

# La concurrence par la réduction du coût du travail

(à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 avril 2003

Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement)

par Gérard LYON-CAEN,

Professeur émérite de l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

## P L A N

I. - L'histoire d'un couple infernal

II. - Ses affrontements récents

III. - Tentatives de conciliation avant divorce

**L**e problème n'est en rien nouveau ; il est aussi ancien que le capitalisme lui-même.

En un sens c'est une histoire comparable à celle des Atrides : le Droit du travail est enfant du marché et de la libre concurrence ; cependant il a très tôt éprouvé une haine envers ses parents, allant jusqu'à souhaiter les tuer. Aujourd'hui, ceux-ci veulent se venger, et un infanticide menace.

Si l'on préfère une autre métaphore on dira que le couple sulfureux *Concurrence-Droit social*, est contraint à la vie commune sans pouvoir jamais divorcer.

« *Les conventions collectives (et plus généralement le Droit du travail) doivent respecter le Droit de la concurrence* ». C'est ainsi qu'est habituellement formulée de nos jours une règle, qui n'est nulle part écrite, quoique semblant aller de soi (1). Or si l'on s'exprime ainsi, on risque de priver cette règle de toute signification, d'en faire une sorte d'évidence, alors qu'on se prépare à contresens, erreurs et confusion. On serait déjà plus près de la réalité en s'interrogeant : quel type de rapports entretiennent le Droit du travail et le Droit de la concurrence ? Et mieux encore : depuis quelle époque et pour quelles raisons a-t-on été conduit à distinguer le Droit du travail et le Droit de la concurrence ?

On s'apercevra alors que l'affaire ne date pas des articles du traité de Rome sur le maintien de la concurrence entre entreprises. C'est une très ancienne histoire, souvent secrète, mais qui éclate au grand jour à d'autres moments : l'histoire d'une liaison et de ruptures suivies de réconciliations en attendant un divorce irrémédiable mais toujours retardé.

Quoique n'étant nullement historien, nous ferons appel à l'histoire (I) sans prétendre user d'une méthode scientifique, mais seulement, pour démêler une situation devenue aujourd'hui compliquée (II) et ainsi mieux comprendre l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 avril 2003 (III).

## I. - L'histoire d'un couple infernal

**A.** Tout commence avec le décret d'*Allarde* et la loi *Le Chapelier*, du moins dans le cas de la France. Opérant un tournant complet, la Révolution à ses débuts, répudie les ententes patronales et règlements des professions en quoi s'analysait le régime corporatif, et établit la compétition libre des entrepreneurs sur le marché, le libre recrutement de la

main-d'œuvre et le libre choix par tout homme de son travail, bref la libre-entreprise et la liberté du travail. Le droit du travail naît jumeau du droit de la concurrence (ils sont identiques, superposables, selon le mot qu'on préférera).

L'idée inconnue de protection du salarié est incongrue. Il subit l'état du marché du travail. Et cela va

(1) Titre du commentaire de E. Royer sous l'arrêt reproduit ci-dessous p. 268 à l'AJDA du 12 mai 2003.

durer un bon siècle, avec quelques entorses légères du reste critiquées par les « libéraux » (loi sur le travail des enfants, législation éphémère de 1848).

L'effet d'un tel droit traversant tous les régimes politiques, reflétant l'économie de marché, sans aucune coloration sociale, était d'entraîner automatiquement une compétition au détriment des salaires : l'entreprise A arrachait la clientèle, ou le marché, à l'entreprise B si elle produisait à un coût moindre en payant moins ses travailleurs. C'est la raison pour laquelle il est logique de faire coïncider les premières tentatives de dissociation du droit du travail du droit de la concurrence avec deux événements dont l'un au moins est – ou était – sous-estimé.

1) Le premier de ces événements (souvent mal compris aujourd'hui) c'est l'apparition des conventions collectives de travail, précédées, avant toute loi les autorisant, par une simple pratique du tarif patronal. La concurrence demeure, mais elle ne peut plus s'exercer sous forme de baisse sans frein des salaires, lesquels sont uniformisés. La compétition doit chercher d'autres domaines, où l'affrontement restera entier (l'innovation technique, la qualité des produits). La convention collective (le Tarif-vertrag, « contrat de tarif » des Allemands) est une institution essentielle du droit de la concurrence, tout en modifiant le sens et la portée de celui-ci : elle est un facteur de progrès économique car c'est bien plus facile, mais rétrograde de diminuer les salaires que d'imaginer un nouveau produit ; avec la convention collective, la concurrence ne peut plus porter sur les dépenses de personnel. Personne ne songe en ce temps-là à y voir (sinon indirectement), un instrument de protection sociale. Cela viendra plus tard quand la convention se présentera aussi et comme par surcroît, comme moyen de mettre fin à un conflit du travail. Cet aspect culminera en 1936. En attendant la convention collective est une entente, tout simplement : une entente autorisée et une entente approuvée par les salariés qui y trouvent leur intérêt. Elle est par essence une contradiction partielle apportée à la libre concurrence.

2) La seconde transformation est relative aux marchés publics (marchés passés par l'Etat et les collectivités publiques). Millerand, premier socialiste à participer à un gouvernement bourgeois, celui de Waldeck Rousseau, comme ministre du Commerce ayant dans ses attributions le travail, promulgue par simple décret, un texte obligeant les candidats à un marché au bénéfice de l'Etat, à respecter un minimum de règles concernant les conditions de salaire et de travail. A cet effet tout « cahier des charges » est pourvu d'un contenu salarial obligatoire, porté à la

connaissance des candidats à l'adjudication. Dans un domaine précis, la puissance publique, qui fait jouer la concurrence à son profit, exclut ainsi de la concurrence, le coût du travail salarié des entreprises soumissionnaires. On est en 1899.

On peut, sans erreur majeure, estimer qu'au tournant du XX<sup>e</sup> siècle, le Droit social se constitue peu à peu en arrachant au Droit de la concurrence – lequel demeure absolu pour le surplus – ce qui concerne le coût du travail humain. Un principe se dégage, reconnu par les lois de la République (lois de 1936, 1950, 1982, 1989 sur la négociation collective). Et il en ira ainsi presque à la même époque, pour ce que nous appelons la sécurité sociale.

Encore en 1898, l'assurance-responsabilité des accidents du travail demeure un terrain de libre affrontement entre assureurs. C'est avec les assurances sociales (1928-1935) encore timidement, puis la sécurité sociale (1945) qu'échappent à la liberté d'entreprise et à la concurrence, la protection contre la maladie, l'accident et les pensions de vieillesse. Et non sans mal, sans incohérences et sans retours en arrière. Pour s'en tenir aux soins de santé, la situation est encore loin d'être claire et coexistent des cliniques privées, des médecins libéraux, un marché libre et ouvert de la santé, et une hospitalisation publique et une prise en charge publique (mais partielle) des dépenses afférentes. Concernant les pensions de vieillesse, l'opposition entre deux modes de financement : répartition et capitalisation, cache le vrai débat, lequel oppose le marché de l'assurance en cas de vie, au « service public » des pensions de vieillesse (s'il existe vraiment).

**B.** Et pour en terminer avec cette présentation très générale sur les rapports étranges, faits de fraternité et d'inimitié à la fois, entre droit du maintien de la concurrence et droit social (travail et sécurité sociale), de leur naissance gémellée et de leur divergence incomplète et lentement acquise au cours de deux siècles, il serait souhaitable de s'entendre sur deux adjectifs : économique et social – et subséquemment sur l'opposition (réelle ou artificielle) entre droit économique et droit social (car on identifie souvent droit de la concurrence et droit économique, et droit du travail et droit social). Or ces formules sont tout sauf claires et précises. La meilleure preuve en est qu'on parle aujourd'hui de l'économie sociale, pour caractériser par exemple les mutuelles ou les coopératives. Est-ce fondé ? Ces entreprises n'opèrent-elles pas sur un marché, et en parallèle, donc en compétition, avec des entreprises commerciales (d'assurance, de vente, de crédit) ? La formule est à bannir pour sa confusion même si ces entreprises ne sont ni à la recherche de profits, ni créatrices de valeur

pour leurs actionnaires. Si leur structure juridique est spécifique certes, ce sont néanmoins des agents économiques. Le doute est à son comble pour les rapports de travail. « *Le droit du travail doit respecter le droit de la concurrence* » est-il écrit plus haut ; cette phrase signifie-t-elle qu'il est à englober dans le droit économique (dans la conception française : le droit civil et commercial) ? Vaste problème.

Avant de répondre trop catégoriquement dans un sens ou dans un autre, il importe de parcourir les enjeux modernes de la discussion.

Si la concurrence peut licitement s'exercer en rognant sur le coût de la main-d'œuvre (salaire, mais aussi avantages liés au salariat, lesquels constituent précisément le droit social) alors ce prétendu droit social n'est qu'un appendice du droit de l'activité économique ; sa précarité découle de sa nature même et sa spécificité est contestable ; elle n'est qu'un faux semblant.

L'histoire des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles est constituée des efforts pour s'opposer à la licéité d'une concurrence par l'abaissement des coûts sociaux. La législation de

sécurité sociale marque l'apogée de cet essai de rupture d'une liaison orageuse. Il se pourrait bien – dès lors qu'on déplore aujourd'hui de plus en plus le poids excessif des charges sociales – que nous soyons entrés dans une phase inverse, de dissolution du droit social dans celui de la concurrence comme en 1791.

L'exposé de l'état de la jurisprudence, qui va suivre, témoigne à tout le moins de luttes juridiques intenses entre deux conceptions :

1°) Celle d'une concurrence sans limite et sans frein, à l'échelle du monde, excluant toute politique sociale nationale ;

2°) Celle d'une concurrence maîtrisée (c'était la conception de l'OIT en 1919) selon laquelle les dépenses de personnel doivent être exclues par tous moyens licites, de cette titanique chasse au profit. Dans le cadre de l'Union européenne, cette lutte des deux conceptions est d'origine ; n'y change rien le fait que les problèmes sociaux restent de la compétence des seuls Etats. Du reste peu à peu et comme insidieusement, la compétence communautaire gagne du terrain (les directives se multiplient).

## II. - Ses affrontements récents

Le maintien d'une libre concurrence exige en gros l'interdiction de trois comportements que visaient les anciens articles 85, 86 et 92 du traité de Rome (aujourd'hui 81, 82, 87), et que reprennent les dispositions de l'ordonnance française du 1<sup>er</sup> décembre 1986 :

- l'entente ou la concertation entre entreprises (pour organiser, fermer ou s'approprier le marché) ;
- le monopole d'un service ou d'un produit permettant de dominer abusivement le marché ;
- l'inégalité résultant de l'aide apportée par l'Etat à telle ou telle entreprise opérant sur un marché.

La convention collective peut receler un comportement qui relève de l'une ou l'autre de ces qualifications. Mais ce n'est pas la seule institution du droit du travail qui soit dans ce cas. Et plus encore du droit de la sécurité sociale. Et c'est aussi et peut-être surtout, les fonctions exercées par l'Etat – donc le droit administratif – même dans son interprétation la plus libérale, qui va contredire ces règles caractéristiques de la concurrence sur le marché (d'où l'absence du service public dans le traité de Rome).

Pour s'en tenir au droit social, l'exclusion de la concurrence par les coûts du travail du régime protecteur de la concurrence – exclusion qu'en 1899,

en 1936 ou en 1945 on pouvait croire acquise – n'aura pas duré longtemps.

Qu'on en juge par la description de la jurisprudence la plus récente, tant européenne que française – tant administrative que judiciaire.

**A.** On peut considérer comme marginale, au regard du maintien de la libre concurrence, la jurisprudence concernant la fermeture des établissements le dimanche. Il s'agit d'une limite à la pleine liberté du commerce et, selon les entreprises concernées, à la libre circulation des marchandises (art. 30 du traité CEE). Néanmoins, si le repos hebdomadaire ne concerne pas la concurrence et si, en vertu d'une longue tradition de tous les pays européens ce repos est accordé le dimanche, la fermeture au public s'en distingue et pourrait être assimilée à une entrave à la concurrence. Ce qui est intéressant c'est qu'elle ne résulte pas d'une convention collective mais des lois et règlements (art. L. 221.5 C. travail). Et ceux-ci peuvent selon la jurisprudence, ordonner la fermeture dominicale, sauf exceptions dûment justifiées.

Ce timide triomphe n'est pas celui de l'exclusion du coût social, du domaine de la concurrence, mais bien plutôt celui de la légitimité d'une intervention de l'Etat dans la sphère de la liberté du commerce et de

l'industrie (2). Ces décisions jugent cette fermeture compatible avec « l'économie de marché ». C'est très différent.

Non typique également, la jurisprudence relative aux aides de l'Etat. Celles-ci ne sont pas entièrement interdites par le traité de Rome, ce qu'un droit pur et dur de la concurrence postulerait. Elles sont seulement contrôlées. Leur domaine d'élection est la politique de l'emploi et non le coût de la main-d'œuvre. Ces aides ne sont pas une restriction à la concurrence par les coûts, mais une distorsion ouverte de la concurrence sans lien avec le coût de la main-d'œuvre. Ces aides, au demeurant, bénéficient d'abord aux entreprises elles-mêmes et seulement de manière indirecte et lointaine aux salariés. Dans le cadre de l'Union européenne la tendance aura été de faire remonter l'octroi des aides – lesquelles peuvent éviter la disparition de secteurs vitaux de l'économie européenne comme la sidérurgie ou d'une certaine manière l'agriculture – au niveau de l'union elle-même. Si un Etat, hors tout contrôle et à des fins protectionnistes de son industrie, octroie des aides, il sera condamné par jugement à en exiger la restitution (3).

Il ne s'agit pas réellement de permettre ou d'interdire la concurrence par les coûts sociaux, mais de mettre fin aux interventions de l'Etat dans la vie économique. C'est encore bien différent. Et ces interventions ont généralement une finalité sociale.

**B.** On est plus près du cœur du débat avec les abus de position dominante, consécutifs à l'existence d'un monopole, de droit ou de fait.

La jurisprudence a commencé par une décision d'une extrême sévérité, conduisant à la négation même d'une tendance ancienne, trouvant son siège dans les conventions de l'OIT et irriguant tous les droits nationaux.

Elle a estimé que les lois nationales qui réservaient le placement, c'est-à-dire l'intermédiation entre l'offre et la demande de travail à un organisme public – et qui en excluait les entreprises privées – n'étaient pas conformes à l'article 86 ancien du traité. Cette

jurisprudence est d'autant plus remarquable qu'elle ne peut qu'enrichir le coût de la main-d'œuvre, les offices de placement privés à but lucratif étant plus onéreux qu'un service public dans la mesure où ils exigent une commission des entreprises qui recourent à leurs services (4). Chose notable, c'est moins l'existence de ce placement public qui est censuré que son inefficacité, lequel constitue l'abus parce que l'office public ne satisfait pas à la demande concernant toute une catégorie de salariés : les cadres. Les « chasseurs de têtes » ont pris leur élan à compter de cet arrêt du 23 avril 1991.

La jurisprudence a voulu s'en prendre à un autre monopole, très répandu en Europe, celui des dockers et des entreprises de manutention portuaires pour le chargement et le déchargement des navires. Elle a commencé par énoncer qu'un chargeur ou un transporteur pouvait en toute liberté faire décharger un navire par son propre personnel de bord, dans l'hypothèse où les entreprises qui en avaient le monopole sur le port étaient paralysées par une grève. Un monopole semblait ainsi régulièrement condamné (5). Et dans des circonstances malencontreuses : du fait d'une grève des dockers. Mais c'était confondre le monopole de certaines entreprises, avec le monopole reconnu à une catégorie de salariés, les dockers.

Dans un arrêt ultérieur, la Cour a reconnu que l'abus de position dominante lié au monopole ne pouvait concerner des salariés. Ce qui revient à dire que la réservation du travail sur un port aux ouvriers détenant une carte de dockers n'était pas contraire au traité (6).

On est encore en plein affrontement du droit de la concurrence et du droit social (ici le droit de la sécurité sociale) avec l'affiliation obligatoire de telle profession à un régime de protection sociale ou à une caisse déterminée.

Il ne s'agit pas d'entente, mais d'abus de position dominante résultant de la loi elle-même qui prive du libre accès à un marché (celui de l'assurance), les entreprises d'assurance privées et du libre choix par les citoyens de leur assureur concernant certains risques. Le point était focal. La jurisprudence a été saisie de la question par un biais ; on a demandé aux juges

(2) CJCE 23 nov. 1989, Dr. Ouv. 1990.28 ; Cass. crim. 20 nov. 1990, Dr. Ouv. 1991.145 ; CJCE 28 février 1991, Dr. Ouv. 1991.227 ; D. 1991.343 ; 16 déc. 1992 – Dr. Ouv. 1993.115 ; 20 juin 1996 – Rec. I 2975 – D. 1996.1032.

(3) CJCE 15 juin 1993, D. 1994.489 ; CJCE 15 mars 1994, Rec. I, p. 833 ; CJCE 14 sept. 1994, Rec. I, p. 4103 et 4175 ; CJCE 11 juin 1996, Rec. I, p. 3547 ; CJCE 26 sept. 1996, D. 1997.349, Dr. soc. 1997.185, Rec. I, 4551, concl. Jacobs (concerne la France), Dr. Ouv. 1996.514 ; CJCE 14 janv. 1997, Rec. I, 135 (concerne l'Espagne) ; CJCE 17 juin 1999, Rec. I, 3671 (concerne la Belgique) ; CJCE 5 octobre 1999, Rec. I, 6639 (concerne la France) ; CJCE 23 mars 2000, Rec. I, 3659

(concerne la France) ; CJCE 27 mars 2002, Rec. I, 2289 (L. Idot, Les aides aux entreprises en difficulté... Rev. tr. Dr. eur. 1998.295).

(4) CJCE 23 avril 1991 Höfner c/ Macrotron, Rec. I, 1979 (Agence Nationale pour l'Emploi allemande, concl. Jacobs) ; 11 déc. 1997, Rec. I, 7119 (Agence italienne) ; 12 fév. 1998, Rec. I, 539 ; 8 juin 2000, D. 2001, Somm., p. 3159.

(5) CJCE 10 déc. 1991 [port de Gênes], Rec. I, 5889, Dr. Ouv. 1992 p. 319.

(6) CJCE 16 sept. 1999, Rec. I, 5665, Dr. Ouv. 2000.139.

européens et nationaux si les caisses de sécurité sociale étaient des entreprises au sens des articles 85 et 86 anciens traité de Rome, auquel cas la concurrence devait, disait-on, s'exercer. La réponse a été expressément négative, les arrêts opposant clairement ce qui relève de la concurrence et ce qui est justiciable de la solidarité ; l'entité *Caisse de sécurité sociale* n'est pas une entreprise, or l'article 85 du traité ne vise que les entreprises (7).

On aurait pu croire l'affaire réglée par ce que nous avons appelé la dissociation claire d'un droit de la concurrence applicable aux seules entreprises (réalisant des profits pour les répartir entre leurs actionnaires) – et d'un droit social seul, applicable aux entités fondées sur la solidarité de leurs adhérents – tels que désignés par la loi. Mais il faut admettre que des zones incertaines subsistent (8) ; d'abord concernant les régimes de prévoyance facultatifs, ou complémentaires fonctionnant en répartition ou capitalisation (9).

Concernant les fonds de pensions, la jurisprudence a commencé par les soustraire du régime de la concurrence lorsque l'adhésion y était le fruit d'une convention collective (10) pour revenir ensuite en arrière si le fonds n'a pas été créé par convention (11).

C'est placer au cœur même de l'élimination de la concurrence par les coûts, son instrument de toujours : la convention collective, et derrière elle le syndicat.

**C.** Commençons par le syndicat car sans lui, pas de convention collective et il dispose, au surplus, d'autres modalités d'action, qui peuvent fâcher.

Un syndicat ou un groupe de syndicats peut-il dissimuler une entente ? La réponse est nettement négative dans un litige qui concernait la presse et l'imprimerie de labeur, soumis à la justice française de l'ordre judiciaire (12). Mais il s'agissait de syndicats ouvriers n'exerçant pas d'activité économique auxquels s'opposait un employeur. Comme en France la qualité de syndicat n'appartient pas uniquement aux

associations de salariés, mais aussi aux associations d'indépendants/ou d'employeurs, cela n'exclut pas qu'un syndicat patronal ne puisse masquer une entente entre entreprises. Il faudrait envisager deux régimes différenciés pour les deux catégories de syndicats.

Quant à la convention collective – si au moment où elle a fait son apparition elle paraissait bien être le procédé par excellence destiné à soustraire le coût de la main-d'œuvre à la concurrence, en imposant le « tarif » (salaire minimum conventionnel) à toutes les entreprises liées par la convention collective –, on doit reconnaître que cette idée a parfois été perdue de vue depuis. C'est spécialement vrai en 1982 lorsque font leur apparition dans la loi, les conventions d'entreprise ; celles-ci ne peuvent évidemment pas être considérées comme destinées à unifier dans une branche le niveau des rémunérations.

Le syndicat peut agir autrement, par exemple en appelant au boycott, et ce boycott peut résulter d'un accord entre employeurs et syndicats, comparable à une convention collective – tel celui qui tendait à exclure du marché des productions télévisuelles les nouvelles chaînes 5 et 6. C'est alors qu'il a pu être affirmé et par le Conseil de la concurrence (13) et par la Cour de Paris le 6 mars 1991 (14) que la convention collective ne saurait être exclue « par nature » du champ d'application de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 art. 7-8. C'était un cas limite car en réalité, il ne s'agissait pas d'une convention collective au sens légal, mais d'un accord *sui generis* entre employeurs (les autres chaînes de télévision) et les syndicats, ayant manifestement pour objet non les salaires ou conditions de travail, mais la défense des intérêts professionnels contre la menace venant de nouveaux opérateurs. Aucun pourvoi en cassation n'a été formé.

En la matière, on peut considérer comme l'arrêt de principe celui de la CJCE précité du 21 septembre 1999 sur le fonds de pension néerlandais (*Albany*) car sa motivation est fondée toute entière sur la convention collective qui avait présidé à

(7) CJCE, 17 fév. 1993, Rec. I, 637 arrêt Pistre et Poucet, D. 1993.112.47 ; même position dans Cass. crim. 23 nov. 1992 et 3 juin 1992 D 1993 IR 47 et Cass. Soc. 13 janv. 1994, Dr. Soc. 1994.298.

(8) La concurrence entre régimes de protection sociale est un problème différent et spécifique dans l'hypothèse où un assuré sollicite de sa caisse le remboursement de médicaments ou de soins acquis ou reçus dans un autre pays – au motif qu'il lui avait coûté moins cher d'aller se faire soigner ailleurs : CJCE 28 avril 1998 Kohl et Decker, Dr. Soc. 1999.172, Rec. I, 1831 et 1931, Dr. Ouv. 1999.408 ; CJCE 12 juill. 2000, Dr. soc. 2002.748 ; Soc. 28 mars 2002, D. 2002 IR.1464.

(9) CJCE 16 nov. 1995, Dr. Ouv. 1996.99, D. 1996.317 ; les art. 85-86 du traité sont applicables ; arrêt Coreva, Soc. 10 mars

1994, Dr. soc. 1994.600 Bull. V n° 87 : les art. 85-86 du traité sont inapplicables.

(10) CJCE 21 sept. 1999, Dr. Soc. 2000, p. 106, Dr. Ouv. 2000.137, D. 2000.289, arrêt Albany, Rec. I, 5751.

(11) CJCE 12 sept. 2000, Rec. 2000.I.6451, Dr. Soc. 2000.1114, arrêt Pavlov.

(12) Conseil Conc. 22 juin 1999 D. Aff. 2000.261 annulé par C. Paris 29 fév. 2000, Dr. Ouv. 2000 p.143 ; approuvé par Cass. com. 15 janv. 2002 rejetant le pourvoi, Dr. Ouv. 2002.129, D. Aff. 2002, p. 720.

(13) décis. 26 juin 1990 n°90 D 21, BOCCRF 1990 p.269.

(14) D. 1992 jur. p.10.

sa création : « Certains effets restrictifs de la concurrence sont inhérents aux accords collectifs conclus entre organisations d'employeurs et de travailleurs. Toutefois les objectifs de politique sociale poursuivis par de tels accords seraient compromis si les partenaires sociaux étaient soumis à l'art. 85 du traité, dans la recherche en commun de mesures destinées à améliorer les conditions d'emploi et de travail ». Mais l'arrêt – (fondamental) – ne dit pas ce qui fait basculer la convention, acte restrictif de concurrence, en convention d'amélioration des conditions d'emploi et de travail. Le commissaire de gouvernement Fombeur propose de rapprocher la situation de celle d'un acte accompli par une autorité compétente mais qui s'est rendu coupable d'un détournement de pouvoir.

### III. - Tentatives de conciliation avant divorce

**A.** Cet arrêt du 30 avril 2003 avait été précédé par une décision de la même juridiction du 16 janvier 2002 rendue aux conclusions très remarquables du commissaire du gouvernement Pascale Fombeur (15). Il s'agissait déjà de la légalité d'un arrêté d'extension d'un avenant relatif à l'aménagement et la réduction du temps de travail annexé à la convention collective des entreprises de coiffure (16).

La convention (et ses avenants) concernant toutes les entreprises ayant une activité de coiffure – quelles que soient leurs modalités d'exercice – s'appliquaient-ils de ce fait au cas particulier des coiffeurs à domicile ? Le nœud du différend vient de ce que la convention collective prévoit, pour les salariés à temps partiel, une durée minimale d'heures. Il était argué que l'arrêté d'extension aurait dû exclure un tel article qui, en édictant un nombre d'heures minimal pour les travailleurs à temps partiel, aboutissait à exclure du marché la pratique de la coiffure à domicile, laquelle est entre les mains de salariés (mères de famille par exemple) qui souhaitent travailler peu d'heures, n'atteignant pas le minimum stipulé de 22 h.

Suivant son Commissaire du gouvernement, le Conseil d'Etat a jugé que l'arrêté d'extension n'encourait aucune annulation, même partiellement, car la convention ou plutôt son avenant, peut-être gênant pour la coiffure à domicile (et efficace pour défendre les salons de coiffure), ne dissimulait pas une volonté avérée d'exclure les coiffeurs à domicile du marché, comme ceux-ci le prétendaient.

Beaucoup de questions suscitées par cette affaire pourraient être tranchées différemment (la clause

Il n'y a pas eu depuis lors, ni au niveau européen, ni dans le cadre national, de décisions nouvelles. Le fait que le traité dans sa rédaction de Maastricht-Amsterdam reconnaisse aux partenaires sociaux le droit de conclure des conventions collectives est un argument fort pour ériger en principe que la convention collective, sauf preuve contraire formelle, n'est pas une entente prohibée.

L'extension d'une convention collective de branche, s'accompagnant d'une vérification que la convention respecte la législation en vigueur (législation qui inclut l'ordonnance 1<sup>er</sup> décembre 1986 sur la libre concurrence) est un moment privilégié pour examiner où en est la tendance à exclure la concurrence par les coûts du travail. L'arrêt du Conseil d'Etat du 30 avril 2003 en offre l'occasion.

d'horaire minimum et l'établissement de fiches d'arrivée et de départ pour chaque client, faisant preuve du respect de celui-ci). Il ne s'agissait cependant pas d'un litige entre employeurs et salariés, mais d'un litige entre deux sortes d'employeurs (deux modalités d'exercice de la profession). Et c'est une curiosité du droit français de faire trancher ce genre de litiges par l'administration (sous le contrôle du juge administratif). Au fond il n'y avait ni à proprement parler une entente masquée derrière la convention collective, ni concurrence par réduction des coûts salariaux, mais concurrence (soit loyale soit déloyale) – et l'arrêté d'extension n'y changeait pas grand chose. La coiffure à domicile était-elle pratiquée par des indépendants, les salons de coiffure faisant travailler des salariés ? Une enquête eût été nécessaire.

**B.** L'arrêt reproduit ci-dessous faisait également suite à une requête d'un syndicat (patronal), celui des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, tendant à l'annulation d'un arrêté d'extension de la convention collective nationale des services d'eau et assainissement – ou plutôt d'un article de cette convention. Cet article 2.5 n° 2 prévoit en cas de changement du délégataire du service public de l'eau un transfert des contrats de travail – transfert allant au-delà de ce que prévoit l'article L 122.12 C. travail, tel qu'interprété par la jurisprudence. Ceci en vue d'assurer la continuité complète du service. L'exploitant « entrant » reprend les contrats de travail des salariés de l'exploitant « sortant ». L'article L. 122.12 suppose qu'il y a « transfert d'une entité économique ayant conservé son identité et dont

(15) RJS 4/02 p. 308 et p. 357 n° 468.

(16) Conv. coll. du 23 sept. 1999.

*l'activité est poursuivie ou reprise* ». Le maintien des emplois est conventionnellement imposé, même si cette formule (tirée de la jurisprudence) est inapplicable, même si les conditions d'application de l'article L. 122.12 ne sont pas réunies.

Dans un attendu de principe, le Conseil d'Etat rappelant que selon l'article 133.8, « *le ministre peut exclure de l'extension ... les clauses qui seraient en contradiction avec les textes législatifs et réglementaires en vigueur* », estime en premier lieu que parmi ceux-ci figurent les textes sur le maintien de la concurrence (ord. 1<sup>er</sup> décembre 1986) ce qui n'est guère niable. Le ministre pouvait-il estimer que ce 2.5 n° 2 de la convention collective méconnaissait le texte de l'ordonnance citée ? C'est une première question. Au cas d'une réponse positive, devait-il exclure de l'arrêté d'extension cet article 2.5 n° 2 ? C'est une question légèrement différente.

Le maintien des emplois au-delà de ce qu'exige (selon les arrêts) l'art. L. 122.12 est-il contraire – contredit-il même – la concurrence sur le marché de la distribution de l'eau ? L'accès à ce marché est-il paralysé par une clause conventionnelle sur le transfert des contrats de travail ? C'est admettre que pour être candidat à un marché public, le poids inégal des dépenses sociales entre en ligne de compte. L'idée est directement à l'inverse de celle des décrets Millerand cités dans le I.

Il n'est pas démontré que cette clause « verrouille » l'accès au marché. L'art. L. 122.12 lui-même (sans clause prétendument extensive), a pour objet de restreindre la concurrence « sur le dos » des salariés. Il a pourtant rendu des services depuis 1928, peut-être aux salariés : surtout aux entrepreneurs qui trouvaient ainsi sur place, une main-d'œuvre formée et disponible, sans avoir l'un à licencier, l'autre à recruter lors de chaque changement.

L'arrêt ne démontre pas ici ce qu'il affirme. C'est la loi qui restreint la concurrence et la convention collective peut toujours y déroger dans un sens favorable aux salariés, et conforme aux souhaits du législateur.

Mais l'aurait-il démontré, le ministre devait-il exclure cet article 2.5 n° 2 ? Le Code du travail, on l'a souligné, peut exclure la concurrence par réduction des coûts ; aucune obligation ne pèse sur lui. Or, curieusement, l'arrêt tire de son imagination une obligation de conciliation du ministre : « *il incombe au ministre... d'opérer une conciliation entre objectifs d'ordre social (?) que poursuivent les signataires de la*

*convention collective – et impératifs tenant à la préservation de la libre concurrence dans le secteur en cause* ». S'il en était ainsi, le ministre disposerait d'un pouvoir non susceptible de contrôle juridictionnel : devant « concilier » deux obligations, quel juge peut lui demander compte de la façon dont il a fait prévaloir plus ou moins l'une ou l'autre ?

Le plus curieux est que l'arrêt reconnaît que la distribution d'eau est déjà partagée entre trois groupes. Il y a donc une concurrence dans l'offre. Quant à l'épuration elle est moins concentrée : l'offre est déjà multiple. Plus étrange : le Conseil d'Etat avoue sans ambages que le poids des dépenses de personnel est crucial, en obligeant les nouveaux arrivants – et parmi eux, ceux qui ne sont pas adhérents au syndicat patronal signataire de la convention – à reprendre le personnel en place (nous dirions préférablement, à maintenir les contrats de travail, car reprendre signifierait qu'il y a eu une rupture – coûteuse – des contrats) ; l'article contesté de la convention les « *dissuade de présenter leur candidature* » en « *aggravant les distorsions de la concurrence* ».

Le Conseil d'Etat se montre donc favorable à une concurrence allant jusqu'à la réduction des dépenses de personnel. Et il n'est donc pas étonnant qu'il estime que l'extension de cet article est de nature à porter une atteinte excessive à la libre concurrence, compte tenu des caractéristiques propres du marché des services d'eau et d'assainissement. Si ce marché est réellement le siège d'une entente ou d'un abus de position dominante, n'existait-il donc pas d'autre moyen juridique de le rendre plus concurrentiel ? Est-ce aux salariés d'en faire les frais ? Aux salariés de ceux qui sont candidats à remplacer les actuels délégués du service ?

Toute autre est la situation (bien connue) d'une convention collective de branche mettant en place une couverture maladie complémentaire ou tout autre régime de prévoyance, qui désigne la compagnie d'assurance chargée d'encaisser les cotisations et de gérer le régime de protection. Cette société d'assurance occuperait une position dominante et serait même implicitement autorisée à en abuser. Une telle convention, non seulement ne saurait être étendue, mais sera annulable par le juge judiciaire. Mais alors, il n'y a pas réduction des coûts salariaux en vue d'améliorer l'état de la concurrence (17).

On peut se demander si cet arrêt *Syndicat d'exploitants de réseaux d'eau et d'assainissement* est compatible avec la jurisprudence de la CJCE dans les

(17) C. Etat 7 juill. 2000, n° 198.564 ; Féd. française des sociétés d'assurance. Il y a violation de l'art. 82 traité CE.

arrêts (cités plus haut) *Albany* (18) et *Brentjens* (19). Un accord collectif créant un régime de retraite complémentaire par capitalisation (fonds de pension) avait été étendu, sans que l'article 81 traité CE y mette obstacle : il y avait bien entente concertée entre entreprises (l'entente étant inhérente à la convention collective) mais la CJCE, à la différence du Conseil d'Etat, estime que l'accord ne peut être regardé comme méconnaissant la prohibition des ententes étant donné son objet. Il pouvait donc être étendu. Si on comprend bien ces arrêts fondamentaux, non seulement la concurrence ne peut être recherchée par voie de réduction des coûts sociaux, mais aucune atteinte à la concurrence ne peut être le résultat d'une amélioration de la situation des salariés (effet recherché par l'établissement d'un régime complémentaire de retraites). C'est donc le droit commun des Etats européens. Comme le dit le rapport du Conseil d'Etat 2002, « *les décisions par lesquelles les autorités publiques décident d'étendre ou de rendre obligatoire un accord collectif, sont donc en partie protégées de l'application des règles de la concurrence* » (20) ; ce qui ne semble pas avoir été retenu par le Conseil d'Etat statuant au contentieux, même si le texte du rapport continue en disant que cette sorte d'« immunité » de la convention collective (ce mot n'est pas du Conseil d'Etat) résulte « *de la nature de l'accord (fruit d'une négociation des partenaires sociaux) et de sa finalité sociale* ».

Et le rapport de préciser : une simple décision d'une organisation professionnelle ne constituant pas une négociation collective ne bénéficiera pas de cette immunité ; pas plus ne serait à l'abri du grief d'entente une convention collective dont le contenu serait simplement de fermer l'accès à un marché et d'évincer certains opérateurs ; elle serait alors dépourvue de finalité sociale. Telle n'est pas l'accusation qu'on peut porter contre une clause qui étend l'application de l'art. L. 122.12 C. travail.

## Conclusion

La jurisprudence « moderne » qui a été déclenchée par la construction européenne semble bien incertaine ; le principe laborieusement forgé au XX<sup>e</sup> siècle, selon lequel le maintien d'une concurrence entre entreprises ne devait pas entraîner un recul de la condition salariale, se fraye un chemin de moins en moins bien tracé : lorsqu'on tient compte de l'aspect social, c'est plutôt en faisant appel à la solidarité ou en cherchant une définition fuyante de l'entreprise. Ce n'est pas satisfaisant. L'omnipotence du droit de la concurrence, si elle devait l'emporter, créerait une faille sérieuse dans notre système juridique ; celui-ci n'est pas un système où tout se ramène au respect de la concurrence. Si l'absolutisme du droit de la libre concurrence était sans contre-poids, sans limites, les conséquences en seraient lourdes. Nous sommes convaincus qu'il serait utile à l'occasion d'un litige constitutionnel ou même d'un litige banal judiciaire ou administratif, de mettre en avant un principe général de droit reconnu depuis longtemps par les lois de la république et d'obtenir sa consécration par le juge. Il pourrait être ainsi libellé :

**L'application de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (ou des articles correspondants du traité CE) ne saurait avoir pour effet d'entraîner une amputation des salaires, une aggravation des conditions juridiques du travail, une altération de la protection sociale. 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.**

Il ne s'agit pas d'une norme à introduire dans le droit en vigueur, mais d'une norme existante, postulée par le simple fait que la Constitution qualifie la France dans son article 1<sup>er</sup> de « *république indivisible, laïque, démocratique et sociale* ».

Gérard Lyon-Caen

## ANNEXE

CONSEIL D'ETAT

30 avril 2003

### **Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement**

Sur la qualité du président du Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement pour agir au nom de celui-ci :

**Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que l'action du Syndicat professionnel des exploitants indépendants des**

(18) C. 6 7/96, Rec. 1999.I.575.

(19) C. 115/97, Rec. 1999.I.605.

réseaux d'eau et d'assainissement dirigée contre l'arrêté du ministre de l'emploi et de la solidarité du 28 décembre 2000 portant extension de la convention collective nationale des services d'eau et d'assainissement du 12 avril 2000 a été engagée par M. R., président de ce syndicat, qui tient des statuts de celui-ci qualité pour le représenter en justice ; que, contrairement à ce que soutient le Syndicat professionnel des entreprises de services d'eau et d'assainissement, la circonstance que la réélection de M. R. à la présidence du Syndicat professionnel des exploitants indépendants des

(20) p. 362.

réseaux d'eau et d'assainissement serait intervenue en méconnaissance des règles fixées par les statuts de cette organisation en matière de renouvellement des mandats ne peut être utilement invoquée pour contester la qualité pour agir de M. R. ;

Sur la légalité de l'arrêté attaqué :

Considérant, d'une part, qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 133-8 du code du travail : " *A la demande d'une des organisations visées à l'article L. 133-1 ou à l'initiative du ministre chargé du travail, les dispositions d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel, répondant aux conditions particulières déterminées par la section précédente, peuvent être rendues obligatoires pour tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application de ladite convention ou dudit accord, par arrêté du ministre chargé du travail, après avis motivé de la commission nationale de la négociation collective prévue à l'article L. 136-1* " ; que, selon le dernier alinéa du même article : " *Toutefois, 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 les textes législatifs et réglementaires en vigueur (...)* " ;

Considérant, d'autre part, qu'aux termes du second alinéa de l'article L. 122-12 du même code : " *S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* " ;

Considérant que les stipulations de l'article 2-5, relatives au " *transfert du contrat de travail*", de la convention collective nationale des services d'eau et d'assainissement du 12 avril 2000, étendue par l'arrêté attaqué, visent les " *contrats d'exploitation (délégations ou marchés) de services publics d'eau et d'assainissement ainsi que les prestations de service globales dont la durée totale (renouvellement compris) est supérieure à 2 ans intervenant dans ces mêmes domaines* " ; qu'après avoir rappelé, au point 1, que " *Lorsque les conditions d'application de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail sont réunies, le transfert de personnel est opposable à tous, employeurs et salariés*", l'article 2-5 prévoit, au point 2, des dispositions particulières, destinées à s'appliquer lorsque les conditions de cette application ne sont pas réunies ou en cas de désaccord sur son applicabilité entre les employeurs concernés " *afin d'assurer au mieux la continuité des emplois des salariés affectés à l'exploitation de ces services publics* " , et selon lesquelles " *l'employeur entrant* " reprend les contrats de travail des salariés de " *l'employeur sortant* " affectés à l'exploitation et à la clientèle depuis au moins six mois, le nombre de salariés ainsi transférés correspondant notamment à " *l'effectif équivalent temps plein* " ;

Considérant qu'il ressort des termes mêmes de l'article 2-5 de la convention étendue que, si le point 1 se borne à rappeler que les dispositions du second alinéa de l'article L. 122-12 du code du travail sont susceptibles de s'appliquer en cas de poursuite de l'exécution d'un marché de prestations de services ou d'une délégation de service public par un nouveau titulaire, comme c'est le cas lorsque se trouve caractérisé le transfert d'une entité économique ayant conservé son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise, en revanche les stipulations du point 2 ont pour objet d'imposer à " *l'employeur entrant*", sous certaines réserves, la reprise des

contrats de travail même lorsque les conditions d'application du second alinéa de l'article L. 122-12 ne sont pas réunies ;

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 lui appartient de veiller à ce que l'extension d'une convention collective ou d'un accord collectif de travail n'ait pas pour effet de conduire à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur un marché, notamment en limitant l'accès à ce marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; qu'il en va en particulier ainsi dans les secteurs où des entreprises sont candidates à des délégations de services publics ou à des marchés publics ; qu'à ce titre, 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 ou d'un accord collectif 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 ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, et notamment de l'avis rendu le 4 décembre 2000 par le Conseil de la concurrence sur les conséquences de l'extension de la convention litigieuse, que l'offre potentielle sur le marché de la distribution et de l'approvisionnement en eau est partagée pour l'essentiel entre trois groupes ; que si le secteur de l'épuration est moins concentré, son évolution tend à favoriser la domination des mêmes groupes ; qu'en raison notamment du poids des dépenses de personnel pour les entreprises de ces secteurs, la généralisation des obligations définies au point 2 de l'article 2-5 de la convention, en obligeant les nouveaux titulaires d'un marché public ou d'une délégation de service public relatifs aux services d'eau ou d'assainissement, y compris ceux de ces titulaires qui n'adhèrent pas à l'organisation patronale signataire de la convention, à reprendre le personnel en place auquel l'employeur sortant n'aura pas proposé une autre affectation, est de nature à dissuader les concurrents de présenter leur candidature et à aggraver les distorsions de concurrence entre les concessionnaires sortants et les soumissionnaires ;

Considérant que, alors même que la clause litigieuse a pour objet de préserver l'emploi dans les entreprises des secteurs en cause, il résulte de ce qui précède qu'en l'espèce, son extension est, compte tenu des caractéristiques propres du marché des services d'eau et d'assainissement, de nature à porter une atteinte excessive à la libre concurrence ; qu'ainsi, cette extension est intervenue en méconnaissance des principes énoncés ci-dessus ; que, par suite, le syndicat requérant est fondé à demander l'annulation des dispositions de l'arrêté attaqué étendant les stipulations du point 2 de l'article 2-5 de la convention collective nationale des services d'eau et d'assainissement qui sont, eu égard à leur teneur, divisibles des autres dispositions de cet arrêté ;

(...)

DECIDE :

Article 1<sup>er</sup> : L'arrêté du ministre de l'emploi et de la solidarité du 28 décembre 2000 portant extension de la convention collective nationale des services d'eau et d'assainissement du 12 avril 2000 est annulé, en tant qu'il étend le point 2 de l'article 2-5 de cette convention.

(MM. Eoche-Duval, rapp. - Stahl, comm. gouv. - SCP Vier et Barthélémy, av.)