



**Avis n° 19-A-13 du 11 juillet 2019
relatif aux effets sur la concurrence de l'extension des accords de
branche**

L'Autorité de la concurrence (commission permanente) ;

Vu la lettre du 3 août 2018, enregistrée le 6 août 2018 sous le numéro 18/0137 A, par laquelle le Gouvernement a saisi l'Autorité de la concurrence d'une demande d'avis concernant les effets sur la concurrence de l'extension des accords collectifs de branche conclus entre les organisations d'employeurs et les organisations de salariés ayant vocation à encadrer les relations de travail ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu la deuxième partie du code du travail relatif aux relations collectives de travail ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la décision du 14 juin 2019, par laquelle la présidente de l'Autorité de la concurrence a désigné M. Savinien Grignon-Dumoulin, membre, pour compléter le quorum et examiner la saisine enregistrée sous le numéro 18/0137 A ;

La rapporteure, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la Direction générale du travail (« DGT ») et de la Direction de l'animation, de la recherche, des études et des statistiques (« DARES ») du Ministère du Travail, Monsieur Pierre Romain, maître des requêtes au Conseil d'État, chargé par la Ministre du Travail d'une mission sur l'avenir du paysage conventionnel, Monsieur Sébastien Roux, Président du groupe d'experts institué à l'article L. 2261-27-1 du code du travail, entendus lors de la séance du 19 juin 2019 ;

Les représentants de la Confédération française démocratique du travail (« CFDT »), de la Confédération française de l'encadrement – Confédération générale des cadres (« CFE-CGC »), de la Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (« CGT-FO »), et du Mouvement des entreprises de France (« MEDEF ») entendus sur le fondement des dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 463-7 du code de commerce ; ceux de la Confédération française des travailleurs chrétiens (« CFTC ») et de la Confédération Générale du Travail (« CGT ») ayant été régulièrement convoqués ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

Résumé¹

Depuis la réforme du droit du travail de 2017, un groupe d'experts est chargé d'apprécier les effets économiques et sociaux susceptibles de résulter de l'extension des accords de branche conclus entre les organisations d'employeurs et les organisations de salariés et ayant vocation à encadrer les relations de travail (L. 2261-27-1 du code du travail). Ce groupe a sollicité la ministre du travail afin que le Gouvernement saisisse l'Autorité de la concurrence d'une demande d'avis concernant les effets sur la concurrence pouvant résulter de ces extensions.

Saisie le 3 août 2018, l'Autorité a ainsi été invitée à procéder à un examen des enjeux de concurrence et à identifier des critères utiles à l'appréciation des risques sur la concurrence liés à l'extension de ces accords. Pour fonder son analyse, l'Autorité a recueilli les contributions des différentes parties prenantes de la négociation collective au niveau des branches (pouvoirs publics, experts et partenaires sociaux).

L'éclairage qu'elle propose dans le présent avis est nourri notamment par son expertise technique en matière de pratiques anticoncurrentielles et par la jurisprudence.

L'Autorité retient les principaux constats suivants :

- *D'un point de vue social, l'extension des accords de branche joue un rôle très important, en assurant l'uniformisation des garanties sociales et en encadrant le fonctionnement du marché du travail, notamment en limitant les pratiques de « dumping social ». Par ailleurs, ce mécanisme permet de pallier la faiblesse du taux de syndicalisation des salariés et du taux de couverture patronale en France (c'est-à-dire la proportion d'entreprises adhérentes et de salariés employés dans ces entreprises), en particulier dans les très petites entreprises, et les petites et moyennes entreprises (« TPE-PME »).*
- *L'analyse économique s'est penchée pour sa part sur les impacts de l'extension des accords de branche. Les experts s'accordent sur le fait que ce mécanisme peut réduire les inégalités entre les salariés, mais relèvent aussi la nécessité d'une régulation, compte tenu des conséquences potentiellement dommageables des extensions des accords sur le niveau d'emploi dans la branche ou sur l'intensité de la concurrence sur les marchés de biens et services concernés.*
- *Dans ce contexte, un groupe d'experts pourra être conduit à apporter un appui technique au ministre du travail dans l'appréciation des effets économiques et sociaux prévisibles de l'extension de l'accord, en particulier les effets induits potentiellement négatifs sur l'emploi et la concurrence.*
- *L'avis du groupe d'experts, préalable aux décisions d'extension, de même que l'arbitrage réalisé par le ministre du travail entre objectifs d'ordre social et impératifs de libre concurrence requiert de procéder, au « cas par cas », à l'analyse prospective des effets induits par l'extension de l'accord en tenant compte de l'état réel de la concurrence dans le secteur d'activité concerné.*

¹ Ce résumé a un caractère strictement informatif. Seul fait foi le corps de l'avis ci-après.

- *Les exemples avérés d'atteintes à la concurrence causées par des extensions d'accords collectifs de travail sont, en pratique, peu nombreux. Ils donnent toutefois des indications utiles pour la recherche de clauses qui auraient par exemple pour objet ou pour effet de limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence.*

Sur la base de ces constats, l'Autorité formule les recommandations suivantes :

- *Lorsque la situation présente des risques particuliers pour la concurrence, procéder à des analyses concurrentielles au « cas par cas » des accords de branche dont l'extension est sollicitée, afin de (i) tenir compte des conditions économiques réelles spécifiques à chaque secteur, et (ii) de réaliser un arbitrage équilibré entre objectifs d'ordre social et d'ordre public concurrentiel.*
- *Pour apprécier ces risques, l'Autorité propose des indicateurs utiles pour anticiper les effets sur la concurrence de l'accord, qui sont de trois types et portent respectivement :*

(i) sur les matières traitées par l'accord :

L'attention de l'évaluateur peut notamment être attirée sur les accords :

- ✓ *dont les thématiques ne se limitent pas à une simple mise en application des prescriptions de loi portant sur l'amélioration de conditions de travail mais affectent les rapports entre les acteurs économiques ;*
- ✓ *portant sur les salaires minima hiérarchiques ou les grilles de classifications ;*
- ✓ *impliquant une modification ou un nouveau mode d'organisation du temps de travail ;*
- ✓ *traitant des modalités de reprise des contrats de travail en cas de transfert d'entreprises ;*
- ✓ *recommandant des organismes de prévoyance et d'assurance de soins de santé ;*
- ✓ *prévoyant de nouvelles exigences de formation ou d'obtention de titre professionnel ;*
- ✓ *contenant des clauses relatives à la mobilité des salariés.*

(ii) sur le fonctionnement du secteur d'activité dans lequel l'accord a vocation à s'appliquer.

Certains critères peuvent suffire à eux seuls à justifier une analyse plus approfondie de l'accord tandis que d'autres seront un élément d'un « faisceau d'indices ». Ce peut être le cas notamment en présence :

- ✓ *de monopoles, d'oligopoles ou d'entreprises en position dominante ;*
- ✓ *d'entreprises détenant des droits exclusifs et exerçant une activité sur le marché concurrentiel ;*
- ✓ *d'une asymétrie de l'intensité capitalistique des entreprises du marché ;*
- ✓ *de flux d'échanges peu importants entre les États membres de l'Union ou d'une faible ouverture à l'international ;*
- ✓ *d'innovation technologique ;*
- ✓ *de secteurs connaissant une pénurie de main d'œuvre.*

(iii) *sur les conditions dans lesquelles l'accord est négocié.*

Le taux de couverture patronale et la structuration de la branche professionnelle peuvent aussi, en complément d'autres indicateurs, être utiles pour cibler certains accords justifiant une analyse approfondie. Ce peut être le cas lorsque :

- ✓ le taux de couverture patronale est faible dans une branche ;*
 - ✓ le taux de signature des accords par les PME est faible ;*
 - ✓ la branche est constituée essentiellement de TPE/PME ;*
 - ✓ la branche est constituée essentiellement de sous-traitants ;*
 - ✓ la branche est constituée d'entreprises dont les intérêts sont susceptibles de diverger ;*
- *Le constat des difficultés à quantifier le coût économique de certaines règles sociales sur les entreprises non signataires d'un accord ou, plus spécifiquement sur les TPE/PME, conduit l'Autorité à préconiser le développement des études d'impact au sein de la branche professionnelle dans le cadre du processus de négociation des accords.*
- *Enfin, les notions de secteur d'activité, de branche professionnelle et de marché pertinent répondent chacune à une logique propre. Ainsi, l'analyse des effets de l'extension sur l'emploi (dans la branche) et sur la concurrence (dans le marché pertinent) ne peut s'appuyer, en l'état des concepts utilisés, sur l'utilisation de statistiques harmonisées ou de tables de correspondance. Une réflexion d'ensemble, menée par les acteurs du système statistique public, serait nécessaire pour pallier cette difficulté.*

SOMMAIRE

Introduction	7
I. Le cadre juridique des accords de branche.....	9
A. LES ACCORDS DE BRANCHE ET LE MÉCANISME DE L'EXTENSION AU CŒUR DE LA NÉGOCIATION COLLECTIVE	9
1. L'ÉVOLUTION DE LA NÉGOCIATION COLLECTIVE ET DU RÔLE DE LA BRANCHE PROFESSIONNELLE DANS LA DÉTERMINATION DES GARANTIES SOCIALES COMMUNES	9
2. LES EFFETS DE LA LOI « TRAVAIL » DE 2016 ET DES ORDONNANCES DE SEPTEMBRE 2017 SUR L'ORDONNANCEMENT JURIDIQUE.....	13
3. LA PROCÉDURE D'EXTENSION DES ACCORDS DE BRANCHE	15
B. L'ARTICULATION ENTRE DROIT DU TRAVAIL ET DROIT DE LA CONCURRENCE RÉSULTANT DES NOUVEAUX TEXTES	17
1. LA MISSION DE « RÉGULATION DE LA CONCURRENCE » DES BRANCHES PROFESSIONNELLES	17
2. LE CONTRÔLE PAR LE MINISTRE DU TRAVAIL, AVEC L'APPUI DU GROUPE D'EXPERTS LORSQU'IL EST SAISI, DU RISQUE D' « ATTEINTE EXCESSIVE À LA LIBRE CONCURRENCE »	19
II. Les effets économiques et sociaux des extensions d'accords de branche	21
A. LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE SOCIAL.....	21
1. DES EFFETS AMBIGUS SUR LE TAUX D'ADHÉSION AUX ORGANISATIONS SYNDICALES ET PATRONALES.....	22
2. DES EFFETS PROTECTEURS POUR LES SALARIÉS.....	23
B. LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE.....	23
1. SOUS L'ANGLE MACROÉCONOMIQUE.....	24
2. SOUS L'ANGLE MICROÉCONOMIQUE	26
III. L'évaluation des risques pour la concurrence	27
A. LA NÉCESSAIRE PRISE EN COMPTE DES CONDITIONS ÉCONOMIQUES RÉELLES POUR L'APPRÉCIATION DES RISQUES POUR LA CONCURRENCE	28
B. UNE TYPOLOGIE DES RISQUES D'ATTEINTE À LA CONCURRENCE.....	30
1. L'APPLICATION DU DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES AUX DÉCISIONS D'EXTENSIONS DES ACCORDS CONCLUS DANS LE CADRE DE LA NÉGOCIATION COLLECTIVE	30
2. L'ÉVALUATION DES DÉCISIONS D'EXTENSION AU REGARD DU PRINCIPE DE LIBRE CONCURRENCE PAR LE CONSEIL D'ÉTAT	33
IV. Les recommandations	35
A. L'IDENTIFICATION D'ÉVENTUELLES CLAUSES PROBLÉMATIQUES DANS LES ACCORDS DE BRANCHE	35
1. LES MATIÈRES CONCERNÉES PAR L'ACCORD.....	35
2. LE SECTEUR D'ACTIVITÉ AUQUEL L'ACCORD A VOCATION À S'APPLIQUER.....	36

3. LES CONDITIONS DE NÉGOCIATION DE L'ACCORD : TAUX DE COUVERTURE PATRONALE ET STRUCTURATION DE LA BRANCHE	41
B. LES PRÉCONISATIONS DE L'AUTORITÉ CONCERNANT LES ÉTUDES D'IMPACT POUR ÉVALUER LE COÛT ÉCONOMIQUE D'UNE EXTENSION	42
C. L'ADAPTATION DU SYSTÈME STATISTIQUE NÉCESSAIRE À L'ANALYSE DES EFFETS DE L'EXTENSION DES ACCORDS COLLECTIFS DE BRANCHE.....	43
CONCLUSION	44

Introduction

1. Depuis la loi *Waldeck-Rousseau* de 1884, proclamant la liberté syndicale et la signature de la convention d'Arras en 1891, première convention collective dans le secteur de l'extraction et l'exploitation des mines de charbon, la négociation collective a connu de profondes évolutions. Une première « décentralisation » a été mise en œuvre par les lois de 1946 et 1950, qui ont attribué aux partenaires sociaux un véritable pouvoir normatif par la négociation des conventions et accords au niveau de la branche professionnelle. Ce mouvement s'est ensuite déplacé vers l'entreprise avec les lois *Auroux* de 1982.
2. Les dernières réformes, avec la loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (dite *loi « Travail »*) puis avec les cinq ordonnances du 22 septembre 2017 relatives, respectivement, au renforcement de la négociation collective, à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, au compte professionnel de prévention et portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective, ont poursuivi une dynamique de changement en faveur du renforcement du rôle de l'entreprise dans la négociation collective et d'une redéfinition de l'articulation entre accords de branche et accords d'entreprise. Désormais, dans des matières limitativement énumérées, l'accord de branche l'emporte sur l'accord d'entreprise (matières dites du « bloc 1 » et « bloc 2 »²), qui ne peut être moins favorable, et doit prévoir des garanties au moins équivalentes. Dans toutes les autres matières (dites du « bloc 3 »³), l'accord d'entreprise l'emporte sur l'accord de branche, et peut donc y déroger moins favorablement.
3. Les ordonnances de 2017 ont modifié la procédure d'extension des accords de branche pour anticiper plus efficacement qu'auparavant les risques d'atteinte à la concurrence liés à de telles extensions. Dans son arrêt de section *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*⁴, le Conseil d'État a en effet posé le principe suivant : « *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'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* » (caractères gras ajoutés). Cette position a été réitérée dans ses jurisprudences ultérieures.
4. Ainsi, la prise en compte des risques pour la concurrence dans le processus d'extension des accords n'est pas en soi une nouveauté. Les moyens alloués au contrôle de légalité préalable à l'extension constituent la principale innovation : possibilité est désormais donnée au

² La liste des matières des blocs 1 et 2 sont listées en annexe 1 du présent avis.

³ Le bloc 3 fait référence à toutes les matières ne relevant ni du bloc 1 ni du bloc 2 et qui peuvent faire l'objet d'un accord au niveau de l'entreprise. Pour plus de détails, voir infra, point 2, A, I.

⁴ CE, 30 avril 2003, n° 230804, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*.

ministre du travail, en sus de la Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle, de s'adjoindre l'aide d'un groupe d'experts, chargé d'apprécier les « *effets économiques et sociaux* » susceptibles de découler de l'extension d'un accord. Ces effets incluent notamment des risques d'atteinte excessive à la libre concurrence ou de mise à mal des objectifs de la politique de l'emploi.

5. La définition de la mission et la mise en place de ce groupe se sont largement inspirées des résultats d'études économiques, qui se sont intéressées aux risques liés au caractère *quasi-automatique* des extensions d'accords collectifs dans certains pays comme la France, le Portugal ou l'Espagne.
6. Le choix du législateur, lorsqu'il a habilité le gouvernement à réformer par ordonnance, n'a pas été de supprimer toute faculté d'extension des accords (contrairement à d'autres États européens) ni d'en réduire *a priori* le nombre. Dans un souci d'équilibre, il souhaitait néanmoins que d'autres formes d'intérêt général ne soient pas sacrifiées dans le processus d'extension des accords. Il s'agissait ainsi d'éviter que l'extension ne soulève des préoccupations de concurrence dommageables pour l'ensemble des consommateurs et insusceptibles d'être compensées par les avancées sociales pour les catégories de salariés visées par l'accord. Cette nécessité d'arbitrer entre des objectifs parfois contraires, et donc de procéder à une étude d'impact en amont de l'adoption des arrêtés d'extension, a justifié la mise en place de ce groupe d'experts, comme l'a indiqué la ministre du travail lors des débats du 24 janvier 2018 au Sénat : « *je réunirai un comité scientifique de personnalités indépendantes qui examinera les questions de concurrence et d'emploi et **éclairera le processus de prise de décision dans les procédures d'extension d'un accord*** » (caractères gras ajoutés).
7. Dernier élément de contexte, cette prise en compte renforcée des risques sur la concurrence dans le cadre du mécanisme d'extension des accords collectifs de branche est concomitante à un travail de regroupement des branches qui est appelé à modifier en profondeur le paysage conventionnel⁵. En effet, les enjeux de concurrence de l'extension d'un accord ne sont pas les mêmes selon que l'environnement est composé d'une multitude ou d'un nombre réduit de branches professionnelles.
8. Dans ce cadre, l'Autorité a été saisie pour avis le 3 août 2018 par le ministre de l'économie, à la demande de la ministre du travail, qui l'a invitée à procéder à une analyse des enjeux de concurrence et à identifier des critères utiles à l'appréciation des risques pour la concurrence liés à l'extension des accords de branche.
9. Afin de répondre à la question posée sur les possibles effets sur la concurrence des extensions d'accords de branche, le présent avis analyse en premier lieu le cadre juridique dans lequel ces extensions s'inscrivent (I). Il détaille ensuite les effets économiques et sociaux pouvant découler de ces extensions (II). Sur la base de la pratique consultative et décisionnelle de l'Autorité, ainsi que de la jurisprudence de ses juridictions de contrôle, il procède à une évaluation des risques pour la concurrence les plus susceptibles d'être rencontrés (III) avant de formuler des recommandations pratiques pour éclairer la mission du groupe d'experts. L'Autorité inventorie aussi des critères permettant de détecter ces risques (IV).

⁵ Le 15 janvier 2019, la ministre du travail a confié à Monsieur Pierre RAMAIN, Maître des requêtes au Conseil d'État, une mission d'appui auprès de son ministère pour faciliter la mise en œuvre de ce processus de restructuration des branches professionnelles.

I. Le cadre juridique des accords de branche

10. Dans un premier temps, il convient d'analyser le cadre juridique dans lequel s'inscrit la négociation collective en France. Les évolutions récentes apportées à ce cadre traduisent la volonté du législateur de renforcer le rôle de la branche professionnelle, sans négliger l'importance de la négociation collective menée au sein de l'entreprise (A). Dans un second temps, le rapprochement souhaité entre les concepts utilisés en droit de la concurrence et en droit du travail lors du processus d'extension des accords de branche nécessite de revenir sur l'articulation retenue jusqu'ici entre ces deux matières par la jurisprudence et la pratique décisionnelle (B).

A. LES ACCORDS DE BRANCHE ET LE MÉCANISME DE L'EXTENSION AU CŒUR DE LA NÉGOCIATION COLLECTIVE

11. Après avoir présenté l'importance croissante que revêt la négociation collective dans l'élaboration du droit social (1) et les changements substantiels qu'a connu son encadrement législatif en 2016 et 2017 (2), le mécanisme d'extension des accords de branche, tel qu'il résulte de la volonté d'uniformiser les règles du travail, fera l'objet d'une description particulière (3).

1. L'ÉVOLUTION DE LA NÉGOCIATION COLLECTIVE ET DU RÔLE DE LA BRANCHE PROFESSIONNELLE DANS LA DÉTERMINATION DES GARANTIES SOCIALES COMMUNES

12. Si les réformes législatives récentes ont, par un jeu de transferts de compétences, renforcé la négociation collective au niveau de l'entreprise (a), la branche demeure un niveau privilégié pour la détermination d'un socle minimum de garanties sociales (b).

a) La montée en puissance de l'accord collectif dans l'élaboration du droit social

13. Historiquement, la relation de travail s'est d'abord construite autour du contrat de travail, par essence considéré comme déséquilibré en faveur de l'employeur au détriment de l'employé. La nécessité de compenser cette asymétrie et d'assurer une protection du salarié a conduit à l'élaboration d'un ensemble de dispositions réunies au sein du code du travail.
14. Dans l'organisation de la relation de travail, l'État a longtemps été le seul producteur de normes et la loi jouait alors un rôle prépondérant. La réticence des partenaires sociaux⁶ à s'engager dans la voie de la négociation collective a renforcé le « monopole » de l'État dans la détermination de l'ordre public social. Cette position de l'État a perduré jusqu'à l'entrée en vigueur de loi du 11 juillet 1950⁷, qui marque la libération de la négociation collective et traduit l'expression de l'indépendance syndicale dans l'établissement des normes sociales.

⁶ Les partenaires sociaux sont les organisations représentant les employeurs d'une part et les organisations représentant les salariés d'autre part.

⁷ Loi n° 50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits sociaux de travail.

Cette loi a mis fin à l'agrément ministériel⁸ obligatoire pour que les conventions collectives deviennent exécutoires. Elle a par ailleurs autorisé, à nouveau, les partenaires sociaux à négocier en matière de salaires. Ainsi, le texte prévoit notamment que « *la convention peut mentionner des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements en vigueur [...]»*⁹.

15. Comme le souligne Jean-Denis Combrexelle, alors président de la section sociale du Conseil d'État, dans son rapport au Premier ministre de 2015, « [...] depuis le début du XX^e siècle, s'est progressivement créée entre la loi et le contrat de travail une source de droit spécifique qui est la faculté reconnue, d'une part, aux syndicats de salariés et, d'autre part, aux employeurs et aux organisations les représentant, de signer des accords collectifs »¹⁰.
16. Peu à peu, en effet, le rôle de l'État, et plus spécifiquement l'importance de la loi comme source de droit, ont été redéfinis pour attribuer une plus grande autonomie normative aux organisations patronales et syndicales et contribuer à donner à la négociation collective un rôle majeur dans la régulation des relations de travail.
17. Parmi ces textes, les lois *Auroux* de 1982 marquent une étape importante, prévoyant une obligation de négociation tant au niveau de la branche que de l'entreprise dans certains domaines et selon une périodicité fixés par la loi¹¹. En 2007, la loi de modernisation du dialogue social a instauré une phase obligatoire de concertation des partenaires sociaux préalable à tout projet gouvernemental de réforme dans le domaine des relations de travail, de l'emploi, et de la formation professionnelle.
18. Les jurisprudences, tant constitutionnelle que du juge de l'Union, sont allées dans le même sens, renforçant la place de la négociation collective dans l'ordonnement juridique¹². En effet, la négociation collective a été qualifiée, par la Cour de justice, de principe général du droit de l'Union. De même, elle a été érigée au rang des principes à valeur constitutionnelle sur le fondement du 8^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946.
19. Aujourd'hui, si son rôle a été redéfini, l'État conserve une place centrale dans l'élaboration des normes sociales. Il reste initiateur des lois qui définissent le cadre des relations sociales. Il intervient dans la négociation collective, mais en seconde intention, notamment par le procédé des extensions des accords collectifs de branche, après avoir opéré un contrôle de légalité¹³.
20. La négociation collective joue donc désormais un rôle majeur dans la définition des relations de travail entre employeurs et salariés. Elle porte plus spécifiquement sur les conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ou encore sur les garanties sociales accordées aux employés. Au sein de ces matières, les différents niveaux de négociation se répartissent les thématiques spécifiques :

⁸ Avant 1950, la loi de du 23 décembre 1946 soumettait l'application des conventions collectives à un agrément ministériel.

⁹ Article 31 a. alinéa 2, de la loi du 11 février 1950.

¹⁰ Rapport France Stratégie au Premier ministre, septembre 2015, Jean-Denis Combrexelle « La négociation collective, le travail et l'emploi » page 18.

¹¹ Les dispositions relatives à la négociation collective obligatoire sont actuellement codifiées aux articles L. 2241-1 à L. 2241-19 du code du travail, pour la branche professionnelle, et L. 2242-1 à L. 2242-20 du même code, pour l'entreprise.

¹² Pour plus de détails : voir la décision du Conseil Constitutionnel n° 77-79 DC du 5/07/1977 et l'arrêt de la CJCE, 8/09/2011, C-297/10, *Hennigs*.

¹³ Pour plus de détails sur ce contrôle de légalité opéré par la DGT, voir à partir du § 33.

- l'accord au niveau interprofessionnel porte sur des thématiques précises liées aux conditions de travail et aux garanties sociales (accord relatif aux retraites complémentaires Agirc et Arrco, au stress au travail, à la qualité de vie au travail par exemple). Les matières transversales à la plupart des contrats de travail peuvent être concernées par ce type d'accord. Il est signé par des représentants des salariés et des employeurs au niveau de plusieurs secteurs d'activité et s'impose, de façon descendante, à l'ensemble des branches professionnelles qui composent l'interprofession, elles-mêmes représentées par les syndicats présents lors de la négociation.
- l'accord au niveau de la branche est négocié dans des matières strictement définies par la loi¹⁴ et ne s'applique qu'au niveau d'un secteur d'activité¹⁵ et dans un champ d'application territorial (national, régional ou départemental), lui-même délimité lors de la négociation. Les accords conclus à ce niveau traitent de l'ensemble des matières mentionnées à l'article L. 2221-1 du code du travail (« *les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales* »).
- l'accord au niveau de l'entreprise ou du groupe se négocie entre l'employeur et les syndicats représentatifs au sein d'une entreprise. Il peut être conclu au niveau d'un groupe d'entreprises (holding et filiales) ou encore d'un établissement. Il peut traiter des matières relevant du champ de compétence de la branche, à condition d'offrir des garanties au moins équivalentes (*cf. infra hiérarchie des normes*). Dans toutes les autres matières, non réservées à la branche, il prévaut désormais sur l'accord de branche.

21. Jusqu'à la loi de 2016 et les ordonnances de 2017¹⁶ précitées (*cf. infra*), le droit des relations collectives de travail était bâti suivant une architecture pyramidale : les rapports entre les différents niveaux étaient basés sur le « principe de faveur ». Celui-ci signifiait que les accords de niveaux inférieurs ne pouvaient déroger à la norme supérieure que de façon plus favorable pour le salarié, sauf si la branche l'autorisait.
22. Ce cadre légal a sensiblement évolué au travers des modifications législatives successives, dans le sens d'une plus grande autonomie des différents niveaux de négociation. Plus particulièrement, l'importance de la négociation au niveau de l'entreprise a été renforcée. À titre d'exemples, les lois *Aubry* de juin 1998 et janvier 2000¹⁷ et *Fillon* de mai 2004¹⁸ ont permis la signature d'accords d'entreprise pouvant déroger, sur certaines thématiques, au principe de faveur, élargissant ainsi le champ du processus dérogatoire initié par les lois *Auroux* de 1982 en matière de durée du travail. Dans le même sens, la loi *Bertrand* de 2008 prévoit, concernant plusieurs domaines du temps de travail, que les entreprises peuvent fixer

¹⁴ Depuis les ordonnances du 22 septembre 2017 (article L. 2253-1 du code du travail), l'accord de branche prime sur l'accord d'entreprise dans 13 matières limitativement énumérées. Pour plus détails, voir les § 28 et suivants.

¹⁵ Par exemple, le bâtiment ou le commerce de détail. L'identification d'une entreprise à un secteur s'effectue ensuite par code NAF.

¹⁶ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2018 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels et les cinq ordonnances n° 2017-1385, n° 2017-1386, n° 2017-1387, n° 2017-1388, n° 2017-1389 du 22 septembre 2017.

¹⁷ Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (dite loi *Aubry*) et loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (1).

¹⁸ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

elles-mêmes par accord le contingent d'heures supplémentaires, ainsi que les contreparties en repos pour les salariés, en dérogeant au principe de faveur.

b) L'importance prise par la négociation collective au niveau de l'entreprise ne prive pas la négociation au niveau de la branche de pertinence pour la détermination du socle minimum de garanties sociales

23. Malgré le développement croissant de la négociation au niveau de l'entreprise, les organisations syndicales et patronales nationales représentatives auditionnées au cours de l'instruction estiment que la branche professionnelle reste un échelon pertinent de la négociation collective, notamment pour l'octroi de garanties sociales. Cette position semble partagée par le rapport au Président de la République sur l'ordonnance n° 2017-1385¹⁹, qui indique que l'objet de la réforme est de modifier « *l'articulation entre conventions de branche et conventions d'entreprise. Afin de sécuriser cette articulation, de renforcer le rôle de la branche dans sa fonction de régulation économique et sociale et de proposer davantage de capacité d'initiative à l'accord d'entreprise dans les autres domaines, sont limitativement énumérées les matières dans lesquelles la convention de branche définit les conditions d'emploi et de travail des salariés ainsi que les garanties qui leur sont applicables* ».
24. La définition du socle commun de garanties sociales reste de la compétence de la branche, qui uniformise les règles sociales à toutes les entreprises du secteur concerné (i.e. la branche professionnelle), défini par le champ d'application des accords négociés par les partenaires sociaux²⁰. Ce rôle pivot de la branche professionnelle est d'ailleurs maintenu par les ordonnances de 2017, qui lui attribuent 13 matières exclusivement réservées. Ainsi, dans les domaines-clés des conditions de travail et d'emploi, la primauté de la branche n'est pas remise en cause.
25. Une des organisations syndicales auditionnées par les services d'instruction a indiqué qu'une négociation au niveau de la branche est fondamentale pour rééquilibrer le rapport de force entre les organisations patronales et salariales. Dans le même sens, une autre a souligné ainsi que la possibilité de déroger, au niveau de l'entreprise, à l'accord collectif de branche (qui fixe, en principe, les « lois » de la profession) sans respecter le principe de faveur fragiliserait grandement, dans ces domaines réservés, la mission régulatrice de la branche, risquant de créer des droits et garanties différents entre les entreprises d'un même secteur d'activité.
26. Enfin, comme l'a précisé une dernière organisation, la branche joue un rôle de support vis-à-vis des TPE/PME, qui ne négocient pas ou peu d'accords d'entreprise, souvent faute d'élus ou de présence syndicale. Dans ces situations, la branche a la possibilité de réaliser des « accords-type », afin d'aider ces entreprises à s'adapter aux règles légales. Cette information peut laisser penser que la centralisation de la négociation au niveau de la branche présente l'avantage de réduire les coûts liés à la multiplication d'accords négociés au niveau de chaque entreprise. En effet, la réduction de ces coûts de négociation pourrait constituer un bénéfice économique non-négligeable des accords de branche.
27. Ainsi, le rôle uniformisateur attribué à la branche vise à garantir l'amélioration des conditions de travail des salariés, dès lors qu'après extension d'un accord collectif, les

¹⁹ JORF n° 0223 du 23 septembre 2017, texte n° 28, rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective.

²⁰ L'article L. 2222-1 du code du travail dispose que : « Les conventions et accords collectifs de travail [...], déterminent leur champ d'application territorial et professionnel. Le champ d'application professionnel est défini en termes d'activités économiques.

entreprises concurrentes d'un même secteur sont tenues d'appliquer les mêmes règles et d'offrir les mêmes garanties à leurs salariés, ou sont fortement incitées à le faire par le jeu des « accords-type ».

2. LES EFFETS DE LA LOI « TRAVAIL » DE 2016 ET DES ORDONNANCES DE SEPTEMBRE 2017 SUR L'ORDONNANCEMENT JURIDIQUE

28. Les débats parlementaires lors de l'examen du projet de loi « Travail » de 2016 et du projet de loi ratifiant les ordonnances des 22 et 23 septembre 2017 traduisent clairement la volonté de redéfinir les rapports de force entre les différents niveaux de négociation, afin que l'entreprise soit, elle aussi, placée au cœur du dialogue social²¹. Comme l'indiquait le Premier ministre, Manuel Valls, lors des débats parlementaires sur la loi du 8 août 2016, l'objectif était de développer un « dialogue social de proximité », qui selon le député Laurent Pietraszewski, rapporteur de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, serait plus favorable à la négociation de règles adaptées aux spécificités de l'entreprise, à son système de production et son organisation du travail²².
29. Ces réformes visaient donc à insuffler une « nouvelle culture du dialogue social » en France, ses promoteurs souhaitant qu'elle permette de passer d'une logique « d'affrontement » à une logique de « compromis ». Cette redéfinition des rôles respectifs de la branche et de l'entreprise a conduit *in fine* à transformer l'ordonnancement juridique du droit du travail.
30. Dans un premier temps, la loi « Travail » a prévu que l'accord de branche prévaudrait sur l'accord d'entreprise dans six matières limitativement énumérées, en dehors desquelles l'accord d'entreprise pourrait donc être moins favorable aux salariés que l'accord de branche, à moins que ce dernier ne prévoise des « clauses de verrouillage »²³. Ces clauses permettaient à la branche de donner un caractère impératif à certaines dispositions de l'accord négocié à son niveau.
31. Dans un second temps, les ordonnances de septembre 2017 ont à nouveau modifié la hiérarchie des normes collectives, dans le sens suivant :
 - (i) Un bloc de primauté, dit « bloc 1 », assure désormais un « verrouillage légal » de 13 matières, pour lesquelles l'accord de branche l'emporte sur l'accord d'entreprise conclu antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de l'accord de branche. L'accord d'entreprise ne peut donc être moins favorable aux salariés que l'accord de branche. Il doit toujours prévoir des garanties au moins équivalentes s'il souhaite y déroger.

Selon l'article L. 2253-1 du code du travail, ces 13 matières sont :

- 1° Les salaires minima hiérarchiques ;
- 2° Les classifications ;
- 3° La mutualisation des fonds de financement du paritarisme ;
- 4° La mutualisation des fonds de la formation professionnelle ;
- 5° Les garanties collectives complémentaires ;

²¹ Assemblée Nationale XIV^{ème} législature – Session ordinaire 2015-2016 – Séance du jeudi 12 mai 2016.

²² Assemblée Nationale XV^{ème} législature – Session ordinaire 2017-2018 – Séance du 21 novembre 2017.

²³ Depuis 2004, la loi donnait à la branche la primauté dans 4 matières (salaires minima, classifications, prévoyance et mutualisation des fonds de formation professionnelle), auxquelles la loi « Travail » de 2016 avait ajouté l'égalité professionnelle et la prévention de la pénibilité. Pour les autres matières, la branche devait définir les thèmes constitutifs de « l'ordre public convention de la branche » auxquels les entreprises ne pouvaient déroger par des accords moins favorables.

- 6° Les mesures énoncées à l'article L. 3121-14, au 1° de l'article L. 3121-44, à l'article L. 3122-16, au premier alinéa de l'article L. 3123-19 et aux articles L. 3123-21 et L. 3123-22 du même code et relatives à la durée du travail, à la répartition et à l'aménagement des horaires ;
- 7° Les mesures relatives aux contrats de travail à durée déterminée et aux contrats de travail temporaire ;
- 8° Les mesures relatives au contrat à durée indéterminée de chantier ou d'opération ;
- 9° L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ;
- 10° Les conditions et les durées de renouvellement de la période d'essai ;
- 11° Les modalités selon lesquelles la poursuite des contrats de travail est organisée entre deux entreprises lorsque les conditions d'application de l'article L. 1224-1 ne sont pas réunies ;
- 12° Les cas de mise à disposition d'un salarié temporaire auprès d'une entreprise utilisatrice ;
- 13° La rémunération minimale du salarié porté, ainsi que le montant de l'indemnité d'apport d'affaire.

(ii) Un bloc intermédiaire, dit « bloc 2 », assurant un « verrouillage facultatif » : il s'agit d'une liste de 4 matières pour lesquelles l'accord de branche peut décider expressément d'interdire à l'accord d'entreprise ultérieur (à la date de son entrée en vigueur) toute dérogation défavorable aux salariés, sauf si l'accord d'entreprise prévoit des garanties au moins équivalentes²⁴.

Selon l'article L. 2253-2 du code du travail, ces 4 autres matières sont :

- 1° La prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels ;
- 2° L'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés ;
- 3° L'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leurs parcours syndical ;
- 4° Les primes pour travaux dangereux ou insalubres.

(iii) Le bloc restant, dit « bloc 3 », affirme la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche et confirme son caractère supplétif²⁵. Dans toutes les autres matières que celles relevant des blocs 1 et 2, l'accord d'entreprise prévaut sur l'accord de branche, qu'il ait été conclu antérieurement ou postérieurement à l'entrée en vigueur de l'accord de branche. Il peut donc être plus ou moins favorable aux salariés. L'accord de branche n'a vocation à s'appliquer qu'en l'absence d'accord d'entreprise.

32. Au fil des années, une culture de co-construction du droit du travail avec les partenaires sociaux est née du développement et du renforcement de la négociation collective à différents niveaux décisionnels : interprofessions, branches, groupes, entreprises. Dans ce contexte, la ferme volonté d'uniformiser les règles du droit du travail s'est appuyée sur un élément moteur : le mécanisme d'extension des accords collectifs de branche par voie d'arrêté du ministre du travail, qui est quasi-systématiquement mis en œuvre en pratique.

²⁴ Il est important de noter que les accords de branche, qui prévoient une clause de « verrouillage » sur ces thèmes où la primauté est désormais donnée à l'accord d'entreprise, cesseront de produire leur effet à compter du 1^{er} janvier 2018.

²⁵ Article L. 2253-3 du code du travail.

3. LA PROCÉDURE D'EXTENSION DES ACCORDS DE BRANCHE

33. La procédure d'extension des accords et conventions collectives a été introduite par les accords de Matignon de juin 1936 dans un contexte de crise économique et sociale. L'objectif était alors d'uniformiser les conditions sociales entre les salariés d'un même secteur d'activité.
34. Un accord collectif, conclu au niveau de la branche par les organisations syndicales et patronales représentatives à ce niveau, s'applique aux entreprises adhérentes (ou représentées) aux organisations patronales signataires. Le mécanisme de l'extension permet cependant une couverture conventionnelle globale, en étendant le champ d'application d'un accord négocié à l'ensemble des entreprises, même non signataires, et à leurs salariés au sein d'un même secteur d'activité.
35. L'extension des accords de branche est encadrée par les articles L. 2261-19 à L. 2261-31 du code du travail. Préalablement à toute extension, deux conditions doivent être respectées :
- (i) l'accord doit avoir été négocié et conclu au sein d'une commission paritaire²⁶, qui est composée de représentants des organisations d'employeurs et de salariés représentatives au niveau de la branche ;
 - (ii) l'accord ne doit pas avoir fait l'objet, dans le mois suivant la publication de l'avis d'extension, d'une opposition « écrite et motivée » de la part d'une ou de plusieurs organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau de la branche²⁷.
36. La demande d'extension peut être effectuée soit par une ou plusieurs organisations syndicales ou patronales signataires, soit par le ministre du travail lui-même. Un avis préalable à l'extension est alors publié au *Journal Officiel de République Française* (« JORF »). À ce stade, s'ouvre la phase d'instruction et de contrôle de légalité de l'accord, menée par le ministère du travail. Ce contrôle vise à vérifier la validité juridique des clauses négociées par les partenaires sociaux au regard des textes législatifs et réglementaires en vigueur. Parallèlement, une commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle (« CNNCEFP ») – composée des représentants des organisations syndicales de salariés et d'organisations professionnelles d'employeurs représentatives – est également saisie pour avis consultatif.
37. Le ministre peut alors autoriser l'extension par un arrêté publié au JORF. Il peut cependant formuler plusieurs types d'observations.
- (i) Le premier type prend la forme d'un « appel à attention », qui a un objectif pédagogique et est utilisé pour indiquer aux partenaires sociaux les clauses dont la rédaction est ambiguë et qui pourraient mettre en cause la légalité de l'accord.
 - (ii) Le deuxième type d'observations, la « réserve », peut prendre plusieurs formes. Si certaines clauses d'un accord sont incomplètes au regard des dispositions légales, l'arrêté d'extension précise que l'accord est étendu sous réserve de sa mise en

²⁶ Article L. 2232-9 du code du travail, modifié sur ce point par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 : « I.- Une commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation est mise en place par accord ou convention dans chaque branche. (...) ».

²⁷ Une opposition à l'avis d'extension peut être formulée par une ou plusieurs organisations d'employeurs reconnues représentatives au niveau considéré dont les entreprises adhérentes emploient plus de 50 % de l'ensemble des salariés des entreprises adhérant aux organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives à ce niveau (alinéa 3 de l'article L. 2261-19 du code du travail).

conformité avec les dispositions concernées²⁸. Le ministre peut aussi accepter l'extension de certaines clauses mais réserver leur entrée en vigueur à l'existence d'un accord d'entreprise prévoyant des stipulations complémentaires. Il peut encore subordonner l'extension d'un accord à l'application de l'article L. 261-7 du code du travail relatif à la procédure de révision des accords collectifs. Enfin, une clause peut faire l'objet d'une réserve d'interprétation sur la base de la jurisprudence constitutionnelle. Elle est alors jugée conforme sous réserve que son interprétation ou application soit en accord avec les textes applicables.

- (iii) Le troisième type d'observations, l' « exclusion », a pour objet d'exclure de l'extension la ou les clauses d'un accord lorsqu'elles sont jugées illicites. Cela peut être le cas lorsqu'une clause « *ne répond pas à la situation de la branche ou des branches professionnelles dans le champ d'application considéré* »²⁹ ou lorsqu'une clause est contraire à un motif d'intérêt général, tel qu'affirmé par le Conseil d'État, dans une décision de 2008³⁰.

Ces deux derniers types d'observations ont, contrairement au premier, une force contraignante. Ils trouvent leur fondement légal à l'article L. 2261-25 du code du travail.

38. En outre, depuis 2017, le code du travail prévoit expressément la possibilité pour le ministre du travail de refuser l'extension d'un accord collectif pour « des motifs d'intérêt général, notamment pour atteinte excessive à la libre concurrence »³¹ (soulignement ajouté). Pour l'aider sur ces aspects, un groupe d'experts a été constitué. Saisi pour avis, il a pour mission d'apprécier les effets économiques et sociaux susceptibles de résulter de l'extension des accords de branche³². Ces nouvelles dispositions consacrent et organisent le principe de proportionnalité entre les objectifs d'ordre social et les impératifs de préservation de la concurrence développés par la jurisprudence du Conseil d'État. Dans son arrêt de section *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*³³ précité, la haute juridiction avait ainsi, pour la première fois, annulé un arrêté d'extension d'un accord de branche, après avis du Conseil de la concurrence³⁴, en raison d'une atteinte excessive à la concurrence.

²⁸ En 2018, 178 textes ont fait l'objet d'une ou plusieurs réserves. Données issues du Bilan de la négociation collective 2018, édition 2019, page 148.

²⁹ Deuxième alinéa de l'article L. 2261-25 du code de commerce.

³⁰ CE, 21 novembre 2008, *Syndicat national des cabinets de recouvrement des créances et de renseignements commerciaux et autres*, n° 300135, publié au recueil Lebon : « *Considérant que, pour refuser par la décision attaquée d'étendre cet accord, le ministre s'est fondé sur l'intérêt général qui s'attache à favoriser le maintien dans l'emploi des "seniors", conformément au plan d'action que le Gouvernement avait annoncé le 6 juin 2006 ; qu'en se fondant sur un tel motif, et alors même que la conclusion de l'accord en cause avait été rendue possible par l'article 16 de la loi du 21 août 2003, le ministre n'a pas fait une inexacte application du pouvoir qu'il tient du premier alinéa de l'article L. 133-8 du code du travail* ».

³¹ Article L. 2261-25 du code du travail, issu de l'article 1er de l'ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017.

³² Premier alinéa de l'article L. 2261-27-1 du code du travail : « Le ministre chargé du travail, de sa propre initiative ou à la demande écrite et motivée d'une organisation d'employeurs ou d'une organisation de salariés représentative dans le champ d'application d'une convention, d'un accord ou de leurs avenants, saisit un groupe d'experts chargé d'apprécier les effets économiques et sociaux susceptibles de résulter de leur extension ».

³³ CE, section, 30 avril 2003, n° 230804, publié au recueil Lebon, conclusions J-H. Stahl, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement* : « [...]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 ».

³⁴ Conseil de la concurrence, avis n° 00-A-30 du 4 décembre 2000.

39. Il faut préciser, qu'en pratique, les organisations syndicales de salariés et les organisations professionnelles d'employeurs représentatives ont confié à l'Autorité qu'elles ne s'opposaient que rarement à une demande d'extension ou à l'extension elle-même. La majorité d'entre elles négocie en effet les accords essentiellement dans l'objectif que ces derniers soient étendus et bénéficient à l'ensemble des salariés de la branche. En France, selon la DARES³⁵, le refus d'extension est « *peu fréquent* » : ainsi, elle précise qu'au cours des quatre dernières années, on compte un seul refus pour plus de 900 accords salariaux étendus par an dans les 300 principales branches. Selon la DGT, en 2018, 77 textes ont fait l'objet d'une ou plusieurs exclusions de clauses conventionnelles. Seuls 13 accords ont fait l'objet d'un refus d'extension.
40. Il faut noter que l'extension assure la couverture conventionnelle d'environ 80 % des salariés en France, et ce malgré un taux de syndicalisation particulièrement faible. À partir de la première mesure de l'audience pour la représentativité patronale³⁶, réalisée en 2017, la DARES estime qu'un quart des entreprises (employant deux tiers des salariés) adhèrent à une organisation patronale. Partant, les extensions des accords de branche conduisent donc à rendre ces accords applicables à trois quarts des entreprises et un tiers des salariés, qui ne seraient pas couverts en l'absence d'extension.

B. L'ARTICULATION ENTRE DROIT DU TRAVAIL ET DROIT DE LA CONCURRENCE RÉSULTANT DES NOUVEAUX TEXTES

41. Dans certaines hypothèses, un accord collectif de branche pris sur le fondement du droit du travail peut se trouver soumis aux règles du droit de la concurrence. Un premier lien entre les deux ordres juridiques a été établi par la loi, lorsque celle-ci a attribué à la branche professionnelle une mission de « régulation de la concurrence », acception qu'il conviendra d'expliquer (1). Le second point de jonction entre ces deux pans du droit a été établi par les ordonnances de 2017, qui précisent, désormais explicitement, que le ministre du travail peut être éclairé, s'il décide de le saisir, par un groupe d'experts constitué spécialement pour apprécier, notamment, les conséquences des accords collectifs sur la concurrence. C'est précisément pour appréhender convenablement la portée de cette mission qu'il convient de lever toute ambiguïté sur ces différentes notions (2).

1. LA MISSION DE « RÉGULATION DE LA CONCURRENCE » DES BRANCHES PROFESSIONNELLES

42. Dans le droit positif encadrant les relations collectives de travail, deux références sont faites à la concurrence :
- (i) D'une part, aux termes de l'article L. 2232-5-1 du code du travail, chaque branche a pour mission de « *réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application* » (soulignement ajouté).

³⁵ Étude DARES Analyses, novembre 2018, n° 053, « les extensions des accords de branche : quels sont les entreprises et les salariés concernés ? ». La DARES (Direction de l'Animation, de la Recherche, des Études et des Statistiques) du ministère du Travail produit des analyses, des études et des statistiques sur les thèmes du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social.

³⁶ Voir références note n° 34.

- (ii) D'autre part, l'article L. 2261-25 du code du travail prévoit que le ministre du travail peut refuser l'extension d'un accord de branche « *pour des motifs d'intérêt général, notamment pour atteinte excessive à la libre concurrence* » (soulignement ajouté).
43. Il résulte ainsi de ces dispositions que la prise en compte de la concurrence intervient à deux niveaux : tout d'abord, au titre des missions de la branche – celle-ci ayant vocation à réguler la concurrence entre les entreprises – elle doit ainsi être prise en compte par les partenaires sociaux, lorsqu'ils négocient un accord collectif de branche ; la concurrence fait partie, ensuite, des critères qui doivent être pris en compte par le ministre du travail, lorsqu'il examine une demande d'extension de cet accord. Il faut noter que, au vu notamment de leurs observations devant le collège de l'Autorité, les partenaires sociaux estiment que les effets économiques (dont la concurrence fait partie) induits par l'extension d'un accord collectif, sur les entreprises non-signataires, sont pris en compte au moment de sa négociation.
44. Alors même que le terme employé, « concurrence », est identique, dans ces deux articles L. 2232-5-1 et L. 2261-25 du code du travail, à celui figurant au chapitre 1 du titre VII du TFUE (« *Les règles de concurrence* ») et au livre IV du code de commerce (« *De la liberté des prix et de la concurrence* »), il semble qu'en raison de divergences conceptuelles, il puisse être appréhendé selon des acceptions différentes.
45. Il ressort ainsi des différentes auditions menées par l'Autorité que le terme « concurrence », s'agissant de la mission de régulation de la branche prévue à l'article L. 2232-5-1 précité, est interprété par les praticiens, notamment les partenaires sociaux (à défaut de jurisprudence topique), comme le moyen d'empêcher par la négociation et la fixation de règles communes une « concurrence sociale » déloyale entre les entreprises d'une même branche (c'est-à-dire liée à l'application de règles sociales moins favorables aux salariés).
46. Ce même terme de « concurrence » a une signification bien différente lorsqu'il fait référence aux pratiques anticoncurrentielles, ententes ou abus de position dominante ayant pour objet ou pour effet d'entraver le libre fonctionnement d'un marché (de biens ou de services). La Commission européenne, dans l'ensemble de l'Union, et l'Autorité de la concurrence, en France, sont habilitées à rechercher, poursuivre et sanctionner la mise en œuvre de telles pratiques, afin de sauvegarder l'ordre public économique et l'intérêt des consommateurs. Cette mission spécifique de contrôle est régie par les articles 101 et 102 du TFUE, ainsi que par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce.
47. Ainsi, une clarification apparaît nécessaire sur la notion d'« *atteinte excessive à la libre concurrence* » mentionnée à l'article L. 2261-25 du code du travail. Celle-ci compte parmi les motifs d'intérêt général pour lesquels le ministre du travail peut refuser de procéder à l'extension d'un accord de branche. En effet, il doit apprécier si l'extension d'un accord présente le risque de porter atteinte à la concurrence sur les marchés de biens et services sur lesquels les entreprises de la branche sont actives. À ce titre, la disposition précitée vise à poser un garde-fou contre les effets induits, généralement non-anticipés par les partenaires sociaux, mais potentiellement négatifs, de l'extension de l'accord collectif sur les conditions d'entrée, de développement ou d'innovation des entreprises sur les marchés de biens et services concernés, voire sur le maintien sur le marché de certains acteurs économiques tels que les TPE/PME.
48. Récemment inscrites à l'article L. 2261-25 du code du travail, ces dispositions ne constituent pas un ajout au droit positif dans la mesure où le législateur a « codifié » une obligation qui avait été identifiée par le juge il y a une quinzaine d'année. En effet, les dispositions en cause consacrent un principe dégagé par le Conseil d'État dans sa décision de section de 2003 précitée : « *il appartient au ministre du travail 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 »³⁷.

49. Par ailleurs, il ressort de ces nouvelles dispositions législatives que la mission du ministre du travail, parfois appuyé en cela par le groupe d'experts, n'est pas de qualifier une pratique anticoncurrentielle (entente ou abus de position dominante), mission qui appartient au demeurant aux seules autorités de concurrence. Il s'agit plutôt d'évaluer le risque que l'extension, dans des situations particulières portées à leur connaissance, produise une atteinte excessive à la concurrence sur un ou plusieurs marchés de biens et services concernés par l'accord.
50. Dans le cadre de cet avis, si l'Autorité entend apporter un éclairage au ministre et au groupe d'experts sur l'appréciation du risque concurrentiel lié à l'extension d'un accord collectif de branche, il ne lui appartient pas de prendre position sur l'arbitrage qui devra être fait, le cas échéant, lors de l'examen de la demande d'extension, entre les objectifs d'ordre social qui découlent de la conclusion des accords collectifs et les préoccupations de concurrence potentiellement identifiées. Il peut simplement être relevé, a priori, que la nature et l'envergure des effets attendus de part et d'autre pourraient être un élément d'appréciation pertinent.

2. LE CONTRÔLE PAR LE MINISTRE DU TRAVAIL, AVEC L'APPUI DU GROUPE D'EXPERTS LORSQU'IL EST SAISI, DU RISQUE D' « ATTEINTE EXCESSIVE À LA LIBRE CONCURRENCE »

51. Le premier alinéa de l'article L. 2261-25 du code du travail dispose que : *« 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. 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 ».*
52. Par ailleurs, l'article L. 2261-27-1 du même code dispose que : *« Le ministre chargé du travail, de sa propre initiative ou à la demande écrite et motivée d'une organisation d'employeurs ou d'une organisation de salariés représentative dans le champ d'application d'une convention, d'un accord ou de leurs avenants, saisit un groupe d'experts chargé d'apprécier les effets économiques et sociaux susceptibles de résulter de leur extension. Un décret détermine les modalités d'application du présent article, notamment les conditions de désignation des experts mentionnés au premier alinéa garantissant leur indépendance ».*
53. Ces dispositions posent les conditions dans lesquelles le ministre du travail peut refuser l'extension d'un accord de branche pour *« des motifs d'intérêt général, notamment pour atteinte excessive à la libre concurrence »*, éventuellement après l'avis d'un groupe d'experts, dans le cas où il le saisit en vue d'apprécier *« les effets économiques et sociaux »* de telles extensions, étant entendu que, le cas échéant, cet avis ne le lie pas.
54. Le groupe d'experts peut en effet être saisi pour avis par le ministre du travail, de sa propre initiative ou à la demande d'une organisation syndicale d'employeurs ou de salariés représentative dans le champ d'application de la convention en cause. La mission de ce groupe a été précisée par un décret du 14 décembre 2017. Elle est désormais encadrée par les articles D. 2261-4-1 à D. 2261-4-6 du code du travail, qui disposent respectivement que :

³⁷ Conseil d'État, 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, n° 230804, conclusions J-H. Stahl.

- « Le groupe d'experts chargé d'apprécier les effets économiques et sociaux susceptibles de résulter de l'extension d'une convention, d'un accord ou de leurs avenants prévu à l'article L. 2261-27-1 est composé de cinq personnalités choisies à raison de leur compétence et de leur expérience dans le domaine économique et social et nommées par arrêté du ministre chargé du travail. Le ministre du travail désigne le président du groupe d'experts parmi ses membres ;

- « Le mandat des membres est d'une durée de quatre ans et n'est pas révocable. Ceux des membres dont le mandat est interrompu, pour quelque cause que ce soit, sont remplacés dans les mêmes conditions de désignation que leurs prédécesseurs, dans le délai de deux mois pour la durée du mandat restant à courir » ;

- « Les organisations mentionnées à l'article L. 2261-27-1 disposent d'un délai d'un mois à compter de la publication de l'avis prévu à l'article L. 2261-19 pour demander au ministre la saisine du groupe d'experts. Cette demande est déposée auprès des services centraux du ministère du travail. Le ministre chargé du travail saisit le président du groupe d'experts de la demande prévue à l'alinéa précédent » ;

- « Le groupe d'experts remet au ministre chargé du travail, dans un délai de deux mois à compter de sa saisine, un rapport sur les effets économiques et sociaux susceptibles de résulter de l'extension de la convention ou de l'accord concerné ou d'un ou plusieurs de leurs avenants. Cet avis est communiqué à la Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle préalablement à son rapport sur l'extension de la convention, de l'accord ou de l'avenant concerné donné en application du 3° de l'article L. 2271-1. En l'absence de rapport à l'issue du délai prévu au premier alinéa, le groupe d'experts est réputé ne pas avoir d'observations quant à l'extension de l'accord » ;

- « Dans l'exercice des activités du groupe d'experts, ses membres ne peuvent solliciter ni accepter d'instruction d'aucune autorité. Ils sont tenus au secret sur les débats auxquels ils ont participé et sur les informations auxquelles ils ont eu accès dans le cadre de leurs travaux. En cas de manquement aux obligations prévues au présent article, le mandat d'un membre peut être suspendu par le président du groupe d'experts » ;

- « Les membres du groupe d'experts ne peuvent prendre part à l'élaboration du rapport lorsqu'ils ont un intérêt personnel à l'affaire qui en est l'objet ».

55. Les organisations syndicales rencontrées dans le cadre de l'instruction ont fait part des inquiétudes suscitées par la création de ce groupe d'experts. Se pose notamment pour elles la question de la légitimité des experts nommés. Sans remettre en cause leur technicité dans leurs domaines de spécialité respectifs, ces organisations syndicales s'interrogent sur leur maîtrise des enjeux de la négociation de branche qui, selon elles, seraient propres à chaque secteur d'activité. Une connaissance fine de ces enjeux leur apparaît essentielle pour analyser à bon escient les effets économiques et sociaux des extensions. En outre, s'ils venaient à se généraliser, elles craignent que les avis défavorables aux demandes d'extension n'entraînent une réduction du taux de couverture conventionnelle en France. Enfin, elles redoutent un allongement des délais de la procédure d'extension (en moyenne d'une année à compter du dépôt de la demande) en cas de saisine du groupe d'experts. Les effets liés à l'application de l'accord à l'ensemble de la branche seraient ainsi retardés, puisque les salariés des entreprises non-signataires doivent attendre l'extension de l'accord pour bénéficier de ses avantages.

56. Au vu des textes applicables, la mission du groupe d'experts semble être d'apporter un éclairage sur les effets socio-économiques de l'extension de l'accord de branche. Il lui

revient ainsi, pour ce qui concerne le domaine de la concurrence, d'évaluer à titre prospectif si l'extension de l'accord à l'ensemble des entreprises de la branche est susceptible d'affecter le libre jeu de la concurrence de façon excessive au regard des objectifs d'ordre social poursuivis.

57. À moyen terme, la diffusion de sa pratique consultative pourra être anticipée, par les organes chargés de la négociation collective au niveau de la branche. Ceci pourrait inciter les partenaires sociaux à mieux tenir compte des risques anticoncurrentiels dès la négociation de l'accord, et donc à rendre moins fréquents les avis négatifs du groupe d'experts.
58. Dans une logique de transparence et de pédagogie, le groupe d'experts a indiqué être désireux de constituer et rendre publique sa propre doctrine, qui pourrait prendre la forme de « lignes directrices » à destination notamment des négociateurs de branche. Un tel document pourrait contribuer à une meilleure prise en compte de l'aspect concurrentiel dans la négociation des accords, en amont de la demande d'extension, soit au contentieux, si l'arrêté du ministre du travail était attaqué devant le Conseil d'État.
59. Le contrôle préalable de légalité que le ministre du travail exerce, avec l'appui du groupe d'experts lorsque ce dernier est saisi, en amont de l'éventuelle extension de l'accord, s'effectue en effet sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, comme l'a rappelé le Conseil d'État dans sa décision *Syndicat national des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*³⁸ précitée. En d'autres termes, l'arrêté d'extension du ministre du travail, comme d'ailleurs son éventuel refus d'y procéder pour des motifs d'intérêt général, peuvent être contestés devant le juge administratif, qui procède alors à un contrôle de proportionnalité entre les objectifs d'ordre social et les impératifs de préservation de la libre concurrence.

II. Les effets économiques et sociaux des extensions d'accords de branche

60. L'équilibre socio-économique qu'il incombe au ministre du travail de rechercher, le cas échéant avec l'appui du groupe d'experts, et sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, vise à concilier une exigence de protection sociale, qui peut justifier l'extension des avantages sociaux négociés collectivement à l'ensemble des salariés d'une branche (A), et la prise en compte des inconvénients susceptibles d'en résulter pour l'économie du secteur, qu'il s'agisse de restrictions portées à l'emploi ou au fonctionnement concurrentiel des marchés de biens et services concernés (B).

A. LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE SOCIAL

61. À titre liminaire, il apparaît utile d'inventorier les avantages et les inconvénients respectifs de l'extension des accords collectifs sur les différentes parties prenantes, notamment les

³⁸ CE, 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, n° 230804, « [...]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 ».

organisations salariales et patronales, mais aussi d'en analyser l'importance relative du point de vue des acteurs concernés, comme l'État et les partenaires sociaux ont pu l'exposer au cours de l'instruction.

62. De façon générale, selon l'Organisation Internationale du Travail (« OIT »)³⁹, la négociation collective vise à protéger les conditions d'emploi, à distribuer équitablement les avantages sociaux au sein d'un secteur et à garantir une paix sociale entre les acteurs. L'objectif d'équilibre social recherché peut être atteint par la négociation, car il s'agit justement d'un « *processus décisionnel conjoint* », assurant à chaque partie le droit de rejeter une proposition, de présenter une contre-proposition ou encore de demander une concession.

1. DES EFFETS AMBIGUS SUR LE TAUX D'ADHÉSION AUX ORGANISATIONS SYNDICALES ET PATRONALES

63. Si l'extension des accords de branche garantit l'application d'un socle social au plus grand nombre⁴⁰, une des principales craintes, formulée par les commentateurs, serait qu'elle engendre corrélativement une baisse du taux de syndicalisation des salariés. Ceux-ci, obtenant « gratuitement » des avantages négociés collectivement, perdraient alors tout intérêt à se syndiquer. Comme l'expliquent les auteurs d'une étude publiée dans la revue de l'Institut de Recherches Économiques et Sociales (« IRES ») en 2017⁴¹, en permettant aux salariés d'obtenir directement les bénéfices négociés collectivement sans avoir à adhérer à un syndicat, l'extension compense *de facto* l'impact du faible taux de syndicalisation. Inversement, elle pourrait rendre les organisations syndicales fortement dépendante de l'usage de ce mécanisme, et donc de l'intervention de l'État.
64. Toutefois, selon cette même étude, il n'y aurait pas de corrélation claire entre l'usage de l'extension et la syndicalisation. Les données de pays nordiques (Suède, Finlande, Norvège et Danemark) le prouvent : « *D'un côté, le Danemark et la Suède, deux des trois pays ayant le plus fort taux de syndicalisation, n'ont pas du tout d'instruments d'extension. D'un autre côté, en Finlande, la syndicalisation a clairement augmenté depuis l'introduction d'une extension administrative au début des années 1970. En Norvège également, il n'est pas évident que l'augmentation du recours à l'extension ait eu des conséquences négatives sur le recrutement de nouveaux membres* ». D'un autre côté, l'étude souligne que d'« *autres pays, comme l'Espagne, les Pays-Bas et, en particulier la France, semblent à première vue confirmer la proposition selon laquelle un haut niveau de couverture conventionnelle sécurisé par l'extension a un fort impact négatif sur la syndicalisation. Cependant, on trouve aussi quelques autres pays ayant des taux bas et similaires de syndicalisation dans lesquels l'extension joue seulement un rôle limité* ». En somme, d'après les auteurs, de multiples combinaisons entre taux de syndicalisation et existence d'un mécanisme d'extension des accords sont possibles. La capacité des syndicats à se structurer et à promouvoir un syndicalisme basé sur l'adhésion est liée à un « *large éventail de facteurs économiques,*

³⁹ Fiche d'information n° 1 « la négociation collective », Service des marchés du travail inclusifs, des relations professionnelles et des conditions de travail (INWORK), Bureau international du travail, ISSN 2411-684X (imprimé) / ISSN 2313-5158 (web) Novembre 2016, Organisation Internationale du Travail (OIT).

⁴⁰ La négociation collective au niveau de la branche assure en effet un taux de couverture conventionnel élevé grâce au mécanisme d'extension. Étude de la DARES précitée (références note n° 34) montre que les arrêtés d'extension permettent d'étendre la couverture conventionnelle en rendant applicables les accords de branche aux entreprises non-signataires, qui représentent les trois quarts des employeurs et un tiers des salariés de la branche.

⁴¹ Thorsten Schulten, Line Eldring, Reinhard Nauman, « *Le rôle de la négociation collective dans la solidité et la stabilité de la négociation collective en Europe* », Revue de l'IRES, 2016/2 n° 89, pages 51 à 87.

sociaux et politiques et ne peut pas être réduite à une cause unique comme l'usage de l'extension ». De ce point de vue, l'usage ou non de l'extension des accords de branche serait plutôt indifférent.

65. Inversement, l'extension des accords issus de la négociation collective inciterait les entreprises à adhérer aux organisations patronales. Comme l'indiquent les auteurs de l'étude de l'IRES précitée, « *le fait que les employeurs sachent qu'ils vont de toute façon être couverts par un accord collectif semble manifestement créer chez eux une forte incitation à rejoindre une organisation patronale dans le but d'exercer leur possibilité d'expression (et peut-être de bénéficier des autres services de l'organisation)* ».

2. DES EFFETS PROTECTEURS POUR LES SALARIÉS

66. La négociation de branche est un outil essentiel à la régulation des relations sociales, généralement au bénéfice des salariés qui y ont un emploi. En effet, l'extension de l'accord à l'ensemble des entreprises de la branche empêche toute recherche individuelle d'avantages compétitifs résultant de l'application de normes sociales moins favorables aux salariés que celles négociées collectivement. À titre d'exemple, indépendamment des protections conférées par ailleurs par le salaire minimum de croissance (« SMIC ») prévu à l'article L. 3231-2 du code du travail, l'instauration de salaires minima hiérarchiques par branche permet d'une part de limiter les répercussions négatives de la concurrence entre les entreprises sur les niveaux de salaires, et d'autre part, de rééquilibrer les rapports de force entre l'employeur et le salarié, ce dernier étant le plus souvent la « partie faible » du contrat de travail. La négociation collective au niveau de la branche joue aussi un rôle important dans de nombreuses autres matières, telles que la sécurisation de l'emploi, la réglementation du temps de travail, la qualité de l'environnement au travail, l'accès à la formation ou à la protection sociale.
67. Le mécanisme de l'extension apporte ainsi une stabilité au système de la négociation collective. À défaut, la concurrence des entreprises n'appliquant pas l'accord pourrait fragiliser celles qui l'appliquent au point d'exercer une pression remettant en cause l'existence même de cet accord. Ainsi, la baisse du taux de couverture conventionnelle liée à un éventuel refus d'extension risquerait de fragiliser les garanties sociales offertes aux salariés de la branche par les promoteurs de l'accord.
68. L'importance de ce mécanisme ayant été rappelé, les refus d'extension ont vocation à être envisagés, lorsqu'il ressort du bilan effectué par le ministre du travail, avec l'appui du groupe d'experts lorsque ce dernier est saisi, que les avancées sociales envisagées par l'accord pour les salariés sont insuffisantes pour compenser les effets négatifs sur l'économie, notamment sur l'emploi dans la branche ou l'intensité concurrentielle sur les marchés de biens et services concernés.

B. LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE

69. Plusieurs études économiques ont été réalisées au cours des dernières années, afin d'apprécier quels étaient les effets économiques des extensions d'accords de branche : d'une part, sous l'angle macroéconomique (1) et, d'autre part, sous l'angle microéconomique (2).

1. SOUS L'ANGLE MACROÉCONOMIQUE

70. En premier lieu, des études descriptives⁴² basées sur des échantillons de pays relativement larges (membres de l'OCDE ou membres de l'UE, par exemple) présentent les différentes caractéristiques des systèmes de négociation collective dans ces pays : les principaux acteurs, les procédures d'extension existantes, les seuils de représentativité nécessaires, les éventuelles clauses d'ouverture, etc.
71. L'analyse des impacts macroéconomiques de ces systèmes (sur les salaires et le chômage notamment) permet d'en identifier les avantages et les limites (réduction des inégalités salariales, fonction protectrice pour les salariés, gestion des conflits du travail versus accroissement du coût du travail et destructions d'emplois, problème de représentativité des accords étendus, réduction de la concurrence).
72. Ces études sont également complétées par des études empiriques analysant les effets macroéconomiques de la négociation collective et des extensions au travers d'études portant sur un pays particulier (Portugal, Allemagne, Pays-Bas, Espagne, Afrique du Sud et Israël). Elles ont aussi davantage recours à des méthodes économétriques afin de démontrer l'effet causal des accords de branche et de leur extension sur diverses variables d'intérêt (salaires, inégalités salariales, emploi, impact sur les entreprises non-négociatrices notamment).
73. Certaines de ces études confirment certains effets bénéfiques des extensions. De Ridder et Euwals (2016)⁴³ montrent par exemple qu'aux Pays-Bas, les extensions ont permis d'augmenter les salaires des travailleurs couverts par un accord ayant été étendu. De la même façon, Kristal et Cohen (2007)⁴⁴ montrent qu'en Israël, les extensions d'accords de branche sont un moyen de réduire les inégalités salariales.
74. À l'inverse, d'autres mettent plutôt en avant les effets néfastes des extensions d'accords de branche sur le niveau d'emploi ou sur la masse salariale totale d'un secteur. Ainsi, Magruder (2011)⁴⁵ montre que le haut niveau de chômage et le faible nombre de TPE en Afrique du Sud pourraient en partie être dus aux extensions d'accords de branche. Martins (2014)⁴⁶ montre qu'au Portugal, le total des salaires d'un secteur (en tenant compte des augmentations salariales liées à l'accord mais également de la baisse du recrutement et de la fermeture d'entreprises) diminue à la suite à des extensions d'accords de branche. Toujours sur le cas du Portugal, Hijzen et Martins (2016)⁴⁷ ajoutent que les effets néfastes des extensions

⁴² Voir par exemple OCDE (2017), Perspectives de l'emploi de l'OCDE 2017, Chapitre 4 – « La négociation collective dans un monde du travail en mutation », *Éditions OCDE*, Paris. Villanueva, Ernesto (2015), « Employment and wage effects of extending collective bargaining agreements : extending provisions of collective contracts to all workers in an industry or region may lead to employment losses », *IZA World of Labor*. Visser, Jesse (2016), « What happened to collective bargaining during the great recession? », *IZA Journal of Labor Policy*, 5:9.

⁴³ De Ridder, Maarten & Rob Euwals (2016), « What are the wage effects of extending collective labor agreements ? Evidence from the Netherlands », *CPB Background document*, CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis.

⁴⁴ Kristal, Tali & Cohen Yinon (2007), « Decentralization of collective agreements and rising wage inequality in Israel », *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society*, 46(3):613-635.

⁴⁵ Magruder, Jeremy (2012), « High unemployment yet few small firms: the role of centralised bargaining in South Africa », *American Economic Journal: Applied Economics*, 4(3) : 138-166.

⁴⁶ Martins, Pedro S. (2014), « 30,000 minimum wages: the economic effects of collective bargaining extensions », *IZA discussion paper No. 8540*, Institute for the Study of Labor (IZA).

⁴⁷ Hijzen, Alexander & Pedro S. Martins (2016), « No Extension Without Representation? Evidence from a Natural Experiment in Collective Bargaining », *IZA Discussion Paper No. 10204*, Institute of Labor Economics (IZA).

d'accords de branche sont concentrés dans les entreprises « non-affiliées » (i.e., qui n'ont pas participé aux négociations de l'accord initial). Ils insistent également sur la difficulté d'établir un seuil de représentativité pertinent et soulignent les effets de la rétroactivité des extensions dont les délais administratifs sont parfois longs. Ainsi, plus ce délai administratif est long, plus l'effet néfaste sur l'emploi est important. En effet, lorsque l'accord de branche étendu modifie les salaires des employés, la rétroactivité⁴⁸ de l'extension impose aux entreprises désormais couvertes par l'accord de verser des arriérés de salaires à leurs employés. De même, Diez-Catalan et Villanueva (2014)⁴⁹ mettent l'accent sur la rigidité induite par les extensions, celles-ci empêchant les réductions de salaires en cas de crise économique, comme cela a été le cas en Espagne, et entraînant, de ce fait, des destructions d'emplois. Enfin, Dustman et al. (2014)⁵⁰ expliquent la compétitivité de l'Allemagne par le système de négociation en vigueur dans ce pays, qui privilégie les accords d'entreprises par rapport aux accords de branche.

75. Certaines recherches (notamment celle d'Hijzen et al. (2017)⁵¹) soulignent la nécessité d'adapter la réglementation au contexte de chaque pays, voire de chaque secteur. Dans leur article, ils comparent les Pays-Bas et le Portugal, deux pays aux systèmes de négociation collective similaires mais dont les performances du marché du travail sont très différentes. Ceci s'explique, selon eux, notamment, par les caractéristiques différentes des deux pays, s'agissant de leur taux de syndicalisation, du degré de coopération entre les parties à la négociation ou de la qualité des relations salariales par exemple. De plus, et comme l'évoquent aussi Hijzen et Martins (2016), un équilibre doit être trouvé entre les effets positifs des extensions (réduction des inégalités salariales et inclusion de l'ensemble des entreprises de la branche) et leurs effets dommageables (réduction du nombre d'emplois créés dans la branche, l'effet étant particulièrement prononcé pour les entreprises n'ayant pas participé à la négociation de l'accord). Enfin, Murtin, de Serres et Hijzen (2014)⁵² mettent en avant le fait que les extensions ne doivent pas être considérées isolément mais être incluses dans un système économique global. Les auteurs montrent notamment que l'effet de la fiscalité du travail sur l'emploi est amplifié par l'ampleur des extensions d'accords de branche. Les accords de branche, du fait notamment qu'ils privent les entreprises de la possibilité de négocier des accords d'entreprises moins avantageux pour les salariés, empêchent celles-ci de répercuter une hausse de la fiscalité du travail sur les employés. Cette impossibilité de répercuter les effets d'une hausse de la fiscalité sur les salaires aboutit à une baisse du recrutement dans les entreprises et, par suite, à une hausse du taux de chômage.
76. De manière générale, si l'effet des accords sur la concurrence n'est pas au cœur de ces analyses, il est néanmoins parfois évoqué, par exemple par Magruder (2011) : « *si les grandes entreprises et les partenaires sociaux négocient un niveau de règles sociales élevé,*

⁴⁸ En France, l'article L. 2261-1 du code du travail pose un principe de non-rétroactivité : « *Les conventions et accords sont applicables, sauf stipulations contraires, à partir du jour qui suit leur dépôt auprès du service compétent, dans des conditions déterminées par voie réglementaire* ».

⁴⁹ Diez-Catalán, Luis & Ernesto Villanueva (2014), « Contract Staggering and Unemployment during the Great Recession: Evidence from Spain », *Bank of Spain Working Paper No.1431*, Madrid.

⁵⁰ Dustman, Christian et al. (2014), « From Sick Man of Europe to Economic Superstar: Germany's Resurgent Economy », *Journal of Economic Perspectives*, 28(1) : 167-88.

⁵¹ Hijzen, Alexander, Pedro S. Martins & Jante Parlevliet (2017), « Collective Bargaining Through the Magnifying Glass: A Comparison Between the Netherlands and Portugal », *Working Paper No. 618*, NOVA School of Business & Economics.

⁵² Murtin, Fabrice, Alain de Serres & Alexander Hijzen (2014), « Unemployment and the coverage extension of collective wage agreements », *European Economic Review*, 71(C) : 52-66.

dans le but de réduire la concurrence des petites et moyennes entreprises, cela pourrait alors limiter leur viabilité et limiter les offres des demandeurs d'emplois »⁵³.

2. SOUS L'ANGLE MICROÉCONOMIQUE

77. Les études microéconomiques⁵⁴ disponibles se focalisent sur l'effet des extensions sur la concurrence. Elles appréhendent notamment comment un accord salarial collectif, étendu ensuite à l'ensemble de l'industrie, peut réduire la concurrence. Il s'agit de modèles théoriques dans lesquels l'entreprise « issue du sérail » (« *insider* », selon la terminologie anglo-saxonne habituellement utilisée), c'est-à-dire déjà active sur le marché de biens et services en cause, et son organisation patronale, en coopération avec les instances représentatives du personnel peuvent augmenter les coûts des concurrents ou de potentiels nouveaux entrants. Ces modèles prennent pour hypothèse que le travail est le seul facteur de production et que les nouveaux entrants ont une productivité du travail inférieure ou égale à celle des entreprises « du sérail ». Cette hypothèse implique que les nouveaux entrants sont moins efficaces que les entreprises « du sérail », ce qui pourrait par exemple se matérialiser dans des marchés dans lesquels les économies d'échelle jouent un rôle important, à savoir ceux ayant un coût unitaire de production d'un bien ou d'un service décroissant à mesure que les quantités produites augmentent. Ainsi, tout accord de branche accroissant le coût du travail (par exemple via des clauses portant sur les salaires ou les conditions de travail) a un effet négatif plus important sur les nouveaux entrants que sur les entreprises « du sérail ».
78. Dans ces analyses, les motivations des parties à la négociation ne sont pas identiques : d'un côté, les organisations patronales souhaitent augmenter le salaire minimum afin d'accroître les coûts des concurrents ; de l'autre, les syndicats de travailleurs sont supposés modérer cette ambition (pourtant soutenue par les travailleurs eux-mêmes), afin d'éviter les effets pervers de cette augmentation sur la masse salariale totale du secteur d'activité. Les auteurs comparent une situation avec et sans possibilité d'étendre les accords de branche et montrent que la possibilité d'étendre les accords de branche aboutit, sous certaines conditions, à négocier des niveaux de salaire minimum plus élevés qu'en l'absence d'extension et à empêcher ainsi l'entrée de nouveaux concurrents.
79. Ces analyses ont parfois recours à des études de cas afin d'illustrer leurs raisonnements théoriques. Heitzler et Wey (2010) utilisent par exemple le cas de Deutsche Post. À partir d'août 2007, des négociations ont eu lieu en Allemagne entre l'association des employeurs postaux, alors dominée par Deutsche Post et ses filiales, et les syndicats, en prévision de l'ouverture à la concurrence du secteur prévue pour janvier 2008. Les négociations ont notamment porté sur l'instauration d'un salaire minimum pour l'ensemble du secteur. Un accord entre l'association d'employeurs et les syndicats a été trouvé début septembre 2007 et cet accord a été transmis à l'administration allemande pour qu'il soit étendu à l'ensemble du secteur. L'accord imposait un salaire minimum entre 20 et 30 % supérieur aux salaires moyens versés par les concurrents de Deutsche Post et prévoyait une clause de sortie de l'accord pour ses signataires dans l'hypothèse où celui-ci ne serait pas étendu à l'ensemble du secteur. Malgré les protestations des concurrents de Deutsche Post, qui soulignaient que

⁵³ Version originale: « *If large firms and unions agree to high standards with the goal of reducing competition from small firms, then this could limit the viability of small firm enterprise, restricting the options available to the unemployed* ».

⁵⁴ Haucap, Justus, Uwe Pauly & Christian Wey (2000), « Collective Wage Wetting When Wages are Generally Binding: An Antitrust Perspective », *Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung gGmbH (Ed.)*, Berlin. Heitzler, Sven & Christian Wey (2010), « Raising Rivals' Fixed (Labor) Costs : The Deutsche Post Case », *DIW Discussion Papers No. 1008*, Berlin.

l'accord relevait d'une stratégie visant à leur imposer des conditions salariales excessives pour les évincer du marché, le ministère du travail allemand a étendu l'accord fin décembre 2007. D'après les auteurs, l'extension de l'accord à l'ensemble du secteur postal a eu un effet très important sur les concurrents de Deutsche Post. Un communiqué du gouvernement fédéral allemand cité par les auteurs indique, ainsi, qu'entre 2008 et 2009, 153 entreprises du secteur postal allemand ont déposé le bilan et qu'approximativement 19 000 emplois ont été perdus.

80. Deux conclusions majeures peuvent être établies, à la lumière de ces différentes études :
- (i) La nécessaire régulation concurrentielle des extensions d'accords collectifs et la mise en place d'instances chargées d'enquêter sur ces procédures ;
 - (ii) L'importance de la centralisation de la négociation salariale et de la diversité des membres des organisations patronales. En effet, les employeurs et employés des entreprises « du sérail » peuvent avoir des attentes identiques (augmenter les salaires, par exemple). En centralisant les négociations – et en faisant donc intervenir les syndicats et non les salariés – et en diversifiant les membres des organisations patronales (pour y inclure des PME par exemple), les effets négatifs de ces accords sur la concurrence sont plus limités : les auteurs de ces études estiment qu'au moins en théorie, les syndicats vont modérer les augmentations de salaire de façon à maximiser la masse salariale du secteur ; de même, inclure des PME dans les organisations patronales devrait avoir pour effet de limiter les comportements anticoncurrentiels des entreprises « du sérail ».
81. En conclusion, s'il semble largement admis, au plan académique, que des extensions d'accords peuvent avoir des effets négatifs sur le niveau d'emploi, et donc s'avérer dommageables aux personnes qui, à défaut, seraient susceptibles de trouver un emploi dans la branche (« salariés potentiels »), il n'est pas non plus exclu qu'elles puissent également avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel sur les marchés de biens et services produits par la branche, en restreignant, notamment, abusivement l'entrée de nouvelles entreprises dans le secteur économique concerné (« entrants potentiels »), et ainsi porter atteinte au bien-être des consommateurs. L'Autorité examine, dans la suite de l'avis, les conditions dans lesquelles ces risques pour la concurrence pourraient se matérialiser.

III. L'évaluation des risques pour la concurrence

82. L'analyse de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence montre que l'examen des risques anticoncurrentiels devrait tenir compte des conditions économiques réelles du secteur d'activité dans lequel s'inscrit l'accord collectif (A). Cette analyse permet en outre d'établir, à des fins théoriques, une typologie des risques d'atteinte à la concurrence (B).

A. LA NÉCESSAIRE PRISE EN COMPTE DES CONDITIONS ÉCONOMIQUES RÉELLES POUR L'APPRÉCIATION DES RISQUES POUR LA CONCURRENCE

83. Selon une jurisprudence constante du juge de l'Union⁵⁵, l'application concrète des règles de concurrence à un cas d'espèce exige de tenir compte :
- (i) du contexte économique dans lequel opèrent les acteurs concernés,
 - (ii) des produits et des services visés par les décisions de ces acteurs, et
 - (iii) de la structure et des conditions réelles de fonctionnement du marché concerné.
84. L'Autorité estime que la même logique devrait prévaloir, s'agissant de l'examen *ex-ante* des risques anticoncurrentiels potentiellement attachés à l'extension d'un accord collectif de branche. Cette méthodologie est celle qu'elle a suivie, ainsi que son prédécesseur, le Conseil de la concurrence, depuis le début des années 1990, lorsqu'elle a examiné, dans le cadre de ses activités contentieuses ou consultatives, la compatibilité avec le droit de la concurrence de différentes conventions collectives.
85. Avant les arrêts de principe *Albany* de la Cour de justice et *Syndicat des exploitants des réseaux d'eau et d'assainissement* du Conseil d'État, le Conseil de la concurrence s'était par exemple prononcé au contentieux sur le caractère anticoncurrentiel d'un accord collectif dans le secteur audiovisuel⁵⁶. Dans sa décision, il avait considéré que les conventions collectives ne peuvent, par nature, être exclues de l'application des règles de la concurrence (faisant alors référence aux articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenus les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce). Après avoir mis en regard les effets restrictifs potentiels d'une des clauses de la convention en cause avec ses avantages au plan social, il était toutefois arrivé à la conclusion que cette clause ne présentait pas d'incompatibilité avec les règles de concurrence. Il avait, entre autres, tenu compte du fait que « *la profession des artistes-interprètes est affectée d'un taux de chômage permanent de l'ordre de 80 %, d'un travail intermittent et, par suite, de pensions de retraite très faibles* » ou encore que le secteur des producteurs d'œuvres audiovisuelles était caractérisé « *par la petite taille des entreprises et la faiblesse du montant de leurs capitaux propres* ». Pour autant, aucun élément du dossier ne fournissait « *l'indice d'une volonté commune des diffuseurs d'affaiblir les producteurs* » en créant un transfert de charges sur ces derniers.
86. Dans le cadre de son activité consultative, le Conseil de la concurrence s'était par ailleurs prononcé, dans un avis du 21 janvier 1992⁵⁷, sur la question de l'application des règles de concurrence à une convention collective désignant un organisme de prévoyance unique⁵⁸. Selon lui, la désignation d'un tel organisme traduisait l'expression du choix des partenaires

⁵⁵ Arrêt du 12 décembre 1995, *Oude Luttikhuis*, C-399-93, point n°10.

⁵⁶ Décision du Conseil de la concurrence n° [90-D-21](#) du 26 juin 1990 relative aux accords conclus entre des syndicats d'artistes-interprètes, des organismes de communication audiovisuelle et certains producteurs d'émissions de télévision.

⁵⁷ Avis du Conseil de la concurrence n° [92-A-01](#) du 21 janvier 1992 relatif aux questions posées par le Syndicat français des assureurs-conseils concernant la désignation par une convention collective d'un organisme de prévoyance unique

⁵⁸ Ces clauses de désignation visant à désigner un organisme pour assurer la couverture complémentaire santé et/ou prévoyance des salariés, ont été censurées pour l'avenir par le Conseil constitutionnel dans une décision du 13 juin 2013 et la loi de finances de la sécurité sociale pour 2014 a ainsi modifié les dispositions du code de la sécurité sociale, autorisant désormais des clauses de recommandations. En tout état de cause, il conviendra de veiller à ce que la faculté de dénonciation ou résiliation d'un contrat souscrit auprès d'un organisme recommandé soit toujours possible et que la recommandation a été effectivement précédée d'une procédure de mise en concurrence des organismes concernés.

sociaux, qui auraient été en mesure d'exprimer leur opposition avant d'adopter cette clause et conservaient cette faculté à l'occasion de la révision de celle-ci, de sorte que leur liberté de choix était préservée. Dans ce contexte spécifique, le Conseil avait estimé que la clause de désignation n'était pas contraire au droit de la concurrence.

87. Au niveau de l'Union, l'analyse de la Cour de justice dans l'arrêt *Pavlov*⁵⁹ illustre également la prise en compte du contexte économique réel, en présence d'accords résultant d'une négociation collective. Même s'il ne s'agissait pas d'un accord issu de la négociation collective, le raisonnement de la Cour est éclairant. La Cour s'est interrogée sur la question de savoir si la décision, présentée comme à vocation sociale, des membres d'une profession libérale d'instaurer un fonds de pension chargé de la gestion d'un régime de pension complémentaire, pouvait avoir pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. Selon la Cour, l'affiliation obligatoire visant à harmoniser les coûts et les prestations de pensions complémentaires des médecins spécialistes avait pour effet de restreindre la concurrence mutuelle entre les professionnels afin d'obtenir une assurance moins onéreuse. Cependant, elle a estimé que l'effet sur la libre concurrence de cette obligation était limité puisque « *le coût du régime de pension complémentaire n'exerce qu'une influence marginale et indirecte sur le coût final des services offerts* ». Au contraire, la clause présentait des avantages concurrentiels, en permettant la réalisation d'économies d'échelle dans la gestion des cotisations et du versement des pensions. Par conséquent, elle a conclu que la décision de membres d'une profession libérale d'instaurer un fonds chargé de la gestion des pensions complémentaires et auquel l'adhésion était obligatoire ne restreignait pas sensiblement la concurrence sur le marché commun.
88. Pour sa part, saisi pour avis dans le secteur des réseaux d'eau et d'assainissement⁶⁰, le Conseil de la concurrence a également pris en compte les conditions réelles de fonctionnement du secteur avant de prendre position. Il a constaté que l'activité de production, traitement, et distribution de l'eau était dominée par un oligopole constitué de trois grands groupes, dont deux réalisaient conjointement environ 80 % du chiffre d'affaires total. Il a donc estimé que le marché était « *extrêmement concentré* », analyse que le Conseil d'État a d'ailleurs suivie dans sa décision précitée du 30 avril 2003.
89. Plus récemment, dans un avis du 29 mars 2013⁶¹ relatif aux préoccupations de concurrence causées par la désignation d'un organisme en matière d'assurance complémentaire de frais de santé dans un accord collectif, l'Autorité a tenu compte, dans son bilan concurrentiel, à l'instar de la Cour de justice et du Conseil de la concurrence, du contexte et du fonctionnement du marché. Les bénéfices de la mutualisation des frais de santé, qui auraient pu justifier l'exonération des clauses de désignation des règles de la concurrence, lui sont apparus trop limités pour compenser les risques d'atteinte à la concurrence. En effet, au cas d'espèce, l'enjeu était l'absence de mise en concurrence de ces organismes en amont de la désignation. Dans son analyse, l'Autorité s'est appuyée sur des données économiques montrant que « *la plupart des clauses conclues à ce jour confient la gestion de la prévoyance de branche à des institutions de prévoyance, au détriment des mutuelles et des sociétés*

⁵⁹ Arrêt de la CJCE du 12 septembre 2000, *Pavlov*, C-180/98.

⁶⁰ Avis n° [00-A-30](#) du 4 décembre 2002 du Conseil de la concurrence relatif à une demande d'avis de la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies sur la convention collective des entreprises des services d'eau et d'assainissement.

⁶¹ Avis de l'Autorité de la concurrence n° [13-A-11](#) du 29 mars 2013 relatif aux effets sur la concurrence de la généralisation de la couverture complémentaire collective des salariés en matière de prévoyance.

d'assurance »⁶². Pour démontrer le faible intérêt de la mutualisation, elle a également pris en compte la faiblesse des marges dégagées par les organismes d'assurance complémentaire, prouvant ainsi que les partenaires sociaux de la branche n'étaient pas mieux placés que l'employeur à titre individuel pour négocier des montants de cotisations intéressants.

90. Ces exemples montrent la nécessité de tenir compte de l'état de la concurrence effective et d'analyser, de manière approfondie, le fonctionnement du secteur avant de considérer qu'une demande d'extension d'un accord de branche emporte trop de risques anticoncurrentiels pour que le ministre du travail puisse l'accepter.

91. Une analyse au « cas par cas » est ainsi nécessaire, tant pour anticiper les incidences négatives de l'extension sur le niveau d'emploi dans la branche ou sur l'intensité concurrentielle sur les marchés de biens et services en cause que pour apprécier la proportionnalité entre les avancées sociales permises par l'accord et ces deux types d'atteinte au bon fonctionnement de l'économie.

B. UNE TYPOLOGIE DES RISQUES D'ATTEINTE À LA CONCURRENCE

92. Avant d'aborder la jurisprudence du Conseil d'État appréciant les arrêtés d'extension au regard de l'atteinte portée au principe général de libre concurrence (2), il sera rappelé la pratique décisionnelle et les jurisprudences de l'Union et nationale concernant l'application *stricto sensu* du droit des pratiques anticoncurrentielles aux décisions d'extension (1).

1. L'APPLICATION DU DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES AUX DÉCISIONS D'EXTENSIONS DES ACCORDS CONCLUS DANS LE CADRE DE LA NÉGOCIATION COLLECTIVE

a) Le droit des ententes

93. En premier lieu, il sera rappelé que la Cour de justice considère avec constance depuis son arrêt du 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/96, Rec. p. I-05751, que les accords, conclus dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux, destinés à améliorer les conditions d'emploi et de travail doivent être considérés, en raison de leur nature et de leur objet, comme ne relevant pas de l'article 101, paragraphe 1, du Traité. Si la Cour a reconnu que certains effets restrictifs de concurrence pouvaient être inhérents à la conclusion d'accords collectifs entre organisations représentatives des employeurs et des salariés, elle a également souligné que « *les objectifs de politique sociale, poursuivis par de tels accords, seraient sérieusement compromis si les partenaires sociaux étaient soumis à l'article 85, paragraphe 1 [désormais article 101, paragraphe 1, du TFUE]* »⁶³.
94. Si l'une des conditions fait défaut (1° accords conclus dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux ; 2° dont l'objet est l'amélioration des conditions de travail), l'accord rentre dans le champ de la prohibition de l'article 101, alinéa 1 du Traité ou de l'article L. 420-1 du code de commerce.

⁶² Avis n° [13-A-11](#) du 29 mars 2013 relatif aux effets sur la concurrence de la généralisation de la couverture complémentaire collective des salariés en matière de prévoyance, point n° 95 : « [...] *les institutions de prévoyance concentraient, en 2012, 90 % des désignations des 224 régimes de branche existants, soit 337 désignations accordées sur les 377 désignations recensées cette année-là* ».

⁶³ Cour de justice, 21 septembre 2000, C-222/98, Rec. 2000 I-0711.1

95. S'agissant de la première condition, la Cour de justice a jugé, dans son arrêt *Pavel Pavlov e.a.* (du 12 septembre 2000 ; C-180/98 à C-184/98), que l'exonération ne saurait être étendue aux accords conclus en dehors du cadre de négociations collectives, une organisation de médecins signataires étant une association d'entreprises et non une organisation syndicale représentative.
96. De même, un accord collectif entre employeurs et travailleurs indépendants, n'ayant pas la qualité de salariés, n'échappe pas à l'application du droit de la concurrence (CJUE, 4 décembre 2014, *FNV Kunsten*, C-413/13).
97. S'agissant de la seconde condition, l'exonération ne s'applique pas aux dispositions des conventions collectives étrangères à l'amélioration des conditions d'emploi et de travail, c'est-à-dire portant sur des matières qui ne relèvent pas de l'essence des négociations collectives ou visent à affecter directement les rapports entre les employeurs et des tiers, tels que les clients, les fournisseurs, les employeurs concurrents ou les consommateurs, en nuisant à la concurrence⁶⁴.
98. Ainsi, dans une décision du 29 janvier 1991 (n° [91-D-04](#)), le Conseil de la concurrence a déclaré anticoncurrentielles, des clauses de conventions conclues entre des unions de mutuelles et des syndicats qui interdisaient aux mutuelles affiliées à ces unions de négocier des conventions à titre individuel, de telles clauses ayant pour objet et pouvant avoir pour effet de protéger chaque société mutualiste de la concurrence éventuelle d'une société de la même union (clause de non concurrence entre les mutuelles).
99. En second lieu, il résulte d'une jurisprudence constante que, si, par lui-même, l'article 101 TFUE concerne uniquement le comportement des entreprises et ne vise pas des mesures législatives ou réglementaires émanant des États membres, cet article, lu en combinaison avec l'article 4, paragraphe 3, TUE, impose aux États membres de ne pas prendre ou de ne pas maintenir en vigueur des mesures, de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises. Tel est le cas lorsqu'un État membre soit impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 101 TFUE ou renforce les effets de telles ententes, soit retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique (voir, en ce sens, arrêts du 18 juin 1998, *Commission/Italie*, C-35/96, Rec. p. I-3851, points 53 et 54 ; *Corsica Ferries France*, C-266/96, Rec. p. I-3949, points 35, 36 et 49, ainsi que *Albany*, précité, point 65).
100. Il convient, à cet égard, d'observer que, dans la mesure où un accord ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, les pouvoirs publics sont libres de le rendre obligatoire à des personnes qui ne sont formellement pas liées par celui-ci.

101. Il en résulte que la décision administrative d'extension d'une convention collective bénéficiant de l'exonération ne pourra pas être contestée sur le fondement du droit des ententes en droit de la concurrence de l'Union ou national.

102. Au contraire, sera illicite la décision d'extension de conventions exclues du champ de l'exonération et comportant une clause anticoncurrentielle par objet ou par effet.

⁶⁴ Conclusions de l'avocat général M.F.G. Jacobs, présentées le 28 janvier 1999, affaires C-67/9, Albany et affaires jointes C-115/97, C-116/97, C-117/97, *Brentjens* et C-219/97, *Maatschappij Drijvende Bokken*, point n°192.

b) Les abus de position dominante

103. Certaines conventions collectives peuvent conférer des droits exclusifs à une entreprise. C'est ainsi par exemple qu'elles peuvent prévoir une affiliation obligatoire à un régime de remboursement complémentaire santé, qualifié d'entreprise, en lui conférant le droit exclusif de percevoir et gérer les cotisations versées par les employeurs et les salariés du secteur visé.
104. La décision d'extension de ce type d'accord ne sera licite que si l'octroi des droits exclusifs est lui-même licite, c'est-à-dire s'il ne conduit pas l'entreprise ainsi désignée à abuser de sa position dominante, au sens de l'article 102 du TFUE ou de l'article L. 420-2 du code de commerce.
105. Il est en effet de jurisprudence constante que le simple fait de créer une position dominante par l'octroi de droits exclusifs au sens de l'article 106, paragraphe 1, TFUE n'est pas, en tant que tel, incompatible avec l'article 102 TFUE. Un État membre n'enfreint les interdictions édictées par ces deux dispositions que lorsque l'entreprise en cause est amenée, par le simple exercice des droits exclusifs qui lui ont été conférés, à exploiter sa position dominante de façon abusive ou lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à commettre de tels abus (voir arrêts précités, *Höfner et Elser*, point 29 ; *Albany*, point 93 ; *Brentjens*, point 93 ; ainsi que *Drijvende Bokken*, point 83).
106. Une telle pratique abusive contraire à l'article 106, paragraphe 1, TFUE existe, notamment, lorsqu'un État membre confère à une entreprise un droit exclusif d'exercer certaines activités et crée une situation dans laquelle cette entreprise n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour ce genre d'activités (voir, en ce sens, arrêts précités *Höfner et Elser*, point 31, ainsi que *Pavlov e.a.*, point 127).
107. L'abus de position dominante a également été analysé dans l'affaire *Pavlov* par la Cour de justice, qui a jugé que le fonds, qui s'était vu octroyer un droit exclusif de gérer une partie du régime de pension complémentaire obligatoire, détenait une position dominante sur une partie substantielle du marché commun. Cependant, elle a estimé qu'il n'était pas prouvé que le fonds puisse être amené, par le simple exercice d'un droit exclusif conféré par les pouvoirs publics, à exploiter sa position de façon abusive.
108. Le Conseil d'État, conduit à contrôler la légalité d'un arrêté d'extension, dans l'affaire du Syndicat national des entreprises d'esthétique et de coiffure à domicile, a recherché si l'extension pouvait avoir pour effet de placer les entreprises de « *coiffure traditionnelle* », concurrentes des entreprises de coiffure à domicile, dans une situation d'abus de position dominante, contraire à l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 [désormais l'article L. 420-2 du code de commerce]. À l'instar de la Cour de justice, la haute juridiction a jugé qu'il n'était pas prouvé que ces entreprises puissent constituer un « groupe d'entreprises ». Ainsi, la contestation n'était pas sérieuse⁶⁵.
109. Ainsi, l'abus de position dominante demeure envisageable dans les branches où une ou plusieurs entreprises détiennent, seule ou conjointement, une telle position, et pourrai(en)t être tentée(s) d'instrumentaliser la négociation collective au niveau de la branche. Sans qu'elle n'ait donné lieu à aucun contentieux, l'affaire *Deutsche Post*, en Allemagne, illustre parfaitement le cas d'une entreprise en monopole, qui aurait, selon les auteurs de l'étude⁶⁶, tenté de fixer, avant même l'entrée de ses concurrents sur le marché, des règles sociales de nature à dissuader cette entrée. Cette pratique pourrait être assimilée à un abus de position

⁶⁵ CE, 16 janvier 2002, Syndicat national des entreprises d'esthétique et de coiffure à domicile, n° 223859.

⁶⁶ Heitzler, Sven & Christian Wey (2010), « Raising Rivals' Fixed (Labor) Costs : The Deutsche Post Case », *DIW Discussion Papers No. 1008*, Berlin.

dominante, rendu possible par une instrumentalisation de la négociation collective. L'analyse du risque concurrentiel lié à l'extension peut se prêter à la recherche de l'hypothèse dans laquelle ce mécanisme créerait ou ferait croître une position dominante, par exemple, par l'augmentation artificielle des coûts des entrants potentiels ou d'entreprises de la frange concurrentielle à un niveau insoutenable.

2. L'ÉVALUATION DES DÉCISIONS D'EXTENSION AU REGARD DU PRINCIPE DE LIBRE CONCURRENCE PAR LE CONSEIL D'ÉTAT

110. À côté des cas évoqués *supra* où sont invoquées les règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles, le Conseil d'État a également mis en évidence un principe général de libre concurrence, qui fait partie des principes généraux du droit et qui doit se concilier avec eux.
111. Les arrêtés d'extension sont soumis à ce principe général, qui doit être concilié avec les objectifs d'ordre social poursuivis par les règles concernées.
112. L'articulation de deux objectifs – préservation de l'ordre public social et préservation de l'ordre public concurrentiel – revêt une difficulté particulière, puisque les intérêts en présence sont parfois antagonistes. Dans ses conclusions dans l'affaire précitée de 2003⁶⁷, le Commissaire du Gouvernement rappelle d'ailleurs que la transversalité des règles de concurrence ne signifie pas « *qu'elles soient d'application exclusive et qu'elles doivent conduire à écarter les législations particulières ou à nier les objectifs poursuivis par ces législations ; mais cela implique qu'elles soient conciliées et combinées avec ces objectifs particuliers* ». En d'autres termes, il s'agit de rechercher l'équilibre entre les objectifs d'ordre social d'une convention collective, nécessitant la mise en place de règles ou des mécanismes protecteurs des salariés, et les possibles incidences concurrentielles sur les marchés concernés. Dans sa décision de 2003⁶⁸, le Conseil d'État a jugé 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 ; (...) 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 ; (...) 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* ».
113. Il a ainsi annulé un arrêté d'extension d'un accord collectif de branche dans le secteur des réseaux d'eau et d'assainissement, au motif que cette convention comportait une clause prévoyant, en cas de perte de marché, la reprise, par le nouveau titulaire, des contrats de travail des salariés affectés à la clientèle depuis au moins six mois
114. Le grief principal contre cette clause était qu'une telle obligation de reprise faisait peser une charge supplémentaire sur le nouveau délégataire de nature à rendre difficile, voire

⁶⁷ Conclusions du Commissaire du Gouvernement Jacques-Henri STAHL sur l'arrêt du Conseil d'État (voir références de l'arrêt, note n° 32).

⁶⁸ Ibid.

impossible, l'obtention de nouveaux marchés par celui-ci et, plus généralement, par les entreprises ne relevant pas de l'organisation signataire. Alors que dans le cas d'un rachat d'entreprise, les coûts induits par l'application de l'article L. 122-12 du code du travail (désormais l'article L. 1224-1 du même code) peuvent être anticipés, et par conséquent provisionnés par le repreneur de l'activité, l'anticipation des coûts spécifiques par un soumissionnaire peut dégrader l'équilibre économique de son offre et, partant, le dissuader de candidater.

115. Sans qualifier l'accord collectif prévoyant une telle clause de reprise des salariés d'« entente anticoncurrentielle », le Conseil d'État a retenu que la généralisation de cette clause aux nouveaux titulaires d'un marché ou d'une délégation de service public dans le secteur concerné, y compris aux non-signataires de l'accord, portait une « *atteinte excessive à la libre concurrence* », en raison de :
- (i) la dissuasion des concurrents de candidater ;
 - (ii) l'augmentation des dépenses de personnel induite par l'obligation de reprise ;
 - (iii) l'aggravation des distorsions de concurrence entre les concessionnaires sortants et les soumissionnaires.
116. En sens inverse, dans une décision de 2008, le Conseil d'État a validé un arrêté d'extension d'accords collectifs relatifs à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans le cadre de l'activité de remorquage portuaire⁶⁹. Si la mise en place d'un nouveau régime de travail dit de « service discontinu du port » (alternance de temps de travail et temps de repos des marins) soumettait les petites entreprises et celles nouvellement créées à des contraintes d'organisation du travail induisant des coûts supplémentaires, susceptibles d'augmenter le prix de leurs prestations de services, il a conclu *in fine* que le contenu de l'accord ne portait pas une atteinte disproportionnée à la libre concurrence.

117. **À la lumière de ce qui précède, il apparaît possible que les organisations patronales signataires d'accords collectifs, représentant les acteurs économiques d'une branche professionnelle, puissent être amenées à négocier des clauses qui, même si elles améliorent les conditions de travail des salariés (et recueillent, par conséquent, l'accord des organisations syndicales), peuvent aussi avoir pour objet ou pour effet de porter atteinte à la concurrence de manière disproportionnée en induisant des coûts supplémentaires qui nuisent à l'entrée ou au maintien sur le marché de certains acteurs, notamment des TPE/PME ou des entreprises nouvellement créées.**
118. **Le contexte économique dans lequel l'accord de branche est conclu, ainsi que la structure et le fonctionnement du marché dans lequel les acteurs économiques exercent leurs activités, peuvent permettre d'évaluer plus précisément le risque anticoncurrentiel d'une extension, notamment, à l'égard des acteurs économiques non signataires d'un accord collectif.**

⁶⁹ CE, 21 mai 2008, *Société nouvelle de remorquage du Havre (SNRH) et société de remorquage maritime de Rouen (SORMAR)*, n°291115.

IV. Les recommandations

119. Afin de permettre au groupe d'experts de remplir au mieux ses missions, l'Autorité s'est d'abord attachée à inventorier les critères utiles à l'identification d'éventuelles clauses problématiques dans les accords de branche (A), puis à préconiser le développement des études d'impact pour évaluer le coût économique d'une extension (B) ainsi que l'adaptation du système statistique d'entreprises (C).

A. L'IDENTIFICATION D'ÉVENTUELLES CLAUSES PROBLÉMATIQUES DANS LES ACCORDS DE BRANCHE

120. Sur la base des constats qui précèdent, l'Autorité estime que les matières sur lesquelles porte l'accord de branche (1), le secteur économique auquel il a vocation à s'appliquer (2) de même que les conditions de sa négociation (3) sont autant d'éléments à analyser en détail pour identifier des clauses « à risque » sur le plan concurrentiel.

1. LES MATIÈRES CONCERNÉES PAR L'ACCORD

121. L'ampleur des changements ou des apports d'un accord collectif constitue le premier critère d'appréciation de l'opportunité de son analyse approfondie. Plus précisément, le risque pour la concurrence ne sera pas identique selon que l'accord :

- (i) se borne à mettre en œuvre des droits découlant directement des prescriptions d'une loi en matière de relations de travail entre employeurs et travailleurs ou, dans le cas d'un avenant, à mettre à jour un accord précédent ;
- (ii) va au-delà de l'amélioration des conditions de travail et affecte les rapports entre les entreprises de la branche et leurs clients, fournisseurs ou concurrents.

122. À titre d'exemple, dans l'affaire des *Sociétés de remorquage du Havre et de Rouen*, portée devant le Conseil d'État, l'accord introduisait un dispositif totalement nouveau d'organisation du temps de travail (en l'espèce un service dit « continu » ou « discontinu »), qui imposait de lourdes contraintes supplémentaires, notamment des obligations de permanence. En effet, pour les ports français, ce sont les sociétés commerciales de remorquage qui exercent, en même temps que leur activité concurrentielle, une mission de service public de remorquage, qui peut être imposée par la capitainerie du port et qui nécessite la disponibilité des remorqueurs au cours de périodes données. En outre, la mise en place d'une organisation du temps de travail plutôt qu'une autre (par exemple, un mode « continu » plutôt que « discontinu » au sein d'un port, comme cela était le cas par exemple pour le port du Havre) pourrait limiter l'accès au marché du remorquage portuaire à un nouvel entrant ayant organisé son activité selon un mode discontinu. Dans ces situations, une analyse plus fine de l'accord apparaît nécessaire.

123. Les clauses des accords collectifs potentiellement « à risque » ne sont pas nécessairement liées aux conditions salariales mais peuvent porter sur l'ensemble des matières négociées au sein de la branche. La pratique décisionnelle et la jurisprudence montrent que des risques anticoncurrentiels peuvent résulter de clauses extrêmement diverses, relatives à :

- l'organisation du temps de travail (répartition, aménagement des horaires, durée du travail, temps de récupération), lorsque celle-ci engendre un coût supplémentaire d'organisation pour certains acteurs et nouveaux entrants ;
- le niveau de salaires minimum ;
- la poursuite des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise en application de l'article L. 1224-1 (anciennement l'article L. 122-12) du code du travail⁷⁰ ;
- la recommandation d'un organisme de prévoyance, dont le choix doit résulter d'une mise en concurrence préalable à la signature d'un accord ;
- la formation (obligation d'obtention d'un diplôme spécifique à l'exercice d'une profession) ;
- la limitation de la mobilité des salariés (clause de non-concurrence par exemple négociée dans le cadre d'un accord collectif) ;
- en cas de changement d'attributaire d'un marché public ou privé, des clauses de reprise des salariés au prorata du chiffre d'affaires perdu par l'ancien attributaire.

124. Ainsi, il est recommandé, dans le cadre de l'évaluation du risque concurrentiel, de veiller à examiner l'ensemble des matières traitées dans l'accord, chacune pouvant avoir un impact négatif sur la concurrence, dès lors qu'elle induit un surcoût qui apparaîtrait disproportionné au regard des objectifs d'ordre social promus par l'accord.

2. LE SECTEUR D'ACTIVITÉ AUQUEL L'ACCORD A VOCATION À S'APPLIQUER

125. L'étude du taux de couverture patronale permet d'identifier les secteurs d'activité, où le taux d'adhésion des entreprises aux organisations patronales signataires de l'accord est faible, et dans lesquels l'impact sur la concurrence pourrait par conséquent être le plus élevé. D'après l'étude de la DARES⁷¹, les trois principaux secteurs « à risque » de ce point de vue sont ceux où l'activité est atomisée : le secteur du « commerce de gros et l'import-export », les « professions juridiques et comptables » et le « commerce de détail non alimentaire »⁷².
126. Par ailleurs, le contexte économique du secteur de l'accord ainsi que la structure et les conditions réelles de fonctionnement du marché sont également des paramètres pertinents pour identifier les accords collectifs potentiellement les plus « à risque », qui mériteraient une analyse plus approfondie, rendue par le groupe d'experts dans le cadre de la procédure d'extension.
127. Les questions présentées ci-après pourraient ainsi servir de fil conducteur aux évaluateurs chargés, au sein du ministère du travail, de mesurer si les risques pour la concurrence attachés à l'extension d'un accord justifient une saisine du groupe d'experts. En pratique, ces critères peuvent être utilisés, de manière souple, selon trois méthodes possibles :

⁷⁰ Article L. 1224-1 du code du travail : « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. ».

⁷¹ Étude DARES Analyses, novembre 2018, n°053, « les extensions des accords de branche : quels sont les entreprises et les salariés concernés ? ».

⁷² Ibid. Voir graphique n° 1 « Couverture patronale selon la nomenclature Cris ».

- « L'alerte » : un indicateur, s'il s'avère positif, peut, à lui seul, suffire à justifier une analyse approfondie préalable à toute extension ;
- « Le faisceau d'indices » : plusieurs indicateurs, s'ils sont réunis concomitamment, peuvent constituer ensemble un faisceau d'indices et ainsi appeler à une analyse approfondie des effets possibles de l'accord avant son extension ;
- « L'appel à la vigilance » : un ou plusieurs indicateurs peuvent conduire le vérificateur à signaler aux partenaires sociaux que certaines clauses peuvent poser problème, sans nécessairement envisager d'analyse approfondie.

128. Les indicateurs élaborés sous la forme d'un questionnaire par l'Autorité sont les suivants :

Quelle est la structure du marché (concentrée ou, à l'inverse, plutôt atomisée) ?

129. *Si le marché est atomisé, c'est-à-dire s'il est composé de nombreuses entreprises concurrentes détenant chacune une part de marché réduite* : dans ce cas, il n'est pas forcément nécessaire de poursuivre plus avant l'analyse. Cependant, si cette situation est associée à un taux de couverture patronale faible (indiquant qu'une majorité d'entreprises de la branche ne sont pas adhérentes à une organisation patronale signataire et bénéficient des avantages conventionnels via l'extension), une analyse approfondie pourrait s'avérer utile (détails sur le taux de couverture patronale, cf. infra).
130. *Si le marché est concentré (présence d'un monopole⁷³, duopole⁷⁴ ou oligopole avec frange concurrentielle⁷⁵)* : cette situation peut, à elle seule, alerter le vérificateur et le conduire à analyser plus finement certains accords collectifs conclus dans une branche professionnelle où certains marchés sont ainsi structurés. Le risque d'instrumentalisation de la négociation collective – ou que les clauses d'un accord aient un effet restrictif de concurrence à l'égard de certaines entreprises – peut être plus élevé en présence d'entreprises peu nombreuses contrôlant une vaste part du marché et d'une « frange concurrentielle » constituée de TPE/PME détenant chacune une partie de la fraction restante des parts de marché. Leurs moyens plus limités peuvent handicaper ces TPE/PME non seulement à prendre part aux négociations collectives, mais, aussi et surtout, à mettre en œuvre les accords négociés au sein de leur branche, au risque d'être contraintes de sortir du marché. En outre, face à une telle structuration du marché, un faible taux de signature des accords par les entreprises de

⁷³ Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne, Antitrust et contrôle des opérations de concentrations, Commission européenne, 29/01/2003 : « *Situation d'un marché sur lequel il n'existe qu'un seul vendeur (monopoleur) qui, étant donné l'absence de concurrence, possède un pouvoir de marché extrêmement fort, équivalent à l'existence d'une position dominante. En cas de monopole, la production est normalement inférieure et les prix supérieurs à ce qu'ils seraient dans des conditions concurrentielles [...]* ».

⁷⁴ Ibid. « *Dans les affaires de concurrence, ce terme est également souvent employé pour désigner des situations dans lesquelles deux gros vendeurs dominent la structure concurrentielle et les petits vendeurs restants s'adaptent à leur comportement* ».

⁷⁵ Ibid. « *Structure du marché caractérisée par un nombre très limité de vendeurs qui ont conscience de leur interdépendance lorsqu'ils adoptent des décisions stratégiques concernant, par exemple le prix, la production et la qualité. Au sein d'un oligopole, chaque entreprise sait que son comportement sur le marché affectera sensiblement les autres vendeurs et leur comportement sur le marché. En conséquence, chaque entreprise tiendra expressément compte des éventuelles réactions des autres acteurs. Dans les affaires de concurrence, le terme est également souvent utilisé pour désigner des situations où un petit nombre de gros vendeurs dominent ensemble la structure concurrentielle et où les quelques vendeurs restants, de petite taille, s'adaptent à leur comportement. Le terme d'oligopoleurs est alors fréquemment utilisé pour qualifier les gros vendeurs* ».

la frange concurrentielle peut constituer un indice suffisant pour réaliser une analyse approfondie.

131. ***Si une ou plusieurs entreprises de la branche ont déjà fait l'objet de condamnations pour des pratiques anticoncurrentielles*** : cette situation devrait là aussi, à elle-seule, suffire à justifier une analyse approfondie des accords collectifs négociés dans la branche.

En présence d'un monopole ou oligopole avec frange concurrentielle, une ou plusieurs des entreprises représentées par les organisations patronales négociatrices détiennent-elles, seule ou conjointement, une position dominante⁷⁶ sur le marché concerné ?

132. Si une telle position n'est pas, en tant que telle, contraire aux règles de concurrence, le risque d'abus est plus élevé dans ces circonstances, certaines clauses de l'accord pouvant s'avérer favorables au maintien de cette position au détriment d'entrants potentiels (exemple détaillé ci-avant de Deutsche Post).
133. ***Si une ou plusieurs entreprises détiennent une position dominante*** : ce seul cas devrait suffire à vérifier si l'extension ne présente pas le risque d'accroître cette position, et donc d'empêcher ou limiter l'accès au marché de concurrents, réels ou potentiels.

Le marché est-il caractérisé par la présence de fortes barrières à l'entrée, réglementaires ?

134. ***Si le marché est caractérisé par de telles barrières*** : Les autorités peuvent mettre en place des barrières réglementaires, par exemple pour protéger des producteurs nationaux (droits de douane, quotas) ou pour des raisons de sécurité (autorisation de mise sur le marché) ou encore pour prévenir les risques professionnels (obtention de titre professionnel spécifique). S'il n'existe pas de précédent dans ce domaine spécifique, il est possible de raisonner par analogie avec des risques similaires identifiés dans des textes réglementaires. En matière de formation professionnelle et d'amélioration de la prévention des risques professionnels, l'Autorité a, par exemple, eu l'occasion d'identifier une barrière à l'entrée injustifiée dans un projet de décret visant à modifier l'article R. 4461-27 du code du travail pour rendre le titre professionnel de « scaphandrier de travaux publics » obligatoire pour les travailleurs intervenant en milieu hyperbare dans le cadre d'activités de construction, d'entretien et de réparation des bâtiments⁷⁷. De telles situations devraient appeler à la vigilance du vérificateur sur certains accords collectifs négociés dans les secteurs affectés par ces barrières réglementaires. En outre, associée à un ou plusieurs autres indicateurs, cette situation peut constituer une alerte nécessitant la poursuite d'une analyse plus approfondie de certains accords collectifs.

⁷⁶ Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne « *Une entreprise occupe une position dominante lorsqu'elle est en mesure d'agir indépendamment de ses concurrents, clients, fournisseurs et, en définitive, du consommateur final. Une entreprise en position dominante, détenant un tel pouvoir de marché, pourrait fixer ses prix à un niveau supraconcurrentiel, vendre des produits de qualité inférieure ou ramener son niveau d'innovation à un seuil inférieur à celui qui serait le sien sur un marché concurrentiel* ».

⁷⁷ Avis n° [18-A-07](#) du 24 mai 2018 relatif à un projet de décret modifiant les dispositions relatives à la protection des travailleurs contre les risques dus aux champs électromagnétiques et celles relatives à la protection des travailleurs intervenant en milieu hyperbare.

La structure du marché a-t-elle connu des modifications récentes (ou est-elle susceptible d'en connaître à brève échéance) ?

135. Dans la situation d'un marché en évolution, les structures de marché suivantes appellent à la vigilance du vérificateur.
136. *Si le marché est en cours d'ouverture à la concurrence ou de privatisation* : il existe *a priori* un risque plus élevé que les titulaires historiques des parts de marché instrumentalisent les accords collectifs, par exemple, en négociant des règles de travail que des nouvelles entreprises ne pourront pas assumer et ce, afin de réduire l'intensité de la concurrence que les nouveaux entrants sont susceptibles d'exercer.
137. *Si l'opérateur historique filialise des activités économiques en dehors du champ de ses droits exclusifs* : les opérateurs auxquels sont accordés des droits exclusifs ou spéciaux sont susceptibles de diversifier leurs activités sur d'autres segments du marché concurrentiel. Cette situation peut être propice à la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles, comme l'Autorité put le constater dans le cadre de sa pratique consultative⁷⁸. Par analogie, il peut être envisagé que des restrictions de concurrence s'exercent par l'intermédiaire de la négociation collective, et sans que cela ne soit intentionnel.
138. *Si l'opérateur historique, jouissant de droits exclusifs, est verticalement ou horizontalement intégré sur les marchés connexes, amont ou aval* : dans ce cas, l'Autorité a eu, à plusieurs reprises, l'occasion de recommander de veiller à ce que les concurrents puissent avoir accès aux marchés connexes, amont ou aval. Par analogie, en pareilles circonstances, il convient de s'assurer de l'absence de restrictions de concurrence résultant de la négociation collective.

L'intensité capitalistique⁷⁹ des entreprises présente-t-elle des asymétries sur le marché ?

139. Dans un marché présentant de fortes disparités en matière d'intensité capitalistique, les investissements réalisés par les entreprises mobilisant dans leur fonction de production, proportionnellement, davantage de capital que de travail que leurs concurrents peuvent être considérables, de sorte que la productivité du travail y est plus importante et que ces entreprises peuvent se permettre de pratiquer des salaires plus élevés.
140. Une stratégie peut consister pour ces entreprises à accepter une inflation salariale pour bloquer l'arrivée de nouveaux entrants, dont la fonction de production prévoit une combinaison différente des facteurs capital et travail et qui auront à supporter, s'ils souhaitent être compétitifs, à la fois des investissements lourds en capital et de hauts niveaux de salaires.

⁷⁸ Dans les industries de réseau : avis n° [97-A-07](#) du 27 mai 1997 relatif à une demande d'avis de l'Association française des opérateurs privés de télécommunications sur les questions soulevées au regard du droit de la concurrence par la coexistence à France Télécom, au sein d'une même structure juridique et commerciale, d'activités de télécommunications exercées en situation concurrentielle et sous monopole ; Avis n° [98-A-05](#) du 28 avril 1998 relatif à une demande d'avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive européenne 96/92/CE, p. 16 ; Avis n° [94-A-15](#) du 10 mai 1994 relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'EDF et de GDF au regard de la concurrence.

⁷⁹ L'intensité capitalistique est le rapport des immobilisations corporelles brutes à l'effectif salarié en équivalent temps plein.

141. Une forte asymétrie d'intensité capitalistique entre les opérateurs d'un secteur appelle ainsi à la vigilance de l'évaluateur. Associée à d'autres indicateurs, liés par exemple à la matière sur laquelle porte l'accord, cette situation justifie d'approfondir l'analyse. Tel peut notamment être le cas si, par exemple, la fixation de minima de rémunération anormalement élevés ou la modification des grilles de classifications conduisant à des minima salariaux anormaux sont constatées pour certaines entreprises. Une telle augmentation salariale, ajoutée à des investissements matériels ou immatériels élevés, peuvent être difficilement soutenables pour une entreprise nouvellement créée ou un nouvel entrant qui, sauf à utiliser une technique de production radicalement différente, encourrait des coûts de production supérieurs aux opérateurs historiques, qui ont déjà accumulé une certaine expérience sur le marché.

Quel est le degré d'ouverture aux échanges intra-européens ou internationaux ?

142. Dans un marché intégré entre les États membres de l'Union européenne ou fortement ouvert aux échanges internationaux, les entreprises subissent, *de facto*, une plus forte pression concurrentielle, les productions domestiques étant concurrencées par les productions extérieures.
143. ***Si le marché est ouvert à ce type de flux commerciaux*** : un tel contexte semble *prima facie* moins favorable à la négociation de clauses qui imposeraient des contraintes trop lourdes à supporter pour les entreprises implantées en France, ou de nature à freiner leur développement ou limiter leur compétitivité par rapport à leurs concurrents basés hors de France. Plus concrètement, dès lors que les entreprises signataires doivent appliquer elles-mêmes les règles qu'elles ont négociées, qui ne s'appliqueront pas, en revanche, à leurs concurrents implantés ailleurs dans l'Union européenne ou en dehors de celle-ci, elles n'ont pas intérêt à mener une stratégie telle que celle décrite au point précédent.
144. ***Si le marché est protégé de la concurrence des entreprises étrangères*** : inversement, ce même risque semble *a priori* plus élevé. Il requiert alors la vigilance du vérificateur, voire s'il est associé à d'autres indicateurs, peut nécessiter un complément d'analyse.

Le marché connaît-il une évolution technologique rapide ?

145. ***Si le marché est confronté au développement de nouveaux modèles économiques, l'analyse sera différente selon que l'innovation est portée par des entreprises situées au sein ou en dehors de la branche*** : la probabilité qu'un accord négocié collectivement permette aux acteurs historiques de faire obstacle à l'arrivée de concurrents innovants varie selon que ces derniers sont ou non appelés à être soumis à l'accord négocié une fois étendu.
146. Si les innovateurs relèvent d'autres règles conventionnelles, la poursuite d'une analyse approfondie ne semble ainsi pas prioritaire. Dans le cas contraire, la vigilance du vérificateur est requise.

*

* *

147. Pour conclure sur ces indicateurs relatifs au secteur d'activité auquel l'accord a vocation à s'appliquer, il est important de distinguer entre les marchés (ou les secteurs d'activité ; cela dépendra aussi du périmètre d'analyse qui sera choisi) sur lesquels les acteurs économiques sont dans une position relativement symétrique et ceux sur lesquels il existe une asymétrie entre ces intervenants. Dans le premier cas, la problématique sera de s'assurer que

l'extension de l'accord collectif ne vient pas atténuer de façon excessive l'intensité de la concurrence de façon générale ; dans le second, qu'elle n'entraîne pas une baisse de la pression concurrentielle au profit d'une seule catégorie d'acteurs, les plus puissants, au détriment de tous les autres, notamment les TPE/PME.

3. LES CONDITIONS DE NÉGOCIATION DE L'ACCORD : TAUX DE COUVERTURE PATRONALE ET STRUCTURATION DE LA BRANCHE

148. L'étude du taux de couverture patronale⁸⁰ (c'est-à-dire de la proportion d'entreprises adhérentes et de salariés employés dans ces entreprises) permet d'évaluer l'impact des extensions sur les entreprises et les salariés. Il est utile de préciser que l'utilisation d'un tel taux, lorsqu'il est associé à d'autres indicateurs, peut, selon les cas, alerter ou constituer un faisceau d'indices nécessitant de vérifier plus finement les risques pour la concurrence pouvant résulter de l'extension d'un accord collectif, ou simplement appeler à la vigilance du vérificateur.
149. À l'appui de ces données, un premier constat peut être fait : plus le taux de couverture patronale est faible dans la branche, moins les entreprises ayant participé aux négociations et signé l'accord sont représentatives, et plus le nombre d'entreprises risquant d'être affectées par l'extension est important sur le marché (il faut garder à l'esprit que, dans 95 % des cas – selon la DGT – la mise en œuvre d'un accord négocié est conditionnée à son extension).

150. **Ainsi, *a priori*, la probabilité qu'un accord ait un impact négatif sur la concurrence est d'autant plus forte que le taux de couverture patronale est faible.** En moyenne, seul un quart des entreprises, qui emploient deux tiers des salariés, adhèrent à une organisation patronale et bénéficient donc des accords sans avoir recours au mécanisme de l'extension. Ceci étant, dans certains cas, cette analyse mérite d'être tempérée en présence d'un accord négocié, comme dans l'affaire Deutsche Post précitée, par un monopole confronté à une libéralisation prochaine de son marché (ouverture à la concurrence). Dans ce cas, un taux de couverture patronale de 100 % ne permet pas d'écarter les préoccupations de concurrence attachées à l'extension de l'accord aux entrants potentiels.

151. **Le risque pour la concurrence lié à l'extension peut être plus fort en présence d'un accord signé par une organisation patronale couvrant peu d'entreprises et de salariés.** À titre indicatif, un taux de couverture patronale « entreprises » inférieur à 10 % pourrait, associé à d'autres indicateurs, inciter à une analyse approfondie.

152. En outre, les entreprises adhérentes sont majoritairement des grandes entreprises. Ainsi, parmi les entreprises non-signataires susceptibles d'être pénalisées par l'extension d'accords qu'elles n'auraient pas négociés, on dénombre majoritairement des TPE/PME. Or, l'extension accroît potentiellement le risque anticoncurrentiel pour ces entreprises si certaines clauses ont pour effet d'induire des coûts supplémentaires qu'elles auront du mal à supporter.

153. Ainsi, la structuration de la branche peut être un indicateur pertinent, associé à d'autres, pour guider la recherche des accords collectifs potentiellement porteurs d'un risque concurrentiel. En revanche, pris isolément, il ne suffit pas pour procéder à une analyse approfondie des accords collectifs susceptibles d'être concernés mais devrait être associé à d'autres. Les critères suivants peuvent notamment être pris en compte :

⁸⁰ Voir étude de la DARES, références note n°34.

- (i) la taille des entreprises qui composent la branche : plus les entreprises sont petites et moins elles sont représentées lors de la négociation de l'accord. La culture du dialogue social est en effet plus forte dans les entreprises qui comptent un nombre significatif de salariés. Souvent, faute de moyens humains et financiers suffisants, les TPE/PME se trouvent dans l'incapacité de négocier activement au sein de la branche.
- (ii) la taille des entreprises signataires des accords de branche : l'analyse du taux de signature des accords par les TPE/PME peut être pertinente. Un taux de signature bas dans les secteurs composés de nombreuses TPE/PME peut être le signe que leurs intérêts n'ont pas été suffisamment pris en compte dans la négociation.
- (iii) les types d'entreprises composant le secteur : certains secteurs, comme celui du sport, regroupent à la fois des entreprises représentant les professionnels et celles représentant les amateurs. Ces entreprises peuvent avoir, à juste titre, des intérêts divergents et les accords conclus peuvent être, dans ce cas, préjudiciables à l'une des parties.

B. LES PRÉCONISATIONS DE L'AUTORITÉ CONCERNANT LES ÉTUDES D'IMPACT POUR ÉVALUER LE COÛT ÉCONOMIQUE D'UNE EXTENSION

154. L'Autorité a pu constater au cours de son instruction le manque d'analyses visant à quantifier ou, à tout le moins, à apprécier *ex ante*, c'est-à-dire en amont de l'extension, le coût économique de l'application généralisée de l'accord collectif aux entreprises non-signataires.
155. Ce constat s'inscrit à rebours d'une tendance à la généralisation de ce type d'études dans le cadre, notamment, de l'élaboration de textes normatifs, qui est par ailleurs promue par le Gouvernement, comme en témoigne une circulaire du Premier ministre du 7 juillet 2001⁸¹ relative à la qualité du droit : « À la qualité de la règle de droit s'attachent des enjeux déterminants pour l'attractivité de notre système juridique et pour notre compétitivité économique [...]. Chaque projet de norme nouvelle doit ainsi être soumis à un examen de nécessité et de proportionnalité aussi circonstancié que possible, au regard de ses effets prévisibles et des exigences de stabilité des situations juridiques ».
156. Au niveau législatif, la loi organique du 15 avril 2009⁸² pour la présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat, prise en application du troisième alinéa de l'article 39 de la Constitution, impose la réalisation de telles études d'impact.
157. Un mécanisme analogue a été également prévu pour les projets de textes réglementaires⁸³ applicables aux collectivités locales ayant « un impact significatif sur les entreprises et le public »⁸⁴. La loi n° 2013-921 du 17 octobre 2013 a institué un Comité National d'Évaluation des Normes (« CNEN ») applicables aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics, qui est chargé d'évaluer les impacts techniques et financiers du « flux » des normes nouvelles, ainsi que du « stock » de normes réglementaires en vigueur. Ce comité formule

⁸¹ JORF du 8 juillet 2011, texte n° 2.

⁸² Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

⁸³ Décret n° 2015-510 du 7 mai 2015 portant charte de la déconcentration ; Circulaire du 12 octobre 2015, n° 5817.

⁸⁴ Circulaire du 12 octobre 2015, op. cit.

des propositions pour simplifier et alléger les normes applicables aux collectivités territoriales. Comme le soulignait le CNEN en 2017⁸⁵, « [...] les 355 projets de texte soumis pour avis au CNEN en 2017 ont généré un coût brut à la charge des collectivités territoriales de plus d'un milliard d'euros au titre de l'année 2018 (contre un coût de 6,9 milliards d'euros pour 2017 sur les 544 textes examinés en 2016) ». Une démarche similaire impose l'élaboration d'études d'impact dans d'autres domaines normatifs, par exemple en matière de restructuration de service ou d'établissement public de l'État pouvant avoir des conséquences significatives sur l'équilibre économique d'un bassin d'emploi⁸⁶.

158. Pour les aider à identifier d'éventuelles préoccupations de concurrence lors de l'élaboration de ces études impact, l'Autorité a, pour sa part, produit un guide pratique de l'évaluation de l'impact sur la concurrence des projets de textes normatifs à destination des rédacteurs⁸⁷.
159. La valeur normative des accords collectifs de branche étendus par arrêté du ministre du travail pourrait justifier d'engager une démarche similaire dans le cadre de la négociation collective. Il s'agirait donc d'anticiper aussi finement que possible, dans une annexe à la demande d'extension de l'accord (ou de certaines de ses clauses), les conséquences possibles de celle-ci sur la structure de coûts des entreprises, afin de s'assurer de l'absence de risques pour la politique de l'emploi et le fonctionnement concurrentiel des marchés. Cette évaluation présenterait un double intérêt : elle permettrait non seulement aux négociateurs d'un accord de l'améliorer au fur et à mesure de la négociation, mais aussi aux services du ministère du travail, le cas échéant avec l'appui du groupe d'experts si ce dernier est saisi, de disposer de tous les éléments utiles au contrôle préalable de légalité, dont le principe de concurrence fait partie intégrante.

C. L'ADAPTATION DU SYSTÈME STATISTIQUE NÉCESSAIRE À L'ANALYSE DES EFFETS DE L'EXTENSION DES ACCORDS COLLECTIFS DE BRANCHE

160. L'usage des indicateurs présentés ci-avant peut requérir une adaptation de la diffusion des statistiques d'entreprises. En effet, la plupart des indicateurs usuels produits par la statistique publique d'entreprise sont déclinés selon la Nomenclature des Activités Française (NAF). Cette diffusion permet de reconstituer des résultats par branche d'activité, laquelle ne recouvre cependant pas nécessairement le périmètre des branches professionnelles. Partant, les secteurs d'activités au sens de la nomenclature NAF ou les secteurs d'activités d'une branche professionnelle ne sont pas identiques et peuvent alors englober plusieurs marchés pertinents, notion clé utilisée en matière d'analyse concurrentielle.
161. En effet, comme l'indique la Commission européenne⁸⁸: « *la définition du marché en cause permet d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises [...]. La définition du marché permet, entre autres, de calculer les parts de marché, qui apportent des informations utiles afin d'apprécier une position dominante [...]* ». Dans le même sens, l'OCDE précise que : « *le point de départ pour toute analyse de la concurrence est la définition du marché à prendre en compte, dit marché de « référence » ou marché « pertinent ».* La définition d'un marché comporte deux aspects fondamentaux :

⁸⁵ Rapport public d'activité 2017 du CNEM.

⁸⁶ Article 128 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

⁸⁷ Ce guide est accessible en ligne sur le site de l'Autorité (www.autoritedelaconcurrence.fr), rubrique « publications ».

⁸⁸ Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne

i) le marché de produits (il s'agit de définir les produits qui doivent être considérés ensemble); et ii) le marché géographique, c'est-à-dire les zones géographiques à regrouper »⁸⁹.

162. Ainsi, la correspondance exacte entre branches professionnelles et marchés de produits (ou de services) pertinents au sens du droit de la concurrence est, en l'état des données disponibles, difficile à établir. Ce point, pourtant essentiel à la détermination des parts de marché et à l'identification d'éventuelles barrières à l'entrée, peut ainsi requérir des travaux statistiques à façon, complexes et chronophages.
163. Une réflexion d'ensemble sur ces problématiques, par les acteurs du système statistique public, pourrait dès lors être nécessaire afin de faciliter l'analyse des effets sur la concurrence de l'extension des accords collectifs qu'il appartient au ministre du travail de réaliser dans le cadre de son contrôle préalable de légalité, le cas échéant avec l'appui du groupe d'experts lorsque ce dernier est saisi.

CONCLUSION

164. La révision constitutionnelle de juillet 2008 a jeté les bases, à l'article 39 de la Constitution, d'une obligation d'évaluation préalable des projets de loi, dont le contenu a été précisé par la loi organique du 15 avril 2009. Ce dispositif place aujourd'hui la France au nombre des pays où la pratique de l'étude d'impact sur les projets de texte normatif est la plus systématique. Il contribue à renforcer la qualité du droit et à mesurer le coût de la réglementation, notamment pour les entreprises.
165. L'analyse des conséquences prévisibles de l'extension des accords de branche sur la concurrence et sur l'emploi, telle qu'elle a été instituée par les ordonnances de 2017, s'inscrit pleinement dans cette tendance. Pour mener à bien sa mission d'évaluation des effets socio-économiques prévisibles des extensions d'accords de branche, le groupe d'experts devra construire sa propre doctrine au fil du temps.
166. Le présent avis propose un certain nombre de principes, qu'il appartiendra ou non au groupe d'experts de faire siens, susceptibles d'être mobilisés par les rédacteurs de conventions collectives pour apprécier *ex ante* le risque d'atteinte au principe de libre concurrence. La prise en compte des critères listés dans le présent avis, lors de la négociation de l'accord ou de l'examen de la demande d'extension par les services du ministère du travail, devrait permettre d'identifier les cas potentiellement les plus problématiques. Saisi de tels cas, le groupe d'experts pourra alors examiner dans le détail les spécificités des opérateurs économiques concernés et anticiper, en amont de l'extension de l'accord collectif, les difficultés que celle-ci pourrait soulever en termes d'emploi et de concurrence dans la branche.
167. L'utilité des outils proposés dépendra évidemment de la façon dont le ministre souhaitera mettre en œuvre ces nouvelles prérogatives. Elle sera fonction de la volumétrie des accords étudiés par le groupe d'experts et de l'importance des moyens dont il disposera.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Olivia Pingret, rapporteure, et l'intervention de M. Thomas Piquereau, rapporteur général adjoint, par Mme Isabelle de Silva, présidente, Mme Irène Luc, vice-présidente et M. Savinien Grignon-Dumoulin, membre.

⁸⁹ Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence, OCDE, 1993.

La secrétaire de séance,

Caroline Orsel

La présidente,

Isabelle de Silva

© Autorité de la concurrence