

N<sup>os</sup> 433053, 433233, 433251, 433463,  
433473, 433534

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

FÉDÉRATION DES SYNDICATS CFTC  
COMMERCE SERVICES ET FORCE DE  
VENTE et autres

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux  
(Section du contentieux, 4<sup>ème</sup> et 1<sup>ère</sup> chambres réunies)

Mme Thalia Breton  
Rapporteuse

Sur le rapport de la 4<sup>ème</sup> chambre  
de la Section du contentieux

M. Raphaël Chambon  
Rapporteur public

Séance du 20 septembre 2021  
Décision du 7 octobre 2021

Vu les procédures suivantes :

1° Sous le n° 433053, par une requête et un mémoire en réplique, enregistrés les 29 juillet 2019 et 4 septembre 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la Fédération des syndicats CFTC Commerce, Services et Force de vente (CFTC CSFV) demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir l'arrêté de la ministre du travail 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), en tant qu'il exclut de l'extension les 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> alinéas de l'article 1<sup>er</sup> de cet avenant et étend sous réserve le dernier alinéa de son article 3 ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

2° Sous le n° 433233, par une requête sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 2 août et 4 novembre 2019 et le 25 novembre 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la Fédération CFDT des services (FS CFDT) demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir l'arrêté de la ministre du travail 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), en tant qu'il exclut de l'extension les 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> alinéas de l'article 1<sup>er</sup> de cet avenant et étend sous réserve le dernier alinéa de son article 3 ;

2°) à titre subsidiaire, d'annuler l'arrêté dans son ensemble ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

3° Sous le n° 433251, par une requête sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 2 août 2019 et le 4 novembre 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la Fédération générale des travailleurs de l'agriculture, de l'alimentation, des tabacs et des services annexes Force ouvrière (FGTA-FO) demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir l'arrêté de la ministre du travail 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), en tant qu'il exclut de l'extension les 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> alinéas de l'article 1<sup>er</sup> de cet avenant et étend sous réserve le dernier alinéa de son article 3 ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

4° Sous le n° 433463, par une requête sommaire, un mémoire complémentaire et deux nouveaux mémoires, enregistrés les 8 août et 7 novembre 2019, le 27 février 2020 et le 2 avril 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la Confédération française de l'encadrement – Confédération générale des cadres AGRO (CFE-CGC AGRO) demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir l'arrêté de la ministre du travail 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), en tant qu'il exclut de l'extension les 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> alinéas de l'article 1<sup>er</sup> de cet avenant et étend sous réserve le dernier alinéa de son article 3;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

5° Sous le n° 433473, par une requête sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 9 août et 12 novembre 2019 et le 26 avril 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la Fédération des entreprises du Commerce et de la Distribution (FCD) demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir l'arrêté de la ministre du travail 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), en tant qu'il exclut de l'extension les 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> alinéas de l'article 1<sup>er</sup> et étend sous réserve le dernier alinéa de l'article 3 du même avenant ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

6° Sous le n° 433534, par une requête sommaire, deux mémoires complémentaires et un mémoire en réplique, enregistrés les 12 août et 5 novembre 2019, 8 janvier et 20 juillet 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la Fédération CGT des Personnels du Commerce, de la Distribution et des Services (Fédération CGT du commerce et des services) demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir l'arrêté de la ministre du travail 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), en tant qu'il exclut de l'extension les 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> alinéas de l'article 1<sup>er</sup> de cet avenant et étend sous réserve le dernier alinéa de son article 3 ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- le code du travail ;
- la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 ;
- la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ;
- l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 ;
- le décret n° 2020-1404 du 18 novembre 2020 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Thalia Breton, auditrice,
- les conclusions de M. Raphaël Chambon, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, après les conclusions, à la SCP Thouvenin, Coudray, Grevy, avocat de la fédération CFDT des services, à la SCP Gatineau, Fattaccini, Rebeyrol, avocat de la Confédération française de l'encadrement – Confédération générale des cadres AGRO, à Me Haas, avocat de la Fédération générale des travailleurs de l'agriculture, de l'alimentation, des tabacs et des services annexes Force Ouvrière, à la SCP Célice, Texidor, Perier, avocat de la Fédération des entreprises du services du Commerce et de la Distribution, à la SARL Didier-Pinet, avocat de la fédération des Personnels du Commerce, de la Distribution et des Services ;

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 (CFE-CGC 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. A 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. A 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 CFDT, 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'Etat 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.

### DECIDE :

-----

Article 1<sup>er</sup> : Les interventions de la Confédération française des travailleurs chrétiens, de la Confédération française démocratique du la Confédération générale 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.