, préc., « *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* ».

(36) *Ibid.* « *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* ».

(37) *Ibid.*

d'État du 30 avril 2003. (38) Pour la première fois, le Conseil d'État procède à l'annulation partielle d'un arrêté d'extension sur le fondement d'une « atteinte excessive à la libre concurrence », laquelle se retrouve désormais codifiée à l'article L. 2261-25, alinéa 1.

Il s'agit là d'une fausse « idée neuve ». En vérité, les critiques adressées à l'encontre de l'extension apparaissent aussi anciennes que son élaboration par le législateur. La lecture des débats parlementaires précédant l'adoption de la loi du 24 juin 1936 est à cet égard particulièrement édifiante. Deux amendements visant à exempter les petites entreprises de l'effet impératif des conventions de branche étendues ont alors été déposés, l'un devant la Chambre des députés (39), l'autre au Sénat (40) sans succès. La justification apportée par ses auteurs mérite cependant le détour. En résumant, ceux-ci estimaient que l'extension serait nuisible à l'emploi, en ce que les salaires minima représenteraient une charge trop élevée pour les petites entreprises (41). La doctrine n'est pas en reste : les commentateurs de la loi du 11 février 1950, en premier lieu Paul Durand, ont estimé que le ministre du Travail disposait d'un pouvoir d'appréciation non seulement en légalité mais également en opportunité pour refuser d'étendre « certaines conventions [qui] pourraient imposer aux employeurs d'entreprises des obliga-

tions trop lourdes pour l'ensemble des entreprises. Il pourrait même arriver que ces charges ne soient pas inspirées par un esprit social, mais qu'elles aient pour but de faire succomber sous une dure concurrence les entreprises les plus défavorisées (42) ». Les positions politiques et doctrinales soit franchement hostiles, soit réservées à l'égard de l'extension au nom des risques qu'elle ferait peser sur l'emploi n'ont donc absolument rien de nouveau. L'impression de nouveauté provient de la mise en sommeil de ces positions jusque dans les années 1990.

C'est l'arrêt du 30 avril 2003 (43) qui marqua une rupture dans le droit de l'extension. Pour la première fois, était affirmée une obligation du ministre du Travail, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation en opportunité de la prise d'un arrêté d'extension, d'opérer un contrôle de proportionnalité entre ses objectifs de nature sociale et la nécessité de préserver la libre concurrence. En l'espèce, le Conseil d'État avait considéré que l'arrêté d'extension portait une « atteinte excessive à la libre concurrence », justifiant son annulation partielle.

L'arrêt fut au cœur d'une controverse d'ampleur, ses détracteurs lui reprochant notamment, outre la remise en cause de la fonction même de l'extension (44), qui est intrinsèquement restrictive de la concurrence, ses fondements

(38) CE, 30 avril 2003, Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, n°230804, conclusions J.-H. Stahl.

(39) JO, Assemblée nationale, 12 juin 1936, séance du 11 juin 1936, p. 1398. Si elle avait été adoptée, l'article 31vd du Code du travail sur l'extension aurait été le suivant : « Les dispositions de la convention collective visée par les articles précédents peuvent, par arrêté du ministre du travail, être rendues obligatoires pour tous les employeurs et employés des professions et régions comprises dans le champ d'application de la convention, sauf dans les communes de moins de 6000 habitants pour les entreprises ou commerces groupant moins de dix ouvriers ou employés. »

(40) JO, Sénat, 19 juin 1936, séance du jeudi 18 juin 1936, p. 534 : « les dispositions de la loi ne s'appliqueront pas aux établissements industriels et commerciaux comportant un nombre d'ouvriers ou d'employés inférieur à dix ».

(41) JO, Assemblée nationale, 12 juin 1936, séance du 11 juin 1936, p. 1398, où Gustave Guérin, le député auteur de l'amendement le défend en ces termes : « Dans nos petites communes, beaucoup de patrons emploient, pour certaines fonctions, des déshérités de la vie, des hommes mal doués physiquement, quelquefois même des estropiés. Si vous imposez un contrat collectif trop dur, mal établi, ces malheureux ne pourront plus trouver un emploi. Avec le salaire minimum et le contrat collectif, les patrons, en effet, se débarrasseront d'eux – il faut bien employer ce mot – s'ils sont eux-mêmes soumis à des obligations trop draconiennes et trop dures. C'est pourquoi cet amendement m'a paru nécessaire. Les malheureux dont je parle risquent d'être à tout jamais privés d'emploi. C'est une mesure dont je ne puis prendre la responsabilité (Applaudissements à droite). »

Près d'un siècle plus tard, une note de l'OCDE, parue en 2017, formulait des préconisations quasi identiques, visant à rendre possible pour les petites et jeunes entreprises soit des clauses d'exemption de l'arrêté d'extension, soit des clauses différenciées (OCDE, « Les extensions administratives des accords de branche en France : effets et pistes de réformes », 20 juillet 2017, p. 9).

(42) P. Durand, « La loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives du travail », *Dr. soc.*, 1950, p. 191. Voir également P. Ranon de la Vergne, « Les conventions collectives sous le régime de la loi du 11 février 1950 », th. Université Paris, 1951, p. 189-190, qui reprend en le citant l'argumentaire développé par P. Durand ; N. V. Meyohas, « L'extension des conventions collectives de travail », th. Université Paris, 1962, p. 196 : « l'extension étant facultative, le ministre du Travail peut toujours refuser d'étendre une convention dont les dispositions mettraient la petite industrie dans un état d'infériorité flagrante et qui auraient même pour but de la faire disparaître ». Il est même possible de remonter à la loi de 1936 : dans sa thèse, R. Petit, après avoir présenté l'amendement en faveur de l'exclusion de l'extension des entreprises de moins de dix salariés, rejeté devant le Sénat, estime que l'avis préalable à l'extension du Conseil national économique et la décision d'étendre du ministre du Travail devraient intégrer l'impact potentiel de l'arrêté d'extension sur les petites entreprises (« Les conventions collectives de travail », th. Université Paris, 1937, p. 152-154). L'ensemble des thèses citées dans cette note sont antérieures à la scission de la faculté de droit de Paris en plusieurs universités intervenue en 1970 suite à la loi Edgar Faure (Décrets portant application de l'article 44 de la loi n°68-978 du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur et relatif à la mise en place des nouvelles universités parisiennes, JORF, 9 octobre 1970, p.9368)

(43) CE, 30 avril 2003, préc., « Considérant que dans la mise en œuvre des pouvoirs que le ministre du travail tient des dispositions précitées de l'article L. 133-8 du code du travail [...] il incombe au ministre d'opérer, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, une conciliation entre, d'une part, les objectifs d'ordre social de nature à justifier que les règles définies par les signataires d'une convention soient rendues obligatoires pour tous les salariés et employeurs du secteur et, d'autre part, les impératifs tenant à la préservation de la libre concurrence dans le secteur en cause ».

(44) G. Lyon-Caen, « La concurrence par la réduction du coût du travail », *Dr. ouv.*, 2003, p. 261.

juridiques nébuleux, ce qui est source d'insécurité juridique. (45) La solution fut d'autant plus critiquée que peu de temps auparavant, les juges communautaires avaient admis que les conventions collectives, même si elles comportent des effets restrictifs à la libre concurrence, échappent à un contrôle de conformité avec le droit européen de la concurrence à condition d'avoir été négociées et conclues entre organisations syndicales de salariés et d'employeurs, et d'avoir pour objet l'amélioration des conditions de travail et d'emploi. (46) En effet, une chose est de contrôler la conformité de l'extension avec le droit de la concurrence (47) : une autre chose est d'opérer un contrôle au nom d'un droit général à la libre concurrence, prévu nulle part de manière explicite. Dans le cadre du contrôle de légalité préalable à l'extension, le ministre du Travail peut bien évidemment vérifier que les négociateurs de branche ont respecté le droit de la concurrence, en ce que ceux-ci n'ont pas dissimulé sous l'apparence d'un accord collectif un abus de position dominante (48) ou une entente illicite (49) visant à éliminer des concurrents. En pareil cas, il existerait un détournement frauduleux de la négociation de branche par rapport à son objet initial, la réglementation des conditions de travail et d'emploi. Ce raisonnement avait été adopté, un an auparavant, par le Conseil d'État à l'occasion d'une

autre affaire où fut contestée, sans succès, l'extension d'un accord collectif (50). Les auteurs hostiles au contrôle de proportionnalité dégage par l'arrêt de 2003 préconisèrent d'ailleurs de s'en tenir à un seul contrôle de l'absence de fraude à la loi opéré par l'accord de branche (51).

Pour autant, d'autres auteurs ont estimé que cet arrêt de 2003 était destiné à rester un arrêt d'espèce, lié au contexte particulier, rarement présent dans les faits de la branche concernée par l'arrêté d'extension (52). En effet, le secteur de la distribution et de l'assainissement de l'eau, en cause dans cette affaire, était caractérisé par la domination de trois groupes, en situation de quasi-monopole, mise en évidence par un avis du Conseil de la concurrence émis à la demande du syndicat d'employeur à l'origine du recours en annulation de l'arrêté d'extension (53). De fait, aucun autre arrêté d'extension n'a fait l'objet d'une annulation sur ce fondement prétorien depuis (54). Cela n'a pas empêché le législateur de le reprendre à son compte dans le cadre des ordonnances de 2017, en l'inscrivant à l'article L. 2261-25, alinéa 1.

(45) P.-H. Antonmattei, S. Destours, « Convention collective et droit de la concurrence : nouvelle rencontre », *Dr. soc.*, 2003, p. 999 ; M. Bazex, S. Blazy, « Droit de la concurrence et extension des conventions collectives », *Droit administratif*, n° 6, juin 2003, comm. 123.

(46) CJCE, 21 septembre 2000, Albany, aff. C-67/96. Voir notamment sur cet arrêt L. Driguez, *Droit social et droit de la concurrence*, th. Paris-I, Éditions Bruylant, 2006, p. 125-158 ; J.-P. Lhernould, « Le monopole des organismes de protection sociale (encore) à l'épreuve du droit communautaire de la concurrence », *JCP G*, n° 22, 31 mai 2000, II, p. 10325 ; C. Vigneau, « De la soustraction des accords collectifs aux règles communautaires de concurrence », *JCP E*, n° 25, 21 juin 2001.

(47) L'arrêt du Conseil d'État de 2003 n'est en effet pas survenu sans décisions la préfigurant. En 1991, pour la première fois, un arrêt de la cour d'appel de Paris admettait la possibilité qu'un accord collectif puisse faire l'objet d'un contrôle au regard de sa conformité avec le droit de la concurrence, ce qui avait déjà occasionné de très vives critiques (CA, Paris, 1<sup>er</sup> Ch. conc 6 mars 1991, *D.*, 1992, p. 10 ; B. Edelman, « À bas le droit du travail, vive la concurrence ! » *D.*, 1992, p. 1 ; G. Lyon-Caen, « L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence », *Dr. ouv.*, 1992, p. 313, voir plus particulièrement p. 318 ; A. Lyon-Caen, « Droit social et droit de la concurrence. Observations sur une rencontre » in *Les orientations sociales du droit contemporain. Écrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 331). Quant aux juges administratifs, dès la fin des années 1990, ils ont admis la possibilité d'un contrôle de légalité des actes administratifs avec le droit de la concurrence (CE, 3 nov. 1997, Société Million et Marais, n° 169907 ; CE, 26 mars 1999, Société EDA, n° 202260).

(48) Art. L. 420-2 du Code de commerce.

(49) Art. L. 420-1 du Code de commerce.

(50) CE, 16 janvier 2002, Syndicat national des entreprises de coiffure et esthétique à domicile et autres, n° 223859, conclusions P. Fombour, « Légalité de l'arrêté d'extension d'un accord collectif et droit de la concurrence », *RJS*, avril 2002, p. 308.

(51) C'était la proposition de G. Lyon-Caen dans son commentaire consacré à cet arrêt du 30 avril 2003 (*Dr. ouv.*, 2003, p. 268, préc.) : « Il appartient à celui qui l'affirme de prouver qu'une convention collective n'avait pour seul objectif que de faire fraude de la concurrence en excluant une catégorie d'entreprises de l'accès à un marché. » L. Vogel avait également émis un avis similaire à l'occasion de l'arrêt de la cour d'appel de Paris de 1991 que nous venons d'évoquer (in « Définition et preuve de l'entente en droit français de la concurrence. Étude de la jurisprudence récente », *JCP E*, n° 48, 28 nov. 1991, p. 96) : « Seraient seules susceptibles de tomber sous le coup du droit des ententes les stipulations des conventions collectives allant au-delà du but de la convention, à savoir la fixation des salaires, des conditions de travail et des garanties sociales et qui aboutiraient par exemple, comme en l'espèce, au boycottage d'entreprises tierces. »

(52) Voir en ce sens P.-H. Antonmattei et S. Destours, *Dr. soc.*, 2003, p. 999, préc. ; F. Donnat, D. Casas, « Les conventions collectives et le droit de la concurrence », *AJDA*, 2003, p. 1150 ; G. Orsoni, « Extension d'une convention collective : compatibilité avec le droit de la concurrence », *RTDCom*, 2003, p. 490.

(53) Conseil de la concurrence, avis n° 00-A-30 du 4 décembre 2000 (pour le rôle du Conseil de la concurrence, devenu depuis 2008 l'Autorité de la concurrence, voir la note n° 77).

(54) Un seul autre arrêt eut à connaître de la contestation d'un arrêté d'extension sur le fondement de l'atteinte excessive à la libre concurrence telle qu'elle fut reconnue par l'arrêt de 2003. Mais cette fois-ci, le Conseil d'État rejeta le recours (CE, 21 mai 2008, Société nouvelle de remorquage du Havre, n° 291115, conclusions A. Courrèges, « Aménagement du temps de travail dans le secteur du remorquage portuaire », *Dr. soc.*, 2008, p. 794 ; note A. Antoine, « Droit social, droit de la concurrence et juge administratif », *AJDA*, 2008, p. 1689).

## II. ... Sans lendemain ? (des perspectives d'avenir de l'extension)

Quelles perspectives d'avenir tirer de cet arrêt du 7 octobre 2021 ? Les autres dispositions du Code du travail relatives à la procédure d'extension laissent augurer, dans le meilleur des cas, une mutation de l'extension comme outil de développement de la précarisation de l'emploi (A), dans le pire des cas, à une disparition pure et simple au nom de la préservation de la libre concurrence voire du fait de l'usage du droit d'opposition patronal à l'extension (B).

### A. Vers une conception gestionnaire de l'extension ?

L'effet impératif des conventions et accords de branche à l'encontre des entreprises dépend entièrement du législateur. Cela explique qu'il ait été en mesure d'imposer l'application supplétive des clauses conventionnelles de branche comme étant la règle générale, posée à l'article L. 2253-3. Dans ce contexte, il est à craindre que le législateur redéfinisse le salaire minimum hiérarchique comme devant inclure le seul salaire de base (1). Les ordonnances de 2017 ont remis au goût du jour l'extension comme moyen d'autoriser la dérogation à la loi. Il est ainsi possible que l'extension soit désormais vouée à cette fonction de développement de la compétitivité des entreprises (2).

#### 1. Vers une redéfinition restrictive par le législateur de la notion de « salaire minimum hiérarchique » ?

Le rejet par le Rapporteur public de l'interprétation par la ministre du Travail de la notion de « *salaire minimum hiérarchique* » comme devant se réduire au seul salaire de base à l'exclusion des compléments de rémunération est assorti d'une remarque formulée succinctement mais potentiellement

lourde de conséquences. En effet, dans l'hypothèse où l'effet impératif des salaires minima hiérarchiques de branche à l'égard des entreprises assujetties devrait se limiter au seul salaire de base, « *il appartient au gouvernement, s'il entend la faire prévaloir, de proposer au législateur de l'écrire clairement (55)* ».

Une telle réécriture est tout à fait plausible. Les premiers commentaires critiques à l'égard de cet arrêt se fondent sur le fait que sa solution apparaît contraire à l'esprit des ordonnances de 2017, dont l'objectif est de faire de la primauté de l'accord d'entreprise la règle. Ce qui semble certain, c'est que la solution de cet arrêt du 7 octobre tient au fait que le législateur a oublié de définir clairement le salaire minimum hiérarchique comme s'entendant du seul salaire de base. Il est possible de suivre en ce sens M. Pinatel pour qui « *la véritable raison pour laquelle le salaire minimum hiérarchique n'est pas limité au seul salaire de base résulte à l'évidence bien davantage du fait que le pouvoir réglementaire n'avait pas pensé à le définir. En l'absence de définition, la marge de manœuvre du juge est plus large et il peut alors "par suite" décider d'appliquer une définition ancienne (56)* ».

Il apparaît au regard de l'évolution législative des dernières années que rien ne semble pouvoir empêcher le législateur de rectifier cet oubli en réécrivant l'article L. 2253-1, 1° de sorte que le « *salaire minimum hiérarchique* » ne désigne que le salaire de base à l'exclusion de tout complément de rémunération. Cette solution aboutirait à réduire encore la sphère de l'effet impératif de l'accord de branche sur les entreprises, déjà singulièrement amoindri (57). En effet, de longue date, la jurisprudence constitutionnelle, en particulier à l'occasion de l'examen de la loi

(55) Conclusions R. Chambon, préc.

(56) F. Pinatel, « Salaire minimum hiérarchique et négociation d'entreprise : le passé à l'œuvre », *JCP S*, n° 48, 30 nov. 2021, p. 1300. Voir également dans le même sens, G. François, « Définition des salaires minima hiérarchiques et articulation entre accord de branche et d'entreprise : la décision contestable du Conseil d'État », *BJT*, nov. 2021, p. 26 : « À notre avis, la position de l'administration excluant du champ de l'extension la partie de l'accord qui définit les salaires minima hiérarchiques était tout à fait conforme à l'esprit de la réforme qui est de donner la prévalence à l'accord d'entreprise et donc d'interpréter strictement les treize cas prévus à l'article L. 2253-1 du Code du travail dans lesquels l'accord de branche continue de prévaloir sur l'accord d'entreprise. En somme, la ministre faisait prévaloir une logique basée sur l'esprit de la réforme issue de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017. » Contra : F. Morel, A. Cormier Le Goff, « Une définition des minima de branche respectueuse de la négociation collective dans l'esprit de la réforme de 2017 », *SSL*, n° 1971, 18 octobre 2021.

(57) Même s'il est également possible de relever la préconisation inverse émise par la commission des affaires sociales du Sénat, dans son rapport effectuant un bilan des ordonnances de 2017, rendu public le 30 juin 2021, alors que l'issue du recours devant le Conseil d'État sur le refus d'inclure dans l'extension les primes n'était pas encore connue : « *si l'interprétation du ministre du travail n'était pas invalidée par le juge, le Rapporteur considère qu'il serait souhaitable que le législateur intervienne pour préciser de manière explicite le rôle des branches en matière de salaires. Il semble en effet que le rôle de régulateur de la concurrence confié de manière explicite aux branches professionnelles en 2016 doit se traduire par la possibilité de conférer un caractère obligatoire à certaines primes pour leur permettre de fixer une rémunération minimale tout en laissant aux entreprises une certaine marge de liberté quant à la composition de cette rémunération* » (F. Puissat, *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales sur le bilan des réformes en matière de dialogue social et de négociation collective*, Sénat, session ordinaire de 2020-2021, n° 722, 30 juin 2021, p. 103).

du 4 mai 2004 (58), estime que le principe de faveur, susceptible de s'appliquer aux cas de concours entre stipulations conventionnelles de branche et d'entreprise, est un principe fondamental au sens de l'article 34 de la Constitution, de telle sorte qu'il est loisible au législateur d'en fixer l'étendue. La force de l'effet impératif des stipulations conventionnelles de branche à l'égard des entreprises dépend donc entièrement du législateur. Celui-ci est même habilité, pour des motifs d'intérêt général, à permettre aux accords d'entreprise d'écarter l'effet impératif des accords de branche prévoyant pourtant des clauses de verrouillage comme la loi de 2004 l'avait permis (59). Quant aux interlocuteurs sociaux de branche, ils sont en incapacité de définir par eux-mêmes les objets de négociation où leurs stipulations priment sur celles moins favorables d'entreprise (60) : ce n'est que par délégation du législateur qu'ils peuvent mettre en place par exemple des clauses de verrouillage.

Une telle évolution ne semble pas signifier obligatoirement une disparition de la branche étendue, dès lors que le législateur lui réserve de manière exclusive la faculté de déroger à la loi dans certains objets de négociation.

## 2. L'extension, un instrument de développement de la compétitivité (ou un instrument de « développement de la précarité (61) ») ?

L'extension emprunte-t-elle le même chemin que la convention d'entreprise muée en instrument de gestion au service la compétitivité ? (62) Une fois encore, l'émergence de cette conception est loin d'être nouvelle. À partir de 1982 (63) et jusqu'à la fin des années 1990, l'extension est apparue en effet

comme un instrument privilégié de la négociation de branche dérogeant à la loi. L'enjeu est ici non pas de favoriser la compétitivité d'une entreprise en particulier, mais bien celle de l'ensemble des entreprises de la branche.

Un exemple tiré de l'ordonnance du 16 janvier 1982 et du protocole d'accord du 17 juillet 1981 qui l'inspira l'illustre très bien. L'article L. 213-2 du Code du travail tel qu'issu de cette ordonnance permettait ainsi de décaler la période de sept heures consécutives entre 22 heures et 5 heures pendant laquelle le travail de nuit des femmes était interdit à la double condition qu'elle soit comprise entre 22 heures et 7 heures, et surtout que cette dérogation soit opérée par voie de branche étendue (64). Il s'agit là d'une faculté de dérogation directement issue de l'accord du 16 juillet 1981, qui souhaitait que soit instituée la « *possibilité, dans les branches industrielles soumises à la concurrence internationale, de déplacer dans la limite de deux heures, le point de départ de la période de 7 heures pendant laquelle le travail des femmes est interdit* (65) ». L'extension se transforme ici en instrument destiné à favoriser la compétitivité de l'ensemble de la branche à l'égard de la concurrence internationale. Cela permet de comprendre la volonté de permettre aux employeurs non adhérents à la convention de branche de bénéficier de ces dispositions dérogatoires, comme a pu l'écrire M. Jeammaud : « *grand est [...] le souci de ne pas fausser la concurrence à travers des différences de régime juridique aptes à engendrer très immédiatement des différences de coût de main-d'œuvre et d'assurer le bénéfice des assouplissements conventionnels aux entreprises non liées par la simple signature de l'accord de branche* (66) ».

(58) Décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, considérant 9 : « *Considérant, en outre, que le principe en vertu duquel la loi ne peut permettre aux accords collectifs de déroger aux lois et règlements ou aux conventions de portée plus large que dans un sens plus favorable aux salariés ne résulte d'aucune disposition législative antérieure à la Constitution de 1946, et notamment pas de la loi du 24 juin 1936 susvisée ; que dès lors, il ne saurait être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du Préambule de la Constitution de 1946 ; qu'en revanche, il constitue un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution, dont il appartient au législateur de déterminer le contenu et la portée.* »

(59) Décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008, considérant 20 : « *le législateur ayant entendu, en adoptant l'article 18, modifier l'articulation entre les différentes conventions collectives pour développer la négociation d'entreprise en matière d'heures supplémentaires, il s'ensuit qu'en l'absence de la première phrase de ce IV, les dispositions de son I s'appliquent immédiatement et permettent la négociation d'accords d'entreprise nonobstant l'existence éventuelle de clauses contraires dans des accords de branche.* »

(60) Un acte réglementaire est également incompétent à imposer l'effet impératif des accords de branche dans les domaines où la loi prévoit la primauté de l'accord d'entreprise. Ainsi doit être annulé un décret, rendu sous l'empire de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 prévoyant que les taux de majoration des heures supplémentaires prévus par accord de branche priment sur ceux prévus par accord d'entreprise (CE, 28 nov. 2018, Fédération

nationale des transports routiers, n° 410659, conclusions G. Odinet ; note F. Bergeron-Canut, « *Articulation entre accord de branche et accord d'entreprise dans le secteur du transport routier de marchandises quant au taux de majoration des heures supplémentaires* », *BJT*, févr. 2019, p. 23 ; S. Carré, « *Transport routier de marchandises : annulation des dispositions réglementaires fixant le régime juridique des majorations pour heures supplémentaires* », *JCP S*, n° 3, 22 janv. 2019, p. 1013.

(61) Selon une expression de D. Baugard « *Le développement de la précarité subordonné à la négociation collective : CDD, contrats de mission et "contrats de chantier"* », *Dr. ouv.*, 2018, p. 1.

(62) Pour un exposé global de cette évolution, voir M. Morand, « *L'évolution du droit de l'extension des conventions et accords collectifs* », *SSL*, n° 1771, 29 mai 2017.

(63) Le premier texte ayant habilité la branche étendue à comporter des clauses dérogatoires est issu de l'ordonnance n° 67-830 du 27 septembre 1967 (*JORF*, 28 sept. 1967, p. 9557) : le fait qu'il n'ait jamais été utilisé explique que le plus souvent, le réel début de la négociation dérogatoire soit identifié avec l'ordonnance du 16 janvier 1982 ainsi que la loi du 13 novembre 1982.

(64) Art 10, ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 (*JORF*, 17 janv. 1982, p. 297).

(65) Point 11, protocole du 17 juillet 1981 sur la durée du travail, *Dr. soc.*, 1982, p. 329.

(66) A. Jeammaud, « *Le nouveau régime du temps de travail* », *Dr. soc.*, 1982, p. 323.

Cependant, au fur et à mesure que les objets de négociation dérogatoire qui étaient auparavant réservés à la branche étendue devenaient ouverts à la négociation dérogatoire d'entreprise, ce rôle gestionnaire de l'extension a paru s'éteindre. L'ordonnance du 22 septembre 2017 l'a cependant ressuscité, en créant de nouveaux domaines de négociation dérogatoire à la loi réservés aux conventions et accords de branche étendus, en matière de contrats de travail atypiques. À titre d'exemple, c'est ainsi que désormais, les conventions et accords de branche étendus ont compétence, concernant les CDD et les contrats de travail temporaire (ou contrats de mission), d'en fixer leur durée maximale, ainsi que le nombre de renouvellement et même les modalités de calcul, voire la durée des délais de carence séparant deux contrats, les dispositions légales en la matière étant rendues supplétives (67). La seule limite à cette faculté désormais reconnue à la branche étendue consiste dans le respect de la règle générale régissant le recours au CDD ainsi qu'aux contrats de travail temporaire, à savoir qu'ils ne peuvent « avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (68) ». Ces fonctions renouvelées de l'extension semblent parfaitement accompagner la disparition de son rôle historique, qui s'annonce dans deux dispositions récentes du Code du travail.

## B. Vers une disparition de facto de l'extension ?

Le Code du travail comporte deux dispositions, issues de réformes datant des années 2010, susceptibles de compromettre sérieusement l'usage de l'extension comme moyen d'éviter le dumping social par l'uniformisation des conditions minimales de travail. Dans le cadre des auditions préalables à l'arrêt du 7 octobre dernier, l'une d'entre elles, l'article

L. 2261-25 alinéa 1, qui permet au ministre du Travail de refuser l'extension lorsqu'elle porte une « atteinte excessive à la libre concurrence (69) » a été évoquée (1). Le second mécanisme, plus radical encore, est celui du droit de veto patronal à l'extension prévu par l'article L. 2261-19, alinéa 3 (70) (2).

### 1. L'article L. 2261-25 al.1, un instrument au service d'une politique ministérielle hostile à l'extension ?

Le ministre du Travail a justifié sa lecture restrictive de la notion de salaire minimum hiérarchique sur l'idée qu'intégrer les primes risque de porter une « atteinte excessive à la concurrence » en dissuadant les PME-TPE de recruter ou de maintenir les emplois. Les requérants ont fait valoir à cet égard qu'il eut été plus simple, « à juste titre (71) » selon les propres termes du Rapporteur public, pour la ministre de se fonder alors directement sur l'article L. 2261-25 alinéa 1 pour refuser l'extension. Aux termes de sa nouvelle rédaction issue de l'ordonnance du 22 septembre 2017, le ministre du Travail peut désormais refuser l'extension pour des raisons d'opportunité liées à « des motifs d'intérêt général, notamment pour atteinte excessive à la libre concurrence ou au regard des objectifs de la politique de l'emploi ». Cette adjonction est en fait une codification législative de la solution issue de l'arrêt du 30 avril 2003 (72), évoqué précédemment.

Comment définir cette notion ? À vrai dire, cette dernière ayant également été adoptée dans le cadre des ordonnances de 2017, à l'image de l'interprétation du sens à donner à la notion de « salaires minima hiérarchiques », ni la lecture littérale de l'article L. 2261-25 alinéa 1, ni la lecture des travaux préparatoires ou parlementaires ne permet de lui discerner un sens univoque. Les arrêts du Conseil d'État de 2003 et

(67) Pour une lecture détaillée de cet aspect des ordonnances Macron (qui concerne également les « CDI de chantier ou d'opération »), voir plus particulièrement D. Baugard, « Le développement de la précarité subordonnée à la négociation collective : CDD, contrats de mission et "contrats de chantier" », *Dr. ouv.*, 2018, p. 1 ; F. Bousez, « Contrat de travail à durée déterminée-CDD à durée indéterminable ? et CDI d'opération à durée limitée ? », *JCP S*, n°41, 2017, p. 1316 ; C. Dechristé, « Le contrat de chantier ou d'opération : le grand retour ? », *RDT*, 2017, p. 633 ; L. Gamet et L. Aluome, « Le contrat de travail de chantier ou d'opération », *JCP S*, 2017, p. 1355 ; S. Tournaux, « CDD, contrat de mission, contrat de chantier », *Dr. soc.*, 2018, p. 37 ; plus récemment, il est également possible de retrouver les contributions, dans le numéro précédent du *Droit ouvrier*, de L. Bento de Carvalho (« Le CDI de chantier, une précarité au carré », *Dr. ouv.*, 2021, p. 548) et A. Lucchini (« Le recours au CDD : entre ordre public et négociation collective », *Dr. ouv.*, 2021, p. 564).

(68) C. trav., art. L. 1242-1 s'agissant des CDD, et C. trav., art. L. 1251-5 s'agissant des contrats de travail temporaire (avec pour seule différence de rédaction l'ajout du terme « utilisatrice » à la fin de la phrase).

(69) C. trav., art. L. 2261-25 al. 1 : « Le ministre chargé du travail peut exclure de l'extension, après avis motivé de la Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la

formation professionnelle, les clauses qui seraient en contradiction avec des dispositions légales. Il peut également refuser, 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, l'extension d'un accord collectif. »

(70) C. trav., art. L. 2261-19 al. 3 : « Pour pouvoir être étendus, la convention de branche ou l'accord professionnel ou interprofessionnel, leurs avenants ou annexes, ne doivent pas avoir fait l'objet dans un délai d'un mois à compter de la publication par l'autorité administrative d'un avis d'extension au Journal Officiel de la République française, de l'opposition écrite et motivée d'une ou plusieurs organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau considéré dont les entreprises adhérentes emploient plus de 50 % de l'ensemble des salariés des entreprises adhérent aux organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives à ce niveau. »

(71) Conclusions R. Chambon, préc.

(72) Cet arrêt a été cité parmi les rares travaux préparatoires aux ordonnances de 2017 disponibles (« Étude d'impact-Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social », 27 juin 2017, p. 61).

de 2008 ne nous renseignent pas davantage, puisqu'ils n'effectuent pas de réelle analyse économique visant à prouver cette « *atteinte excessive à la libre concurrence* (73) ». Le mystère est d'autant plus grand que cette disposition semble contradictoire (74) avec la fonction reconnue à la branche de « *réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application* (75) ». Pour tenter d'en savoir davantage, il faut partir d'un détail insolite des conclusions du Rapporteur public : la ministre du Travail, à l'appui de sa position, s'est notamment référée à « *l'Autorité de la concurrence dans son avis du 11 juillet 2019* (76) ». De quoi s'agit-il ?

L'avis a été rendu à la suite d'une saisine de cette Autorité par la ministre du Travail le 3 août 2018 (77). Plus que de « critères » à proprement parler, l'avis formule davantage une liste des situations à risque pour la libre concurrence devant faire l'objet d'un examen approfondi avant toute extension (78). Certaines clauses des conventions de branche mériteraient ainsi d'être examinées davantage au regard des risques potentiels pour la concurrence. Nous pourrions noter ici que figurent parmi elles « *le niveau de salaire minimum* (79) ». Au-delà de l'accord de branche en lui-même, c'est la structure économique de la branche qui doit être examinée afin d'apprécier le risque d'atteinte excessif à la libre concurrence résultant de la prise d'un arrêté d'extension. Ainsi,

des branches caractérisées par une forte concentration autour de quelques grandes entreprises ou groupes (80), ou encore par des barrières réglementaires à l'entrée sur le marché (81), une faible exposition à la concurrence internationale (82) sont considérées comme étant à risque. L'implantation syndicale au niveau de la branche est également prise en compte : ainsi, une branche caractérisée par un faible taux d'adhésion des entreprises aux syndicats patronaux est également vue comme étant à risque, dans la mesure où les accords de branche signés par de telles organisations peuvent refléter insuffisamment les intérêts des PME-TPE (83).

Pour détaillé qu'il soit, l'avis rendu par l'Autorité de la concurrence demeure non contraignant, ainsi que le rappelle Mme Chagny dans l'étude qu'elle lui consacre : il ne s'agit là que d'une recommandation, qui « *se définit négativement par son absence d'effet obligatoire* (84) ». En ce sens, il est à craindre, comme a pu le souligner Mme Nadal, que dans un proche avenir le critère de l'« *atteinte excessive à la libre concurrence* » tel qu'énoncé par l'article L. 2261-25 alinéa 1 ne soit mobilisé par le ministre du Travail afin de procéder à un refus d'étendre beaucoup plus systématique qu'au-paravant (85) : c'est d'ailleurs ce qu'espèrent des auteurs souhaitant ni plus ni moins que la disparition de l'extension (86). Encore qu'il ne s'agisse pas là du seul péril qui guette l'avenir de l'extension, loin de là.

(73) G. Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, th. Université Tours, LGDJ, coll. « Droit et Économie », 2014, p. 288-291, « *Paradoxalement, les critiques de cet arrêt [de 2003] ont souligné que le juge s'était bien gardé de mettre en œuvre une véritable analyse économique pour exercer ce bilan coût-avantage [...]. Dans un arrêt ultérieur [de 2008], le Conseil d'État adoptera une solution différente mais sans pour autant se refuser à opérer une "conciliation" [...]. Tout comme l'arrêt relatif au transfert d'entreprise, cette solution a été, étrangement, critiquée au regard de l'absence d'analyse économique menée. Le flou dans les éléments pris en compte, cette fois-ci pour opter en faveur de l'objectif d'ordre social, serait maintenu. Une évaluation précise des coûts et une délimitation du marché pertinent sont effectivement absentes.* »

(74) Contradiction relevée par C. Nicod dans son article « Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition », *RDT*, 2017, p. 657.

(75) C. trav., art. L. 2232-5-1, 2°. Cet article fut créé par l'art. 24 de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 en vue de définir les « *missions* » de la branche.

(76) Conclusions R. Chambon, préc.

(77) Autorité de la concurrence, avis n° 19-A-13 du 11 juillet 2019 relatif aux effets sur la concurrence de l'extension des accords de branche. Succédant au Conseil de la concurrence dont elle reprend l'essentiel des attributions, depuis l'art. 95 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, l'Autorité de la concurrence est, aux termes de l'art. L. 461-1 du Code de commerce, une « *autorité administrative indépendante* », qui « *veille au libre jeu de la concurrence* ». Elle est habilitée à connaître des pratiques anticoncurrentielles (ententes et abus de position dominante, violations des articles 101 et 102 du TFUE) des personnes morales et à leur infliger, le cas échéant, des sanctions pécuniaires ; elle est également dotée d'un rôle consultatif, aux termes de l'article L. 462-1 du Code de commerce « *sur toute question de concurrence* » ne se limitant donc pas aux pratiques illicites

*stricto sensu*, à la demande du gouvernement, mais aussi à la demande des personnes mentionnées à cet article (incluant les organisations professionnelles et syndicales). C'est dans le cadre de cette fonction consultative que la ministre du Travail a saisi pour avis l'Autorité.

(78) Pour un commentaire détaillé de cet avis, voir M. Chagny, « Branches et concurrence : l'Autorité de la concurrence et la procédure d'extension des branches », *JCP S*, n°13, 31 mars 2020, p. 1088.

(79) Point 123 de l'avis.

(80) Point 130 de l'avis. C'était d'ailleurs la situation qui était celle de la branche visée par l'annulation partielle de l'arrêté d'extension dans le cadre de l'arrêt du 30 avril 2003, où trois groupes se partageaient l'essentiel du marché.

(81) Point 134 de l'avis. Ces barrières réglementaires sont liées notamment à des raisons de sécurité (nécessité d'une autorisation de mise sur le marché ou de détention d'un titre professionnel) ou des raisons économiques (droits de douane...).

(82) Points 142, 143 et 144 de l'avis.

(83) Points 148 à 153 de l'avis.

(84) M. Chagny, « Branches et concurrence : l'Autorité de la concurrence et la procédure d'extension des branches », préc.

(85) S. Nadal, « Gouvernance du niveau et des règles de branche : les nouveaux visages de l'emprise étatique », *RDT*, 2017, p. 652.

(86) P. Cahuc, A. Zylberberg, « La réforme n'a pas encore vraiment eu lieu », préc., p. 815-816, « *La suppression du mécanisme d'extension des conventions collectives de branche aurait constitué une véritable rupture [...]. Elle aurait incité les partenaires sociaux à améliorer la qualité des accords de branche pour qu'ils suscitent l'adhésion volontaire des entreprises* » et p. 817, « *La seule perspective réellement prometteuse serait que les futurs décrets parviennent à limiter substantiellement le mécanisme d'extension des conventions de branche.* »

## 2. L'article L. 2261-19 alinéa 3, un droit de veto à l'extension au bénéfice des syndicats patronaux

Mme Nicod formulait en 2017 l'hypothèse selon laquelle l'absence de définition législative de l'atteinte disproportionnée à la libre concurrence risque de donner aux organisations d'employeurs le pouvoir de l'apprécier de manière discrétionnaire, dans le cadre du droit qui leur est reconnu de bloquer purement et simplement la prise d'un arrêté d'extension. Après avoir relevé que de « l'extension, pourrait résulter une atteinte à la libre concurrence qui, à supposer qu'elle soit "excessive" conduirait à un refus d'extension (87) », elle soulève l'interrogation suivante : « Comment cette atteinte pourrait-elle être caractérisée ? Sur le fond, ce texte rejoint-il les prévisions du troisième alinéa de l'article L. 2261-19 qui confère aux organisations patronales représentatives majoritaires un droit d'opposition à l'extension (88) ? » Est fait ici référence au mécanisme, introduit par la loi du 5 mars 2014 (89) et modifié par l'ordonnance de 2017 (90), qui permet sous certaines conditions aux organisations d'employeurs représentatives de s'opposer à l'extension d'un accord de branche ou interprofessionnel. Ces conditions sont les suivantes : d'une part, l'opposition doit être exprimée sous la forme écrite et motivée dans un délai d'un mois à compter de la publication de l'avis préalable à l'extension dans le *Journal officiel*. D'autre part, elle doit émaner des organisations patronales dont les entreprises adhérentes emploient plus de 50% des salariés du champ conventionnel, branche ou interprofession, pour lequel l'extension est envisagée.

En revanche, et cela est particulièrement frappant, aucune condition de fond n'est posée : en dehors de l'exigence qu'elle soit formulée de manière « écrite et motivée », l'opposition des organisations d'employeurs peut s'exercer de manière discrétionnaire. Et surtout, contrairement à la consultation obligatoire pour avis de la Commission nationale

de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle (CNNC) préalablement à la prise d'un arrêté d'extension, qui ne lie pas le ministre du Travail, libre d'étendre même en cas d'avis défavorable (91), l'opposition patronale prévue à l'article L. 2261-19 alinéa 3 bloque totalement l'extension, le ministre ne pouvant passer outre. Cela ne fait que confirmer la lecture de cet article comme dépossédant le ministre du Travail du « pouvoir d'initiative [...] en matière d'extension (92) », lequel peut désormais « lui être retiré par les groupements patronaux représentatifs "majoritaires (93)" », ce qui laisse craindre qu'« à l'avenir, il faudra se résigner à ce que la volonté patronale puisse seule s'immiscer dans l'appréciation de l'intérêt général (94) ». La mise en place de ce droit d'opposition frappe d'autant plus qu'il touche à un débat qu'on avait pu croire définitivement réglé en 1950, à savoir l'incapacité des interlocuteurs sociaux, fussent-ils représentatifs, de contraindre le ministre du Travail de procéder ou non à l'extension (95).

Dans le présent arrêt du 7 octobre 2021, c'était à un front uni de l'ensemble des signataires de l'avenant salarial de branche, aussi bien du côté des syndicats de salariés que d'employeurs que la volonté de la ministre du Travail d'imposer une vision restrictive du salaire minimum hiérarchique s'était heurté. Mais qu'en aurait-il été dans l'hypothèse où dans la branche du commerce de détail alimentaire plusieurs organisations d'employeurs représentatives auraient cohabité, avec une FCD minoritaire en effectifs salariés de la branche ? Il est tout à fait possible d'imaginer que les organisations patronales ayant refusé de signer l'avenant salarial, au motif que les primes étaient d'un montant trop élevé, eussent usé de la faculté ouverte par l'article L. 2261-19 alinéa 3, dès lors que la condition de majorité qu'il fixe est remplie.

Quelques remarques s'imposent justement sur cette condition de majorité. En premier lieu, il semble

(87) C. Nicod « Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition », préc.

(88) *Ibid.*

(89) Art. 29, III, loi n° 2014-288 du 5 mars 2014.

(90) Modifié par l'article 1 de l'ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017. La nouvelle rédaction a au moins permis d'encadrer l'exercice de ce droit d'opposition, puisqu'elle est venue indiquer qu'elle devait désormais s'exercer dans un délai d'un mois à compter de la publication au *JORF* du projet d'extension, et être écrite et motivée.

(91) C. trav., art. L. 2261-15 al. 1, L. 2261-24 al. 1, L. 2261-25 al. 1, L. 2261-27.

(92) S. Nadal, « Péril sur la conception de l'extension des accords collectifs de branche. Brefs propos sur l'une des dispositions du projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale », *RDT*, 2014, p. 196.

(93) *Ibid.*

(94) *Ibid.*

(95) Il est ici possible de rappeler brièvement qu'à l'occasion des débats parlementaires et des travaux précédant la loi du 11 février 1950, certains s'étaient prononcés, sans succès, en faveur de l'automatisme de l'extension des conventions de branche, le contrôle exercé par le ministre du Travail devant alors se limiter au seul examen de la légalité des clauses conventionnelles et des conditions de conclusion, à savoir la signature par la totalité des organisations représentatives (voir sur ce débat P. Durand, « La loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives du travail », *Dr. soc.*, 1950, p. 190-191).

assez incongru qu'elle soit appréciée au regard de la population qui est la première bénéficiaire, en principe, d'un arrêté d'extension, à savoir les salariés. Ce mode d'appréciation de la majorité d'opposition aboutit dans la pratique à ce que le Medef puisse à lui seul bloquer, s'il le souhaite, l'extension d'un accord national interprofessionnel (96). Une deuxième remarque tient au fait que ce droit d'opposition, au bout du compte, bénéficie avant tout aux grandes entreprises. Au regard de la thèse, défendue de longue date et dernièrement par l'Autorité de la concurrence, voulant que les effets anticoncurrentiels de l'extension d'un accord de branche pénalisent en premier lieu les PME-TPE, ce droit d'opposition semble mal conçu. Enfin, ce droit d'opposition patronal est parfaitement compatible avec le développement de l'extension comme instrument de gestion. En effet, on imagine aisément que s'il devait s'exercer, ce droit d'opposition serait dirigé à l'encontre d'accords de branche considérés comme trop avantageux aux salariés. *A contrario*, il semble moins probable qu'il s'exerce à l'égard des accords de branche visant à écarter les règles législatives régissant les contrats précaires.

À supposer qu'il soit nécessaire de contrôler l'extension au regard de ses conséquences potentiellement dommageables pour la libre concurrence, ce qui est déjà sujet à débat, *a fortiori* en l'absence de critères d'appréciation fixés par le législateur, il apparaîtrait plus pertinent que la majorité d'opposition prévue à l'art. L. 2261-19 al. 3 soit

appréciée non pas par rapport à l'effectif salarié de la branche, mais bien par rapport au nombre d'entreprises adhérentes, permettant ainsi une meilleure prise en compte des intérêts des PME-TPE. De telles revendications émanent d'ores et déjà d'organisations comme l'U2P (97). Mais avant tout, il importerait de restaurer le pouvoir du ministre du Travail de procéder à l'extension, fut-ce en présence de l'opposition des organisations patronales. Il serait ici possible de transposer à ce droit d'opposition des organisations patronales à l'extension, le mécanisme de l'article L. 2261-27. Tout en obligeant le ministre du Travail à procéder à une seconde consultation du CNCN en cas d'avis négatif d'au moins deux syndicats de salariés ou d'organisations d'employeurs y siégeant à l'extension d'un accord incomplet, ce dispositif permet de prendre un arrêté d'extension en dépit d'un second avis défavorable (98).

« On affirme souvent que le contrat collectif rendra plus difficile la situation de l'industrie nationale vis-à-vis de la concurrence étrangère. Comment, dit-on, cette industrie nationale pourra-t-elle se défendre s'il lui est interdit de faire varier les conditions du travail suivant les conjonctures des temps et les fluctuations des marchés ? Ce qu'on reproche au contrat collectif, c'est, en somme, avant tout, de manquer de souplesse, de ne pouvoir s'adapter suffisamment aux réalités multiples et changeantes des procédés techniques, des hommes et des temps (99). » Ces propos ne sont ni ceux du rapport Combrexelle (100), ni ceux du rapport de Virville (101), ni même ceux des thuriféraires du

(96) F. Puissat, *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales sur le bilan des réformes en matières de dialogue social et de négociation collective*, préc., p. 40 : « Ainsi, au niveau national et interprofessionnel seul le Medef dispose aujourd'hui d'un tel pouvoir d'opposition à l'extension d'un accord collectif, alors qu'il représente moins d'un tiers des entreprises adhérentes à une organisation professionnelle. » Le même rapport (p. 40) rappelle les derniers résultats de la mesure de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel, en 2017 : le Medef représente 29,45% des entreprises, mais les entreprises adhérentes regroupent 70,77% des salariés. Toujours selon le même rapport (p. 41) un phénomène analogue se retrouve au niveau des branches, puisque dans celle du bâtiment, par exemple, la Fédération française du bâtiment peut user de ce droit d'opposition dans la mesure où les entreprises adhérentes emploient un peu plus de 50% de l'effectif salarié alors même qu'elles ne représentent que 36% des employeurs.

(97) *Ibid.* p. 41 : parmi les propositions formulées par l'U2P afin d'améliorer la représentation des TPE, figure l'appréciation de la majorité permettant l'opposition à l'extension d'un accord par référence aux entreprises adhérentes et non plus par référence à l'effectif salarié.

(98) C. trav., art. L. 2261-27 : « Quand l'avis motivé favorable de la Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle a été émis sans opposition écrite et motivée soit de deux organisations d'employeurs, soit de deux organisations de salariés représentées à cette commission, le ministre chargé du travail peut étendre par arrêté une convention ou un accord ou leurs avenants ou annexes :  
1° Lorsque le texte n'a pas été signé par la totalité des organisations les plus représentatives intéressées ;

2° Lorsque la convention ne comporte pas toutes les clauses obligatoires énumérées à l'article L. 2261-22 ;

3° Lorsque la convention ne couvre pas l'ensemble des catégories professionnelles de la branche, mais seulement une ou plusieurs d'entre elles.

En cas d'opposition dans les conditions prévues au premier alinéa, le ministre chargé du travail peut consulter à nouveau la commission sur la base d'un rapport précisant la portée des dispositions en cause ainsi que les conséquences d'une éventuelle extension.

Le ministre chargé du travail peut décider de l'extension, au vu du nouvel avis émis par la commission. Cette décision est motivée. »

(99) R. Jay, *Qu'est ce que le contrat collectif de travail ?*, Librairie Bloud et Cie, coll. « Questions sociologiques », 1908, p. 39. La conception de la convention collective qu'il y défend préfigure le rôle de la branche étendue : « Pour nous, le rôle essentiel du contrat collectif de travail, c'est de régler la concurrence entre ouvriers comme la concurrence entre patrons [...] cette double concurrence constitue le plus redoutable des obstacles que rencontre l'amélioration des conditions du travail » (p. 23-24) « Pour rendre tous les services qu'on attend de lui, le contrat collectif devra, suivant les cas, s'étendre à tous les établissements de la même industrie dans une ville, une région ou même un pays tout entier » (p. 30).

(100) J.-D. Combrexelle, « La négociation collective, le travail et l'emploi », rapport au Premier ministre, France Stratégie, sept. 2015.

(101) M. de Virville, « Pour un code du travail plus efficace », rapport au ministre des Affaires Sociales, du Travail et de la Solidarité, 15 janv. 2004.

« *contrat collectif d'entreprise (102)* » des années 1980. Ces arguments des détracteurs de la négociation collective datent de... 1908, année où Raoul Jay les a retranscrits dans son plaidoyer en faveur d'une reconnaissance légale de la convention collective. On ne peut qu'être abasourdi par l'ancienneté de ces positions, déjà fondées au début du siècle dernier sur

la préservation de la compétitivité des entreprises. À l'heure où tant l'extension que la négociation de branche sont considérées comme des archaïsmes, au profit d'une négociation d'entreprise encensée au nom de la modernité, cette piqûre de rappel historique est plus que jamais d'actualité.

**Haruka Ochi**

(102) Notion inventée par le groupe de réflexion patronal « Entreprise et Progrès » en 1985, le « contrat collectif d'entreprise » préfigure assez nettement la convention collective d'entreprise telle qu'elle existe aujourd'hui (application supplétive de l'accord de branche, large possibilité de déroger à la loi, négociation possible avec des acteurs non syndicaux). Elle suscitera des débats virulents, les uns y voyant un instrument de fragilisation voire de destruction du droit du travail (voir notamment

G. Lyon-Caen, « La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. soc.*, 1985, p. 801 ; R. Pascre, « Le "contrat collectif d'entreprise" dévastateur », *Dr. ouv.*, 1985, p. 266), les autres y voyant une opportunité de développer ou de préserver l'emploi par l'adaptation des lois ou des accords de branche aux besoins des entreprises (voir par exemple J.-C. Guibal, « Point de vue : plaider pour un "contrat collectif d'entreprise" », *Dr. soc.*, 1986, p. 602).

## CONVENTIONS ET ACCORDS COLLECTIFS

Convention de branche – Extension – Annulation du refus d'extension – Convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire – Effet impératif de la convention de branche étendue – Articulation des normes conventionnelles entre elles – Missions de la branche – Article L. 2232-5-1.

## SALAIRES

Salaires minima hiérarchiques (définition) – Salaires minimum conventionnel – Garanties applicables – Article L. 2253-1.

Annexe :

CONSEIL D'ÉTAT (4<sup>e</sup> et 1<sup>re</sup> chambre réunies) 7 octobre 2021

Fédération du commerce, de la distribution et des services CGT, CFTC CSFV et autres contre ministre du Travail (n° 433053)

[...] Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces des dossiers que, le 31 mai 2018, quatre organisations syndicales, la Fédération des syndicats CFTC Commerce, Services et Force de vente (CFTC CSFV), la Fédération CFDT des services (FS CFDT), la Fédération générale des travailleurs de l'agriculture, de l'alimentation, des tabacs et des services annexes Force ouvrière (FGTA-FO), la Confédération française de l'encadrement – Confédération générale des cadres AGRO (CFECCG AGRO), et une organisation professionnelle d'employeurs, la Fédération des entreprises du Commerce et de la Distribution (FCD), ont conclu un avenant n° 67 relatif aux minima conventionnels et instaurant un salaire minimum annuel garanti à la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire (n° 2216). Par un arrêté du 5 juin 2019, la ministre du travail a procédé à l'extension de cet avenant en excluant du champ de l'extension certaines stipulations de son article 1<sup>er</sup> et en formulant une réserve quant à son article 3. Par six requêtes qu'il y a lieu de joindre, les organisations signataires de cet avenant ainsi que la Fédération CGT des Personnels du Commerce, de la Distribution

et des Services (Fédération CGT du commerce et des services) demandent l'annulation pour excès de pouvoir de cet arrêté en tant qu'il procède à cette exclusion et à cette réserve.

Sur les interventions de la Confédération française des travailleurs chrétiens, de la Confédération française démocratique du travail, de la Confédération générale du travail – Force ouvrière, de la Confédération française de l'encadrement – Confédération générale des cadres et de la Confédération générale du travail :

2. Les interventions de la Confédération française des travailleurs chrétiens, de la Confédération française démocratique du travail, de la Confédération générale du travail – Force ouvrière et de la Confédération française de l'encadrement – Confédération générale des cadres, qui justifient d'un intérêt suffisant à l'annulation de l'arrêté attaqué et qui ont été formées par un mémoire distinct, sont recevables. En revanche, l'intervention de la Confédération générale du travail au soutien de la requête n° 433534, qui, en méconnaissance des dispositions de l'article R. 632-1 du code de justice administrative, n'a pas été formée par mémoire distinct mais dans les mémoires de la Fédération CGT du commerce et des services, n'est pas recevable.

Sur le cadre juridique :

En ce qui concerne le droit applicable avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 22 septembre 2017 :

3. D'une part, aux termes de l'article L. 2232-5-1 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective :

« La branche a pour missions : / 1° 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, de classifications, de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, de mutualisation des fonds de la formation professionnelle, de prévention de la pénibilité prévue au titre VI du livre I<sup>er</sup> de la quatrième partie du présent code et d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes mentionnée à l'article L. 2241-3 ; / 2° De définir, par la négociation, les thèmes sur lesquels les conventions et accords d'entreprise ne peuvent être moins favorables que les conventions et accords conclus au niveau de la branche, à l'exclusion des thèmes pour lesquels la loi prévoit la primauté de la convention ou de l'accord d'entreprise ; / 3° De réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application. »

4. D'autre part, aux termes de l'article L. 2253-1 du code du travail, dans sa version applicable avant l'entrée en vigueur de cette ordonnance : « Une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut adapter les stipulations des conventions de branche ou des accords professionnels ou interprofessionnels applicables dans l'entreprise aux conditions particulières de celle-ci ou des établissements considérés. / Une convention ou un accord peut également comporter des stipulations nouvelles et des stipulations plus favorables aux salariés ». Aux termes du premier alinéa de l'article L. 2253-3 du code du travail, dans sa rédaction alors applicable : « En matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale et de mutualisation des fonds de la formation professionnelle, une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ne peut comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels. »

5. Il résulte des dispositions précitées qu'avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 22 septembre 2017, il revenait à la branche, par voie d'accord collectif s'imposant à tout accord d'entreprise, de fixer un salaire minimum conventionnel pour chaque niveau hiérarchique de la grille de classification des emplois prévue par la convention collective, auquel la rémunération effectivement perçue par les salariés de la branche ne pouvait être inférieure. À cet égard, les conventions de branche pouvaient déterminer,

d'une part, le montant de ce salaire minimum conventionnel, et, d'autre part, les éléments de rémunération à prendre en compte pour s'assurer que la rémunération effective des salariés atteigne au moins le niveau du salaire minimum conventionnel correspondant à leur niveau hiérarchique. À défaut de stipulations conventionnelles expresses sur les éléments de rémunération des salariés à prendre en compte pour procéder à cette comparaison, il convenait de retenir, en vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation, le salaire de base et les compléments de salaire constituant une contrepartie directe à l'exécution de la prestation de travail par les salariés.

En ce qui concerne le droit applicable depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 22 septembre 2017 :

6. D'une part, aux termes de l'article L. 2232-5-1 du code du travail dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 22 septembre 2017 et applicable au litige : « La branche a pour missions : / 1° De définir les conditions d'emploi et de travail des salariés ainsi que les garanties qui leur sont applicables dans les matières mentionnées aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2 dans les conditions prévues par lesdits articles. / 2° De réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application. »

7. D'autre part, aux termes de l'article L. 2253-1 du code du travail, dans sa rédaction, applicable à l'espèce, issue de la même ordonnance : « La convention de branche définit les conditions d'emploi et de travail des salariés. Elle peut en particulier définir les garanties qui leur sont applicables dans les matières suivantes : / 1° Les salaires minima hiérarchiques ; (...) / Dans les matières énumérées au 1° à 13° , les stipulations de la convention de branche ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large prévalent sur la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date de leur entrée en vigueur, sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes. Cette équivalence des garanties s'apprécie par ensemble de garanties se rapportant à la même matière. » Aux termes de l'article L. 2253-2 de ce code, dans sa rédaction applicable, issue de l'ordonnance précitée : « Dans les matières suivantes, lorsque la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large le stipule expressément, la convention d'entreprise conclue postérieurement à cette convention ou à cet accord ne peut comporter des stipulations différentes de celles qui lui sont applicables en vertu de cette convention ou de cet accord sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes : (...) / 4° Les primes pour travaux dangereux ou insalubres. / L'équivalence des garanties mentionnée au premier alinéa du présent article s'apprécie par ensemble de garanties se rapportant à la même matière. »

Aux termes de l'article L. 2253-3 du même code, dans sa rédaction applicable au litige, issue de cette ordonnance : « *Dans les matières autres que celles mentionnées aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2, les stipulations de la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large. En l'absence d'accord d'entreprise, la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large s'applique.* »

8. Il résulte des dispositions précitées, issues de l'ordonnance du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective qui a notamment modifié l'articulation entre les conventions de branche et les accords d'entreprise, que la convention de branche peut définir les garanties applicables en matière de salaires minima hiérarchiques, auxquelles un accord d'entreprise ne peut déroger que s'il prévoit des garanties au moins équivalentes. En outre, si la convention de branche peut, y compris indépendamment de la définition des garanties applicables en matière de salaires minima hiérarchiques, prévoir l'existence de primes, ainsi que leur montant, les stipulations d'un accord d'entreprise en cette matière prévalent sur celles de la convention de branche, qu'elles soient ou non plus favorables, sauf, le cas échéant, en ce qui concerne les primes pour travaux dangereux ou insalubres pour lesquelles la convention de branche, lorsqu'elle le stipule expressément, s'impose aux accords d'entreprise qui ne peuvent que prévoir des garanties au moins équivalentes. Par suite, faute pour les dispositions citées au point 7 de définir la notion de salaires minima hiérarchiques, laquelle n'est pas davantage éclairée par les travaux préparatoires de l'ordonnance du 22 septembre 2017, il est loisible à la convention de branche, d'une part, de définir les salaires minima hiérarchiques et, le cas échéant à ce titre de prévoir qu'ils valent soit pour les seuls salaires de base des salariés, soit pour leurs rémunérations effectives résultant de leur 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 salaires minima hiérarchiques 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 salaires minima hiérarchiques fixé par la convention.

Sur le litige :

9. Aux termes de l'article L. 2261-25 du code du travail : « *Le ministre chargé du travail peut exclure de l'extension, après avis motivé de la Commission nationale de la négociation collective, les clauses qui seraient en contradiction avec des dispositions légales. (...)* »

10. Il résulte des pièces des dossiers que, en application des dispositions citées au point 9, par un arrêté du 5 juin 2019, la ministre du travail a procédé à l'extension de l'avenant du 31 mai 2018 relatif aux minima conventionnels et instaurant un salaire minimum annuel garanti à la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire en excluant certaines stipulations du champ de l'extension et en formulant une réserve. Ont été ainsi exclues de l'extension les stipulations des deuxième et troisième alinéas de l'article 1<sup>er</sup> de l'avenant, qui prévoient que les salaires minima hiérarchiques qui prévalent, sauf garanties au moins équivalentes, sur les accords d'entreprise, correspondent à une garantie annuelle de rémunération incluant un salaire de base et certains compléments de salaire, au motif que les salaires minima hiérarchiques entrant dans le champ de l'article L. 2253-1 du code du travail et qui s'imposent aux accords d'entreprise ne peuvent se rapporter qu'à un salaire de base. En outre, l'arrêté énonce que le dernier alinéa de l'article 3 de l'avenant, qui stipule que le salaire minimum mensuel garanti pour les cadres à temps complet dont le temps de travail est décompté dans le cadre d'un forfait annuel en jours inférieur à 216 jours ne peut être inférieur au salaire minimum mensuel garanti fixé à l'article 2 de l'avenant, est étendu sous réserve de l'application de l'article L. 2253-3 du code du travail, ce dont il s'infère que la référence à l'article 2 devait s'entendre comme ne visant que les montants des salaires de base qui y sont mentionnés. Il résulte de ce qui a été dit au point 8 quant aux salaires minima hiérarchiques pour lesquels la convention de branche peut retenir, comme au cas d'espèce, qu'ils s'appliquent aux rémunérations effectives des salariés résultant de leurs salaires de base et de certains compléments de salaire, qu'en procédant à cette exclusion et à cette réserve, au motif que les salaires minima hiérarchiques ne s'appliquent qu'aux salaires de base, l'arrêté attaqué est entaché d'erreur de droit.

11. Il résulte de ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens de leurs requêtes, la CFTC CSVF, la FS CFTD, la FGTA-FO, la CFE-CGC AGRO, la Fédération CGT du commerce et des services et la FCD sont fondées à demander l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté du 5 juin 2019 en tant qu'il exclut de l'extension de l'avenant du 31 mai 2018 les deuxième et troisième

alinéas de l'article 1<sup>er</sup> de cet avenant et qu'il prévoit que le dernier alinéa de son article 3 est étendu sous réserve de l'application de l'article L. 2253-3 du code du travail.

12. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'État le versement d'une somme de 3 000 euros à chacune des requérantes, au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. En revanche, dès lors que la CFTC, intervenante au litige, n'aurait pas eu qualité pour former tierce opposition à la présente décision si elle n'avait pas été présente à l'instance, elle ne peut être regardée comme une partie pour l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, de sorte que les conclusions qu'elle a présentées sur son fondement ne peuvent qu'être rejetées.

**DÉCIDE :**

**Article 1<sup>er</sup> :** Les interventions de la Confédération française des travailleurs chrétiens, de la Confédération française démocratique du travail – Force ouvrière et la Confédération française de l'encadrement – Confédération générale des cadres sont admises.

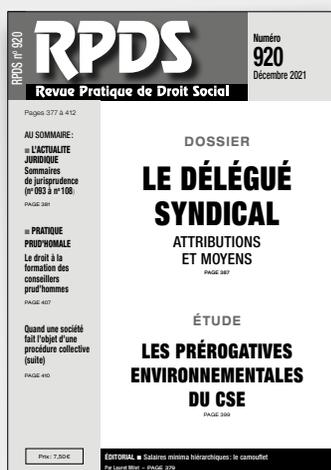
**Article 2 :** L'intervention de la Confédération générale du travail n'est pas admise.

**Article 3 :** L'arrêté de la ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion du 5 juin 2019 portant extension de l'avenant n° 67 du 31 mai 2018 à la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire (n° 2216) est annulé en tant qu'il exclut de l'extension les deuxième et troisième alinéas de l'article 1<sup>er</sup> de l'avenant et en tant qu'il formule une réserve à l'extension du dernier alinéa de l'article 3.

**Article 4 :** L'État versera la somme de 3 000 euros à la Fédération des syndicats CFTC Commerce services et force de vente, de 3 000 euros à la Fédération CFDT des services, de 3 000 euros à la Fédération générale des travailleurs de l'agriculture, de l'alimentation, des tabacs et services annexes Force ouvrière, de 3 000 euros à la Confédération française de l'encadrement – Confédération générale des cadres AGRO, de 3 000 euros à la Fédération du commerce et de la distribution et de 3 000 euros à la Fédération Confédération générale du travail du commerce, de la distribution et des services, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

**Article 5 :** Les conclusions présentées par la Confédération française des travailleurs chrétiens au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

**Article 6 :** La présente décision sera notifiée à la Fédération des syndicats CFTC Commerce services et force de vente, à la Fédération CFDT des services, à la Fédération générale des travailleurs de l'agriculture, de l'alimentation, des tabacs et des services Force ouvrière, à la Confédération française de l'encadrement – Confédération générale des cadres AGRO, à la Fédération du commerce et de la distribution, à la Fédération Confédération générale du travail du commerce, de la distribution et des services, à la ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion, à la Confédération française des travailleurs chrétiens, à la Confédération française démocratique du travail, à la Confédération générale du travail Force ouvrière, à la Confédération française de l'encadrement – Confédération générale des cadres et à la Confédération générale du travail.



## RPDS 920 - DÉCEMBRE 2021

*Au sommaire :*

**DOSSIER :**

### LE DÉLÉGUÉ SYNDICAL : ATTRIBUTIONS ET MOYENS

*Étude :*

**Les prérogatives environnementales du CSE**

*Editorial :*

**Salaires minima hiérarchiques : le camouflet**

*Pratique prud'homale*

**- Un véritable droit à la formation des conseillers prud'hommes  
- Quand une société fait l'objet d'une procédure collective :  
quelques précisions**

*L'actualité juridique :*

**Sommaires de jurisprudence**

Commande et abonnement à 263, rue de Paris, case 600, 93516 Montreuil cedex ou sur notre site Internet [www.boutique.nvo.fr](http://www.boutique.nvo.fr)  
Prix du numéro : 7,50 € (+ forfait de 3 euros par envoi). Abonnement : 9 € par mois ou 108 € par an incluant la RPDS papier et son supplément Internet (RPDS numérique + le guide droit du travail en actualisation permanente + la veille juridique).