



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master de Droit et Pratique des Relations de Travail

Dirigé par Bernard Teysié

2011

Concurrence et droit du travail

Hubert Vittoz

Sous la direction de Emeric Jeansen

Concurrence et droit du travail

Par Hubert Vittoz

Mémoire effectué en vue de l'obtention du Master Droit et Pratique des Relations de Travail

Promotion Fromont Briens

Année universitaire 2010-2011

Je souhaite remercier ici tout particulièrement :

Monsieur Emeric Jeansen,

tant pour la rapidité de ses réponses à mes doutes que pour la liberté qui m'a été laissée dans le traitement du sujet,

Monsieur le Professeur Bernard Teyssié,

pour la qualité du cadre qu'il met à notre disposition au sein du Master 2 Droit et Pratique des Relations de Travail,

Et l'ensemble de la promotion Fromont Briens, pour les facéties de ses drilles !

SOMMAIRE

INTRODUCTION	p.8
TITRE I : L'INTRUSION DE LA CONCURRENCE DANS LES RELATIONS INDIVIDUELLES DE TRAVAIL	p.17
Chapitre 1 : Une atteinte légitime à la liberté professionnelle : l'obligation de loyauté	p.18
Chapitre 2 : Une atteinte monnayée à la liberté professionnelle : la clause de non-concurrence	p.36
Chapitre 3 : Une atteinte encouragée à la liberté professionnelle : la franchise	p.55
TITRE II : LA DOMINATION DE LA CONCURRENCE SUR LA COLLECTIVITE DES SALARIES	p.78
Chapitre 1 : La concurrence, valeur restrictive des droits collectifs des salariés	p.79
Chapitre 2 : La concurrence, valeur régulatrice de l'emploi des salariés	p.104
CONCLUSION	p.143

LISTE DES ABREVIATIONS

AJDA : Actualité juridique de droit administratif

Aff. : Affaire

Aut. conc. : Autorité de la concurrence

BOCCRF : Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

Bull. civ. : Bulletin civil

CA : Cour d'appel

Cah. Soc : Cahiers sociaux

Cass. 1^{ère} civ. : Cour de cassation, première chambre civile

Cass. 2^e civ. : Cour de cassation, deuxième chambre civile

Cass. AP : Cour de cassation, assemblée plénière

Cass. com. : Cour de cassation, chambre commerciale

Cass. crim. : Cour de cassation, chambre criminelle

Cass. soc. : Cour de cassation, chambre sociale

CCC : Revue Contrats Concurrence Consommation

C. com. : Code de commerce

CE : Conseil d'Etat

CGCT : Code général des collectivités territoriales

Chron. : Chronique

Circ. min. : Circulaire ministérielle

CJCE : Cour de justice des communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

Comm. : commentaire

Déc. Commission : décision de la Commission européenne

Comm. Commission : Communication de la Commission européenne

Cons. conc. : Conseil de la concurrence

Cons. const. : Conseil constitutionnel

C. pén. : Code pénal

CPH : Conseil de prud'hommes

CPI : Code de la propriété intellectuelle

C. trav. : Code du travail

D. : Dalloz

D. aff. : Dalloz affaires

Dr. ouvrier : Droit ouvrier
Dr. social : Droit social
Gaz. Pal : Gazette du Palais
JCI : Jurisclasseur
JCP G : Semaine juridique, édition Générale
JCP E : Semaine juridique, édition Entreprise
JCP S : Semaine juridique, édition Sociale
JO : Journal officiel
JOUE : Journal officiel de l'Union européenne
LPA : Les petites affiches
Obs. : Observations
Ord. : Ordonnance
PIBD : Propriété industrielle, bulletin documentaire
Prop. intel. : Revue de propriété intellectuelle
RCDIP : Revue critique de droit international privé
RDT : Revue de droit du travail
Rec. : Recueil
Rev. jur. com. : Revue de jurisprudence commerciale
RJS : Revue de jurisprudence sociale
RTD Com. : Revue trimestrielle de droit commercial
RTD Eur. : Revue trimestrielle de droit européen
T. com. : Tribunal de commerce
TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI : Tribunal de grande instance
TPICE : Tribunal de première instance des communautés européennes
TUE : Traité sur l'Union européenne

INTRODUCTION

1. « Le droit n'existe réellement que s'il conjugue l'intérêt de la personne qui s'en réclame et l'intérêt de ceux dont il dépend qu'il soit honoré. [...] Le "droit au travail" correspond bien à la première partie de notre définition. L'individu qui détiendrait ce droit améliorerait certainement sa position, surtout s'il est sans emploi. Mais la deuxième partie de la définition est manquante. Ce droit au travail n'est respecté que si des employeurs ont intérêt à l'honorer. Et il est bien évident que l'on ne peut en décider à l'avance. Donc ce "droit au travail" est un faux droit. [...] C'est comme de la fausse monnaie. Pour l'économiste, les "vrais droits" ne peuvent être que des droits que j'ai intérêt à réclamer et que d'autres ont intérêt à honorer. »¹

La citation est provocatrice – d'autant plus qu'en suivant la conception de l'auteur, aux termes « droit *au* travail » pourraient tout aussi bien se substituer les termes « droit *du* travail », renvoyant à un domaine plus vaste. Elle souligne cependant les relations ambiguës qu'entretiennent droit du travail et droit de la concurrence. Elle soulève également les difficultés que peuvent éprouver les économistes à intégrer le travail dans leurs données comptables et les entrepreneurs à accorder la considération qu'elle mérite à la liberté professionnelle des travailleurs. Car c'est dans l'ombre d'une concurrence intrusive, dominatrice, finalement régulatrice que s'érige le droit du travail.

I/ La concurrence pure et parfaite, idéal inaccessible

2. La concurrence a été théorisée sous la forme de « concurrence pure et parfaite » par Adam Smith², qui y a vu un moyen d'atteindre un certain nombre d'objectifs notamment sociaux, un moyen cependant irréaliste tant les conditions de son application sont impossibles à réunir.

3. **Théorie de la concurrence pure et parfaite.** Pour atteindre une concurrence pure et parfaite, trois conditions doivent être réunies. En premier lieu, l'information de tous les participants au marché doit être parfaite. En deuxième lieu, Il faut qu'il y ait un grand nombre d'acheteurs et de vendeurs, chacun étant de faible dimension par rapport aux autres. En troisième et dernier lieu, il faut que le produit qui fait l'objet de transactions soit homogène et

¹ P. Simonnot, *39 leçons d'économie contemporaine*, Le droit, Gallimard, Folio actuel, 2000, p. 93-94

² A. Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la Richesse des nations*, 1776

divisible. Or l'étude de chacune de ces conditions préalables suffit à montrer la vanité de leur réunion.

4. Une information parfaite de tous les participants. Les participants à la concurrence sont aussi bien les vendeurs que les acheteurs. Ces deux catégories ne sont pas placées dans une situation semblable, ce que le législateur français a bien compris puisqu'il a créé un droit ayant justement pour objet de corriger les inégalités : le droit de la consommation. Il y a en particulier une asymétrie d'information entre vendeurs et consommateurs. Certes, elle sera négligeable – bien que parfois réelle – si le produit en cause est un bien banal, telles qu'une baguette ou une cuiller en bois. Elle le sera nettement moins à partir du moment où l'on s'aventure dans le domaine de la technologie, nouvelle ou non. Il y a fort à parier que tout un chacun ne connaît pas le fonctionnement d'un moteur à réaction ou même, pour rester plus mesuré, celui d'une carte à puces. Cette asymétrie pourrait être, en théorie, palliée par une information détaillée et publique mais, en pratique, elle ne le peut pas : l'information elle-même nécessite un certain nombre d'acquis préalable, une formation professionnelle, pour sa compréhension.

5. Un grand nombre d'acheteurs et de vendeurs, chacun étant de faible dimension par rapport aux autres. Deuxième condition, celle-ci est tout aussi inaccessible que la première en pratique. Il n'existe pas deux entreprises de la même taille. Par commodité, le droit français les a divisées en Très Petites Entreprises, en Petites et Moyennes Entreprises, et en grandes entreprises. Cette scission sommaire, qui fait déjà apparaître une différence de dimension parfois colossale, ne fait pourtant que masquer une réalité constituée de bien plus de facettes, de divisions, de subdivisions – sans compter les vendeurs isolés, sur les places des marchés ou au sein d'entreprises individuelles, entre autres. Le caractère atomistique du marché nécessaire à l'avènement de la concurrence pure et parfaite fait donc immédiatement défaut.

6. Un produit homogène et divisible. Pour que la concurrence soit pure et parfaite, il faut enfin que les produits soient homogènes et divisibles, c'est-à-dire indifférenciés. Ainsi, pour reprendre un exemple, la baguette achetée chez tel boulanger doit être exactement la même que celle achetée chez tel autre. Or cette condition se heurte à deux murs. D'une part, il est naïf de croire que deux produits seront *exactement* les mêmes. Une baguette reste une baguette ; mais une meilleure baguette fera pencher le consommateur en sa faveur, ce qui rendra le prix abstrait des deux baguettes incomparable et fera obstacle à la pureté de la concurrence. D'autre part, certains produits a priori homogènes et divisibles ne le seront pas

en réalité en raison de tout un ensemble de paramètres subjectifs. La cuiller en bois sera peut-être plus appréciée lorsqu'elle sera associée à un dîner dans un restaurant japonais aux soupes traditionnelles particulièrement goûteuses et à la clientèle fort sympathique, que lorsqu'elle renverra à la solitude d'un plateau-repas dans un appartement maussade.

L'étude, même superficielle, de ces trois conditions conduit à une conclusion simple : la concurrence pure et parfaite voulu par Adam Smith est irréaliste, parce qu'inaccessible. Chaque condition suffit, à elle-seule, à battre en brèche la théorie de l'économiste. Cela n'empêche cependant pas de s'intéresser aux effets, ou plutôt aux espoirs placés, encore aujourd'hui, dans cette notion de concurrence.

7. Effets de la concurrence pure et parfaite. Pour l'économiste, chaque acheteur ou chaque vendeur ne doit pouvoir avoir aucune influence sur chaque autre acheteur ou vendeur. Le prix du marché doit être unique et s'imposer à eux, c'est-à-dire que le vendeur ne doit pas vendre au-dessus du prix du marché sous peine de conserver ses produits, et que l'acheteur ne doit pas acheter au-dessous du prix du marché sous peine de ne rien pouvoir acquérir. En conséquence, la loi du prix unique mène à établir un équilibre stable duquel tout profit est absent. Le paradoxe est posé : la recherche du profit, car tel est le moteur de la concurrence, aboutit à l'annulation du profit³.

8. Optimum social. Au bout du compte, l'instauration d'une concurrence pure et parfaite est censée générer une satisfaction égale parmi chacun des acteurs de la concurrence, parmi lesquels se trouvent les travailleurs. C'est donc au niveau de la collectivité qu'opère le phénomène, connu sous la notion d'*optimum social*, atteint dès lors que l'on ne peut plus augmenter le bien-être d'un individu sans diminuer celui d'un autre individu. Comment s'assurer, en effet, que le gain d'une satisfaction sera plus élevé que la perte de satisfaction que ce gain entraînerait chez un autre membre de la collectivité ? Ainsi, c'est au moment de l'équilibre parfait entre l'offre et la demande, au moment où le prix fixé pour le produit est le plus satisfaisant possible, que cet optimum social est atteint.

9. Inopportunité des interventions extérieures. Dans la mesure où cet optimum social est inaccessible, on pourrait supposer que des interventions extérieures sur le marché sont nécessaires pour s'en rapprocher : aides publiques, normes protectrices, attribution de monopoles... Il n'en est rien ! Au contraire, chacune de ces interventions contribuerait à

³ C'est ainsi que tant L. Walras, dans ses *Eléments d'économie pure* de 1874, que J. Schumpeter, dans son *Histoire de l'analyse économique* de 1954, développent l'idée selon laquelle l'entrepreneur ne fait ni bénéfice ni perte

s'écarter un peu plus des trois conditions de la concurrence pure et parfaite, ce qui signifie qu'au lieu de combler les failles, elle les creuserait plus sûrement. Il faut donc bien comprendre que la théorie d'Adam Smith ne tolère aucune intrusion sur le marché. Néanmoins, dans la mesure où elle est impuissante à parvenir à l'objectif qu'elle s'est fixée, il faut l'abandonner dès à présent.

10. Théorie de la destruction créatrice. Avant de quitter la discipline économique, il convient de s'intéresser à une théorie développée par Joseph Schumpeter⁴. Cet auteur a théorisé les effets de l'innovation technologique sur l'emploi. Selon lui, l'innovation a pour effet de conduire à un monopole temporaire de l'entreprise innovante au détriment de ses concurrents sur le marché qui, dépassés technologiquement, sombrent sous le jeu de la libre concurrence. Ces faillites entraînent d'abord la destruction d'emplois, ceux des travailleurs dont les qualifications ont été rendues obsolètes par les nouvelles technologies, puis la genèse d'emplois plus qualifiés ; surtout, les emplois nouvellement créés devraient être moins pénibles pour les travailleurs. Ainsi, les conséquences néfastes que l'innovation engendre sur les emplois à court terme devraient être compensées par des conséquences très favorables à long terme. Cette théorie, dite de la destruction créatrice, vise donc directement au progrès social par le biais de l'innovation, certes, mais aussi de la concurrence.

Dès son origine, la concurrence, quels que soient les avatars qu'elle revêt dans les théories des économistes, apparaît indissociable du social, voire favorable à son progrès. La protection des travailleurs émerge bel et bien comme un objectif à atteindre, un objectif cette fois accessible par l'intermédiaire du droit

II/ La protection des travailleurs, objectif accessible

11. Triptyque. Contrairement à la concurrence pure et parfaite, qui peut être regardée au mieux comme une utopie, la protection des travailleurs est un objectif concret, réaliste, qui se manifeste par les trois piliers du droit social : le droit du travail, le droit de l'emploi et la protection sociale. Chacun de ces piliers appelle une définition.

12. Droit du travail. C'est aux interactions entre concurrence et droit du travail que s'intéresse cette étude. Si le droit du travail peut se décliner en plusieurs faisceaux (liberté professionnelle, liberté d'entreprendre, droit à l'emploi), restrictivement, il s'agit du droit

⁴ J. Schumpeter, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, 1942 ; notons que la formulation a été proposée pour la première fois par l'économiste W. Stombart

applicable au travail salarié, dont les règles sont pour l'essentiel prévues dans le Code du travail. Néanmoins, il ne faut pas se cantonner à cette appréciation stricte, car les sources sont multiples et les bénéficiaires parfois inattendus.

Les sources sont loin de se limiter au Code du travail. Les textes constitutionnels internes interviennent également, en fixant de grands principes. Par exemple, l'alinéa 5 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que « chacun a le devoir de travailler ». Mais il ne faut pas non plus omettre, toujours en droit interne, l'œuvre créatrice de la jurisprudence tant constitutionnelle⁵ que judiciaire, colossale⁶, et celle des partenaires sociaux, de plus en plus importante. Le droit européen intervient également, que ce soit sous l'aspect du Conseil de l'Europe ou sous celui de l'Union européenne. Enfin, le droit international n'est pas en reste puisque l'Organisation Internationale du Travail (OIT) génère un certain nombre de conventions dont certaines ont pu avoir un réel impact⁷.

Les bénéficiaires du droit du travail, quant à eux, ne sont pas les seuls salariés, au sens de travailleurs soumis à un lien de subordination juridique. Certains travailleurs indépendants se voient appliquer un certain nombre de dispositions du Code du travail. Un auteur⁸ cite ainsi le cas des chauffeurs routiers, qui doivent respecter les limitations de la durée du travail compte tenu de l'objectif de sécurité routière. Sans aller dans le détail, il suffit de rappeler le cas des distributeurs, parfois dans une situation de dépendance économique telle que leur est accordé un statut partiel ou total de salarié. Il convient enfin de ne pas oublier que le Code du travail s'applique également dans plusieurs situations de droit public, à travers deux moyens : d'une part, le Code du travail vise expressément le « personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé »⁹ ; d'autre part, le Conseil d'Etat a, à plusieurs reprises, extirpé du Code du travail certaines règles qu'il a érigées en principes généraux du droit pour

⁵ Pensons à la consécration indirecte de la liberté du travail par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 16 janvier 1986, n°85-200 DC, loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité : « en vertu de l'article 34 de la Constitution, la loi [...] détermine les principes fondamentaux du droit du travail » ; mais aussi à la franche consécration de la liberté d'entreprendre sur le fondement du droit de propriété par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 16 janvier 1982, n°81-132 DC, loi de nationalisation : « la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre »

⁶ Un exemple éloquent : les arrêts de la Chambre sociale du 10 juillet 2002 (n°99-43.334 à 99-43.336) ayant imposé l'existence d'une contrepartie financière à la stipulation d'une clause de non-concurrence, et évoquant une violation du « principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle »

⁷ Tel est le cas de la Convention n°158 de l'OIT, qui a été reconnue d'application directe en droit interne par un arrêt Cass. soc. 1^{er} juillet 2008, n°07-44.124

⁸ A. Mazeaud, *Droit du travail*, éd. Montchrestien, Domat droit privé, 6^e édition, 2008, p. 13

⁹ C. trav. art. L.1111-1

pouvoir les appliquer à des agents publics¹⁰. En somme, celui-ci sert de source d'inspiration à la juridiction administrative.

13. Droit de l'emploi. Contrairement au droit du travail, le droit de l'emploi n'a pas vocation en premier chef à n'intéresser que les salariés. L'emploi concerne tout aussi bien les agriculteurs que les artisans et les commerçants, ainsi que les professions libérales. Ce droit est, tout comme le droit du travail à proprement parler, énoncé et garanti par la Constitution et par des textes européens. Ainsi, la Déclaration des Droits de l'Homme de 1793 clame que « la société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont en état de travailler », et le Conseil constitutionnel a confirmé l'existence de ce droit¹¹. De même, l'article 151 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) déclare que « la communauté et les Etats membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, [...] ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions ».

Ce droit de l'emploi comporte deux aspects, tous deux attachés au risque de non-emploi. Le premier tient dans la prise en charge du risque à travers l'institution d'un mécanisme d'assurance collective au profit des chômeurs. Le second, plus en amont, tient dans la prévention de ce risque et son traitement à travers des politiques visant à faciliter l'emploi et encourager l'embauche.

Quel que soit le volet envisagé, le droit de l'emploi apparaît indissociable du droit du travail, parce que le droit du travail n'emporte des effets qu'à partir du moment où le travailleur a trouvé un emploi. Qu'ils soient sur le marché du travail ou sur le marché de l'emploi, les travailleurs sont en concurrence les uns avec les autres et sont affectés directement ou indirectement par tout un ensemble de normes, dont certaines sont notamment issues de la négociation collective, qui s'appliquent de façon indifférenciée aux chômeurs et aux salariés.

¹⁰ Par exemple, CE 2 octobre 2002, *Chambre du commerce et de l'industrie de Meurthe-et-Moselle*, n°227.868, selon lequel « il résulte d'un principe général du droit, dont s'inspirent tant les dispositions du Code du travail relatives à la situation des salariés qui, pour des raisons médicales, ne peuvent plus occuper leur emploi, que les règles statutaires applicables dans ce cas aux fonctionnaires, que lorsqu'il a été médicalement constaté qu'un salarié se trouve de manière définitive atteint d'une inaptitude physique à occuper son emploi, il appartient à l'employeur de le reclasser dans un autre emploi et, en cas d'impossibilité, de prononcer, dans les conditions prévues par l'intéressé, son reclassement »

¹¹ Cons. const. 28 mai 1983, n°83-156 DC, loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse : « qu'à ce titre, il appartient [à la loi] de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible »

C'est pourquoi le droit de l'emploi sera également traité dans cette étude sous l'angle non du droit *du* travail, mais du droit *au* travail.

14. Protection sociale. Le droit de la protection sociale, garanti aussi bien en droit européen¹² et communautaire¹³ qu'en droit interne¹⁴, est « l'étude des règles juridiques destinées à protéger les personnes physiques contre la survenance d'un ensemble d'événements ou risques sociaux, à savoir : la maladie, la maternité, l'invalidité, la vieillesse, le décès ; les charges familiales ; les accidents du travail et les maladies professionnelles ; le chômage »¹⁵. Il apparaît immédiatement que le champ de la matière dépasse de très loin les seuls salariés, puisqu'il s'applique à toute personne physique, à de rares exceptions près. Certains risques sociaux concernent, il est vrai, exclusivement les salariés : tel est le cas des accidents du travail et maladies professionnelles. Tous les autres risques, en revanche, sont universels. Ce bien plus vaste domaine, assorti d'un intitulé ne comprenant pas la protection sociale, nous conduira à exclure ce droit de notre étude.

Il faut tout de même prendre le temps de s'intéresser brièvement aux interactions qu'ont pu entretenir concurrence et droit de la protection sociale, car elles sont parfois similaires à celles relatives à concurrence et droit du travail. A été mis en cause le monopole des organismes sociaux sur le marché de la protection sociale. La théorie de la concurrence est hostile à la notion même de monopole, dans la mesure où celle-ci constitue un obstacle à la libre concurrence. A travers une série d'arrêts, la CJUE a établi un compromis entre la protection des travailleurs et la libre concurrence. En droit positif, aujourd'hui, il convient de distinguer plusieurs situations.

La première est celle des organismes sociaux gérant les régimes de sécurité sociale de base selon le système de la répartition, fondé sur le principe de la solidarité intergénérationnelle : les actifs paient pour les inactifs. La CJUE a considéré que la caisse gérant un régime de

¹² Par exemple par le Règlement n°1408/71 du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de la famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté

¹³ Ainsi, dans son arrêt CEDH 16 septembre 1996, *Gaygusuz*, n°17371/90, la Cour a combiné l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et l'article 1 du protocole additionnel n°1 à la Convention relatif au droit au respect de ses biens pour juger que l'Autriche ne pouvait pas refuser le versement d'une prestation sociale à une personne non communautarisée remplissant toutes les conditions remplies par la loi nationale, un bien pouvant être une simple espérance légitime de pouvoir obtenir le paiement d'une créance, notamment d'une prestation sociale

¹⁴ Préambule de la Constitution de 1946, al. 11 : « la nation garantit à tous la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs », alinéa invoqué et retenu dans la décision Cons. const. 14 août 2003, n°2003-483 DC, décision selon laquelle cette disposition implique la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des travailleurs retraités

¹⁵ P. Morvan, *Droit de la protection sociale*, éd. Litec, 4^e édition, 2009, p. 1

sécurité sociale à adhésion obligatoire selon le principe de répartition ne pouvait être considérée comme une entreprise et sortait du champ des règles communautaires de la concurrence. Pour la Cour, il ne s'agissait en effet pas d'une activité économique, mais d'une activité poursuivant un objectif social de solidarité relevant du service public¹⁶.

La seconde est celle des organismes sociaux gérant des régimes complémentaires selon le principe de capitalisation. En principe, et peu important le caractère facultatif¹⁷ ou obligatoire¹⁸ de l'affiliation au régime, ces organismes sont des entreprises devant être soumises à la concurrence, notamment à celle des compagnies d'assurances. Par exception, lorsque l'application des règles de concurrence peut faire échec à « l'accomplissement en fait ou en droit de la mission particulière qui leur a été impartie »¹⁹, ces organismes peuvent bénéficier de la dérogation prévue par le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) au bénéfice des entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général²⁰.

15. Clauses de désignation. Toujours en matière de protection sociale, s'est posée la question de la conformité ou non des clauses de désignation au droit de la concurrence. Ces clauses trouvent leur source dans des conventions collectives de prévoyance, qui imposent à toutes les entreprises signataires de signer une convention avec une institution prédéterminée. Certaines institutions de prévoyance se sont élevées contre de telles clauses, qui avaient pour conséquence de les priver de tout le marché des entreprises adhérentes à la convention ; de plus, certaines entreprises arguaient qu'une telle clause entravait le libre jeu de la concurrence et les empêchait notamment de contracter avec un autre organisme plus à leur goût. La CJUE a décidé à plusieurs reprises que les clauses de désignation ne portaient pas une atteinte excessive à la concurrence et a validé leur existence²¹.

Le traitement du droit de la protection sociale se limitera à ces quelques observations, le domaine de l'étude étant celui du droit du travail et du droit au travail. Tout comme la

¹⁶ CJCE 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, aff. C-159/91 et C-160/91 ; confirmé par CJCE 26 mars 1996, *Garcia*, aff. C-238/94, Dr. social 1996, p. 705, note P. Laigre

¹⁷ CJCE 16 novembre 1995, *FFSA*, aff. C-244/94, Dr. social 1996, p. 82, note P. Laigre

¹⁸ CJCE 12 septembre 2000, *Pavel Pavlov*, aff. C-180 à 184/98, Dr. social 2001, p. 178

¹⁹ Il s'agit ici encore d'un rappel à la fonction sociale essentielle jouée par certains organismes, explicitée par l'arrêt CJCE 21 septembre 1999, *Drijvende Bokken*, aff. C-219/97, Dr. social 2000, p. 106, obs. X. Prétot

²⁰ TFUE, art. 106

²¹ Récemment : CJUE 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance*, aff. C-437/09, L'Argus des assurances.com, article de J. Barthélémy du 1^{er} avril 2011 ; notons que cet arrêt confirme également la validité des clauses de migration, c'est-à-dire des clauses ayant pour objet de contraindre les entreprises à rejoindre le régime même si elles étaient déjà couvertes

protection sociale, ces deux piliers du droit social subissent de plein fouet l'impact de la libre concurrence, pour laquelle la protection des travailleurs représente un obstacle à circonvenir.

16. Concurrence et droit du travail se côtoient en permanence, dans tous les domaines : aussi bien en droit du travail qu'en droit de l'emploi, aussi bien dans les relations individuelles que dans les mécanismes intéressant un ensemble de travailleurs. C'est pourquoi seront traités successivement ces deux domaines : l'individuel, en premier lieu, c'est-à-dire les relations entre le travailleur subordonné et son employeur ; le collectif en second lieu, correspondant d'une part aux interactions entre les droits sociaux fondamentaux et les libertés économiques garantes de la libre-concurrence, d'autre part aux mécanismes applicables à une collectivité de salariés, pris chacun dans leur singularité.

TITRE I : L'INTRUSION DE LA CONCURRENCE DANS LES RELATIONS INDIVIDUELLES DE TRAVAIL

17. Evoquer les relations individuelles de travail conduit à s'intéresser au contenu du contrat de travail du salarié. La limitation de la liberté professionnelle par la concurrence est inhérente à la signature d'un contrat de travail, qui engendre, même en-dehors de toute clause spécifique, une obligation de loyauté pour l'employeur comme pour le travailleur. Cette obligation est incontestable, parfaitement légitime : il s'agit tout bonnement d'une contrepartie naturelle à la fourniture du travail.

Mais la concurrence peut se montrer plus invasive. Elle peut être renforcée, dans le temps ou dans son contenu, par différentes clauses, à commencer par la clause de non-concurrence. Cette atteinte-là est nettement plus critiquable. Si elle se justifie généralement par la nature des fonctions du salarié dans le contrat duquel elle est stipulée, la jurisprudence de la Cour de cassation a conduit depuis 2002 à n'autoriser cette atteinte que sous condition de prix, ce qui apparaît choquant sur le plan des principes. Cela revient en effet à donner un caractère vénal à la liberté professionnelle du salarié, un droit fondamental normalement au-dessus des contingences matérielles.

Parfois, enfin, les restrictions apportées par le principe de libre concurrence à la liberté professionnelle sont même encouragées par le législateur, dans une optique de protection du consommateur, ce qui permet le développement de vastes réseaux de distribution dont les derniers maillons peuvent se trouver dans une situation de dépendance économique. Il s'agit ici de traiter du mécanisme contractuel de la franchise et de ses limites, puisque la liberté professionnelle du franchisé est certes partiellement protégée par le Code du travail, mais aussi, de façon plus singulière, par le Code de commerce à travers la prohibition des distorsions de concurrence.

Chapitre 1 : Une atteinte légitime à la liberté professionnelle : l'obligation de loyauté

18. Obligation du salarié. Par le contrat de travail, l'employeur fournit au salarié un moyen de subsistance. Il accorde par la même occasion sa confiance en lui dévoilant éventuellement des procédés de fabrication, un savoir-faire, en lui permettant de développer certaines de ses compétences. Il est tout naturel qu'en retour, tant que dure ce contrat, le salarié s'astreigne à ne pas trahir la confiance de l'employeur en allant répandre certaines techniques auprès d'entreprises concurrentes et, même après, n'en fasse pas profiter celles-ci de façon déloyale. Tel est l'objet de l'obligation de loyauté, présente pendant la durée du contrat du contrat de travail et partiellement prolongée après sa rupture.

19. Obligation de l'employeur. Cette obligation de loyauté vaut aussi bien pour le salarié que pour l'employeur. Ce dernier ne doit pas tromper son salarié ou lui porter volontairement préjudice. Songeons notamment au moment de la rupture de la période d'essai, lorsque celle-ci est stipulée : que l'employeur rompe la période d'essai avant même d'avoir pu évaluer le salarié ou qu'il la rompe quelques jours avant l'expiration de celle-ci, et il aura clairement manqué à son obligation de loyauté ; lui sera alors reprochée une « légèreté blâmable »²². De même, en matière de reclassement, si l'employeur licencie le salarié sans lui laisser un délai suffisant pour réfléchir à l'offre formulée, lui sera reprochée une « précipitation fautive » – a fortiori si le poste proposé entraînait un déclassement important²³.

20. Fondement intellectuel. L'obligation de loyauté est ainsi avant tout un corollaire du caractère personnel de la relation nouée entre l'employeur et le salarié. Le contrat de travail est indiscutablement imprégné d'un fort *intuitu personae*, plus encore lorsqu'il s'agit de pourvoir à des postes s'accompagnant d'importantes responsabilités. On peut dès lors comprendre, sans toutefois la regretter, toute cette jurisprudence surannée qui admettait le licenciement d'un salarié pour « perte de confiance ». Lorsque le salarié ne répondait pas à la confiance de son employeur, qu'il abusait de la bonne foi de celui-ci, alors la Cour de cassation considérait que la relation était suffisamment affectée pour que le contrat soit rompu aux torts du salarié. Il s'agissait de la manifestation la plus éclatante de l'obligation de loyauté.

²² Cass. soc. 15 novembre 2005, n°03-47.546, employeur ayant mis fin à la période d'essai moins de deux semaines après le début des relations contractuelles alors que le salarié venait de démissionner de son emploi précédent

²³ Cass. soc. 21 juillet 1986, n°84-41.577

Son instrumentalisation par les employeurs a finalement condamné la notion de perte de confiance et celle-ci ne saurait aujourd'hui justifier un licenciement pour cause réelle et sérieuse²⁴. Mais cette époque révolue a tout de même une signification : la signature par le salarié d'un contrat de travail s'accompagne d'un véritable engagement à ne pas porter préjudice à son employeur par des manœuvres dissimulatoires, déloyales, que ce soit pendant l'exécution du contrat ou après la rupture du lien personnel.

21. Fondement textuel. La règle de l'application loyale des conventions se trouve dans l'article 1134 alinéa 3 du Code civil : « *elles [les conventions] doivent être exécutées de bonne foi* ». Cette règle générale s'applique au contrat de travail comme à tous les autres contrats. Elle est d'ailleurs explicitement rappelée par l'article L.1222-1 du Code du travail : « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* ». Les textes ne valent cependant que par l'interprétation qui est en faite par le juge et celui-ci a fourni une jurisprudence abondante permettant de délimiter le périmètre de cette obligation.

22. Contenu de l'obligation. La première difficulté a consisté à définir le contenu de l'obligation de loyauté. Il n'est guère douteux, au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation, qu'il est divers : obligation de non-concurrence, bien sûr²⁵, mais aussi obligation de discrétion²⁶ et de secret²⁷, obligation de fidélité (bien que les clauses d'exclusivité soient pratiquement prohibées), ou encore interdiction de tout abus par le salarié de sa liberté d'expression²⁸.

23. Obligation de non-concurrence. Si cette obligation porte nécessairement atteinte à la liberté professionnelle du salarié qui se voit brider dans l'exercice d'éventuelles activités parallèles, elle apparaît nécessaire dans un contexte extrêmement concurrentiel où les renseignements valent de l'or. Pour preuve, dès 1965, la chambre commerciale de la Cour de cassation considérait qu' « un employé ne peut, sans manquer aux obligations résultant de son contrat de travail, exercer une activité concurrente de celle de son employeur pendant son contrat de travail »²⁹.

²⁴ Cass. soc. 29 novembre 1990, n°87-40.184 ; Cass. soc. 29 mai 2001, n°98-46.341 ; CE, 21 décembre 2001, n°224.605

²⁵ Cass.soc., 5 mai 1971, n°70-40.021

²⁶ Cass. soc. 30 juin 1982, n°80-41.114, Bull. civ. 1982, V, n° 314, cadre de direction qui fait part de difficultés financières de la société au personnel

²⁷ Cass. crim., 4 novembre 1982, n°82-90.715, Dr. social 1985, p. 111, note J. Savatier, secret exigé sur un plan de redressement

²⁸ CPH Boulogne-Billancourt 19 novembre 2010, R.G. n°09/00316, salariés licenciés pour avoir dénigré leur employeur sur Facebook

²⁹ Cass. com. 8 février 1965, n°61-13.240 : Bull. civ. III, n°96

Section 1 : Une obligation s'imposant pendant l'exécution du contrat

24. L'obligation de loyauté ne cesse jamais : tant que le salarié est lié par le contrat de travail, alors le lien personnel demeure et l'obligation avec elle. Cette règle est d'autant plus persistante et impérative que son non-respect par le salarié lui sera férocement reproché, notamment par la Cour de cassation.

I/ Une obligation courant de façon continue

25. Dire que l'obligation de loyauté s'impose pendant l'exécution du contrat est restrictif. En réalité, elle tient les parties aussi bien quand le salarié effectue la prestation pour laquelle il a été embauché que lorsque le contrat de travail est suspendu.

A) Pendant l'exécution proprement dite du contrat de travail

26. Naissance de l'obligation. Pendant l'exécution du contrat de travail, le salarié est tenu d'une obligation de non-concurrence vis-à-vis de son employeur quand bien même le contrat ou la convention collective applicable ne contiendraient aucune clause l'imposant³⁰. Cette obligation, dans la mesure où elle naît et vit par le contrat, persiste jusqu'à l'expiration du contrat de travail du salarié.

27. Portée de l'obligation. Certaines possibilités restent ouvertes au salarié en dépit de la vigueur de l'obligation de loyauté. Ainsi, le salarié peut exercer une activité professionnelle hors de la société employeur tant que son contrat de travail ne le lui interdit pas expressément³¹. De même, sous réserve cette fois que l'employeur lui donne son accord, il peut exercer à titre complémentaire l'activité prévue par son contrat avec les clients de son employeur³². Enfin, la Cour a jugé que le salarié pouvait acquérir avec son épouse un fonds de commerce ayant la même activité que celle de son employeur tant qu'il ne participe pas lui-même à l'activité du fonds³³.

La jurisprudence a jugé à de nombreuses reprises que le salarié doit s'abstenir de toute activité concurrente de celle de l'employeur pour son propre compte. Cette obligation est aisément

³⁰ Cass. soc. 5 mai 1971, n°70-40.021 précité

³¹ Cass. soc. 21 septembre 2009, n°05-41.477

³² Article 8 de la loi 2008-776 du 4 août 2008

³³ Cass. soc. 20 mars 2007, n°05-42.635

compréhensible puisque le salarié a accès, en sa qualité, à diverses informations sur un éventuel concurrent (son employeur) qu'il pourrait mettre à profit au détriment de celui-ci. Cette déloyauté peut se manifester sous de multiples formes : concertation avec d'autres salariés de l'entreprise en vue de créer une entreprise concurrente à celle de son employeur³⁴, détournement des clients et des fournisseurs de l'entreprise à son profit³⁵, détournement de matériel³⁶, mise à profit de secrets de fabrications dans le cadre de la création d'une entreprise concurrente, formation effectuée dans une entreprise concurrente³⁷...

Le salarié doit évidemment respecter son obligation de loyauté s'agissant de ses rapports avec les tiers, particulièrement avec les concurrents de l'entreprise où il travaille. Il est vrai que la tentation d'apporter des renseignements confidentiels à un autre de ses employeurs par le salarié est grande... mais il ne devrait pas y céder s'il veut éviter toute condamnation³⁸.

28. VRP multicartes. Le vendeur représentant placier (VRP) bénéficie d'un statut particulier prévu aux articles L.7311-1 et suivants du Code du travail. Il se voit notamment expressément accorder la possibilité d'être multicartes, c'est-à-dire de travailler pour plusieurs employeurs en même temps. Cette situation a une incidence sur l'obligation de loyauté : en effet, bien que le principe prédominant au statut de VRP soit celui de la liberté professionnelle, l'article L.7313-6 prévoit non seulement l'obligation pour le VRP de déclarer les représentations qu'il a déjà à son nouvel employeur³⁹, mais aussi celle de « ne pas prendre en cours de contrat de nouvelles représentations sans autorisation préalable de l'employeur »⁴⁰.

Cette obligation de transparence n'est cependant pas si lourde dans la mesure où l'employeur ne pourra refuser de donner son autorisation que si la nouvelle représentation est prise auprès d'un concurrent. A défaut, le refus d'autorisation serait considéré comme attentatoire à la liberté professionnelle du VRP et le licenciement pris sur le fondement de ce refus serait jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse⁴¹.

³⁴ Cass. soc. 22 janvier 1985 : D. 1985, inf. rap. p. 383, obs. Y. Serra

³⁵ Cass. soc. 22 février 1978, n°76-40.488 : Bull. civ. 1978, V, n° 134

³⁶ Cass. crim., 18 mars 1991, n°89-86.926

³⁷ Cass. soc. 12 octobre 2004, n°03-43.465

³⁸ Cass. soc. 2 juin 1977, n°76-41.057 : Bull. civ. 1977, V, n° 370

³⁹ A moins que le VRP ait négocié dans son contrat l'opacité, c'est-à-dire la possibilité de ne pas dévoiler pour qui il travaille

⁴⁰ A moins que le VRP ait négocié dans son contrat l'absence d'autorisation, c'est-à-dire la possibilité de prendre une nouvelle représentation sans avoir à en demander l'autorisation à son employeur

⁴¹ Cass. soc. 6 février 1990, n°86-44.185 ; Cass. soc. 18 juillet 1995, n°92-40.173

29. Par ailleurs, le contrat de travail peut préciser l'obligation de loyauté s'imposant au VRP par le biais d'une clause restrictive d'activité. Le VRP peut ainsi se voir interdire de représenter soit certains produits, soit certaines entreprises déterminés⁴². Dans la mesure où cette clause n'a pas vocation à empêcher par principe le VRP d'être multiscartes, elle peut être considérée comme une simple piqûre de rappel de son obligation de loyauté et n'appelle pas de développement spécifique⁴³.

30. Violation de l'obligation. Pour que la concurrence déloyale soit caractérisée, encore faut-il que le salarié ait commis une faute. A cet effet, le juge a recours à la méthode du faisceau d'indices, suite à laquelle il est mené à valider ou non les sanctions prises par l'employeur. Il faut toutefois souligner que si le salarié doit avoir commis une faute, il n'est pas nécessaire que celle-ci se soit accompagnée d'une fraude ou de manœuvres dolosives⁴⁴. Le critère de la concurrence déloyale est donc sévère, mais pas excessivement.

B) Pendant la suspension du contrat de travail

31. Persistance du lien personnel lors de la suspension. Dans la mesure où un contrat de travail suspendu n'est pas un contrat de travail rompu, les parties restent tenues par certaines obligations. Il s'agit de l'application des articles 1134 du Code civil et L.1221-2 du Code du travail relatifs à l'application de bonne foi des conventions. Cela signifie en particulier le maintien de l'obligation de loyauté, notamment s'agissant du salarié en congé, comme a pu en juger la Cour de cassation dans de multiples circonstances⁴⁵.

32. Portée de l'obligation. Il faut en premier lieu que l'absence du salarié n'ait pas pour conséquence de paralyser l'activité normale de l'entreprise. Même s'il n'a pas à exécuter la prestation de travail prévue par le contrat suspendu, le salarié ne peut pas refuser de communiquer à l'employeur des informations nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise⁴⁶, ni refuser de restituer du matériel qu'il détient et qui serait indispensable à son

⁴² C. trav. art. L.7313-6

⁴³ Rappelons seulement que, contrairement à une clause de non-concurrence, cette clause s'applique pendant la durée du contrat, non à son expiration

⁴⁴ Cass. com. 6 novembre 1990, n°88-15.117, RJS 1991, n° 21

⁴⁵ Cass. soc. 30 novembre 2010, n°09-40.695 ; Cass. soc. 12 janvier 2005, n°02-46.002

⁴⁶ Cass. soc. 18 mars 2003, n°01-41.343, Dr. social 2003, p. 770, obs. J. Savatier, refus de donner un mot de passe informatique ; Cass. soc. 15 juin 1999, n°96-44.772, refus de communiquer des informations utiles à la bonne marche de l'entreprise

remplaçant dans l'entreprise⁴⁷. Le blocage volontaire de l'activité de l'entreprise serait constitutif d'une évidente mauvaise foi du salarié.

De même, il est exclu que le salarié profite de son absence de l'entreprise pour exercer ou monter une activité concurrente à celle de son employeur. Le juge condamne systématiquement de tels agissements, quelle que soit la cause de la suspension du contrat : congé sabbatique⁴⁸, congé individuel de formation⁴⁹, congé maladie⁵⁰, ou création de son propre cabinet par un avocat salarié⁵¹.

33. Preuve de sa violation. De la même façon que pendant l'exécution du contrat de travail, ce sera à l'employeur de démontrer la faute du salarié. Ce n'est pas parce que le salarié exerce une activité professionnelle pendant son arrêt maladie⁵² ou qu'il met à profit son congé sabbatique pour travailler au profit d'un autre employeur qui n'est pas en situation de concurrence avec le premier⁵³ que le salarié viole son obligation de loyauté.

II/ Une obligation sanctionnée

34. Les agissements du salarié susceptibles de concurrencer son employeur constituent un manquement grave à son obligation de loyauté et emportent des conséquences particulièrement lourdes pour lui puisqu'elle entraîne généralement son licenciement, y compris pour faute grave, voire pour faute lourde – tout dépendant des actes commis par le salarié. Cette sanction peut également s'accompagner d'un engagement de sa responsabilité civile, et peut-être même pénale.

A) Le licenciement du salarié

35. Analyse casuistique. Dans la mesure où les agissements du salarié peuvent se montrer variés, le juge se livre à une appréciation au cas par cas en portant une attention particulière

⁴⁷ Cass. soc. 6 février 2001, n°98-46.345, fichier client utile à la prospection du secteur du remplaçant

⁴⁸ Cass. soc. 27 novembre 1991, n°88-43.161

⁴⁹ Cass. soc. 10 mai 2001, n°99-40.584, stage chez un concurrent direct

⁵⁰ Cass. soc. 21 octobre 2003, n°01-43.943

⁵¹ Cass. soc. 30 mars 2005, n°03-16.167

⁵² Cass. soc. 21 mars 2000, n°97-44.370, salarié qui pendant son congé maladie tient un stand de brocante sur un marché aux puces un dimanche matin

⁵³ Cass. soc. 1^{er} avril 2003, n°00-44.902, Dr. social 2003, p. 770, obs. J. Savatier

aux faits. Dès lors, la qualification retenue pour le licenciement varie en fonction des circonstances de l'espèce.

36. Licenciement pour cause réelle et sérieuse. Le juge a ainsi pu valider le caractère réel et sérieux du licenciement d'un salarié ayant créé une association destinée à exploiter la méthodologie développée dans le cadre de son travail et à concurrencer l'association préexistante de son employeur, abusé de ses fonctions pour tenter de favoriser son activité propre au détriment de son employeur en créant une confusion dans l'esprit des partenaires sur la finalité de ses projets, et tenté de détourner une partie de l'activité de l'organisme qui l'employait en s'appuyant sur la confusion des noms de son association et de celui de l'association à laquelle appartenait son employeur et qui détenait la licence exclusive de la marque en France⁵⁴.

37. Licenciement pour faute grave. Dans d'autres arrêts, le juge a considéré que commettait une faute grave le salarié accomplissant un acte qui entraînerait la désorganisation de l'entreprise ou créerait une confusion dans l'esprit de la clientèle⁵⁵, ou encore le représentant exerçant une activité professionnelle dans une entreprise concurrente et lui faisant bénéficier des connaissances acquises chez son employeur⁵⁶. De même, s'agissant d'un VRP, la prise de représentation chez un concurrent en dépit du refus d'autorisation de son premier employeur est caractéristique d'une faute grave justifiant le licenciement⁵⁷.

38. Licenciement pour faute lourde. Enfin, les agissements déloyaux du salarié peuvent constituer une faute lourde. Tel est le cas du directeur des ventes d'une entreprise qui prospecte lui-même la clientèle de son employeur pour le compte de sa femme et en compagnie de celle-ci⁵⁸. Le salarié doit donc faire preuve de vigilance, particulièrement en cas de pluriactivité : il doit dans ce cas faire en sorte qu'aucune activité économique d'un employeur ne soit menacée par celle de l'autre⁵⁹.

B) L'engagement de la responsabilité du salarié

39. Responsabilité civile du salarié. Non content de s'exposer à un licenciement pour une faute pouvant aller jusqu'à la faute lourde, le salarié peut également voir engagée sa

⁵⁴ Cass. soc. 22 octobre 2008, n°07-41792, 07-42020, 07-41513

⁵⁵ Cass. soc. 21 novembre 2007, n°06-44.229

⁵⁶ Cass. soc. 2 juin 1977, n°76-41.057

⁵⁷ Cass. soc. 30 mai 2000, n°98-43.126

⁵⁸ Cass. soc. 25 janvier 1984, D. 1984, inf. rap. p. 445, obs. Y. Serra

⁵⁹ Cass. soc. 19 novembre 1996, n°95-42.353 : Cah. soc. barreau, n° 87, S 24

responsabilité civile. Ainsi, son licenciement peut être accompagné, le cas échéant, d'une condamnation au paiement de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par l'employeur, notamment de son préjudice commercial⁶⁰.

40. Responsabilité pénale du salarié. Le juge va plus loin encore s'agissant de la violation par le salarié de son obligation de confidentialité, l'une des facettes de l'obligation de loyauté. En effet, si la violation de son obligation de discrétion ne peut entraîner plus que la responsabilité civile du salarié⁶¹, la violation du secret professionnel porte plus lourdement à conséquence : le salarié ayant manqué à son devoir s'expose à des sanctions pénales, en particulier consécutives à la commission d'un délit d'entrave⁶². Or on envisage sans peine les différentes occasions de trahir le secret professionnel pour les cadres haut placés, plus à même d'être mis dans les confidences les plus intimes de la société... Plus encore, le Code pénal lui-même prévoit sanctionne de 75 000 € d'amende et 5 ans d'emprisonnement le salarié qui sollicite ou agrée des avantages pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction, ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations⁶³.

41. Responsabilité persistante. Le salarié s'expose d'autant plus à l'engagement de sa responsabilité que son obligation de non-concurrence est maintenue après la cessation de son contrat de travail, même en l'absence de toute clause de non-concurrence – c'est-à-dire pendant une période où l'un de ses manquements à son obligation ne pourrait bien évidemment plus être sanctionné par un licenciement.

Section 2 : Une obligation se prolongeant après la rupture du contrat de travail

42. L'obligation de non-concurrence ne cesse pas complètement à l'extinction du contrat de travail, bien qu'elle se révèle moins stricte. Le salarié n'oublie pas les informations confidentielles qui avaient été mises à disposition lors de son passage dans l'entreprise. Il apparaît nécessaire de prévenir d'éventuelles atteintes démesurées à la saine concurrence. Parmi elles, il en est une qui se détache de l'obligation générale de loyauté : le débauchage fautif. Si cette séparation se justifie compte tenu de l'entrée en lice d'un troisième acteur, le

⁶⁰ Cass. soc. 30 octobre 2007, n°05-46.068, dommages-intérêts de 30 000 €

⁶¹ Cass. soc. 11 octobre 1972, D. 1973, note G. Viney, divulgation d'informations à des concurrents

⁶² Cass. crim., 4 novembre 1982, n°82-90.715, Dr. social. 1985, p. 111, note J. Savatier, secret exigé sur un plan de redressement

⁶³ C. pén. art. 445-2, sanctionnant la corruption active ou passive

nouvel employeur du salarié, on ne peut éviter de se demander quelles seraient les conséquences d'un éventuel rattachement de cette faute à l'obligation de loyauté.

I/ La prohibition des actes de concurrence déloyale de la part de l'ancien salarié

43. Le salarié ayant quitté une entreprise reste tout de même soumis à une obligation de non-concurrence dont le fondement aussi bien que le contenu pourraient paraître plus léger. Néanmoins, cette persistance de l'obligation apparaît nécessaire compte tenu des atteintes potentielles à la concurrence saine.

A) La légitimité estompée de la prohibition

44. Fondement général de l'obligation. Comme vu en introduction de ce chapitre, l'obligation de loyauté se rattache à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, relayé par l'article L.1222-1 du Code du travail, qui lui-même n'est a priori applicable qu'en présence d'une convention, d'un contrat de travail ici. Or, une fois que le salarié a quitté l'entreprise, et sous réserve de l'existence de clauses particulières telle que celle de non-concurrence, il n'est plus tenu par aucun lien à son employeur, à son entreprise, de telle sorte qu'il pourrait sembler étrange de maintenir une obligation trouvant sa source même dans un contrat qui n'existe plus !

Il convient alors de se détacher du Code du travail et du Code civil pour, avant même de s'élever au niveau du droit communautaire, se pencher sur le Code de commerce. Qu'il traite des pratiques restrictives de concurrence (articles L.442-1 à L.442-10), des pouvoirs d'enquête en la matière (articles L.450-1 et s.) ou bien de l'autorité chargée de faire respecter ces règles (articles L.461-1 et s.), il renvoie en définitive au même principe : celui de la liberté de concurrence. Or une telle liberté ne peut s'exercer que si la concurrence est saine, que si tous les opérateurs du marché disposent des mêmes armes à la base – ce qui ne peut pas être le cas si l'un des concurrents détient sur les autres des informations qu'il n'était pas censé détenir.

45. Confrontation des libertés. Voilà donc le premier véritable heurt entre la liberté professionnelle du salarié et la liberté de concurrence dont doit pouvoir bénéficier son ancienne entreprise. Pour autant, cette difficulté se résout assez bien dans la mesure où le juge est plus rigoureux pour caractériser la déloyauté après la rupture du contrat de travail que

pendant la relation de travail proprement dite, et les exemples de concurrence parfaitement loyale sont légion.

C'est ainsi que même à défaut de clause de non-concurrence, ou bien en cas de nullité de celle-ci⁶⁴, le salarié est en droit d'exercer une activité concurrençant son ancien employeur après l'expiration de son contrat de travail sous réserve de ne pas se livrer à des actes de concurrence déloyale⁶⁵. Il apparaît bien que le principe est celui de la possibilité offerte au salarié de concurrencer son employeur. De même, un ancien employeur ne peut faire échec au droit qu'a tout salarié de passer au service de tel de ses concurrents de son choix, quelle que puisse être la répercussion de ce changement d'employeur sur une clientèle dont la liberté reste entière⁶⁶. Enfin, de façon plus éclatante encore, la Cour de cassation a jugé que le fait pour un salarié non tenu par une clause de non-concurrence de se mettre, après la rupture de son contrat de travail, au service d'une entreprise concurrente n'est que la manifestation normale de la liberté du travail et ne constitue pas une faute⁶⁷. L'employeur qui s'y opposerait risquerait d'engager sa propre responsabilité⁶⁸.

B) La caractérisation de la concurrence déloyale

46. Critères de la concurrence déloyale. Comme en matière de concurrence déloyale pendant la relation de travail, la méthode du faisceau d'indices est utilisée par les juges. Toutefois, il ne suffit plus que l'ancien salarié ait commis une faute. Les juges recherchent soit l'existence de moyens frauduleux employés dans l'exercice de l'activité concurrente, soit une intention de nuire à l'ancien employeur.

47. Indices de la concurrence déloyale. Ainsi, comme atteinte excessive à la libre concurrence, on peut penser à la désorganisation de l'entreprise, au détournement de clientèle, au préjudice commercial ou financier résultant du comportement incriminé, à la publicité par voie de presse comportant un dénigrement⁶⁹, à la confusion créée entre l'ancienne entreprise et celle montée par le salarié⁷⁰... Par exemple, la Cour a jugé que le détournement de clientèle

⁶⁴ Cass. soc. 24 mai 2005, n°03-43.471 : JCP S 2005, 1004, note J.-F. Cesaro

⁶⁵ Cass. soc. 14 décembre 2005, n°04-40.561

⁶⁶ CA Paris 22 octobre 1997, Gaz. Pal., 1998, n°284-286, 11-13 octobre, p. 24

⁶⁷ Cass. soc. 28 mars 2007, n°05-45.423

⁶⁸ Cass. com. 6 novembre 1990, n°88-15.117

⁶⁹ Cass. soc. 20 mai 2003, n°01-02.675

⁷⁰ Cass. soc. 5 mai 2004, n°01-46.261

et des salariés au profit du nouvel employeur exerçant une activité concurrente constituait un acte de concurrence déloyale⁷¹.

48. Conséquences de la concurrence déloyale. Contrairement au cas où la concurrence déloyale a lieu pendant la relation de travail, l'employeur ne pourra évidemment pas licencier l'auteur de l'atteinte, puisque celui-ci n'est plus son salarié. Il lui restera donc l'engagement de la responsabilité civile sur la base de l'article 1382 du Code civil prévoyant que « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », sous forme de dommages et intérêts⁷², que ce soit en réparation d'un préjudice moral⁷³ ou économique et matériel, la notion de trouble commercial étant souvent invoquée⁷⁴. De même, l'ancien employeur pourra rechercher la responsabilité pénale de l'auteur de la concurrence déloyale, notamment en cas de violation du devoir de secret⁷⁵ ou d'acte de corruption retenu à son encontre⁷⁶.

49. Preuve de la concurrence déloyale. Il revient à celui qui invoque une concurrence illicite de rapporter la preuve d'un tel comportement. Il n'existe pas de présomptions de concurrence déloyale et, en tout état de cause, il ne suffit pas d'invoquer de telles présomptions pour démontrer l'existence d'une faute au regard des dispositions des articles 1382 et 1383 (relatif à la négligence ou à l'imprudence) du Code civil. La Cour de cassation a affirmé cette solution dans le cas d'une affaire de débauchage irrégulier⁷⁷, une atteinte à la concurrence spécifique justifiant une étude plus approfondie.

50. Concurrence déloyale en matière de propriété industrielle. La propriété industrielle inclut notamment la question des inventions de salariés, en particulier en matière de brevets. L'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle prévoit un régime particulier applicable à ces salariés et distingue entre trois catégories d'inventions, dont la dernière peut être écartée d'emblée : il s'agit des inventions hors mission non attribuables, c'est-à-dire dénuées de tout lien avec l'entreprise et appartenant sans conteste au salarié. Rappelons, avant d'évoquer les deux autres catégories, que cet article est d'interprétation stricte : il ne s'applique qu'aux inventeurs salariés, donc notamment ni aux dirigeants sociaux, ni aux stagiaires.

⁷¹ Cass. soc. 14 décembre 2005, n°04-40.561 précité

⁷² Cass. soc. 28 janvier 2005, n°02-64.527, JCP E n°40, 6 octobre 2005, p. 1463, note M. Depincé

⁷³ Cass. com. 6 janvier 1987, n°85-14.434

⁷⁴ Cass. com. 22 février 2000, n°97-15.560

⁷⁵ C. pén. art. 226-13

⁷⁶ C. pén. art. 445-1, sanctionnant la corruption active ou passive

⁷⁷ Cass. com. 24 mars 1998, n°96-14.268

51. Inventions de mission. Ce sont les inventions réalisées en exécution du contrat de travail, lequel contenait une fonction inventive ou une mission de recherche⁷⁸. Le salarié est obligé de céder ses droits sur celles-ci à son employeur, en contrepartie de quoi il a droit à une rémunération supplémentaire. Cette catégorie pose deux problèmes. Le premier est celui de la délimitation de la mission du salarié, plus ou moins résolu par le rapprochement de cette catégorie d'inventions avec la suivante en matière de droit à rémunération supplémentaire. Le second est celui de la succession d'employeurs. Il faut penser à la situation dans laquelle un salarié commencerait ses recherches dans une entreprise et les achèverait dans une autre. Il serait injuste de ne pas reconnaître un droit au premier employeur, qui a pour ainsi dire creusé sa propre tombe en fournissant à son concurrent une partie d'invention. En pratique, ce problème se règlera soit par une cession de cette partie d'invention à la seconde entreprise moyennant finance, soit par l'organisation d'un régime de copropriété sur le brevet – étant entendu que la question la plus délicate, dans une telle situation, est celle de la preuve du "commencement d'invention".

52. Inventions hors mission attribuables. La situation est celle d'un salarié n'ayant pas de mission inventive ou de recherche dans son contrat, mais dont la découverte est faite « soit dans le cours de l'exécution de ses fonctions, soit dans le domaine des activités de l'entreprise, soit par la connaissance ou l'utilisation des techniques ou de moyens spécifiques à l'entreprise, ou de données procurées par elle »⁷⁹. L'employeur a alors le droit de se faire attribuer la propriété ou la jouissance des droits attachés au brevet, moyennant le versement au salarié d'un juste prix. Ce mécanisme est comparable à celui de l'expropriation de l'article 545 pour Code civil, à ceci près que c'est une expropriation pour cause d'utilité privée. Les mêmes problèmes de concurrence déloyale que pour la catégorie précédente se posent, avec les mêmes solutions.

53. Protection du savoir-faire. Il convient enfin d'évoquer le cas de la protection du savoir-faire transmis par l'entreprise contre la concurrence déloyale. En pratique, un salarié va acquérir un certain savoir-faire au sein d'une entreprise. S'il trouve, à la fin du contrat, un nouvel employeur et que son ancien contrat ne contenait pas de clause de non-concurrence, le salarié va-t-il être entièrement libre de l'utilisation de son savoir-faire ? Pour qu'il y ait concurrence déloyale, il faut avant tout une faute : quelle serait celle du salarié ?

⁷⁸ Tel est par exemple le cas de l'invention réalisée par un ingénieur affecté à un département ayant une mission d'études impliquant recherches et expérimentation, mission nécessitant de vaincre des obstacles énumérés par une note de service et revêtant ainsi un caractère inventif, cf. Cass. com. 21 novembre 2000, n°98-12.680

⁷⁹ CPI art. L.611-7, 2° ; tel est par exemple le cas de l'inventeur exerçant des fonctions purement administratives et dont l'invention a pu être mise au point grâce aux moyens de l'employeur, cf. TGI Marseille 12 mai 1998, PIBD 1999, III, p. 65

54. Avant de pouvoir répondre, il faut commencer par définir le savoir-faire. Selon le droit européen, c'est un « ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci »⁸⁰. Par ailleurs, un accord international pris dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) admet la possibilité de protéger le savoir-faire pourvu que les informations qu'il englobe soient secrètes, aient une valeur commerciale et aient fait l'objet, de la part de la personne qui les détient, de dispositions raisonnables destinées à les garder secrètes⁸¹. La loi française, quant à elle, reste muette sur la question.

55. La jurisprudence a opéré une distinction entre deux types de savoir-faire. Le premier, pérenne, est celui que le salarié aura acquis dans l'exercice de son activité professionnelle et il ne peut lui être dénié⁸². Le second, précaire, est celui qui appartient à l'entreprise, c'est-à-dire issu de l'ensemble des connaissances non protégées par un droit de propriété intellectuelle qui sont mises à disposition du salarié par son employeur pour qu'il exécute au mieux sa prestation de travail⁸³. Les juges ont considéré que le salarié qui diffuserait ce dernier savoir-faire violerait son obligation de loyauté (qui perdure après l'extinction du contrat de travail) vis-à-vis de son ancien employeur⁸⁴, quand bien même son nouvel employeur n'en userait pas⁸⁵. Pour pouvoir caractériser la concurrence déloyale, il faut toutefois, en application des définitions internationales du savoir-faire, établir la préexistence, la consistance et le caractère confidentiel de son savoir-faire⁸⁶, ainsi que le caractère fautif des circonstances ou des moyens qui ont permis de violer ce secret et d'accéder au savoir-faire⁸⁷.

56. Cette analyse se révèle doublement critiquable. En premier lieu, il convient de souligner que si le Code de la propriété intellectuelle, pourtant protecteur des inventeurs, n'a pas jugé utile de protéger ce savoir-faire dit de l'entreprise, c'est sans doute parce que cela ne se justifie pas, notamment en raison du caractère plus qu'hasardeux de la distinction entre savoir-faire *acquis* et savoir-faire *prêté*. En second lieu, un argument, certes plus friable, tiendrait à arguer que l'obligation de loyauté du salarié à l'égard de son nouvel employeur

⁸⁰ Règlement d'exemption n°330/2010 du 20 avril 2010, art. 1^{er}, g)

⁸¹ Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), art. 39

⁸² Cass. com. 7 décembre 2010, n°10-11.883, arrêt traitant d'un savoir-faire présent dans la « mémoire vivante » d'un inventeur

⁸³ Cass. com. 11 février 2003, n°00-15.149, arrêt reconnaissant l'éventualité de l'existence d'un savoir-faire propre à l'employeur que le salarié avait quitté, sans pour autant caractériser cette existence en l'espèce

⁸⁴ Ainsi, si l'intention des parties n'était qu'un transfert temporaire du savoir-faire, le fait de continuer à utiliser celui-ci après la résiliation, l'expiration ou l'annulation d'un contrat de licence peut constituer une faute ; cf. CA Rouen, 5 janvier 1995, PIBD 1995, n°585-III-198

⁸⁵ Cass. com. 25 février 2003, n°00-21.542, arrêt ayant jugé que la seule détention du savoir-faire ôtait à celui-ci sa valeur patrimoniale

⁸⁶ Cass. com. 6 janvier 1966, Bull. civ. IV, n°3 ; Cass. com. 8 mai 1979, n°77-15.294

⁸⁷ J. Passa, *Concurrence déloyale et parasitisme*, éd. Dalloz, 1993, n°136

doit le conduire à mettre en œuvre, dans l'exécution de sa prestation de travail, toutes les connaissances dont il dispose – y compris celles apprises dans les entreprises où il travaillait précédemment – pour mener à bien sa tâche. Bref, l'argument est celui de la nécessaire conciliation entre les deux obligations de loyauté.

II/ La prohibition des actes de débauchage fautifs de la part du nouvel employeur

57. Le débauchage de salariés fait intervenir un nouvel acteur qui est à l'origine de l'atteinte : le nouvel employeur. Cette particularité explique l'existence d'un régime juridique propre à cette atteinte. Cependant, il convient de se demander si cette originalité n'est pas superflue, si les conséquences du rattachement du débauchage fautif au régime général de l'obligation de loyauté n'auraient pas des vertus particulières, dans le sens de la liberté professionnelle ou dans celle de la liberté de concurrence.

A) L'existence d'un cadre juridique distinct de l'obligation de loyauté

58. Dispositions légales spécifiques. Le débauchage fautif du salarié est prévu par les articles L.1237-2 et L.1237-3 du Code du travail. Selon ces dispositions, le débauchage est caractérisé par la réunion de deux fautes : une faute contractuelle du salarié et une faute délictuelle de son nouvel employeur. Il faut préciser que les tribunaux admettent avec une grande prudence l'existence de ces deux fautes et se montrent restrictifs dans leur appréciation.

59. Faute contractuelle du salarié. La faute du salarié doit elle-même être décomposée en deux éléments : d'une part, il doit avoir rompu abusivement son contrat (article L.1237-2) et il doit avoir conclu un nouveau contrat (article L.1237-3). C'est à l'employeur victime de la rupture d'établir que le salarié a agi de manière fautive, avec intention de nuire – on retrouve là les conditions plus strictes en raison de l'extinction du lien entre l'ancien employeur et le salarié. A titre d'exemple, la seule inexécution du préavis ne suffit pas à donner à la rupture un caractère abusif⁸⁸.

60. Il en va de même en matière de démission. De manière générale, le salarié a le droit de démissionner : c'est l'une des facettes essentielles de la liberté du travail – celle de *ne pas*

⁸⁸ Cass. soc. 14 octobre 1987, n° 86-40.049

travailler. Ainsi, la démission qui n'est pas brutale et qui est motivée⁸⁹, la démission pour exercer une activité concurrente⁹⁰, ou bien la démission justifiée par une modification prévisible du contrat de travail⁹¹ ne tombent pas sous la coupe du texte. A l'inverse, une série de démissions consécutives à la concertation frauduleuse de plusieurs salariés pourraient être considérées comme abusives⁴.

61. Faute délictuelle du nouvel employeur. L'article L.1237-3 énumère trois hypothèses dans lesquelles il y aurait faute du nouvel employeur : s'il est démontré qu'il est intervenu dans la rupture, celle-ci devant avoir été abusive ; s'il a engagé un salarié qu'il savait déjà lié par un contrat de travail ; ou s'il a continué d'employer le salarié après avoir appris que celui-ci était encore lié à un autre employeur par un contrat de travail. Dans cette troisième hypothèse, la responsabilité du nouvel employeur n'est pas engagée si, au moment où il a été averti de l'existence du contrat abusivement rompu par le salarié, ledit contrat était venu à expiration s'il était à durée déterminée ou, s'il était à durée indéterminée, le préavis était expiré ou plus de quinze jours s'étaient écoulés depuis la rupture.

62. Application : méthode du faisceau d'indices. Il est intéressant de s'attacher aux éléments relevés par les juges du fond pour déterminer l'existence du débauchage fautif. Un arrêt éclairant est rendu par la Cour d'Appel de Paris le 15 octobre 2008⁹². Les juges y retiennent quatre éléments : le nombre des départs et embauches successives par un concurrent était massif ; les conditions de rémunération proposées étaient nettement plus favorables que celles correspondant aux usages habituels du marché du travail ; cette embauche avait permis au concurrent de développer une nouvelle activité identique à celle exercée par la victime du débauchage ; la procédure de recrutement était trompeuse. Cet arrêt met également en évidence la rigueur des juges dans l'appréciation du débauchage. En réalité, ils n'acceptent de le caractériser que lorsque des faits a priori licites (proposer une rémunération plus avantageuse, engager plusieurs salariés, recruter des salariés ayant un savoir-faire particulier permettant le développement d'une nouvelle activité...) sont non seulement conjugués, mais également poussés à leur paroxysme : il est possible de proposer une rémunération plus avantageuse, mais pas *trop* avantageuse ; il est possible de recruter plusieurs salariés, mais pas un *nombre massif* de salariés ; etc. La réunion de tous ces éléments déjà amplifiés est nécessairement fatale au nouvel employeur.

63. Débauchage fautif en matière de propriété industrielle. S'agissant des inventions de salariés, on peut songer à l'hypothèse dans laquelle un salarié fera profiter un second employeur de la découverte réalisée chez un premier employeur. En ce domaine, la preuve est

⁸⁹ Cass. soc. 6 décembre 1994, n° 90-45.846

⁹⁰ Cass. soc. 18 janvier 1995, n°91-42.613, Bull. civ. V, n° 29

⁹¹ Cass. com. 16 janvier 1990, n° 88-10.542 (solution implicite)

⁹² CA Paris 15 octobre 2009, aff. SAS Kern France C/ SAS Mag Systèmes, CCC n°4, avril 2009, comm. 105, comm. M. Malaurie-Vignal

moins difficile à rapporter dans la mesure où le dépôt du brevet est une formalité obligatoire pour protéger celui-ci et s'accompagne d'une publicité : pour peu que le dépôt suive de très près le départ du salarié, il y a fort à parier que la fraude sera caractérisée, ce qui permettra au premier employeur de devenir le seul titulaire du brevet. Encore faut-il que la nouvelle entreprise ait décidé de protéger l'invention par un brevet et non par le secret...

64. Responsabilité solidaire. En vertu de l'article L.1237-3 du Code du travail, lorsque le débauchage fautif est caractérisé, le nouvel employeur est tenu solidairement responsable du préjudice causé à l'employeur précédent par le salarié fautif. Par conséquent, il doit réparation de l'entier dommage, y compris par exemple celui pouvant résulter de la méconnaissance par le salarié du délai de préavis⁹³. Il ressort de ce régime juridique que l'ancien employeur pourra agir en concurrence déloyale, sur le fondement des articles 1382 ou 1383 du Code civil, soit contre le salarié, soit contre le nouvel employeur, soit contre les deux, ou encore agir pénalement si le délit de corruption active ou passive est démontré⁹⁴.

B) L'extension vers le fondement général de l'obligation de loyauté ?

65. Intérêt de l'extension. Du fait du régime juridique spécifique exigeant la réunion de deux fautes, qui plus est rigoureusement appréciées par les juges du fond, le débauchage fautif est nettement plus lourd à caractériser que la forme banale de la concurrence déloyale ne faisant intervenir que deux acteurs. Cependant, cette pesanteur ne profite en fin de compte qu'au nouvel employeur. L'ancien salarié reste soumis aux critères habituels de la concurrence déloyale : faute et moyens frauduleux ou intention de nuire.

Etendre le régime de l'obligation générale de loyauté au débauchage fautif bénéficierait à deux des trois acteurs en scène. D'un côté, l'ancien employeur aurait non seulement la possibilité d'engager la responsabilité civile, voire pénale, d'une seconde personne, mais, en plus, celle-ci se révélerait a priori plus solvable que le salarié. De l'autre côté, le salarié lui-même aurait dans certains cas le soulagement de voir son nouvel employeur tenu solidairement du préjudice causé par ses propres actes, ce qui allègerait sa part d'indemnisation. Finalement, l'unique victime de l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil au débauchage fautif serait le nouvel employeur. Deux bénéficiaires contre une

⁹³ Cass. com. 23 mai 1989, n°87-11.912

⁹⁴ C. pén. art. 445-1 et 445-2

victime, le solde est positif. Toutefois, le raisonnement mathématique n'a pas lieu d'être ici ; il convient plutôt de se pencher sur l'éventuelle justification d'une telle extension.

66. Contrariété à l'extension. Pour ce troisième acteur qu'est le nouvel employeur, la libre concurrence emporte, par l'intermédiaire de la liberté d'entreprendre, un corollaire indiscutable : la liberté d'embaucher le collaborateur qu'il souhaite⁹⁵. Certaines règles viennent parfois limiter cette liberté, dans des proportions réduites : on peut ainsi penser à l'obligation d'employer 6 % de personnes handicapées dans les entreprises occupant plus de 20 salariés (article L.5212-2 et L.5212-4 du Code du travail). Toutefois, même cette dernière injonction légale peut être contournée par différents moyens, notamment par la passation de contrats de fourniture de sous-traitance ou de prestations de service avec des établissements particuliers, ou bien en accueillant en stage des travailleurs handicapés (L.5212-6 et s.)... Cette liberté apparaît ainsi à la fois bien établie, puisqu'à valeur constitutionnelle⁹⁶, et respectée. Sur quels fondements pourrait-elle être remise en cause ?

67. Le balancement du sujet incite d'abord à songer au principe de la liberté professionnelle. Il est néanmoins difficile de voir dans cette circonstance un choc entre les deux libertés. Bien au contraire, la liberté d'embauche offre au salarié l'occasion de travailler dans l'entreprise de son choix, quand bien même il serait déjà lié à un autre employeur – sous réserve de payer quelques indemnités. Peut-être pourrait-on cependant aller plus loin en énonçant que si la liberté d'embauche se voit imposer des restrictions supplémentaires mais que les sanctions ne diffèrent pas de celles déjà connues (et ne vont notamment pas jusqu'à la réintégration plus ou moins forcée du salarié dans son entreprise d'origine, qui apparaît de toute façon contraire à la liberté professionnelle), alors le fait que le nouvel employeur soit tenu solidairement vis-à-vis de l'ancien employeur profitera au salarié et favorisera au bout du compte l'exercice de sa liberté professionnelle. Inutile de préciser que ce raisonnement est capillo-tracté. Par ailleurs, si l'une des conséquences envisageable de l'extension consisterait à permettre au salarié de rejoindre plus aisément une autre entreprise en mettant à la charge de celle-ci une partie des frais d'indemnisation, la seconde conséquence envisageable est nettement moins positive : elle dissuaderait tout bonnement le débauchage, même licite, du salarié d'une entreprise par une autre – ce qui ne serait guère profitable à celui-ci.

68. Atteinte par la liberté d'embauche à la libre concurrence. La proposition est osée car elle paraît de prime abord schizophrénique : un principe se contredirait lui-même, se

⁹⁵ Cons. const. 20 juillet 1988, n° 88-244 DC, JO 21 juillet 1988, p. 9449, loi portant amnistie, § 22

⁹⁶ Idem

contrecarrerait lui-même. Pourtant, elle est la plus proche de la réalité. Qu'est-ce qui justifie, en effet, la condamnation solidaire du nouvel employeur dans le régime du débauchage fautif ? C'est bien le fait que le nouvel employeur, en embauchant le salarié de son concurrent, entraîne la désorganisation de ce dernier, son retard sur un marché concurrentiel sans grande compassion pour l'évincé. En exerçant sa liberté d'embauche, corollaire – rappelons-le – de la libre concurrence, le nouvel employeur porte donc atteinte à la liberté de concurrence dont devrait bénéficier l'ancien employeur. Seulement, si l'on admet une telle explication, alors on place l'atteinte sur un terrain purement commercial duquel est exclu le salarié lui-même, ce qui rend injustifiée l'extension du régime de l'obligation de loyauté dont est tenu le salarié.

69. Dangers de l'extension. On le voit : l'extension des cas de débauchage fautif par l'application du régime de l'obligation de loyauté se heurte à plusieurs principes de valeur. D'une part, la liberté professionnelle du salarié se verrait restreinte dans la mesure où les risques pesant sur un éventuel débauchage auraient un effet répulsif sur les autres entreprises. D'autre part, la liberté de concurrence des autres opérateurs serait amenuisée puisqu'ils ne pourraient plus exercer correctement leur liberté d'embauche. Il ne reste en conséquence qu'à rendre à la conclusion d'Yves Chagny⁹⁷ et approuver l'existence d'un cadre juridique spécifique au débauchage fautif.

L'obligation de loyauté inhérente à l'existence d'un contrat de travail porte bien atteinte à la liberté professionnelle, mais une telle atteinte, n'admettant aucune contrepartie, apparaît légitime au regard de la relation de travail qui s'instaure entre le salarié et son employeur. Parfois, cependant, les parties vont au-delà de cette obligation naturelle et stipulent dans le contrat de travail une clause de non-concurrence, autrement dit une clause renforçant l'obligation de non-concurrence inhérente au contrat et, par voie de conséquence, portant une atteinte plus importante encore à la liberté de travailler du salarié. La protection des intérêts de l'entreprise peut-elle justifier la stipulation d'une telle disposition ?

⁹⁷ *Débauchage de salarié, nullité de la clause de non-concurrence : une prise de possession du droit du travail par le droit commercial*, note sous Cass. com. 29 janvier 2008, n°06-18.654, RDT 2008 p. 453

Chapitre 2 : Une atteinte monnayée à la liberté professionnelle : la clause de non-concurrence

70. Liberté contractuelle. La liberté contractuelle est l'une des clefs de voûte du droit français. Elle est issue de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789⁹⁸ et ses différentes facettes sont énoncées à l'article 1134 du Code civil. Elle signifie notamment que les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter, avec qui elles veulent, et quelles que soient les dispositions du contrat – à condition toutefois de ne pas porter atteinte aux règles d'ordre public. En vertu de ce principe, employeur et salarié devrait tout à fait pouvoir convenir de stipuler une clause sapant quelque peu la liberté professionnelle de ce dernier.

71. Toutefois, s'en remettre totalement à ce principe, à cette idéologie – d'une certaine façon – selon lequel chaque cocontractant se voit accorder la même liberté et se situe sur un pied d'égalité, serait extrêmement dangereux. Le contrat de travail, en effet, n'est pas signé entre deux personnes à la situation semblable. La plupart du temps, le salarié est dans une situation de demande, ce qui place l'employeur en position de force. Dès lors, on ne peut se fier à l'utopie selon laquelle aucune pression ne serait exercée par ce dernier, aucune concession ne serait faite par le salarié pour obtenir l'emploi, quitte à y abandonner plusieurs parcelles de sa liberté. Le risque est d'autant plus important que la clause peut être non seulement stipulée lors de la conclusion du contrat de travail, mais aussi lors de son exécution – sous réserve d'obtenir l'accord d'un salarié parfois craintif à l'idée de perdre son emploi.

72. Bien plus, la clause de non-concurrence peut, dans le silence du contrat de travail, résulter d'une convention collective si celle-ci l'impose, et si toutefois le salarié a été mis en mesure d'en prendre connaissance lors de son embauche⁹⁹. Or le salarié prêterait fréquemment moins attention à une convention collective qu'à son propre contrat de travail et, bien que mis au courant, ne se rendra pas nécessairement compte de l'engagement pris.

73. Encadrement jurisprudentiel. C'est en considération de cette situation inégalitaire et parfois subtile que le législateur comme le juge sont intervenus afin de restreindre la stipulation des clauses de non-concurrence et de réduire leur champ d'application, dans le temps aussi bien que dans l'espace. Depuis longtemps, les juges exigent quatre critères constants : la clause doit être limitée dans le temps¹⁰⁰ et dans l'espace¹⁰¹ ; elle ne doit pas

⁹⁸ Cons. const. 19 décembre 2000, n°2000-437 DC, loi de financement de la sécurité sociale pour 2001

⁹⁹ Cass. soc. 8 janvier 1997, n°93-44.009

¹⁰⁰ Cass. soc. 9 juillet 1985, n°83-42.423

priver le salarié de toute possibilité de travailler¹⁰² ; elle doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée au but recherché¹⁰³. Ces critères sont cumulatifs et d'interprétation stricte¹⁰⁴. De plus, la Cour de cassation a précisé que cette clause doit être acceptée par le salarié pendant son contrat de travail et qu'en conséquence, elle ne saurait être imposée par l'employeur après la rupture en vertu de la mise en œuvre par celui-ci d'une clause potestative¹⁰⁵.

Les juges ont cependant fini par considérer que cet encadrement ne suffisait pas. Le salarié, en effet, ne tirait nulle contrepartie à la stipulation d'une telle clause, sinon celle de trouver un emploi qui, peut-être, lui aurait été refusé s'il n'avait pas accepté la clause de non-concurrence. Cette situation démontre la mutation du contrat de travail qui, contrat consensuel à la base, devient contrat d'adhésion.

74. Nouveau critère diriment. Depuis 2002, la Cour de cassation exige que soit prévue une contrepartie financière à la clause de non-concurrence, faute de quoi cette clause serait illicite¹⁰⁶. Cette solution a été réaffirmée sans cesse depuis de telle sorte qu'elle apparaît désormais inexpugnable. Si l'on peut admettre le bien-fondé d'une telle exigence, si l'on peut même s'en féliciter eu égard à la liberté que le salarié abdique lorsqu'il s'engage à respecter une clause de non-concurrence, le caractère suffisant de cette contrepartie laisse songeur quant aux implications qu'il entraîne et ne laisse pas de poser la question de la valeur accordée par les juges à la liberté du travail.

75. Clause catalogue. La clause catalogue n'est ni plus, ni moins qu'une clause de non-concurrence en matière musicale. Cette clause interdit à un artiste d'aller réenregistrer les mêmes œuvres auprès d'un autre producteur à l'expiration du contrat. Elle est a priori licite¹⁰⁷ et assortie des mêmes conditions que la clause de non-concurrence¹⁰⁸, mais s'en distingue de deux façons. D'une part, elle a beaucoup moins d'intérêt dans la mesure où le nouveau

¹⁰¹ Cass. soc. 28 octobre 1997, n°94-43.792

¹⁰² Cass. soc. 18 septembre 2002, n°99-46.136 ; le salarié doit ainsi pouvoir « retrouver un emploi conforme à son expérience », cf. Cass. soc. 13 octobre 1988

¹⁰³ Cass. soc. 20 juin 1995, n°93-40.287

¹⁰⁴ Cass. soc. 17 janvier 2006, n°04-41.038, note R. Vatinet, JCP S n°15, 11 avril 2006, p. 1296, arrêt rappelant notamment que les actes préparatoires ne sont pas, en principe, des actes de concurrence

¹⁰⁵ Cass. soc. 12 février 2002, n°00-41.765

¹⁰⁶ Cass. soc. 10 juillet 2002, 3^e espèce, D. 2002, somm. p. 2491, note Y. Serra et p. 3111, obs. J. Pelissier ; JCP G 2002, II, 10162, note F. Petit ; Semaine Sociale Lamy 22 juill. 2002, n° 1085, p. 9, note A. Chirez ; JCP E 2002, 1511, note D. Corrignan-Carsin ; D. 2003, somm. p. 1222, obs. Thullier ; CCC 2002, n° 141, obs. M. Malaurie-Vignal ; JCP E 2003, n° 12, p. 508, obs. P. Morvan et n° 15, p. 654, obs. Chr. Masquefa ; pour le texte des arrêts, voir l'annexe 1

¹⁰⁷ Cass. soc. 20 décembre 2006, n°05-43.057, Prop. intel. N°18, janvier 2006, p. 35, obs. E. Mile

¹⁰⁸ Comme le rappelle un auteur, ces clauses « seraient indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitées dans le temps et dans l'espace, et [...] préciseraient le genre de l'œuvre concernée » ; cf. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, éd. Litec, 2^e édition, 2009

producteur a peu à gagner de l'enregistrement de chansons déjà connues du public : dans ce secteur, la nouveauté constitue la plus sûre garantie de profit. D'autre part, aucune jurisprudence n'est encore venue confirmer la solution de 2002 relative à la clause de non-concurrence à proprement parler, selon laquelle cette clause doit être assortie d'une contrepartie pécuniaire. Dans le doute, il est sans doute plus prudent de prévoir une telle contrepartie, en dépit de son caractère particulièrement contestable.

Section 1 : Une logique de rachat de la liberté professionnelle

76. Dire que prévoir une contrepartie pécuniaire est une condition *sine qua non* de la stipulation d'une clause de non-concurrence, c'est mettre sur un même plan l'argent et la liberté professionnelle. Par cette obligation de prévoir une compensation financière, le juge a en réalité permis à l'employeur de racheter la liberté professionnelle de son salarié, de payer une somme en échange d'un droit fondamental. Même si cette affirmation paraît osée, elle ne fait que trouver un prolongement dans l'introduction du sacro-saint principe de proportionnalité pour l'appréciation de l'atteinte – donnant ainsi une valeur relative à un droit fondamental.

I/ La contrepartie pécuniaire, réparation par équivalent de l'atteinte

77. C'est une chose de déclarer la nécessité d'une contrepartie pécuniaire à la stipulation d'une clause de non-concurrence, c'en est une autre de définir sa nature. Si la jurisprudence a jugé qu'elle avait la nature d'une indemnité compensatrice de salaire, elle en a tiré si peu de conséquences qu'il convient de s'interroger sur le bien-fondé de cette solution.

A) Une contrepartie jugée de nature salariale

78. **Fondement du contrat de travail.** Pour distinguer la clause de non-concurrence de la « simple » obligation de loyauté, il faut partir du fondement du contrat de travail lui-même. Par définition, ce contrat synallagmatique comporte une obligation pour le salarié, celle de fournir sa force de travail et ses compétences, et une obligation pour l'employeur, celle de rémunérer le salarié. Or, qu'est-ce qu'une rémunération sinon une récompense au travail fourni par le salarié, une compensation du temps et des aptitudes qu'il met à la disposition de

son employeur ? Il ne paraît ainsi pas aberrant d'énoncer que la rémunération versée constitue la contrepartie pécuniaire de l'obligation incombant au salarié d'accomplir son travail.

79. Atteintes inévitables aux libertés du salarié. Or, accomplir son travail implique pour le salarié d'abdiquer certaines de ses libertés fondamentales, ou du moins une partie d'entre elles. Un auteur cite par exemple la liberté fondamentale d'aller et de venir¹⁰⁹, puisque le salarié doit bien se tenir à la disposition de l'employeur pendant certaines heures et sur certains lieux, mais l'on pourrait aussi songer à la liberté d'expression, sous les feux des projecteurs avec la prolifération et la ramification des réseaux sociaux¹¹⁰. Or l'abdication par le salarié d'une parcelle de cette liberté d'aller et de venir, d'une parcelle de cette liberté d'expression, apparaissent comme des nécessités liées à l'accomplissement normal de la mission du salarié, donc à son obligation de loyauté, parfois renforcée¹¹¹. La seule existence d'un lien de subordination rend inévitables ces atteintes : le salarié n'est plus totalement libre, mais soumis au contrôle, aux directives, aux éventuelles sanctions de l'employeur – telle est la définition même de l'activité salariée.

80. Logique de la Cour de cassation. C'est dans la droite ligne de cette logique incontestable que le juge situe sa jurisprudence. Il le fait par le biais de la qualification : pour lui, l'indemnité de non-concurrence censée compenser l'atteinte a la valeur d'une indemnité compensatrice de salaire¹¹², ce en dépit de l'extinction de la relation de travail unissant employeur et salarié, en dépit de l'absence de contrepartie « physique » du salarié, bref, en dépit de l'absence de tout ce qui justifiait le versement d'un salaire. A l'observation d'une telle jurisprudence, on comprendra aisément pourquoi la nécessité d'une contrepartie financière apparaît naturelle à la Cour, et on se demandera avec elle pourquoi s'interroger sur un phénomène communément admis!

B) Une contrepartie en fait de nature spécifique

81. Cette analyse de la haute juridiction apparaît contestable, comme les lignes précédentes ont pu le laisser percevoir. Rien ne justifie, en effet, une telle qualification. Tout au plus pourrait-on admettre que la somme versée est une sorte de revenu de remplacement, qui se substitue au salaire qu'aurait pu percevoir le salarié en étant embauché dans une entreprise

¹⁰⁹ L.-F. Pignarre, *Clause de non-concurrence et droits fondamentaux*, D. 2009, p. 1256

¹¹⁰ Revoir l'affaire CPH Boulogne-Billancourt 19 novembre 2010, R.G. n°09/00316, salariés licenciés pour avoir dénigré leur employeur sur Facebook

¹¹¹ On pense ici au devoir de secret, réprimé plus fermement

¹¹² Cass. soc. 23 juin 2010, n°08-70.233

concurrente de celle d'où il part. C'est donner bien trop d'importance à la clause de non-concurrence, qui n'est pas une clause d'exclusivité, et encore moins une clause générale d'interdiction de travailler !

82. Spécificité de l'atteinte. La Cour de cassation nie la spécificité de l'atteinte portée par la clause de non-concurrence, atteinte portant sur les libertés du salarié à un moment où il ne devrait plus être soumis aux différents pouvoirs de son ancien employeur, où son absence d'activité au service de ce dernier ne justifie plus le versement d'un salaire. L'indemnité auquel il a désormais droit n'a nécessairement pas la nature d'une rémunération. Le salaire a essentiellement pour objet de payer le travail du salarié ; l'indemnité compensatrice de non-concurrence a, quant à elle, pour objet de racheter une liberté en-dehors du champ contractuel et porte ainsi atteinte à un principe, supérieur, en-dehors du contrat de travail. De façon plus manichéenne, le salaire récompense l'activité du travailleur, tandis que l'indemnité de non-concurrence achète sa passivité.

83. Réparation plutôt que compensation. Le choix du terme « réparation » n'est pas innocent. Là où l'atteinte à la liberté professionnelle consécutive à l'exécution d'une prestation de travail est logique et même inévitable, et a pour objet même, pour le salarié, le gain d'un salaire, elle est tout à fait dispensable lorsqu'elle porte sur des faits et gestes du salarié postérieurs à l'expiration du contrat de travail. Elle est anormale, inattendue, intrusive et doit être réparée. Là où se heurte cette affirmation, c'est à la nature de la réparation, possiblement double dans le droit civil auquel il convient à présent de venir – ou de retourner : par nature, ou par équivalent. Dans l'impossibilité de réparer une atteinte à un principe en nature¹¹³, la Cour de cassation a tranché pour la réparation par équivalent, sans pour autant adopter la logique civiliste qui deviendra la nôtre.

II/ L'argent et le droit sur un plan d'égalité, ou la valeur relative d'un principe

84. La proportionnalité est un concept en vogue au sein de la Chambre sociale mais, à trop l'utiliser, elle s'expose à le dévoyer. Il n'y a logiquement de proportionnalité possible qu'entre des valeurs qui se répondent. Le juge n'a pourtant pas hésité à instaurer un tel lien entre une somme d'argent et une liberté fondamentale.

¹¹³ Conférer à l'ancien salarié un « nouveau » droit ou contraindre un éventuel employeur de la zone interdite à l'ancien salarié à embaucher celui-ci de façon rétroactive étant des idées évidemment fantaisistes

A) La proportionnalité attendue : la conciliation des libertés fondamentales

85. Postulat. Le titre est cru, mais pose clairement le problème : jusqu'où peut-on aller dans le rachat des droits fondamentaux ? La Cour de cassation escamote la difficulté en considérant que la somme versée hors de la contrepartie d'un travail a tout de même la nature de salaire, est la compensation d'une absence de travail. Soit. Mais, à partir du moment où l'on considère qu'il ne s'agit en fait que d'acheter un droit, un principe, une *valeur*, l'opération de vente dans son ensemble choque.

86. Le coût de l'atteinte. Au-delà du principe-même de l'achat de liberté, se pose le problème plus pragmatique encore du prix de l'atteinte. Combien vaut l'interdiction de travailler dans tel secteur, dans telle zone, pendant tant de temps, pour un administrateur, pour un dirigeant, pour un ingénieur de plus ou moins haut niveau ? La liberté d'un cadre vaut-elle plus cher que celle d'un laveur de vitres¹¹⁴ ? De telles questions, peu satisfaisantes, ne peuvent trouver qu'une réponse tout aussi peu satisfaisante : l'introduction de la proportionnalité dans l'évaluation de l'atteinte.

87. Proportionnalité de l'atteinte. Pour en revenir au texte-même, selon l'article L.1121-1 du Code du travail, « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». La notion de proportionnalité est ainsi écrite noir sur blanc. Seulement, le texte ne dévoile pas l'usage de cette notion. On aurait pu penser que cette proportionnalité ne trouverait application qu'entre des *valeurs* situées sur le *même plan*, par exemple entre une liberté d'établissement et un droit de grève.

Cette conception est d'ailleurs validée par la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux autres conditions limitant la stipulation de la clause de non-concurrence. On l'a dit : celle-ci doit être limitée dans le temps et dans l'espace. Cela signifie que sont en balance plusieurs libertés : celle de travailler, celle de se déplacer, et même le principe de dignité de la personne humaine, dignité à laquelle contribue le fait d'exercer un emploi, donc de pouvoir en retrouver un. L'argent n'avait aucunement son mot à dire. Aux principes se confrontaient les principes, et la légitimité de l'atteinte était subordonnée à une conciliation entre ceux-ci.

88. Clause d'exclusivité. Cette conception est d'ailleurs à la source du régime de la clause d'exclusivité. La Cour de cassation considère en effet qu'une telle clause n'est licite que si

¹¹⁴ Sans nul doute, si l'on en croit la Cour, puisque ledit laveur de vitres se voit même refuser l'acceptation d'une telle clause parce qu'il ne la « vaut » pas, cf. Cass. soc. 14 mai 1992, n°89-45.300 !

elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché¹¹⁵. Plutôt que d'exiger une contrepartie pécuniaire, alors que l'atteinte est apparaît supérieure à celle portée par une clause de non-concurrence, la Cour met en balance la liberté de travailler du salarié et la liberté du commerce dont bénéficie l'entreprise. Cela l'a conduit à annuler les clauses d'exclusivité figurant dans les contrats de travail des salariés à temps partiel, celles-ci ayant pour effet d'empêcher lesdits salariés d'exercer leur liberté professionnelle en se livrant à d'autres activités en-dehors de leur temps de travail¹¹⁶.

89. Clause d'exclusivité des VRP. Le cas des VRP est caractéristique de cette recherche d'équilibre entre les libertés fondamentales, et c'est en se fondant sur le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 que la Cour de cassation se prononce. Elle affirme expressément que « la clause par laquelle l'employeur soumet l'exercice, par le salarié engagé à temps partiel, d'une autre activité professionnelle, à une autorisation préalable porte atteinte au principe fondamental du libre exercice d'une activité professionnelle »¹¹⁷. Toutefois, la solution retenue, bien qu'elle passe systématiquement par l'annulation de la clause, donne matière à débat. La Cour considère que le VRP doit se voir appliquer la rémunération minimale forfaitaire prévue par l'article 5 de l'Accord National Interprofessionnel au profit des VRP exerçant leur travail à temps complet¹¹⁸. Néanmoins, lorsqu'il s'agit d'un salarié à temps partiel non VRP, la Cour choisit de lui attribuer des dommages et intérêts destinés à compenser le fait qu'il a été privé de la possibilité d'exercer librement une activité professionnelle à temps plein¹¹⁹ – il s'agit ni plus ni moins de l'application du mécanisme civiliste de la perte de chance. Or certains auteurs estiment que cette dernière solution devrait être appliquée également au cas des VRP, notamment dans le souci d'atténuer les effets d'une jurisprudence nouvelle¹²⁰ ayant prohibé des clauses d'exclusivité auparavant licites et d'empêcher la survenance de comportements opportunistes, bref, dans un souci de sécurité juridique¹²¹. Si cette analyse est justifiée quant à sa finalité, elle paraît cependant plus faible du point de vue des principes que celle retenue par la Cour de cassation. Il semble plus logique de rémunérer le VRP pour un travail qu'il aurait pu accomplir mais qui lui a été

¹¹⁵ Cass. soc. 11 juillet 2000, n°98-43.240, Bull. civ. 2000, V, n°276, arrêt fondateur ; Cass. soc. 11 mai 2005, n°03-40.837

¹¹⁶ Cass. soc. 29 octobre 2008, n°06-42.278

¹¹⁷ Cass. soc. 16 septembre 2009, n°07-45.346, JCP S n°40, 29 septembre 2009, note L. Dauxerre

¹¹⁸ Sauf à ce qu'il soit prouvé que c'est volontairement que le VRP a choisi de travailler peu, Cass. soc. 4 février 2004, n°01-45.304

¹¹⁹ Cass. soc. 25 février 2004, n°01-43.392

¹²⁰ Cass. soc. 11 juillet 2000, précité

¹²¹ Note de J.-F. Cesaro sous Cass. soc. 15 mai 2007, n°05-44.995

interdit, et de lui verser un salaire a posteriori, que de lui accorder *réparation* sous forme d'espèces sonnantes et trébuchantes, dégradant ainsi le principe de la liberté professionnelle.

90. Clause d'exclusivité des artistes-interprètes. Très fréquente, cette clause a rarement été remise en cause par les artistes¹²², alors qu'elle peut conduire à brider de façon importante leur liberté de travailler. Une affaire est d'ailleurs particulièrement décourageante à cet égard. Un chanteur, Gérald de Palmas, avait signé en 2000 un contrat d'exclusivité avec sa maison de disques portant sur les enregistrements futurs de l'artiste pour la durée nécessaire à la réalisation de trois albums, sur une durée minimale de 36 mois et une maximale de 98 mois, ainsi qu'un avenant en 2002 portant le nombre d'albums à cinq, la durée minimale à 76 mois et la maximale à 230, ce qui aboutissait à un CDD de potentiellement 19 ans ! Le chanteur a agi en requalification du contrat en CDI afin de se libérer de l'emprise de sa maison de disques. En vain : la Cour de cassation a jugé que le contrat prévoyait « une durée minimale et avait pour terme la réalisation par l'artiste de cinq albums, dont les caractéristiques étaient définies par les clauses contractuelles »¹²³. Le juge s'est principalement attaché à l'existence d'un terme précis dans le contrat¹²⁴ ; mais cela n'en revient pas moins à enchaîner l'artiste pendant une durée ubuesque à sa société de production, ce afin qu'il n'aille pas concurrencer celle-ci en vendant ses productions à une autre maison.

91. Une seule notion peut venir borner cette jurisprudence : le principe de la prohibition de la cession globale d'œuvres futures, énoncé à l'article L.131-1 du Code de la propriété intellectuelle. Cette règle consiste à empêcher l'artiste de vendre par avance *toutes* ses œuvres à venir, afin d'éviter qu'il ne cède le tout à des conditions trop défavorables.

92. Si la solution de la Cour de cassation relative aux clauses d'exclusivité doit donc être approuvée pour son respect de la valeur fondamentale de la liberté professionnelle, elle n'est pas retenue en matière de clause de non-concurrence. Dans ce dernier domaine, la liberté professionnelle se voit bradée, réduite au rang de marchandise.

¹²² Rappelons qu'en vertu de l'article L.7121-3 du Code du travail, les artistes-interprètes bénéficient d'une présomption de salariat vis-à-vis de leur producteur dès lors qu'ils ne sont pas inscrits au registre du commerce et des sociétés. Dans ce domaine d'activité, le contrat de travail prend généralement la forme d'un contrat de travail à durée déterminée d'usage, au sens du 3° de l'article L.1242-2

¹²³ Cass. soc. 4 février 2009, n°08-40.184

¹²⁴ Contrairement à l'affaire jugée par le CPH de Paris le 5 novembre 2003, relative à un Michel Sardou désireux de démissionner après quarante années de bons et loyaux services, dans laquelle les conseillers ont décidé que la clause ne comportait pas de terme suffisamment précis pour que le contrat puisse être considéré comme un CDD d'usage

B) La proportionnalité obtenue : la valeur marchande de la liberté professionnelle

93. C'est ainsi que la conception selon laquelle il n'est de conciliation valable qu'entre libertés fondamentales doit être révisée à l'aune de la jurisprudence de la Cour de cassation, pour laquelle la proportionnalité s'applique à la somme à verser pour racheter un droit. Sauf à estimer que l'argent, on ne peut plus concret, et la liberté professionnelle, plus immatérielle, sont situés sur un plan identique... Est-ce un dévoiement de la volonté du législateur, du sens de l'article du Code du travail ? On peut le penser. Doit-on pour autant le regretter ?

94. Critère de la proportionnalité. S'il est déjà ardu d'admettre que l'on puisse racheter une liberté fondamentale, il est plus ardu encore de chiffrer cette atteinte, d'autant plus que ce chiffrage doit être fixé au moment de la stipulation de la clause. Or, peut-être que le salarié retrouvera immédiatement du travail après la rupture de son contrat, ou peut-être cherchera-t-il en vain pendant une année pleine. La somme prévue en guise de réparation sera pourtant la même, dans le doute. Déjà apparaît une première faille, cela de la valeur de la somme par rapport aux conséquences réelles. La seconde est plus évidente encore : il s'agit de la valeur en tant que telle. Cela coûtera-t-il plus cher à l'employeur d'interdire à son ancien salarié de travailler dans l'Ille-et-Vilaine ou dans les Pays de la Loire ? La réponse ne va pas de soi et dépend de toute une série d'éléments : dynamisme de la région, nature des emplois que l'on y trouve, lieu d'habitation de l'ancien salarié, localisation de sa famille, présence d'une femme ou d'enfants, puis les mêmes questions appliquées à son conjoint... Bref, doivent être pris en compte toute une série d'éléments par les parties ou le juge, éléments qui ne sont d'ailleurs pas toujours prévisibles au moment de la stipulation de la clause.

95. Logique du rachat poussée à son terme. Ces observations soulèvent une double critique : d'une part, celle déjà développée de la somme variable d'argent versée en fonction de la *hauteur* de l'atteinte, comme si la liberté professionnelle (en l'occurrence) recelait différents niveaux de protection¹²⁵ ; et celle de l'insécurité juridique complète pour l'employeur issue d'une analyse parfaitement casuistique, « ce qui laisse songeur au regard de la nature fondamentale des droits en cause »¹²⁶. Surtout, doit-on considérer à présent que toute atteinte à la liberté professionnelle, quelle qu'elle soit, peut-être acceptée dès lors qu'on y met

¹²⁵ Ce qui ne déconcerte aucunement certains auteurs, pour lesquels une clause peut-être « moins attentatoire au libre exercice d'une activité professionnelle », cf. J. Beckhard-Cardoso et M. Desplats, *Non-concurrence : trois clauses, deux chambres, une question*, JCP E n°7, 18 février 2010, p. 1157

¹²⁶ L.-F. Pignarre, *Clause de non-concurrence et droits fondamentaux*, D. 2009, p. 1256

le prix ? Nous pourrions alors en conclure, avec P. Puig et une certaine amertume, que « la liberté du travail, désormais, s'achète »¹²⁷.

96. Tentative d'explication par la mécanique causaliste. Il n'est toutefois pas temps de se résigner. Echaudés par l'acceptation presque naturelle d'une entrave à une liberté fondamentale au moyen d'une somme plus ou moins forte, que ne justifie pas une première analyse de la lettre même du texte, nous devons encore rechercher une explication, à défaut de justification, au possible rachat de la liberté professionnelle du salarié. Nous avons épuisé le champ des grands principes ; il nous reste à nous rabattre sur la mécanique de la causalité, au risque de se voir entraîner vers un processus d'autonomisation de la clause de non-concurrence.

Section 2 : Le prolongement ambigu de la clause de non-concurrence

97. Prolongement d'abord parce que la clause de non-concurrence, figurant de façon presque incongrue *dans* le contrat de travail dans la mesure où elle est supposée trouver application *après*, par l'empilement des conditions posées par les juges à sa validité et parachevées par l'exigence d'une contrepartie pécuniaire, a désormais acquis une vie propre, en-dehors ou à côté du contrat de travail. Prolongement ensuite parce que, conscients de la sévérité de leur conception pour l'employeur et de l'inévitable volonté de celui-ci de la contourner par la stipulation de clauses proches de la clause de non-concurrence, les juges se sont empressés d'étendre le champ de la clause de non-concurrence en y englobant celles-ci.

I/ Une clause en passe de s'émanciper

98. L'exigence d'une contrepartie financière a bouleversé l'équilibre du contrat de travail. Elle induit en effet que le contrat de travail lui-même ne constitue pas une contrepartie suffisante à la stipulation de la clause de non-concurrence. Celle-ci nécessite dorénavant une contrepartie propre, ce qui marque par là-même son détachement du contrat de travail.

¹²⁷ P. Puig, *Droits fondamentaux et formation du contrat*, Contrats et droits fondamentaux, Actes du colloque d'Avignon du 12 janvier 2007, A. Pelissier et D. Costa (dir.), PUAM (presses universitaires d'Aix-Marseille), 2009

A) La genèse d'un nouvel objet de la clause de non-concurrence

99. Tournant de 2002. Jusqu'à ce que la Cour de cassation juge bon d'assortir toute clause de non-concurrence d'une indemnité compensatrice, cette clause constituait, à l'image de ses consœurs stipulées dans le contrat de travail, l'une des contreparties de la fourniture d'un emploi au salarié. Elle ne vivait qu'en considération du travail, de la prestation qui était son objet. En imposant l'existence d'une contrepartie financière pour valider la clause de non-concurrence, le 10 juillet 2002, la Cour de cassation a brisé toute une logique, une cohérence d'ensemble, et a poursuivi un mouvement discret de morcellement du contrat de travail¹²⁸. En somme, elle a par ces décisions affirmé que la contrepartie de la clause de non-concurrence n'était plus la fourniture d'un travail au salarié, mais une somme d'argent qui, pour avoir la nature – contestable, rappelons-le – d'un salaire, n'est pas assimilée à lui. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé que le montant de la contrepartie pécuniaire ne pouvait dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat ni son paiement intervenir avant la rupture¹²⁹.

100. C'est donc bien que la clause de non-concurrence se détache du contrat de travail pour acquérir une existence propre. Evidemment, le contrat demeure indispensable en tant que toile de fond, pour déterminer le domaine de compétence du salarié, la valeur de son travail et celle de son abstention consécutive à la stipulation d'une clause de non-concurrence ; mais c'est tout. Dorénavant, la clause de non-concurrence a pour contrepartie une somme d'argent, et réciproquement.

Pour conforter cette assertion, il suffit de se référer à toute la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la rupture du contrat de travail pour faute grave ou lourde et à son influence sur le versement ou non de la contrepartie financière. La réponse est unanime : aucune influence. Peu importe que le salarié ait eu l'intention de nuire à son employeur, peu importe qu'il ait dévoilé les secrets les plus confidentiels : ces fautes attraient au contrat de travail lui-même, et non à l'obligation de non-concurrence, autonome, ce même si une convention collective¹³⁰ ou le contrat de travail lui-même¹³¹ l'ont prévu. Précisons que, de la même façon, la clause de non-concurrence qui n'annulerait pas, mais ne ferait que minorer le montant de l'indemnité perçue par le salarié en cas de faute de sa part, ne serait pas plus

¹²⁸ Songeons au cas de la clause de dédit-formation, pour la validité de laquelle la Cour de cassation exige la conclusion d'une convention spécifique en-dehors du contrat de travail et annexée à celui-ci ; cf. par exemple Cass. soc. 4 février 2004, n°01-43.651, Bull. civ. V, obs. C. Radé

¹²⁹ Cass. soc. 7 mars 2007, Bull. civ. V, n°43 ; Dr. Social, 2007, p. 657, obs. J. Mouly ; JCP S 2007, n°13, p. 1207, note I. Beyneix

¹³⁰ Cass. soc. 16 septembre 2009, n°08-40.936, JCP S n°49, 1^{er} décembre 2009, p. 1545, note I. Beyneix

¹³¹ Cass. soc. 16 décembre 2008, n°05-40.876, JCP S n°11, 10 mars 2009, p. 1114, note I. Beyneix

valable et devrait être réputée non-écrite en ses dispositions minorant la contrepartie¹³². La seule maigre limite à ce principe rigoureusement affirmé et réaffirmé tient dans la possibilité, dans une transaction, d'assortir la stipulation d'une clause de non-concurrence à des concessions réelles de l'employeur qui ne seraient pas nécessairement ou exclusivement pécuniaires¹³³.

Toujours en suivant la Cour dans sa logique issue d'un premier illogisme, il convient de remarquer que si la contrepartie pécuniaire de la clause était véritablement intégrée au contrat, alors rien n'empêcherait le juge de lui faire subir le même sort que celui réservé à d'autres indemnités de rupture, relatives au préavis et aux congés payés. On le sait : une faute grave prive le salarié de son droit aux indemnités de préavis¹³⁴, tandis qu'une faute lourde le prive en sus de son droit aux indemnités de congés payés¹³⁵. A l'inverse, même en présence d'une clause expresse ou d'une disposition provenant d'un accord collectif applicable, le salarié licencié pour faute grave ou lourde aura toujours droit à l'indemnité de non-concurrence et aura toujours droit à l'*intégralité* de cette indemnité.

B) Le fondement de l'autonomisation de la clause

101. Fondement erroné de la jurisprudence. Encore faut-il pouvoir assumer une telle ligne, c'est-à-dire lui trouver une base solide. Les atermoiements de la Cour de cassation ne sont pas pour convaincre le juriste. Celle-ci, en effet, choisit de se placer sur le plan des principes, que nous avons-nous-mêmes étudié, puis écarté plus haut. C'est ainsi que, par exemple, elle a pu invoquer le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 en son article 6.1, certes directement applicable en droit interne, certes garantissant au salarié le droit d' « obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté ». Certains auteurs s'en félicitent¹³⁶. Le scepticisme doit pourtant être de mise : la Cour de cassation en revient, de cette façon, à monnayer la liberté professionnelle. Allons plus loin : à invoquer ce texte supranational, c'est à son ensemble qu'elle confère une valeur pécuniaire qui paraît déplacée.

102. Fondement proposé par la doctrine. Il nous faut alors revenir à la base, au socle de notre droit civil : la théorie de la cause. A partir du moment où l'on admet que la clause de

¹³² Cass. soc. 8 avril 2010, n°08-43.056, D. 2010, p. 1085

¹³³ Cass. soc. 1^{er} juillet 2009, n°08-40.252, JCP E n°43, 22 octobre 2009, p. 2006, note S. Béal

¹³⁴ C. trav. art. L.1234-1

¹³⁵ C. trav. art. L.3141-26 al. 2

¹³⁶ Cass. soc. 16 décembre 2008, n°05-40.876, JCP S n°11, 10 mars 2009, p. 1114, note I. Beynex

non-concurrence s'émancipe du contrat de travail et devient, elle-même, l'objet d'un engagement synallagmatique, il est possible de lui appliquer tout le régime civil de tels engagements. Or plusieurs solutions jurisprudentielles semblent conforter cette solution sinon dans les fondements qu'elles énoncent explicitement, du moins à travers la façon dont elles traitent les questions.

Relevons d'abord la solution selon laquelle le salarié dont l'ancien employeur ne verse pas la contrepartie pécuniaire qu'il devrait verser se trouve libéré de l'obligation de non-concurrence posée par la clause à partir du moment où le versement a effectivement pris fin¹³⁷. Elle rappelle le mécanisme de l'exception d'inexécution propre au droit des obligations, exception selon laquelle l'exécution de l'engagement est suspendue pour l'avenir. Certes, la réciproque n'est pas exacte : si le salarié lui-même commence par ne pas respecter son obligation, non seulement l'employeur pourra suspendre le versement de la contrepartie, mais encore il pourra agir en concurrence déloyale et réclamer des dommages et intérêts. Cette dernière réponse devrait donc être modifiée si le raisonnement causaliste devait être pleinement adopté.

Dans le prolongement de cette exception d'inexécution, le salarié qui, en dépit de la fin du versement de l'indemnité par l'employeur, continue de respecter son obligation de non-concurrence, pourra exiger de l'employeur qu'il paie pour cette période de respect supplémentaire, exigence ayant des airs assez prononcés d'action en exécution forcée : l'employeur défaillant dans le passé est contraint d'exécuter sa prestation. Mieux : même si le salarié n'a subi aucun préjudice du fait de la clause, s'il n'a pas eu à la respecter, le juge considère qu'il a malgré tout subi un préjudice qui doit être indemnisé !¹³⁸

En somme, cette analyse d'une clause autonomisée par le spectre de la théorie de la cause¹³⁹ apporte des réponses peut-être plus juridiquement correctes que l'affirmation solennelle de grands principes à seule fin de les dévoyer. Seulement, elle se montre tout aussi insuffisante pour justifier l'abdication monnayée d'un droit fondamental. Sans doute permet-elle une subjectivation dudit droit, le salarié apparaissant tout à fait libre de disposer de sa propre liberté de travailler – mais comment ne pas imaginer qu'il puisse subir une certaine pression de la part de l'employeur, pression à laquelle il est contraint de céder pour obtenir son emploi ? On en revient une nouvelle fois à cette utopie selon laquelle les deux parties seraient sur un pied d'égalité...

¹³⁷ Cass. soc. 18 février 2003, n°01-40.194

¹³⁸ Cass. soc. 12 janvier 2011, n°08-45.280

¹³⁹ L.-F. Pignarre, *Contrepartie financière de la clause de non-concurrence et droit des obligations : jeux d'influences*, RDT 2009, p. 151

103. Opportunité de la solution jurisprudentielle. Alors, peut-être faut-il simplement s'attacher à des considérations d'opportunité. Pour un salarié qui, de toute façon, acceptera la clause parce qu'il y sera bien obligé¹⁴⁰, la Cour de cassation a usé de bon sens pour estimer que mieux valait pour lui recevoir en échange une certaine somme d'argent plutôt que de ne rien recevoir. Cette solution, guère satisfaisante juridiquement, manifeste cependant un pragmatisme difficilement blâmable, sauf à critiquer certains éventuels détournements de sa finalité.

On songe ainsi à la clause de non-concurrence de complaisance, dont les manifestations sont potentiellement multiples. Sans illustration jurisprudentielle – et pour cause ! – pour appuyer le risque, nous pourrions tout de même imaginer la clause stipulée dans le contrat du salarié qui ne restreindrait qu'à peine, voire pas du tout sa liberté professionnelle parce que la restriction de travailler serait extrêmement circonscrite, ou que le métier recèlerait un certain nombre de facettes qui le rendraient toujours facilement exerçable, ou encore à la clause stipulée alors même que le salarié a déjà retrouvé – par anticipation – un emploi. Il est possible également que le salarié à la liberté ainsi restreinte travaille dans une entreprise qui n'a aucune concurrente, bien que le cas advienne par essence rarement. La stipulation d'une telle clause n'a alors pour seule finalité que celle de récompenser le salarié pour ses bons et loyaux services, ou, pourquoi pas ?, pourrait avoir pour but d'é luder un principe gagnant de plus en plus en popularité et en efficacité, celui d' « à travail égal, salaire égal ».

C'est d'ailleurs là que la logique de la Cour de cassation pourrait jouer son rôle, si toutefois celle-ci allait jusqu'au bout de son raisonnement : en conférant la qualité d'indemnité compensatrice de salaire à la contrepartie pécuniaire, elle pourrait réintégrer cette somme dans l'assiette des salaires et permettre ainsi une application éclairée du principe d'égalité de traitement. Fort heureusement, cette hypothèse relève du cas d'école.

Toujours est-il que, dans son souci de protéger le salarié, de conférer une contrepartie propre à la clause par laquelle il accepte de céder une part de sa liberté professionnelle, la Cour de cassation a décidé d'aller plus loin encore, d'élargir le champ d'application des règles (et des limites) de la clause de non-concurrence à d'autres clauses qui en sont proches, n'hésitant pas à requalifier ces dernières.

¹⁴⁰ Ce qui n'est pas toujours le cas, une clause de non-concurrence pouvant être favorable dans la mesure où sa contrepartie pécuniaire pourra atteindre des sommets en fonction du salarié, ce qui constitue un détournement de la contrepartie obligatoire posée par la Cour de cassation

II/ La requalification d'autres clauses en clauses de non-concurrence

104. Il n'a pas suffi à la Cour de cassation de rigidifier le régime de la clause de non-concurrence : elle s'est également attachée à l'étendre à d'autres clauses proches. Si la clause d'exclusivité, par laquelle le salarié s'engage à consacrer l'exclusivité de son activité à son employeur, s'est vu conférer un régime plus strict par une appréciation rigoureuse de l'intérêt légitime de l'entreprise¹⁴¹, on songe plutôt ici à des clauses normalement plus souples, celles de clientèle et de non-sollicitation.

A) De la clause de clientèle à la clause de non-concurrence

105. Clause de clientèle. Les agissements du salarié que prohibe une clause de clientèle¹⁴² dépendent du contenu de la clause elle-même et ne sont pas systématiquement les mêmes. De manière générale, cette clause consiste à interdire au salarié d'entrer en relation d'affaires avec les clients de son ancien employeur. L'atteinte à la liberté professionnelle du salarié apparaît aussitôt : celui-ci, en effet, se voit priver d'un marché qui pourrait lui permettre de développer sa propre activité. Cette atteinte peut s'avérer plus ou moins importante en fonction de la taille de l'entreprise d'origine, de la taille du secteur d'activité¹⁴³, bref, du nombre de clients potentiels en-dehors de ceux déjà captés par l'entreprise à laquelle appartenait le salarié.

L'existence de cette atteinte explique que la Chambre sociale ait cédé à la tentation de soumettre cette clause au même régime que celui de la clause de non-concurrence, avec tous ses travers. Ainsi a-t-elle considéré que la clause interdisant au salarié de contracter avec les clients de son ancien employeur, y compris lorsque ceux-ci viennent le solliciter spontanément, s'analysait en une clause de non-concurrence qui justifient le versement d'une réparation financière¹⁴⁴. Dans cette situation particulière, il est difficile de contester la solution retenue dans la mesure où cette clause est particulièrement restrictive : surtout, elle affecte aussi bien la liberté professionnelle du salarié lui-même que la liberté contractuelle de tiers au contrat, les clients. Or, le principe de la libre-concurrence lui-même empêche de

¹⁴¹ P.-H. Antonmattéi, *Contrat de travail – Conclusion* : JCI. Travail Traité, Fasc. 17-12

¹⁴² Dite aussi clause de protection de la clientèle, ou de non-captation de la clientèle, ou de non-démarchage, ou de non-détournement de clientèle

¹⁴³ Stipuler une clause de clientèle dans le contrat de travail d'un salarié exerçant dans un secteur de niche est particulièrement attentatoire à la liberté professionnelle ; on peut par exemple citer le secteur aéronautique : Cass. soc. 2 juillet 2008, n°07-40.618

¹⁴⁴ Cass. soc. 27 octobre 2009, n°08-41.501, JCP G n°1, 11 janvier 2010, p. 24, note D. Corrigan-Carsin ; JCP S n°6, 9 février 2010, p. 1055, note B. Bossu

considérer qu'une entreprise dispose d'un droit privatif sur ses clients¹⁴⁵. La clause de clientèle apparaît donc, sous cet angle-là, plus attentatoire encore qu'une « banale » clause de non-concurrence puisqu'elle affecte aussi bien la liberté professionnelle et que la liberté de concurrence, ce qui explique et justifie – cette fois-ci – son illicéité.

Toutefois, la Chambre sociale s'est montrée tout aussi stricte s'agissant de clauses de clientèle bien moins dangereuses que celle précédemment évoquée. Ainsi, elle a considéré que la clause interdisant au salarié, après la rupture de son contrat de travail, de se substituer à son employeur dans les marchés qu'il a eu à traiter en son nom, ainsi que dans les marchés exploités par l'employeur au moment de la rupture du contrat de travail, limitée dans le temps (2 ans) et dans l'espace (130 km autour du dernier lieu d'affectation), doit s'analyser en une clause de non-concurrence et justifie par conséquent le versement d'une contrepartie pécuniaire¹⁴⁶. On se trouve pourtant assez loin, dans cette situation, de la pose d'un obstacle diriment à l'exercice par le salarié d'un travail, de *son* travail. Les contraintes, bien qu'elles existent effectivement, paraissent mineures.

106. Cependant, nous le savons : cette circonstance indiffère la Cour de cassation. Pour peu que l'atteinte soit constatée, elle doit être réparée, et la réparation doit être proportionnelle à l'atteinte. Le principe de proportionnalité est la clef de résolution adoptée par la jurisprudence. S'il est tout aussi contestable juridiquement ici que là-bas, il pourrait cette fois se révéler vertueux dans certaines situations, mais uniquement parce que la requalification systématique d'une clause de clientèle en clause de non-concurrence engendrerait des effets pervers.

107. Effets néfastes de la requalification. Décider aveuglément que la stipulation d'une clause de clientèle constitue une stratégie de contournement du régime rigoureux de la clause de non-concurrence et que cette clause doit nécessairement être requalifiée en clause de non-concurrence, c'est dissuader les entreprises d'y recourir. Ce n'est pas pour autant que ces dernières cesseront de tenter de limiter la concurrence menée par leurs anciens salariés.

La première solution qui s'offre à elles, c'est de revenir à la clause de non-concurrence classique. Le juge s'en félicitera : le salarié bénéficiera alors du régime plus favorable, incluant en particulier la contrepartie financière. C'est omettre l'évidence selon laquelle la clause de clientèle est généralement plus souple pour l'ancien salarié et que, dans l'absolu, mieux vaut pour lui que sa liberté professionnelle soit restreinte par une clause de clientèle

¹⁴⁵ L. Vogel, *Traité de droit commercial*, éd. LGDJ, 2001, n°758

¹⁴⁶ Cass. soc. 20 décembre 2006, n°05-45.365

qu'elle le soit par une clause de non-concurrence. D'une certaine façon, la Cour de cassation incite les entreprises à porter plus gravement atteinte au droit au travail du salarié qu'elles ne le désireraient, ce qui apparaît pour le moins contradictoire avec l'objectif affiché¹⁴⁷ !

La seconde solution à laquelle les entreprises peuvent penser, c'est à la stipulation d'une autre clause aux effets proches, mais au régime nettement plus souple : la clause de non-sollicitation.

B) De la clause de non-concurrence à la clause de non-sollicitation

108. Clause de non-sollicitation. Cette clause se distingue d'emblée des clauses précédentes par sa dualité de destinataires potentiels : elle consiste, en effet, soit à interdire à une entreprise de recruter des salariés d'une autre entreprise, soit à interdire à un ancien salarié de recruter des salariés de l'entreprise dont il faisait partie.

Mais sa plus grande originalité réside sans doute dans son support : les clauses d'exclusivité, de non-concurrence ou de clientèle sont toujours stipulées dans le contrat de travail du salarié ; en revanche, la clause de non-sollicitation peut aussi bien figurer dans un contrat commercial que dans un pacte d'actionnaires¹⁴⁸. La conséquence de cette différence est surtout juridictionnelle : là où nous rencontrons essentiellement des décisions de la Chambre sociale, les litiges relatifs à la clause de non-sollicitation sont portés devant les juridictions commerciales et terminent devant la Chambre commerciale de la Cour de cassation, moins sévère que la Chambre sociale.

Ainsi, la Chambre commerciale a d'abord jugé que seul le salarié peut se prévaloir du trouble qu'est susceptible de lui-causer une clause de non-sollicitation ne comportant pas de contrepartie financière, même si cette clause figure au contrat conclu entre une société auprès de laquelle il est mis à disposition et son employeur¹⁴⁹. Le nouvel employeur du salarié ne peut donc se prévaloir d'un tel trouble alors même que c'est lui qui a contracté l'engagement, ce qui supposerait qu'en tant que telle, la clause de non-sollicitation dépourvue de contrepartie pécuniaire serait valable.

Cette affirmation hésitante s'est trouvée pleinement confirmée quelques mois plus tard par un arrêt dans lequel la Chambre commerciale a déclaré que « la clause de non-sollicitation [...]

¹⁴⁷ JCP E n°7, 18 février 2010, p. 1157, Etude par J. Beckhard-Cardoso et M. Desplats

¹⁴⁸ Idem

¹⁴⁹ Cass. com. 10 mai 2006, n°04-10.149

ne constitue pas une clause de non-concurrence dont elle n'est ni une variante, ni une précision de celle-ci »¹⁵⁰. La solution ne pouvait être plus claire, et on pense immédiatement à sa conséquence cruciale : aucune contrepartie financière n'est nécessaire à la stipulation d'une telle clause, pourtant bel et bien attentatoire à la liberté professionnelle du salarié – tout autant qu'une clause de clientèle.

109. Divergence jurisprudentielle. Que penser de cette solution ? Du point de vue des principes, on peut s'en féliciter : la Chambre commerciale ne donne pas de valeur marchande à une liberté fondamentale comme la Chambre sociale avait pu le faire, et elle ne s'attèle pas à déterminer la proportionnalité de l'atteinte dans le but de lui fixer un prix relatif. D'un point de vue plus prosaïque, la divergence de jurisprudence n'est pas satisfaisante, aussi bien en matière de sécurité juridique qu'en matière d'égalité entre les salariés. Du point de vue de l'opportunité, enfin, cette solution est de nature à inciter les entreprises à stipuler de telles clauses¹⁵¹ à la place de clauses de non-concurrence ou de clientèle, ce qui mène à une double analyse : d'une part, cela rend inepte toute la jurisprudence de la Chambre sociale visant à payer le salarié de l'aliénation de son droit au travail ; d'autre part, à l'inverse, cela répond indirectement à la volonté affichée de protéger les droits fondamentaux du salarié puisque, malgré tout, la clause de non-sollicitation est normalement moins attentatoire à ceux-ci que la clause de non-concurrence. Transparaît une certaine ironie : à trop vouloir rentabiliser la vente de sa liberté par le salarié, qui n'y attache souvent que trop peu d'intérêt, la Chambre sociale risque de le priver de la possibilité même de le faire. En fin de compte, elle le protège, certes, mais contre lui-même et malgré elle !

110. Reste, après avoir constaté les voies différentes dans lesquelles s'engagent respectivement la Chambre sociale et la Chambre commerciale, à proposer une réponse. On ne surprendra personne, au vu des développements précédents, en privilégiant la jurisprudence de la Chambre commerciale. Elle seule ne dévoie pas la nature fondamentale des droits du salarié en permettant son rachat. C'est cependant aller à l'encontre de toute une philosophie peut-être trop matérialiste de la Cour de cassation pour laquelle la protection du salarié passe par son indemnisation, et il est évident que souhaiter l'extension de la solution de la Chambre commerciale aux clauses qui parviennent devant la Chambre sociale va à contrecourant de la vague actuelle. Si la clause de non-sollicitation arrivait devant l'Assemblée plénière, il y a fort à parier qu'elle serait requalifiée en clause de non-

¹⁵⁰ Cass. com. 11 juillet 2006, n°04-20.438

¹⁵¹ Crainte partagée aussi bien par le professeur D. Corrigan-Carsin que par les avocats J. Beckhard-Cardoso et M. Desplats

concurrence, ou en tout cas rendue illicite à défaut de contrepartie pécuniaire. Tout du moins peut-on espérer que la Chambre commerciale persiste pour l'heure dans sa jurisprudence qui, paradoxalement, en incitant les entreprises à abandonner les clauses de non-concurrence pour adopter les clauses de non-sollicitation, est plus protectrice de la liberté professionnelle du salarié que la jurisprudence mercantile de la Chambre sociale.

Si l'on comprend bien cette volonté de la Chambre sociale de protéger le salarié de bonne foi contre une aliénation sans contrepartie – sur le papier¹⁵² – ou presque, on en comprend plus difficilement la conséquence : celle d'un encouragement. Une rémunération supplémentaire est toujours bonne à prendre, et le salarié a sans doute, la plupart du temps, une conception très éthérée du droit fondamental qui lui est propre et qu'il abdique avec tant de légèreté. Le vrai péril consiste à banaliser de telles ventes de libertés, de tels achats de transcendant, notamment en dissimulant ces opérations sous le voile de montages commerciaux et organisationnels, favorisés non plus seulement par la Cour de cassation française, mais aussi par l'Union européenne elle-même.

¹⁵² Rappelons que la contrepartie « ultime » proposée au salarié est la signature d'un contrat de travail !

Chapitre 3 : Une atteinte encouragée à la liberté professionnelle : la franchise

111. Définition de la franchise. Contrairement à la clause de non-concurrence, qui n'est à la base qu'un accessoire du contrat de travail¹⁵³, la franchise constitue un système commercial complet dont le fondement même implique la restriction volontaire de la liberté professionnelle du commerçant franchisé. Le contrat de franchise n'a pas de qualification juridique autonome et suit le droit commun des contrats. Toutefois, certaines dispositions particulières sont prévues non par le Code du travail, mais par le Code de commerce, ce qui est déjà significatif de la priorité conférée aux données économiques sur les règles protectrices du droit du travail. La franchise n'est pas nommément citée, mais la définition donnée par l'article L.330-3 du Code de commerce lui correspond : la franchise consiste pour une personne, le franchiseur, à mettre à la disposition d'une autre personne, le franchisé, un nom commercial, une marque ou une enseigne, « en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité ».

112. Atteinte à la liberté professionnelle du franchisé. On le voit d'emblée : la franchise comporte de façon inhérente une atteinte extraordinaire à la liberté professionnelle du franchisé par l'engagement d'exclusivité – totale ou partielle – qu'il concède au franchiseur, là où la clause de non-concurrence elle-même se voyait parfois condamner pour ne serait-ce que diminuer les possibilités pour le salarié d'exercer son emploi à la sortie de l'entreprise. Mais alors, le législateur ou surtout le juge ont-ils prévu une contrepartie pécuniaire à cet engagement fort pris par le franchisé ?

En réalité, si la contrepartie de cet engagement est effectivement censée être financière, il ne s'agit pas du mécanisme trop basique du versement direct d'argent par l'employeur. Le système de la franchise a été créé sur un échange d'intérêts bien compris, entre un franchiseur qui cherche à trouver des distributeurs au niveau local pour vendre ses produits et un franchisé qui désire attirer l'attention du client en arborant une enseigne connue et reconnue, qui inspire par là-même confiance. A cette entente vague s'ajoutent un certain nombre d'obligations pour l'une et l'autre des parties, issues en partie de la jurisprudence française, en partie de la réglementation et de la jurisprudence européennes.

Il n'en reste pas moins que la franchise comporte un risque particulier pour le franchisé, celui de sombrer sous la dépendance économique du franchiseur, ce qui annihilerait pour de bon la

¹⁵³ Même si nous avons par la suite constaté que cet accessoire devenait principal en s'émancipant dudit contrat

liberté professionnelle dont il avait déjà consenti la limitation en acceptant le principe de ce système commercial. En somme, même si ce dernier a été entièrement bâti en considération de cette limitation, des dérives ne sont pas à exclure – et, cette fois encore, l’une des parties est très largement en position de force, peut-être plus encore que lorsque le contrat lie un employeur et son salarié.

113. Il convient ici d’évoquer le développement récent de la responsabilité sociale de l’entreprise et la multiplication des codes de conduite ou chartes éthiques dans les groupes de sociétés ou les entreprises de grande taille. Nombre de ces codes comportent des dispositions selon lesquelles ils s’étendent aux sous-traitants de l’entreprise, et l’on peut sans peine imaginer l’extension d’un code de conduite aux franchisés d’un fournisseur. Dès lors, pourquoi ne pas envisager de stipuler dans le contrat de franchise une clause selon laquelle, en cas de non-respect par le franchisé des valeurs ou des engagements sociaux et environnementaux figurant dans un tel code, le contrat serait résilié ? Pour ne pas qu’elle soit considérée comme abusive, le franchiseur pourrait éventuellement avancer la protection de son image de marque, en particulier dans le secteur du luxe. Le franchisé verrait alors sa liberté professionnelle, notamment relative à l’application de certaines règles ou bonnes intentions au sein de son commerce, encadrée par le code de bonne conduite et donc restreinte un peu plus encore.

114. Atteinte à la liberté de concurrence sur le marché. Non content d’entamer sérieusement la liberté professionnelle du franchisé, le système de la franchise s’attaque également à une autre liberté fondamentale, celle de libre-concurrence. Il permet, en effet, de remettre entre les mains d’un même opérateur toute une série de points de distribution ainsi qu’une part significative du marché, ce qui a naturellement pour conséquence de rendre plus ardue la conquête dudit marché par de nouveaux-venus. Il s’agit clairement d’un verrouillage.

115. Or, si l’Union européenne se montre rarement préoccupée par des données sociales, le jeu de l’économie aura dû à tout le moins attirer son attention et le non-respect de ce jeu, ses foudres. Pourtant, loin de condamner ces pratiques fondamentalement anticoncurrentielles, l’Union européenne a adopté des textes au soutien de la franchise. Si, en vertu de l’article 101 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, sont prohibés les accords ou pratiques qui ont pour objet ou pour effet d’empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l’intérieur du marché intérieur, le règlement d’exemption n°330/2010 du 20 avril 2010 a levé cette interdiction pour autoriser la conclusion de contrats de franchise. Cette exemption, justifiée par l’intérêt des fournisseurs, des consommateurs, mais aussi des

distributeurs, est toutefois subordonnée au respect d'un double seuil : d'une part, ni le franchiseur ni l'un de ses franchisés ne doit réaliser un chiffre annuel total qui dépasse 50 millions d'euros¹⁵⁴ ; d'autre part, la part de marché détenue par le franchiseur ne doit pas dépasser 30 % du marché en cause sur lequel il vend les biens ou services contractuels et la part de marché détenue par le franchisé ne doit pas dépasser 30 % du marché en cause sur lequel il achète les biens ou services contractuels¹⁵⁵. On le voit : les seules limites posées à cette exemption automatique sont d'ordre économique et ont pour objet d'éviter des atteintes au principe de libre concurrence. La protection du franchisé, elle, est passée sous silence, le droit du travail implicitement nié.

Ainsi, pour une fois, liberté professionnelle et liberté de concurrence ne sont pas seulement confrontées l'une à l'autre mais aussi à un même système, toléré en droit français et encouragé en droit européen. Ce n'est pas le principe même des atteintes à ces libertés qui est contestable ; plutôt son ampleur, car de la restriction de concurrence à l'exclusivité, il n'y a qu'un pas – et de l'exclusivité à la dépendance, le second.

Section 1 : De la non-concurrence à l'exclusivité : l'équilibre douteux du contrat de franchise

116. La franchise, comme tout contrat, suppose un certain équilibre des obligations respectives de chacune des deux parties. L'une des obligations principales du franchisé est celle de ne pas faire concurrence à son franchiseur. Cette obligation est essentielle. Elle peut parfois être poussée si loin qu'elle en devient trop lourde et a pour conséquence de faire basculer le contrat du côté du franchiseur.

I/ La non-concurrence, obligation essentielle du contrat de franchise

117. Le contrat de franchise comporte des avantages et inconvénients pour chacune des deux parties, ce qui signifie des engagements réciproques dont l'un, et non des moindres, est celui de ne pas concurrencer son cocontractant. Néanmoins, en pratique, les parties sont sur un tel pied d'inégalité que les clauses du contrat sont imposées par le franchiseur, le franchisé

¹⁵⁴ Règlement d'exemption n°330/2010 du 20 avril 2010, art. 2, 2.

¹⁵⁵ Règlement d'exemption n°330/2010 du 20 avril 2010, art. 3, 1.

n'ayant que le loisir de les accepter ou de ne pas signer et risquer une concurrence potentiellement fatale.

A) Le contrat de franchise, contrat synallagmatique

118. Obligations du franchiseur. Si la franchise est un système particulièrement utilisé en dépit de son inhérente atteinte à la liberté professionnelle du franchisé, c'est avant tout parce qu'il comporte d'indéniables avantages pour ce dernier. Il profite en effet de toute la notoriété de l'enseigne de laquelle il accepte le joug relatif ainsi que de ses produits et éventuellement de l'exclusivité de la distribution de ceux-ci sur une certaine zone géographique. Le franchisé a aussi l'avantage de s'intégrer, le cas échéant, à un réseau de distribution efficace et organisé à même de lui permettre de développer rapidement sa clientèle.

Pour qu'il puisse bénéficier de ces avantages, encore faut-il qu'ils soient réels, que le franchiseur ne se contente pas simplement de lui prêter son nom. C'est pourquoi l'article L.330-3 du Code de commerce¹⁵⁶ impose au franchiseur de donner des renseignements détaillés concernant aussi bien les caractéristiques de la franchise¹⁵⁷ que la situation propre du franchiseur¹⁵⁸. Ces informations doivent figurer dans un document et être communiquées au futur franchisé au moins vingt jours avant la signature du contrat, sous peine pour le franchiseur de se rendre coupable d'une contravention de cinquième classe, et même de voir le contrat de franchise annulé pour absence de cause en présence d'un vice du consentement¹⁵⁹.

119. En plus de cette obligation d'information, le Code de déontologie européen de la franchise¹⁶⁰ est venu poser trois conditions cumulatives auxquelles doit répondre le fournisseur pour pouvoir valablement conclure un contrat de franchise : avoir mis au point et exploité avec succès un concept pendant une période raisonnable et dans au moins une unité pilote avant le lancement du réseau, être titulaire des droits sur les signes de ralliement de la clientèle, et donner à ses franchisés une formation initiale et leur apporter continuellement une assistance commerciale ou technique pendant la durée du contrat.

¹⁵⁶ Ancien article 1^{er} de la loi Doubin du 31 décembre 1989

¹⁵⁷ Qualité des produits ou des services, conditions du marché, nature du savoir-faire...

¹⁵⁸ Ancienneté, situation financière, moyens mis en œuvre pour former le franchisé et transmettre le savoir-faire, importance du réseau...

¹⁵⁹ Cass. com. 6 décembre 2005, n°03-20.510

¹⁶⁰ Créé en 1972 par l'European Franchise Federation

120. Transmission d'un savoir-faire. L'un des critères les plus souvent débattus devant les juridictions du fond est cette obligation de communiquer au franchisé un véritable savoir-faire, condition essentielle de validité du contrat de franchise sanctionnée par la nullité¹⁶¹. Pour l'Union européenne, ce savoir-faire s'entend d'un « ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci »¹⁶². Pour le caractériser, les juges du fond adoptent, quant à eux, un faisceau de critères pragmatiques fondés sur l'efficacité commerciale. Ils ont ainsi validé l'existence d'un savoir-faire sur l'indice de satisfaction du franchisé¹⁶³, sur des indices de qualité de la prestation du franchiseur¹⁶⁴, ou encore au vu des résultats du franchiseur et de la qualité de sa prestation¹⁶⁵.

121. Dans le cas où le franchiseur ne respecterait pas ses obligations et ne fournirait aucune prestation au franchisé, le juge sanctionnera l'engagement de franchise soit par la nullité¹⁶⁶, soit par la résolution¹⁶⁷, en considérant que celui-ci est dépourvu de cause. Toutefois, ces sanctions ne s'appliqueront pas si le franchiseur s'est contenté de prestations insuffisantes, mais bien réelles ; dans ce cas, il engagera seulement sa responsabilité contractuelle et s'exposera au versement de dommages et intérêts¹⁶⁸.

122. Obligations du franchisé. La contrepartie de ces concessions est au moins double : d'une part, le franchisé devra généralement verser un droit d'entrée, puis une redevance régulière au franchiseur ; d'autre part, il devra s'engager à ne pas lui faire concurrence, ou en tout cas à limiter celle-ci. De façon plus générale, le Code de déontologie européen de la franchise exige du franchisé qu'il fournisse au franchiseur les moyens permettant à celui-ci de contrôler l'exercice de l'activité du franchisé¹⁶⁹.

Ces engagements semblent a priori justifiés. Seulement, ils prennent l'allure de risque pour le franchisé dès lors que l'on considère que, de même que le contrat de travail, le contrat de franchise n'est pas tant un contrat synallagmatique qu'un contrat d'adhésion. C'est en effet le

¹⁶¹ Cass. com. 14 septembre 2010, n°09-17.079, CCC n°12, comm. M. Malaurie-Vignal

¹⁶² Règlement d'exemption n°330/2010 du 20 avril 2010, art. 1^{er}, g)

¹⁶³ CA Paris 23 novembre 2006, Numéro spécial, Droit de la franchise, LPA 15 novembre 2007, p. 25, franchisé ayant affirmé sa reconnaissance à son franchiseur « tant pour votre aide à la réalisation de cet excellent outil de travail que pour l'efficacité des équipes qui vous entourent »

¹⁶⁴ CA Paris 23 février 1979, LPA 23 juillet 1979, n°88, p. 3, note J. Guyenot ; CA Paris, 21 juin 2006

¹⁶⁵ Sur un concept de bijou fantaisie : CA Paris 7 juin 2006, Numéro spécial, Droit de la franchise, LPA 15 novembre 2007, p. 25

¹⁶⁶ Franchiseur n'ayant transmis aucun savoir-faire original : Cass. com. 30 janvier 1996, n°94-13.792

¹⁶⁷ Franchiseur ayant apporté une marque sans caractère distinctif approprié : Cass. soc. 24 mai 1994, n°92-14.435

¹⁶⁸ Cass. com. 8 juillet 1997, n°95-17.232

¹⁶⁹ Le Code de déontologie évoque notamment l'accès aux locaux et à la comptabilité du franchisé, les données vérifiables permettant de déterminer les performances du franchisé...

franchiseur qui, en pratique, va fixer les clauses du contrat. Or certaines de ces clauses sont dangereuses pour le franchisé et ont pour effet de restreindre fortement sa marge de manœuvre. On pense ainsi à toutes ces dispositions relatives à la présentation physique des produits, à l'aménagement des locaux, à l'interdiction du transfert du magasin... Plus risquées pour le franchisé sont les clauses de non-affiliation et les clauses d'agrément et de préemption.

B) Le contrat de franchise, contrat d'adhésion

123. Clauses de non-affiliation et de non-réaffiliation. La clause de non-affiliation est la clause interdisant au franchisé de s'affilier à un autre réseau pendant la durée du contrat ; la clause de non-réaffiliation, elle, a vocation à intervenir après la rupture du contrat de franchise. Si la première paraît parfaitement légitime et rejoint la logique de l'obligation de loyauté contractuelle, la seconde tend plutôt, en raison de son application postérieure au contrat, à ressembler à la clause de non-concurrence, dont les effets sur la liberté professionnelle du salarié ont déjà été démontrés.

124. Toutefois, la clause de non-réaffiliation se distingue de la clause de non-concurrence en ce sens qu'elle se borne à restreindre la liberté d'affiliation du salarié à un autre réseau là où la clause de non-concurrence a pour objet de limiter l'exercice d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, limitation plus importante de sa liberté professionnelle¹⁷⁰.

Cette distinction n'est pas innocente. Si ces deux clauses obéissent à un régime proche, celui-ci n'est cependant pas identique, contrairement à ce que la lettre des arrêts de la Cour de cassation pourrait laisser penser – et à ce que certains auteurs pensent pour de bon¹⁷¹. Bien que la haute juridiction affirme en effet que les deux clauses suivent le même régime et obéissent aux mêmes conditions, elle ne tire pas toute la portée de cette déclaration.

On se souvient des limites de la clause de non-concurrence : elle doit être indispensable aux intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, proportionnée au but recherché et, bien sûr, assortie d'une contrepartie financière. Or, dans tous les arrêts dans lesquels la Cour de cassation se prononce sur le sort d'une clause de non-réaffiliation, si la

¹⁷⁰ Cass. com. 28 septembre 2010, n°09-13.888, CCC n°12, décembre 2010, comm. M. Malaurie-Vignal

¹⁷¹ Cass. com. 26 mai 2009, n°08-11.588, note M. Malaurie-Vignal

majorité de ces critères sont sollicités et étudiés¹⁷², jamais la Cour n'exige pour la validité de la clause l'existence d'une contrepartie pécuniaire, pourtant le critère désormais le plus caractéristique de la clause de non-concurrence. La clause de non-réaffiliation paraît donc moins contraignante tant pour le franchisé, dont la liberté professionnelle est moins fortement atteinte que par une clause de non-concurrence, que pour le franchiseur, qui n'a pas à verser une somme supplémentaire au franchisé en contrepartie de la clause.

125. La clause de non-réaffiliation se différencie également de la clause de non-concurrence par la précision du critère de l'intérêt légitime de l'entreprise. La jurisprudence exige de façon constante que le franchiseur ait transmis au franchisé un savoir-faire particulier, faute de quoi la clause serait annulée. Ce savoir-faire se distingue des règles de l'art qu'en sa qualité de professionnel, le franchisé connaît ou est en mesure d'acquérir par ses propres moyens¹⁷³.

C'est ainsi que les juges ont pu sanctionner de nullité la clause de non-réaffiliation lorsque le savoir-faire consistait exclusivement en des conseils généraux d'ordre commercial¹⁷⁴, lorsque l'originalité du savoir-faire n'était pas établie avec certitude¹⁷⁵, lorsque le franchisé n'avait reçu qu'un livre de savoir-faire et une journée de formation¹⁷⁶, ou encore lorsque le franchiseur s'était contenté d'une simple mise à disposition de moyens logistiques d'approvisionnement¹⁷⁷.

126. De la clause de non-réaffiliation à la clause de non-concurrence. La clause de non-réaffiliation a beau se distinguer par son objet de la clause de non-concurrence, la frontière est tenue entre ces deux types de clause et les juges n'hésitent pas à requalifier l'une en l'autre lorsque la clause a des effets en fin de compte identiques à ceux d'une clause de non-concurrence. La Cour de cassation, en particulier, ne se cantonne pas à son rôle de juge du droit et apprécie volontiers les faits pour déterminer les réelles conséquences de la clause.

Ainsi a-t-elle pu requalifier une clause de non-réaffiliation lorsque l'interdiction d'affiliation à un réseau concurrent rendait purement formelle la possibilité d'exercer son activité hors de tout réseau laissée au salarié¹⁷⁸. Plus précisément encore, la Cour de cassation a estimé, dans un arrêt du 28 septembre 2010, qu'« un commerce de la taille de celui des ex-franchisés dans

¹⁷² Cass. 2^e civ. 10 janvier 2008, CCC, 2008 ; Cass. com. 17 janvier 2006, CCC, 2006

¹⁷³ Cass. com. 9 octobre 1990, n°89-13.384

¹⁷⁴ CA Caen 15 janvier 2009, CCC n° 8, Août 2009, comm. 222

¹⁷⁵ Cass. 2^e civ. 10 janvier 2008, n°07-13.558

¹⁷⁶ Cass. com. 14 septembre 2010, n°09-17.079

¹⁷⁷ CA Rennes, 23 mars 2004, obs. J. Raynard

¹⁷⁸ Cass. 2^e civ. 10 janvier 2008, CCC n°3, mars 2008, comm. 71, obs. M. Malaurie-Vignal

un petit chef-lieu de canton de l'Oise n'avait d'espoir de pérenniser son exploitation qu'en ayant recours à un approvisionnement en provenance d'un réseau ou d'une centrale d'achat permettant, du fait du regroupement, l'accès à des prix compétitifs et que faute de disposer de produits que seule une enseigne de renommée nationale ou régionale pouvait lui fournir, l'ancien franchisé ne pouvait espérer poursuivre son exploitation dans des conditions normales »¹⁷⁹.

127. Cette nécessité de distinguer est parfois mal comprise par certains auteurs, qui considèrent que les régimes des deux types de clause sont identiques. L'un estime que la requalification profite au franchiseur en ce sens que celui-ci se verrait accorder un nouveau degré de juridiction permettant de remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond – et, qu'en fin de compte, la distinction est injuste. C'est oublier un peu vite la contrepartie financière qui assortit nécessairement la stipulation d'une clause de non-concurrence. L'enchaînement se fait alors : requalification de la clause de non-réaffiliation en clause de non-concurrence, nullité de la clause de non-concurrence du fait de l'absence de contrepartie pécuniaire, dommages et intérêts dus à l'ancien franchisé pour avoir respecté la clause. Justice semble en fait plutôt bien rendue !

128. Il en ressort que le franchiseur doit veiller à ne pas abuser de sa position pour imposer des obligations trop rigoureuses à son franchisé. Cela ne l'empêche cependant pas de stipuler directement, au-delà d'une clause de non-réaffiliation, une clause de non-concurrence, voire une clause de non-concurrence renforcée. Le franchiseur peut en effet élargir l'obligation à la fois au temps¹⁸⁰ et aux personnes¹⁸¹, sous réserve de respecter les critères de validité de telles clauses. Elles doivent notamment concerner des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou services objet du contrat de franchise¹⁸².

129. Clauses d'agrément et de préemption. Interdire ou limiter la possibilité pour le franchisé de concurrencer le franchiseur ne constitue pas la seule atteinte potentielle à la liberté professionnelle du franchisé. Il faut considérer la situation dans laquelle un franchisé désire cesser son activité ou en entamer une autre et, pour ce faire, céder son fonds de commerce ; pour peu que le franchiseur ait stipulé dans le contrat une clause d'agrément ou

¹⁷⁹ Cass. com. 28 septembre 2010, n°09-13.888, JCP E 2010, p. 1943, comm. N. Dissaux

¹⁸⁰ En précisant que la clause est applicable pendant l'exécution du contrat, et non seulement à son extinction

¹⁸¹ En y soumettant le gérant de la société distributrice, ses conjoints, parents ou collatéraux, tout ou partie de son personnel...

¹⁸² Notons néanmoins qu'est disproportionnée la clause, parfois dite de non-réinstallation, qui interdit au franchisé d'un réseau de distribution, pendant une durée d'un an après la résiliation du contrat de franchise, de recourir à une enseigne nationale et de s'approvisionner hors de tout réseau national ou régional, de quelque nature que ce soit, sur la commune d'implantation du fonds de commerce et sur les communes avoisinantes ; cf. Cass. com. 18 décembre 2007, n°05-21.441

de préemption, cette cession du fonds pourra s'avérer compliquée. Or, rappelons-le, la liberté professionnelle, c'est aussi la liberté de ne pas travailler... et tout aussi fondamental est le droit de propriété, auquel de telles clauses portent nécessairement atteinte.

130. Par la clause d'agrément, le franchiseur peut refuser le transfert du fonds à un tiers qu'il juge indésirable. Si le franchisé conserve la possibilité de vendre le fonds, le dernier ne sera pas accompagné du contrat de franchise qui, pourtant, a généralement une valeur essentielle pour le fonds. Ainsi, pour peu que le franchiseur refuse systématiquement d'accorder son agrément, le franchisé risque de se voir contraint à céder son fonds de commerce au franchiseur lui-même, ce pour un montant dérisoire ou, en tout cas, moindre que celui normal et attendu. Pire : sur le plan des principes, le franchisé se verrait obligé de vendre à une personne qu'il n'aurait pas choisie, en dépit du principe de liberté contractuelle et de son droit de propriété.

131. La clause de préemption permet au franchiseur de se porter acquéreur en priorité si le franchisé décide de céder son fonds de commerce. Si elle est potentiellement moins attentatoire aux libertés du franchisé, elle confère néanmoins au franchiseur la main sur la vente du fonds de commerce et restreint l'exercice par le franchisé de sa liberté contractuelle aussi bien que la possibilité pour d'éventuels concurrents d'accéder au marché. Que cette clause ait un coût pour le franchiseur a conduit celui-ci à recourir plutôt à des clauses de préférence, qui lui permettent de négocier directement avec le franchisé et d'obtenir ainsi des prix plus intéressants que s'il s'était contenté d'intervenir en bout de chaîne.

132. Clauses de préférence. Ces clauses de préférences sont notamment fréquentes en matière de propriété littéraire et artistique. Il s'agit ici d'obliger l'artiste, à l'expiration de son contrat, à négocier un nouveau contrat de travail avec le même employeur. Là encore, l'atteinte à la liberté du travail est flagrante. Pour autant, cette clause a été validée¹⁸³ pour une raison purement économique : l'employeur, lorsqu'il lance un nouvel artiste, engage des investissements importants, ce qui constitue un risque financier indéniable. Autoriser une telle clause a ainsi pour conséquence d'encourager les producteurs à donner leur chance à de nouveaux artistes, ce qui est une bonne chose – mais on ne peut sans doute pas trouver un effet aussi vertueux à l'utilisation d'un tel mécanisme au sein d'un réseau de franchise, du moins si l'on s'attache à la situation du franchisé.

¹⁸³ Depuis longtemps : cf. Cass. 1^{ère} civ. 15 décembre 1975, n°73-14.097, qui a reconnu la responsabilité de l'artiste ayant tenté de frauder à la clause de préférence stipulée dans le contrat ; plus récemment, Cass. com. 24 octobre 2000, n°97-22.135

133. Pacte de préférence. Notons que cette clause peut être rapprochée de la possibilité de stipuler un pacte de préférence dans certains contrats, notamment les contrats d'édition, pourvu que les genres des œuvres visées soit « nettement déterminés »¹⁸⁴. Ce pacte va permettre à l'exploitant de se faire céder les droits sur les cinq prochaines œuvres de l'artiste, ou pour les cinq prochaines années¹⁸⁵. L'idée est d'assurer un retour sur investissement à l'exploitant, celui-ci étant libre de faire jouer ou non la préférence. Ce pacte de préférence recèle toutefois une particularité en matière de propriété littéraire : si l'exploitant refuse successivement deux œuvres publiables de l'auteur, alors celui-ci est libéré¹⁸⁶ – cela évite que l'auteur se retrouve à devoir travailler sans aucun espoir d'en être récompensé. Après tout, qu'a à craindre de sa concurrence l'exploitant qui considère ses œuvres comme indignes de figurer dans son catalogue ? Encore reste-t-il à déterminer ce qu'est une œuvre publishable...

134. Grâce à ces de clauses, « le franchiseur contrôle toute l'opération de vente à son avantage »¹⁸⁷ et, par l'effet dissuasif (vente à un prix insignifiant) ou au contraire incitatif (inutilité de rechercher un acquéreur généreux) que de telles clauses peut avoir sur le franchisé quant à la vente de son fonds de commerce, il affecte indirectement la liberté professionnelle du franchisé.

Si l'on peut comprendre que de telles obligations soient imposées au franchisé en contrepartie des avantages qu'il retire du contrat de franchise, encore faut-il qu'elles soient proportionnées. Il est logique de restreindre la liberté professionnelle du salarié ; mais quand la restriction va jusqu'à l'interdiction, dans un sens comme dans l'autre, alors il convient de se montrer particulièrement prudent pour ne pas rompre un équilibre contractuel déjà compromis.

II/ L'exclusivité, obligation superflue du contrat de franchise

135. Le terme d'exclusivité peut effrayer et a effrayé la Cour de cassation, qui se montre particulièrement sévère quant à l'appréciation de la validité de la clause d'exclusivité figurant dans un contrat de travail. Néanmoins, en matière de franchise, il ne faut pas oublier que l'exclusivité peut également profiter au franchisé.

¹⁸⁴ CPI art. L.132-4 al. 1

¹⁸⁵ CPI art. L.132-4 al. 2

¹⁸⁶ CPI art. L.132-4 al. 4

¹⁸⁷ *La franchise comporte-t-elle des risques pour le franchisé ?*, Cahiers de droit de l'entreprise n°5, septembre 2008, Etude rédigée par Inforeg

A) *L'exclusivité, garantie du franchisé*

136. Exclusivité territoriale. L'un des intérêts pour le franchisé de conclure un contrat de franchise, en plus de profiter du réseau, de la notoriété et de l'assistance technique et commerciale du franchiseur, c'est de pouvoir bénéficier, si la clause est prévue, d'une exclusivité de vente et de distribution des produits du franchiseur sur une zone géographique délimitée dans le contrat. L'avantage est bien évidemment d'éviter toute concurrence d'autres commerçants dans le secteur. Cette exclusivité n'empêche toutefois pas la concurrence de commerçants affiliés à un autre réseau de distribution ou de commerçants indépendants. Elle restreint la concurrence, mais ne l'annule pas.

137. Par ailleurs, cette exclusivité a un coût, celui de la loyauté. Or la sanction du franchisé à l'une de ses obligations contractuelles (respect du savoir-faire, paiement de la redevance...) peut être prévue par le contrat lui-même dans une clause particulière, la clause de déchéance d'exclusivité¹⁸⁸. Par cette clause, plutôt que de résilier le contrat de distribution¹⁸⁹, le franchiseur s'arrogé le droit d'amputer le champ de la clause d'exclusivité géographique stipulée au contrat. La mise en œuvre de la clause de déchéance d'exclusivité peut emprunter deux voies alternatives : soit elle a pour effet de faire perdre l'exclusivité sur l'ensemble du secteur, ce qui permet au franchiseur d'installer un nouveau distributeur ; soit elle a pour effet de réduire le secteur géographique dans lequel le franchisé bénéficie d'une exclusivité.

En fin de compte, si cette clause d'exclusivité territoriale est fort intéressante pour le franchisé, sa violation est des plus risquées et les conséquences de cette violation risquent non seulement de lui faire perdre un avantage important, mais aussi de déséquilibrer radicalement une relation commerciale fondamentalement bancaire.

Il convient également de relever une pratique contractuelle que le juge s'efforce de combattre et qui consiste pour le franchiseur, fort de sa position, à imposer au franchisé une convention nouvelle selon laquelle ce dernier accepterait que le franchiseur accorde à un tiers le droit d'utiliser sa marque et ses produits dans la zone géographique sur laquelle le franchisé disposait auparavant d'une exclusivité. Dans ce cas, les juges du fond considèrent que le contrat de franchise est rompu à l'initiative du franchiseur¹⁹⁰.

¹⁸⁸ F.-L. Simon, *Du bon usage de la technique contractuelle dans les contrats de distribution*, Cahiers de droit de l'entreprise n°4, juillet 2010

¹⁸⁹ Sanction parfois inadaptée en raison de l'opportunité de la relation contractuelle ou de la gravité légère du manquement

¹⁹⁰ CA Paris 19 février 1998

138. Exclusivité de distribution. Toujours dans une optique favorable au franchisé, le franchiseur peut prendre l'engagement de ne distribuer ses produits qu'au franchisé, et non aux autres enseignes du même secteur géographique, fussent-elles multimarques. Cet engagement est assorti d'une double obligation.

Passivement, le franchiseur doit s'abstenir de céder épisodiquement ses invendus à des soldeurs situés dans le secteur géographique protégé de son franchisé. En d'autres termes, il doit garantir au franchisé la jouissance paisible des droits qu'il lui a concédés¹⁹¹.

Activement, le franchiseur doit empêcher d'autres magasins de concurrencer le franchisé avec ses propres produits. Il a ainsi été jugé que le franchiseur devait cesser d'honorer les commandes d'un revendeur multimarques située dans le même secteur géographique que le franchisé, peu important qu'il s'expose alors à une action en justice dudit revendeur¹⁹².

Tel devrait être finalement l'esprit de la franchise : en s'inscrivant volontairement dans le giron du franchiseur tel le vassal vouant allégeance à son suzerain, le franchisé bénéficierait de sa protection dynamique. Cet esprit médiéval se heurte toutefois à une réalité bien sèche où la protection accordée par le franchiseur n'est pas à la hauteur des sacrifices consentis par le franchisé.

B) L'exclusivité, garantie du franchiseur

139. Exclusivité d'approvisionnement. La clause d'exclusivité d'approvisionnement, ou clause d'exclusivité d'achat, est l'une de ces dispositions contractuelles qui contribuent à restreindre de façon importante la liberté professionnelle du franchisé. Il s'agit pour le franchiseur d'imposer à son franchisé une obligation d'achat de ses propres produits, à l'exclusion de ceux de tout concurrent éventuel. Toutefois, pour pouvoir valablement stipuler une telle clause, les juges du fond attendent du franchiseur qu'il réponde à un certain nombre de critères. Ainsi, la Cour d'appel d'Amiens a pu exiger de celui-ci qu'il soit le fabricant exclusif des produits textiles qu'il distribue, que la réalisation de ces produits s'effectue selon des procédés spécifiques obéissant à un cahier des charges précis et contraignant, qu'il

¹⁹¹ T. com. Paris, 7 mars 1995, dans lequel les juges ne prennent pas en compte le caractère direct ou indirect de l'approvisionnement des soldeurs par le franchiseur

¹⁹² CA Paris 24 janvier 1997, Rev. jur. com. 1999

dispose de la maîtrise de l'ensemble des composants du produit offert, et qu'il soit le seul détenteur du savoir-faire¹⁹³.

En sus de ces critères tenant à la nature du savoir-faire et des produits du franchiseur, celui-ci doit se montrer diligent dans la livraison des marchandises et s'attacher à ne pas arrêter la fabrication de ses produits ni céder des modèles de mauvaise qualité. C'est ainsi que les juges du fond ont décidé que le franchisé qui violait la clause d'exclusivité d'approvisionnement n'était pas fautif dès lors que le franchiseur avait connu de graves carences dans son obligation de livrer ses produits sans retard¹⁹⁴.

140. L'exclusivité à l'épreuve d'Internet. Si le franchisé est au moins assuré de bénéficier de prestations diligentes de la part de son franchiseur, faute de quoi il pourrait violer la clause sans s'exposer à des sanctions, il n'est en revanche pas tant protégé s'agissant de son secteur d'exclusivité depuis le développement d'Internet et sa prise en compte par les instances européennes. Internet permet en effet la diffusion et la distribution de produits en-dehors de toute notion de territoire et ainsi de concurrencer indirectement n'importe quel franchisé. Comment alors jauger la valeur d'une clause d'exclusivité territoriale potentiellement contournée ?

En réalité, il faut commencer par concéder que le franchisé lui-même peut profiter de cette facilité qu'est le commerce électronique. Dans une décision récente, l'Autorité de la concurrence a condamné la clause par laquelle le fournisseur interdisait aux distributeurs de son réseau de faire de la vente en ligne¹⁹⁵. Néanmoins, elle a aussitôt tempéré ce principe en énonçant qu'une telle restriction pouvait être justifiée par des raisons objectives, comme par exemple la santé publique, le respect de l'image de marque (qui pourrait être affectée par la présentation du site ou des produits mis en ligne) ou la protection des consommateurs. Certes, cette décision de l'Autorité de la concurrence a été rendue à propos d'un réseau de distribution sélective, mais il ne semble pas exister d'obstacle suffisant pour empêcher d'étendre la solution retenue au contrat de franchise.

Par ailleurs, les velléités du salarié franchisé de commercialiser les produits de son fournisseur en ligne peuvent se heurter au droit de la propriété intellectuelle de celui-ci, qu'il

¹⁹³ CA Amiens, 17 juin 1996, La lettre de la distribution, février 1997

¹⁹⁴ CA Paris 15 mars 2000, La lettre de la distribution, mai 2000

¹⁹⁵ Cons. conc. 29 octobre 2008, n°08-D-25, CCC n°12, décembre 2008, comm. M. Malaurie-Vignal

s'agisse du droit d'auteur¹⁹⁶, dont l'exploitation en ligne doit être précisée dans le contrat de franchise, ou du droit des marques¹⁹⁷. Bien que la doctrine considère que le principe de liberté d'entreprendre – à laquelle se rattache la liberté professionnelle – s'oppose à une application trop sévère de ces droits immatériels et à la retenue d'un régime de leur cession au franchisé trop strict¹⁹⁸, le franchiseur tient là quelques armes possibles pour s'opposer à l'e-commerce réalisé par son franchisé.

141. De manière générale, ce ne sera pas le franchisé qui tirera partie du commerce en ligne, mais bien le franchiseur, qui trouve dans ce procédé un moyen de contourner l'exclusivité qu'il est censé avoir accordée à son franchisé. Les juges ont admis la validité d'un tel contournement¹⁹⁹ à travers la distinction communautaire entre vente active et vente passive. La concurrence active est définie par un auteur comme « un message non sollicité, transmis par courrier électronique à des clients individuels ou à un groupe de clientèle déterminé »²⁰⁰. Quant à la concurrence passive, elle est définie au point 51 des lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01) comme « toute publicité ou action de promotion générale qui atteint des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs, ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs, mais qui est un moyen raisonnable d'atteindre des clients situés en dehors de ces territoires ou d'une telle clientèle, par exemple pour accéder à des clients situés sur son propre territoire ». Mais les lignes directrices ne s'arrêtent pas à cette définition déjà très large : elles posent même, en leur point 42, une présomption de vente passive s'agissant de la vente en ligne !

Autrement dit, peu importe que le franchiseur s'engage à ne pas faire *matériellement* de concurrence à son franchisé sur un secteur défini par le contrat ; il pourra tout de même le concurrencer par une voie *immatérielle*, Internet. Autant dire que la clause d'exclusivité territoriale perd une bonne partie de son intérêt et ne peut véritablement masquer le déséquilibre progressif du système de la franchise. Et ce ne sont pas les décisions des juges du fond qui détromperont cette analyse : non seulement ceux-ci admettent régulièrement que le

¹⁹⁶ Et particulièrement du droit de reproduction. On pourrait ainsi probablement transposer au franchisé cette solution retenue par la cour d'appel d'Aix-en-Provence (1^{er} septembre 2010, n°09/09.196) ayant sanctionné le salarié pour avoir reproduit sur son blog des photographies représentant des travaux réalisés par sa société

¹⁹⁷ CA Versailles, 14 septembre 2000, condamnation du franchisé ayant utilisé le nom de domaine *espace-sony.com* pour contrefaçon de marque, parasitisme et concurrence déloyale ; CA Paris 24 octobre 2008, lien hypertexte vers le site des fournisseurs, constituant un « rattachement fautif de nature à tromper le consommateur qui pourra penser que l'offre à la vente de produits Yamaha est effectuée avec l'autorisation de cette dernière », condamnation du franchisé pour parasitisme

¹⁹⁸ *Les accords de distribution à l'épreuve d'Internet*, Etude par N. Contis et G. Cordier, JCP G n°15, 11 avril 2001

¹⁹⁹ CA Toulouse, 11 décembre 2007, arrêt décidant que la création d'un site Internet n'est pas assimilable à un point de vente implanté dans le secteur protégé par l'exclusivité territoriale

²⁰⁰ F. L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Joly 2009, n°709

franchiseur puisse concurrencer son franchisé par l'exploitation d'un site Internet²⁰¹, mais ils considèrent aussi que le franchiseur n'a même pas pour cela à demander l'autorisation du franchisé qu'il concurrence²⁰² !

142. C'est pourquoi des auteurs²⁰³ recommandent aujourd'hui de stipuler des « clauses Internet » dans les contrats de franchise. D'une part, cette clause permettra au franchisé de savoir à quoi s'en tenir réellement s'agissant de la portée de la clause d'exclusivité territoriale dont il bénéficie, et de ne pas découvrir après la signature du contrat la possibilité pour son franchiseur de le concurrencer par Internet. D'autre part, en faveur du franchiseur, la clause peut prévoir les conditions dans lesquelles le franchisé pourra et devra commercialiser en ligne les produits du franchiseur, étant entendu qu'il est impossible d'interdire par principe cet e-commerce²⁰⁴. Même si de telles clauses ne permettent pas réellement d'équilibrer le contrat de franchise, le franchisé perdant potentiellement une partie de sa clientèle au profit du franchiseur, au moins instaurent-elles une certaine sécurité juridique.

Internet contribue donc à faire vaciller l'équilibre contractuel précaire du contrat de franchise au profit du franchiseur. Celui-ci ne devrait pourtant pas pousser son avantage outre mesure, faire peser un joug trop lourd sur son franchisé, au risque de voir la relation contractuelle bouleversée à son détriment.

Section 2 : De l'exclusivité à la dépendance : le déséquilibre clair du contrat de franchise

143. La notion d'exclusivité en elle-même est acceptable et tolérée par la jurisprudence et par la pratique sous certaines conditions. Cependant, des dérives peuvent rapidement conduire à placer le franchisé dans une véritable situation de dépendance économique, dont l'abus par le franchiseur risque de mener à une application du droit du travail sous forme de sanction.

²⁰¹ CA Paris 4 décembre 2008, CCC n°4, avril 2009, comm. M. Malaurie-Vignal

²⁰² Cass. com. 14 mars 2006, n°03-14.639, JCP E n°23, 8 juin 2006, p. 1902, comm. P.-M. Reverdy ; CCC n°5, mai 2006, comm. M. Malaurie-Vignal

²⁰³ François-Luc Simon, *Du bon usage de la technique contractuelle dans les contrats de distribution*, Cahiers de droit de l'entreprise n°4, juillet 2010

²⁰⁴ Cons. conc. 24 juillet 2006, n°06-D-24 ; CA Paris 16 octobre 2007

I/ De l'indépendance du franchisé à la dépendance économique

144. Le commerçant qui accepte de s'engager avec un fournisseur par un contrat de franchise est à la base indépendant. La franchise bouleverse sa situation, à tel point qu'il se retrouve en fin de compte sous la coupe de son franchiseur. Cette écrasante supériorité économique du franchiseur serait indifférente si elle n'affectait pas directement la propre viabilité du franchisé et par là même sa liberté professionnelle. A partir du moment où celui-ci ne peut pas se retirer de la relation contractuelle sous peine de périliter, se pose la question de sa liberté de travailler ou, plus précisément, de ne plus travailler avec son fournisseur.

A) La protection du franchisé sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles

145. Pratiques anticoncurrentielles. C'est sous la notion d'abus de dépendance économique que cette question est abordée par l'article L.420-2, 2° du Code de commerce, une notion que les juges apprécient au regard de tout un ensemble de critères factuels. Cependant, avant même d'apprécier l'existence ou non de cette dépendance, il convient de rappeler que le commerçant a volontairement contracté avec le franchiseur, qu'il a retiré un certain nombre d'avantages en contrepartie de sa perte de liberté. C'est pourquoi l'appréciation des juges ne doit pas être trop laxiste, au risque de porter atteinte cette fois au libre-jeu de la concurrence sur le marché. Une fois encore, l'équilibre à trouver entre ces deux libertés fondamentales s'avère délicat...

146. Appréciation du juge civil. Les juges du fond ont eu à plusieurs reprises à se livrer à cet exercice de funambule, ce avec un certain succès. Ils se sont montrés relativement réticents à l'idée de caractériser l'abus de dépendance économique, probablement pour éviter aux franchisés de se retourner trop facilement contre leur pourvoyeur de publicité et de marchandises. Deux affaires sont édifiantes à cet égard.

Dans la première²⁰⁵, les juges du fond ont concédé que certaines conditions d'exploitation de la franchise posées par le franchiseur étaient *propres* à favoriser les abus : contrôle permanent exercé par le franchiseur sur la comptabilité du franchisé, instauration d'une politique d'aménagement des magasins... Seulement, ils ont ensuite affirmé que *dans les faits*, le franchiseur n'avait pas abusé de la faiblesse du franchisé et tiré profit des conditions qu'il lui imposait pour le pousser à mener une politique commerciale désastreuse et ainsi porter

²⁰⁵ CA Lyon, 2 juillet 1999, La lettre de la distribution, novembre 2009, p. 3

atteinte à la valeur du fonds de commerce du franchisé. La solution retenue par la Cour d'appel est particulièrement digne d'intérêt dans la mesure où celle-ci a eu recours à un critère intentionnel, celui de la volonté du franchiseur de tirer parti de sa supériorité économique, par lequel elle a complété la seule analyse *in concreto* de la situation du franchisé.

Ces deux critères, factuel et intentionnel, ont été maintenus dans un arrêt plus récent²⁰⁶. Les juges du fond ont déclaré que la dépendance économique pouvait « résulter du jeu cumulé d'un ensemble de clauses contractuelles imposées par ce dernier [le franchiseur], dont la *finalité* serait de limiter la possibilité des franchisés de quitter le réseau et de restreindre leur liberté contractuelle dans des proportions dépassant les objectifs inhérents à la franchise, sans que la circonstance que ces clauses aient été volontairement souscrites puisse leur être opposée ». Cette décision est intéressante à double titre. D'une part, elle démontre que la dépendance économique en tant que telle n'est pas blâmable puisqu'elle est inhérente au contrat de franchise. Ce n'est qu'en cas de démesure intentionnelle dans l'atteinte à la liberté du franchisé qu'elle peut se voir sanctionnée. D'autre part, elle réaffirme judicieusement que l'acceptation par le franchisé de sa situation devenue intenable est indifférente – ce qui est logique compte tenu de l'inégalité latente entre les deux parties au contrat de franchise.

147. Appréciation de l'Autorité de la concurrence. C'est sur ce terrain déblayé par les juges civils que l'Autorité de la concurrence a eu à avancer à son tour, spécialement dans le domaine de la distribution alimentaire où les pratiques sont particulièrement coercitives pour les franchisés. On songe ainsi à la conclusion de mécanismes contractuels interdépendants pour des durées n'expirant pas aux mêmes dates, ce qui a pour effet d'empêcher en pratique le franchisé de se dépêtrer de cet accord global²⁰⁷. C'est la société Carrefour qui s'est trouvée sous les feux des projecteurs et a servi d'exemple d'application des critères de l'abus de dépendance économique par l'Autorité de la concurrence²⁰⁸, dont le mode d'appréciation est assez différent de celle des Cours d'appel de Lyon et de Paris.

L'Autorité de la concurrence commence pourtant par citer cette dernière²⁰⁹ et ainsi confirmer l'appréciation *in concreto* de la situation d'abus de dépendance économique ou non, mais ce n'est que pour mieux l'esquiver ensuite. Elle se contente en effet d'affirmer qu'elle ne dispose

²⁰⁶ CA Paris 25 janvier 2005

²⁰⁷ L'autorité de la concurrence s'est d'ailleurs autosaisie de cette question dans une décision du 25 février 2010, en se questionnant en particulier sur la question de la conformité de ces pratiques non à la liberté professionnelle, mais bien à la libre concurrence

²⁰⁸ Aut. conc. 3 mars 2010, n°10-D-08, relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité, note M. Malaurie-Vignal

²⁰⁹ Après avoir toutefois distingué deux situations : celle des candidats à la franchise et celle des franchisés eux-mêmes

pas d'éléments suffisants sur la situation individuelle des franchisés, alors même qu'il était rapporté par la partie demanderesse l'existence d'un jeu de clauses ayant pour effet d'enfermer les franchisés dans cette relation contractuelle²¹⁰. Elle ajoute que la situation de chacun des franchisés était difficilement comparable dans la mesure où ils relevaient de sept régimes contractuels différents. Cette décision n'est donc pas éclairante sur le fond de l'affaire en cause ; en revanche, elle l'est s'agissant de la compétence réelle de l'Autorité de concurrence. Contrairement à ce qu'auraient souhaité chacune des parties, l'Autorité statue à l'échelle du réseau de distribution par rapport au marché, à l'échelle des franchisés dans leur ensemble – ce qui lui permet d'affirmer qu'ils ne sont pas en situation de dépendance économique²¹¹.

L'article L.420-2 du Code de commerce entend protéger davantage les concurrents éventuels entrant sur le marché que les commerçants déjà franchisés. En sanctionnant les pratiques anticoncurrentielles, cet article défend le libre jeu de la concurrence plutôt que la liberté professionnelle – ce qui n'empêche pas pour autant celle-ci de bénéficier parfois de cette même protection. Cela explique la posture plus globale de l'Autorité de la concurrence, peu protectrice du petit franchisé.

B) La protection du franchisé sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence

148. Pratiques restrictives de concurrence. Le franchisé aurait ainsi plutôt intérêt à agir sur le fondement de l'article L.442-6 I du Code de commerce, qui énonce une succession de pratiques restrictives de concurrence illicites engageant la responsabilité de celui qui les commet. Il cible clairement la relation contractuelle entre deux partenaires commerciaux, en sanctionnant notamment le fait « de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale [...] »²¹² – disposition particulièrement invoquée par d'anciens franchisés.

C'est ainsi que maintes décisions des juges du fond sanctionnent le franchiseur ayant mis un terme abrupt à une relation de franchise, et abandonné ainsi du jour au lendemain l'un de ses franchisés dans une situation désespérée compte tenu de la dépendance à laquelle était soumis

²¹⁰ Et ce pendant une durée certaine puisque les contrats étaient conclus pour une durée initiale de 7 ans reconductibles, certes résiliables à la date anniversaire, mais avec un délai de préavis de 1 an

²¹¹ *Les mécanismes conventionnels de protection des réseaux de distribution alimentaire sont-ils anticoncurrentiels ?*, JCP E n°43, 28 octobre 2010, p. 1941, Etude par F. Albert

²¹² C. com. art. L.442-6 I, 5°

celui-ci à l'égard de son franchiseur²¹³, ou encore le franchiseur ayant pratiqué une discrimination tarifaire à l'encontre de son franchisé²¹⁴.

Le franchisé victime d'une pratique restrictive de concurrence pourra alors engager la responsabilité de son franchiseur sur le fondement de l'article L.442-6 du Code de commerce pour faire reconnaître ce que certains auteurs qualifient de « délit civil de puissance d'achat »²¹⁵ et ainsi obtenir des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi.

Cette réparation pécuniaire est un premier lot de consolation que le juge peut accorder au franchisé, mais il n'est pas le seul. Pour peu que la dépendance économique soit particulièrement lourde et le franchiseur intrusif dans la gestion de son commerce par le franchisé, ce dernier pourra réclamer en sus l'application totale ou partielle des dispositions du Code du travail.

II/ De la dépendance économique à la requalification du contrat

149. Une fois constaté l'abus de dépendance économique, le franchisé peut tenter de se prévaloir du Code du travail afin de profiter des avantages de sa condition. Cette application de la législation travailliste peut passer par deux voies : la requalification du contrat en contrat de gérance salariée, ou, si l'existence d'un véritable lien de subordination est démontrée, la requalification en contrat de travail.

A) De la dépendance économique à la subordination économique

150. Requalification en contrat de gérance salariée. C'est d'abord sur le fondement de l'article L.7321-2 du Code du travail que le franchisé peut agir en requalification de son contrat de travail en contrat de gérance salariée. S'il n'a pas à faire la preuve de l'existence d'un lien de subordination juridique²¹⁶, il doit tout de même répondre à certains critères liés à la situation de dépendance économique dans laquelle il se trouve. Les juges du fond se livrent donc à une appréciation casuistique pour admettre ou non la qualification de gérant salarié, en

²¹³ CA Paris 20 octobre 2005

²¹⁴ CA Agen 9 septembre 2009

²¹⁵ M.-C. Boutard Labarde, G. Canivet, E. Claudel, V. Michel-Amsellem, J. Vialens, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, éd. LGDJ, 2008

²¹⁶ Peu importe par exemple que les conditions de travail, d'hygiène et de sécurité n'aient été ni fixées, ni agréées par le franchiseur ; cf. Cass. soc. 16 septembre 2009, n°07-45.289, CCC n°2, février 2010, comm. N. Mathey

recherchant un certain nombre de critères cumulatifs posés par le texte : il faut que le gérant accomplisse pour son fournisseur une activité de vente ou de service à titre principal, personnel²¹⁷ et professionnel, que cette activité soit accomplie dans un local fourni ou agréé par l'entreprise, et que le gérant s'approvisionne exclusivement²¹⁸ ou quasi exclusivement²¹⁹ chez le fournisseur²²⁰. Ainsi, a été requalifié le contrat de franchise dans lequel, notamment, les locaux où était exercée l'activité du franchisé étaient loués au nom du franchiseur, qui était également titulaire des abonnements à l'opérateur télécom et de fourniture d'énergie, et dans lequel les tarifs étaient fixés par le franchiseur²²¹, ou encore le contrat par lequel le franchiseur imposait à son franchisé les « horaires d'enlèvement et de livraison ainsi que les prix à pratiquer »²²².

151. Toutefois, la qualité de gérant salarié ne peut, en vertu du Code du travail, s'appliquer qu'à des personnes physiques. On voit aussitôt apparaître la possibilité de contourner cette législation pour le franchiseur : il lui suffirait de demander à son franchisé de créer une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée pour se trouver à l'abri... Fort heureusement, la Cour de cassation ne s'est pas laissée duper par cette tentative de fraude. Ainsi, dans une espèce où le franchisé, bien qu'exerçant son activité de façon indépendante, du moins sur le papier, dans le cadre d'une EURL, se trouvait en réalité sous la subordination économique de son franchiseur²²³, la Chambre sociale a jugé que les dispositions de l'article L.7321-2 devaient s'appliquer et a, par conséquent, « levé le voile de la personnalité »²²⁴. Notons qu'il n'est pas nécessaire pour cela de caractériser le caractère fictif²²⁵ de la société. Une telle solution doit être approuvée tant la manœuvre est aisée à réaliser, mais il ne faut pas oublier qu'elle peut se révéler à double tranchant pour le franchisé²²⁶.

²¹⁷ Bien que la Cour de cassation ait jugé qu'il n'était pas nécessaire que le gérant salarié accomplisse seul l'activité et qu'il pouvait avoir recruté des salariés : Cass. soc. 25 février 2009, n°07-40.371

²¹⁸ Lorsque le gérant à une activité de service

²¹⁹ Lorsque le gérant a une activité de vente

²²⁰ Notons cependant que, s'agissant des gérants qui sont à la disposition des clients durant leur séjour dans les locaux de l'entreprise, la seule obligation est celle d'être à la disposition de la clientèle, ce qui constitue une dépendance économique géographique

²²¹ Cass. soc. 16 septembre 2009, n°07-45.289, CCC n°2, février 2010, comm. N. Mathey

²²² Cass. soc. 26 septembre 2007, n°06-44.863

²²³ Local fourni par le franchiseur, conditions d'exercice et prix imposés par le franchiseur...

²²⁴ Cass. soc. 21 février 2007, n°05-45.048, CCC n°5, mai 2007, comm. M. Malaurie-Vignal

²²⁵ Cass. soc. 1^{er} février 2011, n°09-40.033

²²⁶ Ainsi, comme le rappelle Maître Rémi de Balmann, le franchisé ne peut arguer que sa société respecte son obligation de non-concurrence pour lui-même, en tant que personne physique, concurrencer son franchiseur pendant la durée du contrat de franchise. A cet égard, on se reportera à l'arrêt Cass. com. 23 mars 1999, n°97-15.091, dans lequel la Cour de cassation a jugé que le dirigeant d'une société concessionnaire qui se trouvait être en même temps le dirigeant d'une autre personne morale vendant des produits concurrents violait l'engagement de non-concurrence souscrit par sa société

152. Effets de la requalification. Une fois reconnue cette qualité de gérant salarié, l'ancien franchisé pourra réclamer au minimum l'application des dispositions du Code du travail relatives aux relations individuelles et collectives de travail et aux salaires²²⁷, sachant qu'il bénéficiera des dispositions les plus favorables entre le droit commercial et le droit du travail. Les intérêts de cette requalification apparaissent immédiatement : non seulement l'ancien franchisé pourra bénéficier des indemnités dues en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais il pourra également demander des rappels de salaires sur la totalité de la relation de dépendance économique²²⁸, là où, au contraire, en tant que franchisé, il devait verser une redevance à son franchiseur ! Ajoutons encore l'obligation pour le franchiseur de respecter la procédure de licenciement en cas de rupture du contrat, de rembourser le droit d'entrée dans le réseau et le coût de la formation initiale, ou encore, le cas échéant, de rembourser les frais de constitution de la société du franchisé²²⁹.

Ces effets sont potentiellement colossaux pour le franchiseur ayant un grand nombre de distributeurs en situation de dépendance économique. Ils ne sont pourtant pas les seuls. Pour peu que le franchiseur ait eu la mauvaise idée de fixer ou d'agréer les conditions de travail, de santé et de sécurité au travail dans l'établissement, l'ancien franchisé pourra en outre réclamer l'application des dispositions du Code de travail relatives à la durée du travail, aux repos et aux congés payés (ce qui permettra à l'ancien franchisé de formuler une demande indemnitaire supplémentaire), ainsi que celles relatives à la santé et à la sécurité au travail²³⁰, avec l'obligation de sécurité de résultat qui les accompagne.

B) De la subordination économique à la subordination juridique

153. Requalification en contrat de travail. Le franchisé peut aller encore plus loin : il peut demander la requalification de son contrat de franchise en contrat de travail. Pour ce faire, il ne lui suffit plus de rapporter la preuve d'une subordination économique ; il doit cette fois prouver qu'il se trouve sous la subordination juridique de son franchiseur, lien caractéristique de l'existence d'un contrat de travail.

A la différence de la requalification en contrat de gérance salariée, la requalification en contrat de travail ouvre au franchisé l'application de toute la législation de protection sociale,

²²⁷ C. trav. art. L.7321-3, al. 2

²²⁸ Dans la limite du délai de prescription de droit commun de 5 ans

²²⁹ CA Nîmes, 9 mai 2007

²³⁰ C. trav. art. L.7321-3, al. 1er

ce de manière rétroactive – dans la limite du délai légal de prescription. Cela signifie notamment pour l'employeur qui s'ignorait la nécessité de cotiser a posteriori au régime légal des salariés, mais également aux régimes de retraite complémentaire et, le cas échéant, à des régimes de prévoyance prévus par une convention collective rendue applicable au franchisé devenu salarié ! L'enjeu est donc crucial et c'est aux juges du fond, au cas par cas, de déterminer si l'existence d'un lien de subordination juridique, de pouvoirs de direction, de contrôle et de gestion, est caractérisée.

Les juges ont par exemple qualifié de contrat de travail le contrat par lequel le franchisé devait respecter les consignes émanant des trois sociétés partenaires qui concouraient à l'organisation du travail, l'une de ces sociétés élaborant en particulier les tournées et une autre les itinéraires ainsi que le montant des frais de fonctionnement à déduire des sommes dues par les clients²³¹, ou encore le contrat par lequel le franchiseur imposait à son franchisé des horaires de travail et les prix à pratiquer²³².

En revanche, une telle qualification a été refusée au franchisé qui avait conservé la faculté de vendre des marchandises différentes de celles concernant la branche d'activité du franchiseur²³³, ainsi qu'au franchisé auquel le franchiseur avait certes donné, en matière de prix et de quota, des « indications », mais sans les assortir de sanctions et en lui laissant toute liberté de déterminer la consistance de son approvisionnement²³⁴.

154. Convergence du droit de la concurrence et du droit du travail. De manière générale, les juges prêtent une attention soutenue à deux critères clefs, déterminants de l'existence d'une autorité hiérarchique du franchiseur sur le franchisé : la fixation des horaires de travail d'une part, la fixation des prix d'autre part. De façon assez remarquable, cette jurisprudence des juges « sociaux » rejoint ici celle des juges « commerciaux » selon lesquels la clause imposant le respect des prix conseillés, clause systématiquement suivie par le franchisé, est anticoncurrentielle et par là-même illicite²³⁵.

155. Ainsi, bien que le droit de la concurrence et le droit du travail poursuivent des objectifs différents, la protection des opérateurs économiques et des consommateurs pour le premier, la protection des travailleurs pour le second, ces objectifs ne s'entrechoquent pas nécessairement et convergent parfois. En matière de franchise, le franchisé peut rechercher

²³¹ CA Paris 6 novembre 2008

²³² Cass. soc. 26 septembre 2007, n°06-44.863

²³³ CA Agen 8 novembre 1977

²³⁴ Cass. com. 4 janvier 1982

²³⁵ CA Paris 18 mars 1997, La lettre de la distribution, avril 1997, p. 2

des arguments aussi bien du côté de la libre concurrence que de celui de la liberté professionnelle, dans le Code de commerce comme dans le Code du travail.

Alors, liberté professionnelle et libre concurrence, destins liés ? En réalité, cette interaction heureuse des deux libertés fondamentales n'est pas la norme, mais bien plutôt une anomalie. Leur antagonisme persistant se manifeste tous azimuts, que ce soit sur le plan national ou international, tant au niveau des relations individuelles qu'à celui des relations collectives de travail. Plus encore, dans ce dernier domaine, les manifestations du droit du travail sont regardées avec une particulière suspicion et passent parfois en tant que telles pour des entraves à une liberté de concurrence jugée plus essentielle que la défense des intérêts des travailleurs, que cette dernière passe par la négociation ou par la force. En somme, destins liés, oui, mais dans l'adversité.

TITRE II : LA DOMINATION DE LA CONCURRENCE SUR LA COLLECTIVITE DES SALARIES

156. « Plus que les relations individuelles de travail, les relations collectives cristallisent la tension entre droit social et droit de la concurrence »²³⁶. C'est en effet dans les relations collectives que non seulement droits sociaux et libre concurrence s'affrontent sur de multiples champs de bataille, mais aussi que les enjeux sont les plus cruciaux puisqu'ils concernent un grand nombre de salariés. Il convient immédiatement de préciser que ce n'est pas au sens strict des relations collectives, s'entendant comme le droit de la négociation collective et le droit des conflits collectifs, que sera consacré ce titre. Il s'agira ici d'étudier les interactions entre le droit de la concurrence et les règles s'appliquant à la collectivité des salariés, pris soit collectivement, soit individuellement.

En d'autres termes, le premier titre sera consacré aux relations collectives à proprement parler. Il s'agira essentiellement d'étudier la marge de manœuvre laissée par le droit de la concurrence à l'expression des droits sociaux fondamentaux, reconnus comme tels sur le plan national et international, et de lever le voile de l'équilibre clamé entre libertés sociales et libertés économiques pour révéler le déséquilibre réel qui imprègne leurs interactions.

Quant au second titre, il traitera, sous l'angle du droit de l'emploi, de l'influence du droit de la concurrence sur des mécanismes sociaux auxquels sont soumis l'ensemble des salariés, mais pris chacun individuellement : ainsi du placement des travailleurs, des aides publiques en cas de difficultés économiques ou sociales, ou encore des nouveaux outils mis à la disposition des personnes publiques comme privées, respectivement les clauses sociales dans la mise en concurrence en matière de marchés publics et la responsabilité sociale des entreprises. Ce titre s'attachera à mettre en évidence l'intervention positive – parce que favorable aux travailleurs – de la libre concurrence sur le droit de l'emploi, quitte à ce que le social soit instrumentalisé par l'économique.

²³⁶ P. Chaumette, *Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises*, Dr. social 2008, n°2, février, p. 210-220

Chapitre 1 : La concurrence, valeur restrictive des droits collectifs des travailleurs

157. Droits collectifs des travailleurs. Les travailleurs se sont vu reconnaître au fil du temps un certain nombre de droits, dont certains ne s'exercent que collectivement. Il s'agit de la négociation collective d'une part, de l'action collective d'autre part. Toutefois, si une valeur fondamentale est désormais reconnue à chacune de ces libertés, elles sont vues d'un œil différent par les institutions européennes.

158. Négociation collective. La négociation collective a pour objet de laisser les travailleurs créer des normes plus ou moins impératives qu'ils s'engagent à respecter, que ces normes soient reprises ou non par le pouvoir législatif ou réglementaire.

C'est ainsi qu'au niveau européen, les partenaires sociaux peuvent se saisir de thèmes sur lesquels l'Union souhaiterait intervenir et proposer eux-mêmes un projet négocié, qui sera généralement avalisé ensuite par la Commission européenne et le Conseil européen²³⁷. Ils peuvent également choisir de négocier spontanément sur d'autres thèmes et donner ainsi naissance à des accords-cadres²³⁸. L'Union européenne regarde avec bienveillance une telle activité syndicale et cherche à encourager et promouvoir le dialogue social, que ce soit en renforçant la portée des conventions conclues ou en incitant, voire en imposant, la création d'instances de représentation du personnel au niveau européen, comités d'entreprise européens et sociétés européennes en tête. L'idée qui sous-tend cette approbation est simple : les négociateurs accepteront et respecteront plus aisément des normes qu'ils se sont eux-mêmes données.

L'encouragement du dialogue social se retrouve sur le plan national, en témoigne avec éclat la récente loi du 20 août 2008 relative à la démocratie sociale²³⁹. La réforme de la représentativité a notamment eu pour finalité la légitimation d'un dialogue social auparavant entre les mains d'organisations syndicales parfois peu légitimes au sein des entreprises. Par ailleurs, de la même façon que le législateur européen, le gouvernement français peut décider de renforcer l'effet et la portée des conventions collectives négociées par le biais d'arrêtés d'extension et d'élargissement, qui permettent de rendre applicables à tout ou partie des branches professionnelles ou du territoire français des conventions collectives au champ tant géographique que professionnel autrefois limité.

²³⁷ TFUE, art. 154 et 155

²³⁸ Par exemple, accord-cadre sur le stress au travail du 8 octobre 2004, repris en France par un ANI du 2 juillet 2008 ; accord-cadre sur le télétravail du 16 juillet 2002

²³⁹ Loi n°2008-789 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail

159. Action collective. Contrairement à la négociation collective, la grève est, quant à elle, regardée avec une certaine suspicion. Là où l'effet immédiat de la négociation collective apparaît constructif, celui de l'action collective apparaît destructif – de l'emploi, des infrastructures – et immédiatement attentatoire à d'autres droits, à commencer par celui du travail, à la liberté d'entreprendre. Certes, lors de négociations collectives, une partie des travailleurs est laissée de côté et n'est pas forcément représentée comme elle le souhaite ; mais, une fois conclu, l'accord collectif s'appliquera aussi à eux. En cas de grève, en revanche, certains travailleurs pourront être directement privés de toute possibilité de travailler du fait des grévistes.

L'action collective affecte aussi directement l'économie. Elle a des effets aussi bien sur l'emploi que sur la concurrence. Il suffit de songer aux grèves récurrentes des grutiers à Marseille, toujours en cours à l'heure actuelle²⁴⁰. Des effets sur la concurrence ? Le déroutement des cargos non seulement vers d'autres ports français (Toulon, le Havre...), mais aussi vers des ports étrangers comme celui de Gênes ou de Barcelone, certaines compagnies préférant même débarquer à Anvers et traverser ensuite la France du nord au sud en camion plutôt que de décharger au port de Marseille²⁴¹ ! Des effets sur l'emploi ? Ledit déroutement des navires, soit autant de sources de travail potentielles qui voguent vers l'horizon, sans compter le départ de certains importateurs vers des cieux plus favorables. L'exercice du droit de grève peut donc avoir des conséquences désastreuses, comme en témoigne l'édifiant exemple de Marseille²⁴².

On comprend dès lors que ce droit de grève n'ait pas été facilement admis à l'échelle de l'Union européenne – mais il a fini par l'être. Il n'est en effet pas contestable que l'exercice de ce droit soit parfois le seul moyen pour les travailleurs de faire entendre leurs revendications et de réclamer une protection contre certaines pratiques peu philanthropiques de la part des opérateurs du marché unique.

160. Libre concurrence et libertés économiques. L'Union européenne est encore largement considérée comme une union économique et l'Europe sociale vue comme une « conséquence de l'Europe économique »²⁴³. Il ne faut dès lors pas s'étonner de la place

²⁴⁰ Grève remontant à juillet 2010

²⁴¹ Ce qui ne va pas sans générer également des effets néfastes sur l'environnement...

²⁴² En chiffres : depuis 1970, le nombre de conteneurs opérés à Marseille été multiplié par moins de deux là où, dans les autres ports d'Europe, il a été multiplié par six (Gênes) à dix (Valence), cf. P. Molga, *Au port de Marseille, une grève qui ne passe pas*, Les Echos, article du 14 octobre 2010

²⁴³ M. Clément, *Europe(s) sociale(s) : une longue marche ?*, Esprit, janvier 2009, p. 158

primordiale prise par les grandes libertés économiques que sont la liberté d'établissement²⁴⁴ et la libre prestation de service²⁴⁵, celles-ci permettant par ailleurs le libre jeu de la concurrence sur le marché commun. Pour autant, on ne peut retirer à l'Union européenne sa volonté affichée de promouvoir les droits des travailleurs²⁴⁶. Néanmoins, comme les analyses de la CJUE elles-mêmes le laissent comprendre, cette promotion doit se faire par l'ouverture des frontières des Etats membres que l'action collective, et parfois la négociation collective, contribuent à obstruer. Et, comme toute analyse des instances européennes, celle-ci déborde sur le droit national et se retrouve en butte aux manifestations collectives du droit français du travail.

Section 1 : Les droits sociaux collectifs : des moyens au service du progrès

161. « La communauté et les Etats membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, [...] ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions »²⁴⁷, telle est la déclaration d'intention de l'Union européenne. Si elle semble promettre monts et merveilles au versant social de l'Europe, elle peut paraître bien creuse une fois passée au crible de la jurisprudence de la CJUE.

I/ L'illusion des termes : le droit du travail, droit fondamental comme la concurrence

162. Il ne fait aucun doute que les droits sociaux collectifs sont désormais pleinement affirmés et reconnus au sein de l'Union européenne. Dans la mesure où les droits économiques le sont également, la rencontre de ces différents droits appelle une conciliation.

²⁴⁴ TFUE, art. 49

²⁴⁵ TFUE, art. 56

²⁴⁶ Notons à cet effet que la Commission européenne a récemment prévu l'adoption d'une législation visant à clarifier l'exercice des libertés économiques avec les droits sociaux fondamentaux, parmi lesquels l'action collective ; cf. Comm. Commission 13 avril 2011, *L'acte pour le marché unique, douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance*

²⁴⁷ Traité sur l'Union Européenne, art. 151

A) *La multiplication des fondements protecteurs*

163. Droit primaire. C'est le droit primaire qui, le premier, a protégé les droits collectifs grâce à la notion de progrès social. Le Traité sur l'Union européenne évoque en son article 151 l' « égalisation dans le progrès », sans pour autant épuiser le droit primaire puisque ce même traité multiplie les engagements. Tour à tour, il promet d'œuvrer pour « une économie sociale de marché hautement compétitive²⁴⁸, qui tend au plein emploi et au progrès social » et de promouvoir aussi bien « la justice et la protection sociales » que « la cohésion économique, sociale et territoriale »²⁴⁹ entre les Etats membres. Si les droits de négocier et d'agir collectivement ne figurent pas dans la lettre du texte, on comprend qu'il s'agit de moyens nécessaires à la poursuite de la politique sociale de l'Europe.

164. Chartes européennes. Ces droits sont plus précisément énoncés dans un certain nombre de ces instruments internationaux que sont les chartes, à commencer par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 et intégrée au Traité de l'Union Européenne depuis la signature, le 14 décembre 2007, du traité de Lisbonne, et dotée par là-même d'une valeur contraignante. Y sont solennellement affirmés la liberté de réunion et d'association²⁵⁰, le droit de négociation et d'action collectives²⁵¹, et le droit à la sécurité sociale et à l'aide sociale²⁵².

165. D'autres chartes, bien que juridiquement dépourvues d'effet, viennent conforter ces affirmations. C'est ainsi que la Charte sociale européenne de 1961, révisée en 1995, affirme l'attachement du Conseil de l'Europe à tout un défilé de droits sociaux parmi lesquels se trouvent, entre autres, le droit au travail²⁵³, le droit à des conditions de travail équitables²⁵⁴, le droit syndical²⁵⁵, ou encore le droit à la négociation collective et aux actions collectives, « y compris le droit de grève »²⁵⁶. Enfin, ces droits sont également proclamés par la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, dont les points 11 à 14 traitent en particulier de la liberté d'association et de la négociation collective, auxquelles est attaché le droit de recourir à des actions collectives.

²⁴⁸ L'association d'emblée de la compétition et du social est d'ailleurs à relever

²⁴⁹ Traité sur l'Union Européenne, art. 3

²⁵⁰ Charte des droits fondamentaux, article II-12, qui « implique le droit de toute personne de fonder avec d'autres des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts

²⁵¹ Charte des droits fondamentaux, article II-28, « droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève »

²⁵² Charte des droits fondamentaux, article II-34

²⁵³ Charte sociale européenne, article 1

²⁵⁴ Charte sociale européenne, article 2

²⁵⁵ Charte sociale européenne, article 5

²⁵⁶ Charte sociale européenne, article 6

166. Convention Européenne des Droits de l'Homme. Par ailleurs, certains droits sociaux sont assurés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, vis-à-vis de laquelle l'Union européenne a engagé un processus d'adhésion le 7 juillet 2010. Il en est ainsi en particulier de la liberté de réunion et d'association de laquelle peut être rapproché le droit à la négociation collective²⁵⁷. Qui plus est, même si aucune disposition ne prévoit l'existence du droit de grève, la Cour européenne des droits de l'Homme l'a reconnu sur le fondement de l'article 11 de la Convention en présence d'une grève déclenchée par un syndicat, grève que la Cour a analysée comme une modalité de la liberté syndicale²⁵⁸.

167. Principes généraux du droit. En sus de cette pléthore de textes européens, la CJUE n'hésite pas, en s'inspirant de ces textes, à ériger des droits en principes généraux du droit communautaire. Elle a eu l'occasion de recourir à cette technique en matière de droits sociaux collectifs. Dès 1975, en effet, la CJUE a reconnu au droit de grève le caractère d'un droit fondamental²⁵⁹ et l'a réaffirmé à plusieurs reprises depuis²⁶⁰. La consécration du droit à la négociation collective est, quant à elle, beaucoup plus récente²⁶¹. Toujours est-il que, désormais, tant le droit de grève que le droit de négocier ont la valeur de principes généraux du droit.

168. Droit dérivé. Ces déclarations de principe doivent être rendues concrètes et applicables. Tel est le rôle de la CJUE, dont la jurisprudence confère sa vigueur aux dispositions textuelles, mais aussi du droit dérivé, qui est venu fixer des normes relatives à la protection minimale des travailleurs, en particulier en cas de détachement de salariés d'un Etat membre de l'Union européenne à un autre. La directive du 16 décembre 1996²⁶² vient ainsi préciser les droits dont peuvent se prévaloir les salariés détachés à l'étranger. Comme dans l'ensemble des textes énoncés, l'objectif de cette directive est double : assurer la libre prestation de service d'une part, garantir une protection aux travailleurs pendant la période de détachement d'autre part. C'est pourquoi, si la directive prévoit effectivement l'application d'un noyau dur de règles protectrices de l'Etat membre où le travailleur est détaché, elle

²⁵⁷ Convention européenne des droits de l'Homme, art. 11, « toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts »

²⁵⁸ CEDH 21 avril 2009, *Enerju Yapi-Yol Sen c. Turquie*, n°34503/97, condamnation de la Turquie du fait de l'interdiction générale du droit de grève opposée à tous les fonctionnaires turcs

²⁵⁹ CJCE 28 octobre 1975 *Rutili*, aff. C-36/75 ; A. Lyon-Caen, *La grève en droit international privé*, RCDIP 1977, 271

²⁶⁰ Récemment : CJCE 18 décembre 2007, *Laval*, aff. C-341/05

²⁶¹ CJUE 15 juillet 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-271/08, point 38

²⁶² Directive 96/71 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de service

prévoit également que l'Etat d'accueil ne peut pas en principe aller au-delà de ce noyau et renforcer ainsi la protection dudit travailleur.

Cette directive constitue une illustration frappante de l'indissociabilité de l'économie et du social et de la nécessité de concilier la libre concurrence avec le droit du travail, mais surtout le droit à un travail digne et sécurisé.

B) La conciliation des libertés

169. Selon un auteur, « la séparation des domaines social et économique dans les têtes et dans les institutions est quelque chose de dramatique »²⁶³. A la lecture des textes européens, on constate surtout qu'elle est impossible. Le social et l'économie sont inextricablement liés et doivent se prendre en considération l'un l'autre. C'est à cette conciliation que la CJUE s'attelle dans ses différentes décisions, une conciliation parfois aisée – souvent ardue.

170. Incompatibilité entre négociation collective et libre concurrence. La CJUE a pu juger que la conciliation était irréalisable. Elle en a déduit que les droits fondamentaux devaient se contenter de monologuer chacun de leur côté plutôt que de dialoguer ensemble. Elle retient ainsi, depuis l'arrêt *Albany*²⁶⁴, un principe de séparation entre les fruits de la négociation collective et le droit de la concurrence. La CJUE considère en effet que les conventions collectives portent atteinte au libre jeu de la concurrence dans la mesure où elles fixent des normes communes applicables à un ensemble d'entreprises, ce qui pourrait constituer une entente illicite au sens du droit de la concurrence²⁶⁵. La Cour est pragmatique : décider de contrôler la négociation collective sous le prisme de la libre concurrence reviendrait à condamner systématiquement les conventions passées. Or l'Union européenne est particulièrement favorable au dialogue social. Dès lors, elle choisit de soustraire par principe le droit de négocier au champ d'application du droit de la concurrence. Il n'y a pas conciliation, mais esquive, reconnaissance d'autonomie, ignorance réciproque.

171. Conciliation entre action collective et libre concurrence. Lorsque la grève heurte de plein fouet la liberté d'établissement ou la liberté de prestation de service, et consécutivement la libre concurrence, la CJUE essaie de concilier les droits en considérant que la protection des travailleurs constitue une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une

²⁶³ P. Herzog, *Les principes de la concurrence confrontés à la nécessité d'une politique industrielle innovante et compétitive*, Semaine Sociale Lamy 2006

²⁶⁴ CJCE 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96, notes J. Ph. Lhernould, D. Gadbin et C. Vigneau

²⁶⁵ TFUE, art. 101

entrave aux libertés économiques, pourvu qu'elle soit efficace et proportionnée²⁶⁶. Le droit de grève n'est donc pas absolu, comme d'ailleurs ne l'est pas la liberté d'expression²⁶⁷, mais son exercice est admissible ou non en fonction des circonstances. C'est ainsi que la CJUE en contrôle à la fois la finalité (l'employeur était-il déjà lié par un engagement contraignant de telle sorte que la grève était dépourvue d'objet ?), la pertinence et la proportionnalité (existait-il des moyens moins restrictifs de la liberté d'établissement pour faire aboutir la négociation ?)²⁶⁸.

La conciliation est donc possible, mais surtout inévitable. Cependant, elle choque dans sa mise en œuvre. Elle apparaît asymétrique : le droit de grève peut constituer une entrave aux libertés économiques, certes ; mais la réciproque n'est-elle pas vraie ? En cherchant à justifier l'entrave, la CJUE place de facto l'action collective en-deçà de la libre concurrence. Comme le relève Patrick Chaumette, « le paradoxe est qu'il [le juge communautaire] affirme le droit d'action collective en l'encadrant dans la sauvegarde des libertés économiques des entreprises »²⁶⁹. Comment comprendre cette conciliation à sens unique alors que l'Union européenne ne cesse de réaffirmer sa politique sociale ?

II/ La réalité des faits : le droit du travail, droit moins fondamental que la concurrence

La multiplication des bonnes intentions, le foisonnement de textes et de déclarations grandioses voilent difficilement la réalité. Entre des fondements sans grande valeur et des droits économiques en tête de proue, le social se révèle le parent pauvre de l'économie et s'efface où celui-ci passe.

A) Des fondements réduits à l'impuissance

172. L'énumération fastidieuse des textes européens n'a pour seul intérêt que de faire constater leur indigence. Surtout, le social s'accompagne systématiquement de l'économie à tel point que l'on peut se demander si, en tant que tel, il est autonome.

²⁶⁶ CJCE 15 mars 2001, *Mazzoleni*, aff. C-165/98, note J. Cavallini

²⁶⁷ CJCE 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, note J. Cavallini

²⁶⁸ CJCE 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05

²⁶⁹ P. Chaumette, *Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises*, Dr. social 2008, n°2, février, p. 210-220

173. Dépendance du social vis-à-vis de l'économique. Le préambule de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs est évocateur. S'il énonce que le développement des droits sociaux et celui des droits économiques doit être équilibré, certaines expressions ne trompent pas et se démarquent dans un texte dont le titre semblait affirmer qu'il était dédié exclusivement au social, aux travailleurs. C'est ainsi que ce préambule évoque la nécessité de « relever les défis de l'avenir sur le plan de la compétitivité économique », de renforcer « la compétitivité des entreprises » « tout en évitant les distorsions de concurrence »... Autant de formules qui montrent que les droits sociaux des travailleurs ne sont pas reconnus en tant que tels, mais en tant qu'outils permettant de parvenir à une concurrence non faussée sur le marché unique. On pourrait s'en réjouir en imaginant une dialectique équilibrée, comme le déclare la Charte, entre droits sociaux et libertés économiques. Mais cela supposerait une analyse selon laquelle les droits sociaux vaudraient de façon autonome, une analyse selon laquelle « il n'est de richesse que d'hommes et une économie qui maltraite les hommes n'a pas d'avenir »²⁷⁰.

174. Dépendance des chartes vis-à-vis de la CJUE. Cette analyse n'est celle ni du législateur européen, ni de la CJUE. Qu'elle ne soit pas celle du premier est, en réalité, plutôt indifférent. Les Chartes ne font qu'énumérer des droits sans avoir en elles-mêmes d'effet juridique contraignant. A cet égard, il est intéressant de souligner que les Etats membres ont refusé que la Charte des droits fondamentaux figure dans le texte même du traité et se sont contentés d'un renvoi. Cela souligne bien leur réticence à rendre obligatoires ces droits pourtant fondamentaux, peut-être un peu trop lourds à porter pour un espace fondé essentiellement sur l'économique...

Cependant, leur intention n'a pas grande importance dans la mesure où c'est la CJUE qui détermine la valeur de ces textes. Qu'elle choisisse de les ignorer et ils restent lettre morte. On songe ainsi à la convention n°94 de l'OIT exigeant l'inscription dans les contrats publics d'une clause stipulant le respect des conditions de salaire et de travail prévues par la convention collective locale, dédaignée par la CJUE²⁷¹. Qu'elle choisisse au contraire de les invoquer au soutien de son analyse et leur force se déploie. C'est ainsi sur le fondement de la Charte sociale européenne – entre autres – que le droit de mener une action collective a été reconnu comme fondamental, puis érigé en principe général du droit communautaire²⁷². Tel est d'ailleurs le paradoxe de ce corpus de textes au fond relativement semblables : non

²⁷⁰ A. Supiot, *Les Europes possibles*, Esprit, janvier 2009, p. 168-176

²⁷¹ CJCE 3 avril 2008, *Rüffert*, aff. C-346/06

²⁷² CJCE 18 décembre 2007, *Laval*, aff. C-341/05, point 90

seulement ils n'ont en eux-mêmes aucune valeur impérative, mais en plus, lorsqu'ils auraient la possibilité d'en acquérir une, la CJUE préfère en extirper une disposition pour l'autonomiser sous la forme d'un principe général – et reléguer aux oubliettes la charte d'origine. Des esprits cyniques²⁷³ pourraient en conclure que la CJUE fait tout bonnement ses courses dans le supermarché intérieur, parmi les différents rayons que lui proposent les Etats membres. On ne leur donnera pas tort ici.⁷

175. Dépendance du social vis-à-vis du droit dérivé. Parfois, les directives, affichant pourtant un objectif de protection des travailleurs, viennent en réalité limiter cette protection à la portion congrue et empêcher les Etats membres d'aller au-delà, en estimant que ce n'est pas nécessaire. Tel est le cas de la directive 96/71 relative au détachement des travailleurs. Son objet est celui d'assurer une protection aux travailleurs détachés dans un Etat membre – mais une discordance apparaît aussitôt : il s'agit d'imposer un noyau dur de règles *minimales* de protection²⁷⁴, et ce par le biais de certains types de textes *limitativement* énumérés²⁷⁵ par la directive. C'est dire que, plutôt qu'encouragé, le social se voit ici restreint par le droit dérivé de deux manières : formelle et substantielle.

176. La restriction formelle tient dans le fait que, pour imposer ce noyau dur de normes protectrices, certains Etats membres usaient de textes que ne prévoyait pas la directive. La CJUE les a alors rendus inopposables aux prestataires. Deux affaires méritent d'être citées. Dans la première, la plus récente, l'Allemagne avait édicté une loi imposant le respect des salaires minimaux prévus par la convention collective applicable au lieu d'exécution des travaux, mais ce uniquement dans le cadre de la passation de marchés publics. Cette limitation était du pain bénit pour la CJUE, qui a considéré que, dans la mesure où cette protection ne bénéficiait pas à tous les salariés du secteur de la construction, elle n'était pas nécessaire²⁷⁶. Pourtant, cette protection était indéniablement favorable aux salariés en cause qui, dans les faits, étaient payés moins de 50 % du salaire minimal applicable ! L'avocat général, d'ailleurs, l'a reconnu dans ses conclusions, mais il n'a pas été suivi. L'autre affaire est un peu différente : l'Etat avait choisi de laisser aux partenaires sociaux le soin de négocier la détermination du salaire minimal, élément du noyau dur de la directive. La CJUE a jugé en

²⁷³ Voir B. Edelman, *La Cour européenne des droits de l'Homme : une juridiction tyrannique ?*, D. 2008, Chron. 1946, Cour européenne des droits de l'Homme dont B. Edelman rapproche la jurisprudence de celle de la CJUE

²⁷⁴ Périodes maximales de travail et périodes minimales de repos ; durée minimale des congés annuels payés ; taux de salaire minimal ; conditions de mise à disposition des travailleurs ; sécurité, santé et hygiène au travail ; mesures protectrices applicables aux conditions de travail et d'emploi des femmes enceintes et des femmes venant d'accoucher, des enfants et des jeunes ; égalité de traitement

²⁷⁵ Dispositions législatives, réglementaires ou administratives ; conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d'application générale au sens du § 8

²⁷⁶ CJCE 3 avril 2008, *Rüffert*, aff. C-346/06

conséquence que cette négociation ne pouvait être imposée au prestataire sur le fondement de la directive²⁷⁷.

177. L'analyse de la CJUE dans l'arrêt *Rüffert* est d'autant moins compréhensible qu'en droit français, la notion de généralité a un tout autre sens. Il serait intéressant de faire un parallèle – certes inattendu ! – avec le règlement intérieur des entreprises. Dans celui-ci ne peuvent en principe figurer que des normes dites *générales*, entendues comme celles qui s'appliquent à tout salarié *dans la situation précisée*. Or, parmi ces normes générales, se trouvent certaines règles qui ne s'appliquent qu'à certaines catégories de salariés. Par exemple, l'obligation de porter des combinaisons de protection pourrait ne s'imposer qu'aux salariés travaillant dans certaines zones exposées à des risques chimiques ou bactériologiques. Tous les travailleurs n'ont donc pas à revêtir ces combinaisons. Pourtant, la règle est bien considérée comme d'application générale. Transposé aux faits de l'arrêt *Rüffert*, ce raisonnement aurait permis de valider la norme dans la mesure où celle-ci s'appliquait à *tous les salariés dans la situation visée*, c'est-à-dire tous ceux travaillant dans le cadre d'un marché public. Cette transposition montre que la CJUE aurait pu aller dans un sens comme dans l'autre, selon son interprétation du mot « général ». Qu'elle ait choisi de pencher du côté des libertés économiques est, à ce titre, plutôt éloquent...

178. S'agissant à présent de la restriction substantielle, elle tient dans le caractère minimal de la protection que les Etats membres peuvent conférer aux salariés détachés. Il n'est normalement pas possible d'imposer au prestataire des obligations qui, bien que plus protectrices des travailleurs détachés, excèdent le noyau dur. La directive prévoit cependant une exception : l'ordre public. Autant dire qu'il est rarissime de pouvoir l'invoquer. Le Luxembourg l'a tenté : il exigeait du prestataire qu'il indexe les salaires des travailleurs détachés sur le coût de la vie et allait donc au-delà du noyau dur en touchant tous les salaires, pas seulement le salaire minimum. Pour se prévaloir de l'exception tenant à l'ordre public, le Luxembourg arguait de la préservation de la paix sociale. En vain : la CJUE a considéré que cette notion était beaucoup trop vague et que le mécanisme d'indexation ne se rattachait pas à l'ordre public²⁷⁸.

En fin de compte, cette directive apparaît contre-productive et relativement pernicieuse, officiellement protectrice des salariés, officieusement favorable à la libre concurrence, et très représentative de la tendance de fond des normes et des juges européens. Le social n'est pas

²⁷⁷ CJCE 18 décembre 2007, *Laval*, aff. C-341/05, point 90

²⁷⁸ CJCE 19 juin 2008, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-319/06

une fin en soi, du moins pas une fin suffisante. Tous ces textes – traité, chartes, directives, arrêts... – maintiennent une illusion de progrès social tandis que, de façon sous-jacente, ils le bornent au minimum. La CJUE poursuit cette ligne et « privilégie un alignement vers le bas auquel les instruments d'encadrement du marché ne permettent pas de résister »²⁷⁹.

B) La confrontation des libertés

179. Comment s'étonner de ce que la conciliation souhaitée et affichée se transforme en une confrontation dure entre les libertés économiques et les droits sociaux ? Et comment s'étonner ensuite de ce que les premières fassent ployer les seconds ?

180. Confrontation de l'action collective et de la libre concurrence. Il est de longue date et de façon constante admis que la protection des travailleurs constitue une raison impérieuse d'intérêt général justifiant des restrictions aux libertés économiques du traité²⁸⁰. Elle peut donc en principe justifier une grève, ce qui suppose que la CJUE prenne en considération les intérêts des salariés. Toutefois, il ne faut pas oublier que si c'est effectivement une raison impérieuse, ce n'est aussi *qu'*une raison impérieuse, c'est-à-dire que cela ne constitue pas un droit en tant que tel.

L'affirmation est osée et partiellement erronée²⁸¹. Le droit de grève est bel et bien reconnu comme un droit fondamental, mais un « droit fondamental de second rang »²⁸². Il est normal qu'il ne soit pas absolu, qu'il doive être concilié avec d'autres droits de même nature²⁸³, et notamment avec les libertés économiques que sont la libre prestation de service et le libre établissement. Toutefois, comme l'écrit un auteur à propos des arrêts *Viking* et *Laval*, « n'aurait-il pas plutôt fallu, dès lors que le droit de mener des actions collectives est reconnu comme faisant partie intégrante du droit communautaire, analyser si les atteintes que les sociétés Viking et Laval entendaient porter à l'exercice de droit de mener des actions

²⁷⁹ S. Robin-Olivier, *Libre prestation de services, marchés publics et régulation sociale : le droit européen privilégie la concurrence fondée sur le coût du travail*, RTD Eur. 2008, p. 485

²⁸⁰ CJCE 17 décembre 1981, *Webb*, aff. C-279/80 ; CJCE 15 mars 2001, *Mazzoleni*, aff. C-165/98 ; CJCE 25 octobre 2001, *Finalarte*, aff. C-49/98

²⁸¹ En témoignent les mots de David Cockroft, secrétaire général de la Fédération internationale des ouvriers des transports (ITF) : « l'ITF a accueilli favorablement une assertion de la Cour européenne de Justice qui a déclaré que le droit de grève était un droit fondamental »

²⁸² C. Vigneau, *Encadrement par la Cour de l'action collective au regard du Traité de Rome*, JCP G n°13, 26 mars 2008

²⁸³ Tout comme nous proposons, lors de notre analyse de la clause de non-concurrence, de concilier liberté professionnelle et obligation de non-concurrence

collectives pouvaient être justifiées »²⁸⁴ ? La CJUE ne devait-elle pas aussi considérer la libre concurrence comme une entrave au droit de grève ?

Elle ne l'a pas fait. Peut-on véritablement parler de conciliation dès lors que celle-ci s'effectue selon des principes entièrement gouvernés par le droit de la concurrence ?²⁸⁵ Sans doute pas. Peut-être doit-on alors estimer que la libre concurrence constitue un droit fondamental absolu, qui ne tolère aucune véritable atteinte, et devant laquelle doivent plier aussi bien les droits sociaux fondamentaux²⁸⁶ que la liberté d'expression²⁸⁷ et même le principe de dignité humaine²⁸⁸, ce qui ne va pas sans indigner d'éminents auteurs²⁸⁹.

181. A tout le moins la CJUE aurait-elle pu considérer, comme elle l'avait fait dans son arrêt *Albany* de 1999, que, dans la mesure où l'action collective portait de façon inhérente atteinte à l'exercice des libertés économiques, elle devait échapper à l'application de l'article 101 du TFUE relatif à la libre concurrence sur le marché commun. Cela lui aurait conféré cet effet utile cher à la Cour aux dispositions textuelles d'où est issu le droit de grève. De façon étonnante et même incohérente, la CJUE n'a pas adopté cette position, alors qu'il n'est pas douteux que l'objet même d'une action collective est de contraindre, de bloquer l'activité économique de l'entreprise. Au contraire, en la subordonnant aux libertés économiques, on s'en prend à son efficacité et à sa substance même : « sa violence, son pouvoir de contestation »²⁹⁰.

182. Confrontation de la négociation collective et de la libre concurrence. En réalité, cette décision de ne pas soustraire par principe le droit de grève du champ d'application de la législation européenne relative à la concurrence n'est pas si surprenante quand on se penche sur l'évolution de sa jurisprudence relative à la négociation collective. Dans un arrêt relativement récent, la CJUE a semblé vouloir ramener les conventions collectives dans le giron du droit de la concurrence. En l'espèce, les partenaires sociaux allemands avaient signé un accord dont il résultait que des contrats tendant à la conversion partielle des droits à

²⁸⁴ S. Laulom, *Les actions collectives contre le dumping social*, Semaine sociale Lamy n°1335, 7 janvier 2008

²⁸⁵ L. Driguez, *Droit social et droit de la concurrence*, préface L. Idot, Bruylant, Bruxelles, série Concurrence, 2006

²⁸⁶ CJCE 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05 ; CJCE 18 décembre 2007, *Laval*, aff. C-341/05, point 90

²⁸⁷ CJCE 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, note J. Cavallini

²⁸⁸ CJCE 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, note J. Cavallini

²⁸⁹ « Dire qu'il faut "concilier" la dignité de l'Homme avec les libertés économiques de l'entreprise, c'est dire qu'on peut y porter atteinte si le jeu en vaut la chandelle », A. Supiot, *L'Europe gagnée par « l'économie communiste de marche »*, Revue du MAUSS permanente, 30 janvier 2008 ; « Il est déjà insupportable de vouloir "concilier" la dignité de l'Homme avec les libertés économiques des entreprises [...]. Il est tout aussi insupportable de vouloir "concilier" le droit de grève et les libertés économiques », B. Edelman, *Droit du travail, droit de la concurrence – un nouveau contrat social*, conférence du 17 novembre 2008

²⁹⁰ B. Edelman, *Droit du travail, droit de la concurrence – un nouveau contrat social*, conférence du 17 novembre 2008

rémunération futurs des salariés en épargne-retraite seraient attribués à des organismes désignés limitativement par lesdits contrats. En somme, il s'agissait de clauses de désignation similaires à celles sur lesquelles s'était déjà prononcée la CJUE en 1999. Toutefois, prenant le contrepied de sa jurisprudence antérieure, la Cour décide cette fois que cet accord constituait une entrave à la libre concurrence puisqu'il permettait d'éviter de recourir à des appels d'offres²⁹¹. S'agit-il d'un véritable terme fixé à l'exception sociale ou d'une simple précision apportée à l'arrêt *Albany* ?

A la lecture des conclusions de l'avocat général, il ne semble exister aucune incertitude. Interprétant a posteriori l'arrêt *Albany*, il affirme, dans son point 58, que les conventions collectives sont exclues du champ d'application du droit de la concurrence à deux conditions cumulatives : qu'elles soient conclues d'une part dans le cadre de négociations collectives, d'autre part en vue d'améliorer les conditions d'emploi et de travail. Or, toujours selon l'avocat général, cette seconde condition, contrairement à ce que l'arrêt *Albany* pouvait laisser penser, doit elle-même être proportionnée, ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger les salariés²⁹² ! Dès lors qu'est suggéré cet examen au fond, les fruits de la négociation collective ne sont plus exemptés de la confrontation avec les libertés de circulations.

183. Cette analyse a été suivie par la CJUE, ce qui n'a pas manqué de susciter des interrogations. Le doyen Akandji-Kombé, en particulier, propose deux lectures de cette solution²⁹³. La première est la plus évidente, la plus alarmiste aussi : elle consiste à énoncer qu'à son tour, le droit de la négociation collective se trouve relégué dans l'ombre des libertés économiques. Mais la lecture la plus intéressante, la plus audacieuse aussi, tient dans l'assertion selon laquelle, désormais, « si les droits fondamentaux peuvent être restreints par les libertés économiques, l'inverse aussi doit être envisagé ». L'auteur cite notamment la CJUE, qui disait rechercher un juste équilibre entre les uns et les autres, mais ce sont surtout les conclusions de l'avocat général qui fondent son opinion. Celui-ci, en effet, ne déniait pas l'existence du droit de négociation collective, mais critiquait son étendue, comme s'il existait une substance incompressible de ce droit que les partenaires sociaux allemands avaient excédée – ce qui rappelle le mécanisme de noyau dur de la directive 96/71. C'est à travers cette idée que le doyen Akandji-Kombé interprète l'arrêt rendu par la CJUE. Il distingue deux

²⁹¹ CJUE 15 juillet 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-271/08

²⁹² Point 61 : « les conventions collectives affectant sensiblement la concurrence peuvent ainsi être attaquées au motif que l'accord concerné ne poursuivrait pas un objectif authentiquement social, parce que les restrictions qui en résultent iraient au-delà de ce qui est nécessaire à la poursuite dudit objectif »

²⁹³ J.-F. Akandji-Kombé, *Négociation collective et marché intérieur : la CJUE franchit-elle un cap ?*, Semaine Sociale Lamy 2011

objets dans la convention collective litigieuse. Si le premier, à savoir l'amélioration du niveau des pensions, relevait de la substance essentielle de la négociation, il n'en allait pas de même du second, la désignation des organismes de retraite en charge de la mise en œuvre du mécanisme, en ce que lesdits organismes, en tant qu'opérateurs concurrents sur le marché, devaient se voir ouvrir la possibilité de proposer une offre consécutive à un appel.

Cependant, il est difficile d'adhérer à cette analyse, de considérer que depuis le départ, la négociation collective se trouvait placée sous le spectre des libertés économiques. Cet arrêt a des allures prononcées de revirement, de reprise en main du social pour libérer un peu plus le marché. Que l'on la suive ou non, en tout cas, on ne peut nier que désormais, droit à la négociation collective et libre concurrence ne sont plus incompatibles, ni que l'utopie de l'égalisation dans le progrès a vécu. Aujourd'hui, si l'on voulait encore s'obstiner à rêver d'égalisation, à tout le moins faudrait-il parler d'une égalisation dans le *marché*.

Section 2 : Les droits sociaux effectifs : des moyens au service du marché

184. La portée des droits sociaux collectifs, bien qu'ils soient fondamentaux, est faible. Suspectés, malmenés, ils sont même condamnés par les juridictions européennes comme d'ailleurs par les juridictions françaises, influencées par l'Europe. Cette infériorité, cet écartement des droits sociaux ont paradoxalement pour conséquence de déséquilibrer la concurrence en favorisant le dumping social.

I/ La primauté du marché

185. Les droits sociaux collectifs doivent s'incliner devant la toute-puissance du marché et le caractère presque *suprafondamental* des libertés économiques. Dans le procès qui leur est fait par la CJUE, tant l'action collective que la négociation collective sont déclarées coupables.

A) L'action collective coupable d'entrave

186. Il ne s'agit plus ici de constater que le droit de grève doit céder devant les libertés économiques, mais plutôt de déterminer si ce droit peut être valablement exercé aux yeux de

la CJUE. A cette fin, il convient de suivre les différentes étapes de ce parcours du combattant que la Cour impose au droit de grève.

187. La nécessité d'un motif impérieux d'intérêt général. Une fois admis que l'exercice du droit de grève représentait une entrave à la libre concurrence, il faut vérifier s'il est admissible en tant que dérogation. Nous avons déjà pu constater que la protection des intérêts légitimes des travailleurs constituait une raison impérieuse d'intérêt général permettant de justifier la mise en œuvre de l'action collective²⁹⁴. Mais que peut receler cet objectif un peu vague ?

De manière générale, la protection des travailleurs ne peut pas être invoquée pour justifier une mesure intervenant dans un domaine où l'Union européenne a déjà procédé à une harmonisation, cette mesure fût-elle plus protectrice que la législation européenne²⁹⁵, sauf à arguer d'une raison tenant à l'ordre public. Ainsi, dans l'affaire *Laval*, la CJUE déclare illicite la grève en constatant d'une part que les revendications des syndicats allaient au-delà des normes minimales posées par la directive 96/71 en matière de détachement, d'autre part qu'elle tendaient à forcer l'employeur à négocier, ce qui rendait impossible ou excessivement difficile la détermination par l'entreprise des obligations qu'elle devait respecter en termes de salaire minimal. Ce dernier arrêt impose en réalité une lisibilité de l'action syndicale : il faut que l'entreprise exerçant ses libertés économiques sache à quoi s'attendre. Cela amène un auteur à se demander à quelle portion est réduite l'action collective : « réclamations ou revendications ? »²⁹⁶ Cela fait sourire le juriste français, lui qui distingue justement les délégués syndicaux des délégués du personnel par leur possibilité de formuler des revendications, là où les derniers se contentent de simples réclamations... En tout cas, « il s'agit là d'une réduction considérable et difficilement admissible des capacités revendicatives des organisations syndicales »²⁹⁷.

Au-delà de cette restriction, il n'est pas douteux que certaines argumentations assez abstraites ne répondent pas à l'objectif de protection des travailleurs. C'est ainsi que la préservation de la paix sociale, en tant que telle, ne justifie pas une entrave²⁹⁸. De même, l'attitude d'un

²⁹⁴ CJCE 17 décembre 1981, *Webb*, aff. C-279/80 ; CJCE 15 mars 2001, *Mazzoleni*, aff. C-165/98 ; CJCE 25 octobre 2001, *Finalarte*, aff. C-49/98

²⁹⁵ CJCE 19 juin 2008, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-319/06, mesure d'indexation des salaires sur le coût de la vie, allant au-delà de la directive 96/71 ; CJCE 15 juin 2006, *Commission c/ France*, aff. C-255/04, mesure accordant une protection sociale spécifique aux travailleurs non salariés, allant au-delà du règlement n°883/2004 du 29 avril 2004

²⁹⁶ P. Chaumette, *Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises*, Dr. social 2008, n°2, février, p. 210-220

²⁹⁷ S. Laulom, *Les actions collectives contre le dumping social*, Semaine Sociale Lamy n°1335, 7 janvier 2008

²⁹⁸ CJCE 5 juin 1997, *SETTG*, aff. C-398/95 ; CJCE 19 juin 2008, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-319/06

syndicat visant à tenter d'imposer aux propriétaires de navires d'immatriculer ces derniers dans l'Etat dont ils ressortissent, par son caractère systématique et aveugle, ne va pas nécessairement dans le sens d'une protection accrue des travailleurs et ne saurait justifier une entrave²⁹⁹.

En revanche, la CJUE a admis que la concession aux travailleurs indépendants de congés payés ou la lutte contre le travail dissimulé³⁰⁰, de même que l'application des dispositions d'une directive³⁰¹ sont des revendications recevables, qui doivent alors passer au tamis de la pertinence.

188. La nécessité de la pertinence. Il ne suffit pas que l'exercice du droit de grève soit justifié ; encore faut-il qu'il soit efficace, pertinent. Ce critère permet d'écarter, dans une affaire où n'était pas en cause l'action collective, le droit à congés payés que la France désirait accorder aux travailleurs indépendants afin de leur garantir une meilleure protection, la CJUE considérant qu'un tel droit n'avait guère d'intérêt pour eux³⁰².

En matière de droit de grève, la CJUE impose un contrôle des revendications des syndicats. C'est ainsi que la grève ne sera reconnue comme poursuivant un but d'intérêt général que si les emplois ou les conditions de travail en cause étaient « effectivement compromis ou sérieusement menacés ». Or, dans l'arrêt *Viking*, la CJUE relève que l'employeur s'était unilatéralement engagé à ne pas supprimer d'emplois à l'occasion du changement du pavillon. A défaut d'information suffisante sur la portée réelle et la valeur contraignante de cet engagement, elle déclare la grève licite, mais elle invite tout de même le juge national à se pencher sur la question.

La CJUE demande également au juge national de s'assurer que l'action collective est apte à garantir la réalisation de l'objectif, qu'elle est efficace. Il n'est pas difficile de l'admettre, ce qu'a fait la Cour³⁰³. Pourtant, c'est ici que nous manifesterons notre scepticisme dans certaines situations : celles où la seule liberté laissée aux syndicats est faire des réclamations. Il s'agit en effet simplement de demander l'application de textes déjà existants. Or, une grève purement « défensive »³⁰⁴, visant à protéger les conditions d'emploi et de travail, est-elle

²⁹⁹ CJCE 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05

³⁰⁰ CJCE 15 juin 2006, *Commission c/ France*, aff. C-255/04

³⁰¹ CJCE 18 décembre 2007, *Laval*, aff. C-341/05

³⁰² CJCE 15 juin 2006, *Commission c/ France*, aff. C-255/04

³⁰³ CJCE 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05, l'action collective est « l'un des moyens principaux pour les syndicats de protéger les intérêts de leurs membres »

³⁰⁴ C. Vigneau, *Encadrement par la Cour de l'action collective au regard du Traité de Rome*, JCP G n°13, 26 mars 2008

réellement efficace ? Ne serait-il pas, par exemple, plus utile d'agir en justice puisqu'encore une fois, il ne s'agit que de réclamer l'application d'un droit ?

189. La nécessité de la proportionnalité. Ce n'est pas tout : en sus de l'exigence de pertinence, la CJUE affirme que l'action collective doit être proportionnée à l'objectif poursuivi, ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre celui-ci. En somme, les syndicats sont tenus d'engager les actions les moins restrictives des libertés économiques et de ne recourir à la grève qu'en dernier ressort, comme si l'action collective ne représentait en quelque sorte que l'« arme ultime »³⁰⁵ des syndicats – alors même qu'elle est inhérente au droit syndical. On le voit : tout ce laborieux cheminement imposé par la CJUE au droit de grève a pour conséquence de le vider de son impact, de sa substance, de le rendre infiniment subsidiaire et « définitivement inoffensif »³⁰⁶.

190. Un droit français plus favorable ? Cette jurisprudence de la CJUE apparaît donc extrêmement sévère vis-à-vis du droit de grève, bien plus que ne l'est le droit français. Ce dernier a conféré depuis longtemps une valeur constitutionnelle au droit de grève³⁰⁷. Contrairement à la juridiction européenne, les juges français ne contrôlent pas la légitimité des revendications des grévistes³⁰⁸ ; tout juste vérifient-ils l'existence du caractère collectif, concerté et volontaire de la cessation de travail, ainsi que sa licéité³⁰⁹.

Or, en imposant au juge national un contrôle tant des motifs du recours à la grève que de l'opportunité même de déclencher un mouvement de grève, la CJUE piétine la jurisprudence française, la contraint à un périlleux exercice, sans pour autant déterminer la marge de manœuvre dont bénéficieront les juges nationaux.

Il ne faut cependant pas oublier que les juges français étaient parfois parvenus à biaiser, à condamner des grèves en ne les considérant pas comme telles, et donc en en contrôlant en partie la portée. Il faut citer ici un arrêt ancien³¹⁰ rendu en appel d'une décision du Conseil de la concurrence³¹¹, relative à la rediffusion de programmes télévisuels. Dans cette affaire, les syndicats des artistes-interprètes avaient déclenché une grève à l'encontre de deux chaînes,

³⁰⁵ P. Chaumette, *Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises*, Dr. social 2008, n°2, février, p. 210-220

³⁰⁶ B. Edelman, *Droit du travail, droit de la concurrence – un nouveau contrat social*, conférence du 17 novembre 2008

³⁰⁷ Cons. const. 25 juillet 1979, n°79-105 DC

³⁰⁸ Cass. soc. 2 juin 1992, n°90-41.368, Bull. civ. V, n°356 ; CA Paris 27 janvier 1988, *Affaire Air Inter (suite)*, *le retour à la raison*, J.-E. Ray, Dr. social, mars 1988, p. 248

³⁰⁹ Cass. soc. 9 février 1961, n°59-40.795, Bull. civ. IV, n°188

³¹⁰ CA Paris 6 mars 1991

³¹¹ Cons. conc. 26 juin 1990, n°90-D-21

tout en concluant un accord avec les autres diffuseurs, accord assorti d'un engagement de boycott des deux chaînes récalcitrantes. La question était celle de la qualification de cet accord : était-il une modalité d'exercice du droit de grève, auquel cas il aurait dû échapper au contrôle du juge, ou devait-il plutôt être considéré comme une entente ? La Cour d'appel a opté pour la seconde solution, ce qui lui a permis de condamner cet accord. Or cette solution n'allait pas de soi. Selon un auteur, « la ‘clause de boycott’, au regard des syndicats, ne serait autre qu'une modalité de leur droit de grève, et la cour ne pourrait dès lors les condamner pour ‘ententes prohibées’, sauf à dire que la grève elle-même est désormais devenue une ‘coalition anticoncurrentielle ! »³¹²

Cette affaire montre que même si cet encadrement est probablement moins rigoureux que celui de la CJUE, les droits sociaux fondamentaux sont tout de même circonscrits par le juge français, les partenaires sociaux ne devant pas paralyser le libre jeu de la concurrence par la création de verrous conventionnels.

B) La négociation collective coupable d'entrave

191. C'est à travers deux arrêts successifs en particulier que les juges français se sont prononcés sur les effets de la négociation collective sur la libre concurrence. Dans les deux cas était en cause un arrêté d'extension d'une convention collective, mais la solution n'a pas été la même.

192. La convention collective dispulpée. Dans le premier arrêt³¹³, la convention collective en cause visait, parmi un ensemble de dispositions, à imposer une durée minimale hebdomadaire de travail de 22 heures aux coiffeurs exerçant à temps partiel. Le ministre avait accepté de l'étendre par un arrêté qui, ensuite, a été attaqué par le syndicat national des entreprises d'esthétique et de coiffure à domicile sur le fondement de l'article L.420-1 du Code de commerce, relatif aux pratiques anticoncurrentielles. Le syndicat arguait notamment que la convention en cause désavantageait les coiffeurs à domicile qui devaient accomplir plus d'heures qu'auparavant. Le Conseil d'Etat a rejeté cette demande. Au fond, « il n'y avait ni à proprement parler une entente masquée derrière la convention collective, ni concurrence par la réduction des coûts salariaux, mais concurrence (soit loyale, soit déloyale) »³¹⁴. Cette analyse n'est pas sans laisser apparaître que, peut-être, le syndicat s'est trompé en agissant sur

³¹² B. Edelman, *A bas de le droit du travail, vive la concurrence !*, D. 1992, p. 1

³¹³ CE 16 janvier 2002, n°223.859

³¹⁴ G. Lyon-Caen, *La concurrence par la réduction du coût du travail*, Dr. ouvrier, juillet 2003

le fondement des pratiques anticoncurrentielles, c'est-à-dire sur un fondement textuel encadré et restreint. Cette hypothèse peut en tout cas être avancée au vu d'une deuxième affaire jugée un an plus tard.

193. La convention collective condamnée. En 2003, le Conseil d'Etat a eu à connaître d'une nouvelle contestation d'un arrêté ayant étendu une convention collective à tout le secteur des services d'eau et d'assainissement³¹⁵. Cette convention stipulait que l'employeur entrant sur le marché devait reprendre tous les contrats de travail des salariés de l'employeur sortant affectés à l'exploitation et à la clientèle depuis au moins six mois, peu important que les conditions de l'article L.1224-1 du Code du travail ne soient pas remplies. Cette fois-ci, le Conseil d'Etat déclare illégal l'arrêté au motif que l'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 ». Cette décision appelle un certain nombre de remarques.

D'une part, le fondement de la décision est pour le moins nébuleux. Le Conseil d'Etat ne vise pas de textes précis du Code de commerce, comme il avait pu viser l'article L.420-1 dans l'affaire précédente. Il n'énonce pas une règle de concurrence particulière, mais la libre concurrence dans son principe. Plutôt que de faire appel au droit, il s'attache aux faits de l'espèce. Ainsi prend-il en considération les « caractéristiques propres du marché des services d'eau et d'assainissement », c'est-à-dire le fait que ledit marché soit cloisonné, dominé par trois opérateurs, et que l'entrée de nouveaux concurrents sur ce marché soit rendue presque impossible par l'obligation de reprendre tous les contrats de travail des salariés. Cette déclaration pourrait être pertinente si elle était étayée. Or, comme le relève un auteur, en l'espèce, « sur la relation de cause à effet entre les caractéristiques du marché et la portée dissuasive de la disposition conventionnelle incriminée, sur son caractère nécessairement aggravant des distorsions de concurrence entre concessionnaires sortants et soumissionnaires, sur la nature excessive de l'atteinte ainsi portée à la libre concurrence, force est de constater que la motivation en reste au registre de la simple affirmation »³¹⁶. Cette observation montre bien que le Conseil d'Etat se place sur le plan des principes plutôt que sur celui de normes juridiques concrètes, et adopte une solution qui rejoint finalement celle de la CJUE.

D'autre part, bien que le Conseil d'Etat requière une conciliation entre objectifs d'ordre social et préservation de la libre concurrence, il apparaît en fait que l'intérêt des travailleurs passe au

³¹⁵ CE 30 avril 2003, n°230.804

³¹⁶ P. Subra de Bieusses, *Droit de la concurrence et droit du travail*, AJDA 25 octobre 2003, p. 1849

second plan. Comment nier le caractère protecteur de cette convention collective créant une garantie d'emploi ? Il reste que le Conseil d'Etat juge que cette protection est trop pesante et entrave l'entrée sur le marché d'éventuels soumissionnaires. Cela conduit certains auteurs à ironiser³¹⁷, mais aussi à s'indigner³¹⁸ de cette solution à sens unique qui, une fois de plus, semble placer les droits sociaux dans l'ombre du droit de la concurrence.

Nous nous montrerons moins véhéments dans cette affaire en considérant, pour notre part, que les salariés avaient été instrumentalisés par les signataires de la convention. L'intention de ces derniers ne doit pas leurrer – elle n'est pas philanthropique. Certes, l'objectif affiché est de garantir l'emploi des salariés ; mais l'objectif dissimulé est le verrouillage du marché, et le Conseil d'Etat se contente tout bonnement de dissiper l'illusion, quitte à avancer des arguments imprécis.

194. Un sursis accordé ? D'ailleurs, le Conseil d'Etat s'est montré, dans une affaire postérieure à celle-ci, plus favorable à l'extension de la convention collective. En l'espèce, les requérants critiquaient les accords en cause en ce qu'en imposant des contraintes supplémentaires, favorables aux salariés, quant à l'organisation du travail dans le secteur du remorquage maritime, ils dissuadaient les concurrents de s'implanter et allaient donc à l'encontre du principe de libre concurrence. Ils ajoutaient que ces accords, en ce qu'ils subordonnaient la mise en place d'un régime de service discontinu au port à la conclusion d'un accord que seules les entreprises en place étaient susceptibles de signer, imposaient aux nouveaux entrants des contraintes d'organisation du travail que ne subissaient pas les entreprises en place.

Comme en 2003, le Conseil d'Etat rend une décision sans examiner les circonstances, donc sans procéder à un quelconque contrôle de proportionnalité entre l'objectif de protection des travailleurs et celui de promotion de la libre concurrence. Tout juste nous fournit-il un indice : paradoxalement au regard de ses propres lacunes, il reproche aux requérants de ne pas avoir fourni d'indication suffisante quant au coût économique supplémentaire qu'engendrait le respect des accords collectifs ! Toujours est-il qu'en l'espèce, il conclut que l'arrêté

³¹⁷ P. Subra de Bieusses : « les conclusions du commissaire du gouvernement soulignant que “les préoccupations d'ordre social [...] pèsent d'un poids singulièrement lourd”. Or, à bien lire la décision, elles n'ont guère pesé »

³¹⁸ G. Lyon-Caen : « le Conseil d'Etat se montre donc favorable à une concurrence allant jusqu'à la réduction des dépenses du personnel. [...] Est-ce aux salariés d'en faire les frais ? »

d'extension ne portait pas une atteinte excessive à la libre concurrence, et se pose ainsi en garant de la protection des travailleurs³¹⁹.

Il convient cependant d'examiner plus avant cette décision. Elle rejoint de façon troublante la solution de l'arrêt du 16 janvier 2002 dans lequel le Conseil d'Etat avait également rejeté le moyen tiré de la violation du droit de la concurrence. Cette fois encore, en effet, c'est en s'appuyant sur des fondements précis (article 82 du TUE, articles L.420-1 à L.420-4 du Code de commerce) que le Conseil d'Etat rejette la requête. Est-ce à dire que les parties auraient commis une erreur en invoquant ces fondements et qu'elles auraient dû se contenter de rester vagues, comme en 2003 ? La doctrine ne le pense pas. Bien au contraire, la formulation expresse de dispositions textuelles laisse à penser, selon un auteur, que « les spécificités du droit des conventions collectives, et les avancées sociales qu'elles consacrent en particulier, n'en sont que mieux respectées »³²⁰. Il reste que la décision demande à être confirmée et précisée, notamment s'agissant des critères sur lesquels la juridiction se fonde pour affirmer si, oui ou non, la convention collective étendue porte une atteinte trop importante au libre jeu de la concurrence.

Ainsi, la liberté de concurrence peut venir percer, par l'intermédiaire du juge, un certain nombre de montages, mais cet effet presque vertueux ne doit pas tromper : si les droits sociaux ne peuvent être instrumentalisés aux fins de clôturer le marché, ils peuvent cependant l'être aux fins de le libérer.

II/ La libération du marché

195. Dire que la libre concurrence prime sur les droits sociaux collectifs, c'est induire qu'elle affecte la condition des travailleurs, qu'il existe un déséquilibre entre l'économique et le social. Ce déséquilibre est d'autant plus flagrant lorsque l'on constate que l'économique se sert du social comme d'un moyen de concurrence, contre laquelle même les syndicats ne peuvent lutter. De quoi, à n'en pas douter, les encourager à radicaliser leurs positions...

³¹⁹ CE 21 mai 2008, n°291.115

³²⁰ A. Donnette, *Le droit du travail sous le vent de la libre concurrence : quand le Conseil d'Etat prend le large...*, Revue Lamy de la concurrence 2008, n°16, p. 41-43

A) *L'acceptation du dumping social*

196. La protection des travailleurs bien comprise. La lutte contre le dumping social doit être bien comprise. Lorsque les Etats membres essaient d'imposer des normes plus protectrices aux travailleurs détachés chez eux, ce n'est certainement pas au bénéfice de ceux-ci. Ils souhaitent en réalité protéger l'emploi de leurs propres ressortissants contre une éventuelle main d'œuvre à bas coût venue d'ailleurs. Cela explique la suspicion de la CJUE à l'égard de cet objectif.

197. La lutte contre le dumping social, motif légitime d'entrave ? A plusieurs reprises, les Etats membres ont tenté de justifier l'édiction de leurs normes par la nécessité de lutter contre le dumping social, c'est-à-dire contre la concurrence par le coût du travail. Ces tentatives ont donné lieu à autant de décisions de la CJUE, pas toujours bien interprétées par la doctrine. C'est ainsi que nombre d'auteurs ont fini par considérer, dans leurs notes, que la lutte contre le dumping social avait été reconnue par la CJUE comme une raison impérieuse d'intérêt général de nature à justifier, en principe, une restriction à une liberté fondamentale garantie par le Traité³²¹. Or cette conviction ne résiste pas, selon nous, à une analyse un peu plus poussée des arrêts sur lesquels les auteurs se fondent.

Dans l'arrêt *Wolff & Müller*³²², la CJUE déclare qu' « il n'y a pas nécessairement une contradiction entre l'objectif de préserver la concurrence loyale, d'une part, et celui d'assurer la protection des travailleurs, d'autre part ». Dans l'arrêt *Viking*³²³, elle reste silencieuse. Dans l'arrêt *Laval*³²⁴, elle se borne à affirmer que la création de conditions d'une concurrence loyale ne relève pas de raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. Enfin, dans l'arrêt *Rüffert*³²⁵, elle n'est pas plus prolix.

Il en ressort qu'à aucun moment la CJUE n'admet la lutte contre le dumping social comme un motif justifiant à lui seul une entrave et devant se voir ensuite appliquer les critères de pertinence et de proportionnalité. C'est pourquoi il convient plutôt de suivre l'analyse de Joël Cavallini, selon lequel affirmer que la lutte contre le dumping social est un objectif légitime

³²¹ Citons pêle-mêle : P. Chaumette, *Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises*, Dr. social 2008, n°2, février, p. 210-220 ; C. Vigneau, *Encadrement par la Cour de l'action collective au regard du Traité de Rome*, JCP G n°13, 26 mars 2008 ; S. Laulom, *Les actions collectives contre le dumping social*, Semaine sociale Lamy n°1335, 7 janvier 2008 ; S. Robin-Olivier, *Libre prestation de services, marchés publics et régulation sociale : le droit européen privilégie la concurrence fondée sur le coût du travail*, RTD Eur. 2008, p. 485 ; F. Chaltiel, *La Cour de justice européenne et le dumping social*, LPA, 23 mai 2008, n°104, p. 6

³²² CJCE 12 octobre 2004, *Wolff & Müller*, aff. C-60/03

³²³ CJCE 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05

³²⁴ CJCE 18 décembre 2007, *Laval*, aff. C-341/05

³²⁵ CJCE 3 avril 2008, *Rüffert*, aff. C-346/06

« fait fi de la logique communautaire »³²⁶. S'il est vrai que, parfois, les décisions rendues par la CJUE ont pu laisser penser qu'elle admettait les mesures destinées à lutter contre le dumping social, c'est tout bonnement parce que, parfois, ces mesures rejoignent *incidemment* la protection des travailleurs *détachés*.

La CJUE s'attache en effet non à la finalité de la mesure, mais à ses effets. De façon constante, elle refuse que des raisons purement économiques – telle que la protection des entreprises nationales³²⁷ – puissent justifier une entrave. Pour autant, elle considère que de telles mesures ne sont pas forcément incompatibles avec la protection des travailleurs, ce qui permet alors de les admettre en tant que motif légitime d'entrave³²⁸.

198. La lutte contre le dumping social, motif illégitime d'entrave. En revanche, la lutte contre le dumping social ne constitue pas, à elle seule, un tel motif. L'arrêt *Rüffert*³²⁹ est particulièrement édifiant à cet égard. Etait en cause une loi qui avait pour finalité expresse de « combattre les distorsions de la concurrence [...] en conséquence de l'emploi de main d'œuvre bon marché ». Or la CJUE, si elle consacre une analyse à l'objectif de protection des salariés (qui, en l'espèce, a été rejeté, la loi allemande allant au-delà de la directive applicable), passe complètement sous silence l'objectif de garantir des conditions de concurrence loyale, qui avait pourtant été pris en compte par l'avocat général dans ses conclusions. Ce dédain est plus significatif qu'un quelconque rejet : le dumping social ne peut en aucun cas justifier une entrave à la libre concurrence.

Mais alors, si les Etats voient leur marge de manœuvre réduite aux textes de droit dérivé, si les syndicats eux-mêmes voient leurs moyens leur être retirés, bref, si l'Union européenne décide de faire la sourde oreille aux revendications des uns et des autres, ne risque-t-elle pas de ralentir, sinon d'arrêter net, le développement du dialogue social auquel elle est pourtant favorable ?

³²⁶ J. Cavallini, *Sur le respect de la libre prestation de service dans l'Union européenne*, JCP S n°25, 17 juin 2008

³²⁷ CJCE 26 avril 1988, *Bond van Adverteeders*, aff. C-352/85 ; CJCE 5 juin 1997, *SETTG*, aff. C-398/95

³²⁸ CJCE 25 octobre 2001, *Finalarte*, aff. C-49/98

³²⁹ CJCE 3 avril 2008, *Rüffert*, aff. C-346/06

B) L'affaïssement du dialogue social ?

199. « L'arrêt *Rüffert* fait peu de cas de l'objectif de promotion du dialogue social qui est au cœur de la politique sociale européenne »³³⁰. Il est vrai que la surdité volontaire de la CJUE contraste avec sa volonté affichée d'encourager le dialogue social au sein de l'Union européenne.

200. Concurrence sociale. En encourageant les prestataires à se concurrencer les uns les autres par une main d'œuvre bon marché, la CJUE fait perdre à l'Union européenne toute crédibilité. Et les critiques pleuvent. Bernard Edelman assène ainsi que « toutes les forces hostiles au marché sont placées sous haute surveillance et, au premier rang, les travailleurs »³³¹ ; Marc Clément évoque un « sentiment de tromperie »³³² ; Alain Supiot martèle que le credo de Bruxelles est « d'adapter les hommes aux besoins des marchés », substituant de ce fait « la dictature du marché à celle du prolétariat »³³³ et s'insurge contre « la mise en concurrence des droits sociaux des pays membres »³³⁴...

Voir le droit du travail réduit à un outil au service du marché est effectivement choquant et décourageant. Cela pourrait pousser les actions collectives à se durcir et la négociation collective à s'affaïsser, d'autant plus que même les conventions collectives conclues sont perçues avec une certaine hostilité – souvenons-nous des affaires tranchées par les juridictions françaises.

201. Equilibrage. On peut tout de même tenter de comprendre la philosophie de la CJUE. L'Union européenne est un marché unique où s'affronte des Etats aux ressources très inégales. Pour certains d'entre eux, il s'agit d'un savoir-faire, d'une expertise ; pour d'autre, de ressources naturelles – pétrole en Scandinavie, par exemple. Mais certains n'ont d'autre ressource que leur main d'œuvre pour parvenir à se développer, et les empêcher de jouer de leur « avantage comparatif » dans le domaine social conjurerait leur égalisation dans le marché – à défaut, pour l'heure, de progrès.

La politique de la CJUE a certes pour conséquence de tirer vers le bas les normes sociales d'Etats très protecteurs, tel que la France, mais également de tirer vers le haut les normes

³³⁰ S. Laulom, *Une nouvelle affaire de dumping social ou le plombier polonais n'était pas un mythe*, Semaine Sociale Lamy, 2008

³³¹ B. Edelman, *Droit du travail, droit de la concurrence – un nouveau contrat social*, conférence du 17 novembre 2008

³³² M. Clément, *Europe(s) sociale(s) : une longue marche ?*, Esprit, janvier 2009, p. 164

³³³ A. Supiot, *Les Europes possibles*, Esprit, janvier 2009, p. 168-176

³³⁴ A. Supiot, *L'Europe gagnée par « l'économie communiste de marche »*, Revue du MAUSS permanente, 30 janvier 2008

sociales d'Etats beaucoup plus laxistes, à commencer par ceux de l'Europe de l'est. Ainsi, par la promotion de la concurrence sociale, la CJUE favorise d'une certaine façon la protection non des travailleurs des Etats développés, mais de ceux des Etats de l'Union européenne plus en retrait. On assiste donc à une sorte de rééquilibrage des Etats vers un entre-deux. De notre point de vue national, ce n'est pas satisfaisant, même s' « il serait complètement égoïste que de vouloir aligner les autres sur nos standards sociaux pour préserver nos acquis du ‘‘dumping social’’ »³³⁵. Du point de vue de l'Union européenne, il est encore trop tôt pour le dire.

202. Vers un renouveau du dialogue social ? Par ailleurs, le constat de l'impuissance des syndicats à voir leurs prérogatives respectées et leurs revendications reconnues ne doit pas les conduire à rigidifier leurs positions. Bien au contraire, l'étude attentive de ce constat devrait aboutir à la conclusion que l'une des plus sévères limites posées à leur action collective est celle tenant à l'existence de normes de droit dérivé bornant leurs revendications. Pourquoi alors ne pas tenter de se battre à la source, sur le terrain de la négociation, afin de générer des normes plus favorables applicables dans l'ensemble de l'Union européenne ?

Bien sûr, cela requiert une coordination syndicale sur un plan transnational. En l'absence de celle-ci, « il y a bien asymétrie entre le droit reconnu à l'entreprise de s'installer librement dans le pays de son choix et l'interdiction d'une action syndicale européenne »³³⁶. Les partenaires sociaux n'ont donc qu'une issue pour répliquer aux coups de boutoir que leur assène sans répit la CJUE : exiger de celle-ci qu'elle fasse respecter des textes clairs et protecteurs des travailleurs négociés au niveau de l'Union européenne, et homologués, pourquoi pas, par les institutions de celle-ci.

³³⁵ P. Herzog, *Les principes de la concurrence confrontés à la nécessité d'une politique industrielle innovante et compétitive*, Semaine Sociale Lamy 2006

³³⁶ M. Clément, *Europe(s) sociale(s) : une longue marche ?*, Esprit, janvier 2009, p. 161

Chapitre 2 : La concurrence, valeur régulatrice de l'emploi des travailleurs

203. Régulation de l'emploi. Que la libre concurrence se montre prioritaire sur les droits sociaux fondamentaux la conduit à devoir jouer un rôle de régulation. Cela peut paraître singulier, voire contradictoire eu égard aux développements précédents, mais c'est parfois la concurrence elle-même qui permet de protéger les travailleurs sous l'angle de leur emploi. Que ce soit de façon passive, en s'effaçant, ou de façon active, en agissant, la libre concurrence a, par divers mécanismes, un effet vertueux sur la recherche ou la conservation de l'emploi, c'est-à-dire sur la possibilité pour le salarié de voir son contrat maintenu dans certaines circonstances, ou tout simplement d'obtenir un travail. En réalité, le droit de l'emploi, plus que du droit *du* travail, est le droit *au* travail.

Il ne faut toutefois pas se leurrer : bien souvent, en protégeant les travailleurs par l'invocation du droit de la concurrence, les juridictions s'attachent d'abord à libérer les entreprises des contraintes iniques qui pèsent sur elles, qu'elles proviennent de sources contractuelles, conventionnelles, et même légales, et faussent le libre jeu de la concurrence. Les intérêts en présence concordent : l'ouverture du marché entraîne l'apparition d'autres acteurs au bénéfice des travailleurs.

204. Protection de l'emploi. Mais cette observation n'est pas absolue : il arrive que la concurrence se plie à des exigences sociales légales, comme le transfert automatique des contrats de travail issu de l'article L.1224-1 du Code du travail, ou qu'elle admette des inégalités économiques artificielles, comme celles provenant d'aides publiques. En schématisant grossièrement, c'est au regard de la protection de l'emploi que la concurrence est régulièrement amenée à faire des concessions. Il arrive ainsi que des mécanismes protecteurs aient pour effet logique d'entraîner des distorsions de concurrence entre opérateurs, paradoxalement au profit de celui qui en bénéficie. La protection des salariés a donc pour conséquence de privilégier l'opérateur pour lequel travaillent lesdits salariés.

205. Promotion de l'emploi. Mieux encore, libre concurrence et droit au travail vont dans le même sens dès lors qu'il s'agit de promouvoir l'emploi. La première a notamment permis d'ouvrir le marché du placement des travailleurs, auparavant soumis à divers monopoles, et de multiplier ainsi les possibilités pour ceux-ci de rechercher – et de retrouver – un emploi. Au-delà, il convient de se demander si certains mécanismes remis ou apparus au goût du jour, pas spontanément portés au secours des travailleurs, pourraient, par une utilisation différente, atteindre cet objectif protecteur et profiter aussi bien à une concurrence saine qu'au droit au

travail. Il s'agit ici de mettre l'entreprise elle-même devant ses responsabilités en matière d'emploi et de loyauté – car celle-ci n'est pas à sens unique.

Section 1 : La protection de l'emploi des travailleurs

206. Cette protection arbore deux aspects très différents, mais tous induits par la loi en premier chef et ayant la particularité de concerner une relation tripartite. D'une part, elle passe par le maintien automatique des contrats de travail des salariés en cas de restructuration. D'autre part, elle ressort des aides publiques relatives soit aux entreprises, soit aux travailleurs, soit aux régions en difficulté – aides qui doivent passer au prisme du droit de la concurrence.

I/ Le transfert des contrats en cas de restructuration

207. Le principe est simple : en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur, les travailleurs voient leur contrat maintenu avec la nouvelle entité, peu important le caractère intuitu personae de celui-ci. Cette règle a été prolongée par des accords collectifs qui, parfois, en aménageant des conditions encore plus protectrices et rigides dans une intention frauduleuse, ont battu le rappel du droit de la concurrence.

A) Le transfert automatique des contrats : la concurrence effacée

208. Application de l'article L.1224-1 du Code du travail. L'article L.1224-1 pose le principe, en cas de restructuration, du maintien automatique des contrats de travail en cours au jour de la modification entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. Le Code énumère de façon non limitative quelques hypothèses : succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise. A cette liste, il faut encore par exemple ajouter la prise en location-gérance d'une société par une autre³³⁷, la fin d'une location-gérance quand le fonds retourne au bailleur³³⁸, etc.

³³⁷ Cass. soc. 18 décembre 2000, n°98-41.178

³³⁸ Cass. soc. 20 mars 2001, n°99-41.392, sauf en cas de liquidation judiciaire : Cass. soc. 15 mai 2002, n°99-45.971

209. Pour que ce transfert opère, encore faut-il qu'il y ait, transfert d'une entité économique autonome conservant son identité³³⁹. La directive du 12 mars 2001 définit l'entité économique comme un « ensemble organisé de moyens en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire ». La Cour de cassation, elle, adopte de façon constante une définition un peu plus rigoureuse, en estimant qu'il s'agit d'un « ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre »³⁴⁰. Cette différence présage d'un léger décalage entre la jurisprudence française et celle de la Cour de cassation.

L'objet de notre propos n'est pas de nous étendre sur le régime du transfert. Notons seulement que, pour que le transfert puisse jouer, la Cour de cassation exige que des moyens corporels ou incorporels nécessaires à l'exploitation de l'entité soient repris directement ou indirectement par un autre exploitant³⁴¹, que l'activité en cause jouisse d'une autonomie suffisante pour pouvoir constituer une entité autonome dissociable³⁴², et que cette entité poursuive une activité identique ou similaire conservant son autonomie une fois la restructuration réalisée³⁴³. Ces conditions cumulatives montrent que le transfert est loin d'être systématique. Ainsi, s'il a pu être admis en cas de changement de concessionnaire exclusif³⁴⁴ ou de vente de navire³⁴⁵, il a été refusé en cas de reprise d'un établissement public administratif dissous par une association privée³⁴⁶.

210. Effets anticoncurrentiels naturels du transfert. Si le transfert des contrats de travail advient effectivement, le nouvel employeur se verra imposer un certain nombre d'éléments. Un auteur les récapitule ainsi³⁴⁷ : maintien des avantages individuels acquis avant le transfert³⁴⁸, classification conventionnelle reconnue au salarié³⁴⁹, respect des engagements unilatéraux³⁵⁰ et des accords atypiques conclus avec l'ancien employeur³⁵¹... Mieux, le salarié

³³⁹ Cass. AP 16 mars 1990, n°89-45.730 ; directive n°2001/23 du 12 mars 2001

³⁴⁰ Cass. soc. 31 mars 2010, n°09-40.849 ; Cass. soc. 9 janvier 2002, n°99-44.653

³⁴¹ Cass. soc. 24 novembre 2009, n°08-44.148

³⁴² Cass. soc. 9 février 1994, n°91-43.233

³⁴³ Cass. soc. 9 mai 1989, n°85-43.623

³⁴⁴ Cass. soc. 12 juin 2007, n°06-41.554, note M. Malaurie-Vignal ; Cass. soc. 11 juin 2002, comm. R. Bertin, JCP G n°43, 23 octobre 2002

³⁴⁵ Cass. soc. 26 janvier 2005, comm. P. Chaumette, *Le Droit Maritime Français*, 2005

³⁴⁶ Cass. soc. 1^{er} décembre 1993, comm. P. Pochet, JCP E n°10, 10 mars 1994

³⁴⁷ P. Bailly, *Actualité jurisprudentielle du transfert d'entreprise*, Semaine Sociale Lamy, 2010

³⁴⁸ Cass. soc. 22 janvier 2008, n°06-43.534

³⁴⁹ Cass. soc. 13 mai 2009, n°07-40.094

³⁵⁰ Cass. soc. 12 mars 2008, n°06-45.147

³⁵¹ Cass. soc. 27 mai 2009, n°08-42.555

repris se voit ouvrir la possibilité d'agir en paiement des dettes antérieures au transfert contre le nouvel employeur³⁵² !

Les effets potentiels du transfert automatique sont par conséquent très lourds pour celui qui désire récupérer une activité ou un marché, et risquent de le dissuader tout bonnement de postuler. Cela place le candidat d'origine en position de force : lui n'est pas gêné par le personnel potentiellement transférable puisqu'il en a besoin pour exercer son activité ! Le seul côté positif de ce transfert pour le nouvel arrivant, c'est qu'il aura au moins cette certitude qu'il devra reprendre les contrats. Piètre consolation...

Une telle situation se retrouve par exemple dans une affaire jugée par la Cour d'appel de Paris. Dans celle-ci, les juges du fond ont imposé au nouveau prestataire la reprise des 82 salariés du précédent titulaire exerçant sur le site. Cela conduit naturellement à une très forte augmentation des coûts du repreneur. Surtout, comme l'écrit un auteur, « où serait en effet la logique si le repreneur devait licencier pour motif économique ses salariés au fait qu'une décision de justice lui impose de préserver l'emploi de ses concurrents ? »³⁵³ La solution est éminemment absurde. C'est pourtant celle que la Cour d'appel a imposée³⁵⁴.

211. Effets anticoncurrentiels accrus par la CJUE. Pour ne rien arranger, le juge européen se montre – assez curieusement compte tenu de la portée réduite qu'il concède aux droits sociaux collectifs – plus favorable au transfert automatique des contrats, en particulier en cas de perte de marché de prestation de service. Si la Cour de cassation juge de façon constante que l'article L.1224-1 du Code du travail n'est pas applicable dans le cas de la seule perte d'un marché³⁵⁵, la CJUE est plus protectrice. Dans un arrêt *Nurten Güney-Görres*, relatif au secteur de la sécurité, elle admet qu'il puisse y avoir transfert des contrats alors même que le nouveau prestataire ne reprenait rien de l'ancien prestataire, si ce n'est quelques salariés, les équipements utilisés pour la prestation appartenant quant à eux au déléguant. Ainsi, même en l'absence de tout lien contractuel entre les employeurs successifs, même en l'absence de toute cession d'éléments de l'entreprise, la CJUE a considéré que les contrats devaient être maintenus³⁵⁶.

³⁵² Cass. soc. 13 mai 2008, n°07-42.341

³⁵³ M. Deschamps, *La stratégie anticoncurrentielle d'augmentation du coût des rivaux à travers l'exemple du transfert de contrat de travail*, Revue Lamy de la concurrence, 2010

³⁵⁴ CA Paris 8 octobre 2009

³⁵⁵ Cass. soc. 27 janvier 2009, n°07-44.241, perte d'un marché de promotion commerciale ; Cass. soc. 16 décembre 2008, n°07-44.204, entretien des toilettes d'une gare ; Cass. soc. 22 janvier 2008, n°06-44.033, conclusion d'un marché de nettoyage

³⁵⁶ CJCE 15 décembre 2005, *Nurten Güney-Görres*, aff. C-232/04

212. Il faut souligner que cette décision a été rendue contre les conclusions de l'avocat général, par lesquelles il s'exprimait ainsi : « les conséquences économiques d'une telle généralisation, non soutenue par un critère cohérent, pourraient être particulièrement significatives, puisque les éléments sur lesquels s'exercerait la concurrence entre prestataires seraient fortement réduits : la reconnaissance automatique d'un transfert d'entreprise entre prestataires de services successifs revient à transformer les coûts de personnel en coûts fixes ». La CJUE n'a pas prêté attention à cet argument, comme elle avait déjà fait la sourde oreille à l'argument de l'avocat général selon lequel, en matière de restauration collective, « cela serait contraire aux principes relatifs à la liberté de concurrence, en particulier dans un secteur comme la fourniture de repas, où la qualité des travailleurs est un élément déterminant de la qualité des services »³⁵⁷. On en arrive à la situation ubuesque où le nouveau prestataire doit reprendre des salariés qui n'ont pas donné satisfaction au déléguant à tel point que celui-ci avait décidé de s'en séparer !

213. Cette situation a été une nouvelle fois mise en évidence récemment, dans les conclusions de l'avocat général Trstenjak présentées le 26 octobre 2010, mais avec plus de succès. Les circonstances étaient particulières : il s'agissait d'une commune qui avait décidé d'exercer elle-même l'activité de nettoyage de ses locaux qu'elle confiait auparavant à une entreprise privée, ce en recrutant un nouveau personnel. Elle avait donc mis fin au contrat de prestation de service sans reprendre le personnel de l'entreprise privée. Cette fois, la CJUE a jugé que la directive du 12 mars 2001 était inapplicable à l'espèce et que les contrats n'avaient pas à être transférés³⁵⁸. Si cette solution surprend, ce n'est pas tant parce qu'elle atténue les largesses de la CJUE vis-à-vis du transfert automatique, dans la mesure où il s'agissait là d'une reprise de l'activité par le donneur d'ordre et non d'une succession de prestataires, mais parce qu'elle ne fait justement pas ou peu intervenir le droit de la concurrence. Le principe du transfert n'aurait pas entraîné de distorsion de concurrence puisqu'il n'y avait pas de concurrent à proprement parler ! Il apparaît donc que la CJUE extrait complètement le transfert automatique des contrats de travail du champ de la libre concurrence, déconnecte droit du travail et droit de la concurrence, ce qui apparaît saugrenu compte tenu des heurts inévitables entre ces deux droits fondamentaux, mais ce qui justifie

³⁵⁷ Conclusions sous CJCE 20 novembre 2003, *Carlito Abler*, aff. C-340/01

³⁵⁸ CJUE 20 janvier 2011, *CLECE*, aff. C-463/09

d'un autre côté sa faveur au transfert des contrats en dépit des restrictions que celui-ci pose au libre jeu de la concurrence³⁵⁹.

214. Effets anticoncurrentiels accrus par accord de branche. A cette poussée de la jurisprudence européenne, il faut ajouter la conclusion en France de conventions collectives favorables au transfert des contrats même en cas d'inapplicabilité de l'article L.1224-1 dans certaines branches : manutention ferroviaire, manutention et nettoyage sur les aéroports, entreprises de propreté, entreprises de déchet, entreprises de prévention et de sécurité, restauration de collectivités. Ainsi, l'avenant n°3 du 24 janvier 2003 relatif à la garantie d'emploi, en cas de changement de prestataire de services, sur un marché de restauration de collectivités, stipule un principe général de transfert des contrats de travail des employés, tandis que celui des agents de maîtrise et des cadres ne l'est qu'en cas d'accord tripartite ou de survenance de certaines conditions particulières³⁶⁰. La Cour de cassation est venue apporter deux précisions : pour que le transfert conventionnel opère, elle impose d'une part une identité de donneur d'ordre pour le compte duquel les deux contrats d'entreprises sont successivement conclus, d'autre part que l'entreprise sortante ait établi la liste des salariés susceptibles d'être transférés³⁶¹.

215. Deux remarques viennent à l'esprit. La première, c'est que de telles conventions ont pour effet de dissuader un peu plus de nouveaux candidats d'entrer sur le marché. La seconde, c'est que ce n'est pas vraiment critiquable dans la mesure où, en théorie, ces dispositions ont été acceptées par toutes les entreprises de la branche. Cette dernière remarque est à nuancer fortement mais, avant cela, il nous faut évoquer la jurisprudence française relative à ces conventions-là, une jurisprudence qui a fait couler de l'encre.

Dans plusieurs arrêts successifs, rendus à propos des secteurs de la propreté³⁶², de la prévention et de la sécurité³⁶³ et des activités de déchet³⁶⁴, la Cour de cassation a jugé que le

³⁵⁹ En témoigne une affaire très récente, CJUE 21 octobre 2010, *Albron Catering*, aff. C-242/09, Semaine Sociale Lamy n°1485, p. 12. Des salariés avaient été détachés par une société mère dans l'une de ses filiales. Ils étaient donc liés par contrat de travail avec la société mère, non avec la filiale. Or la CJUE a jugé que l'absorption de cette filiale par une autre société entraînait le transfert automatique des salariés dans la nouvelle société, lors même que ceux-ci n'étaient pas liés par contrat de travail à la filiale absorbée ! On voit bien la charge supplémentaire, imposée d'ailleurs de façon juridiquement incorrecte, à la société absorbante. On voit moins bien, en revanche, le sort des contrats de travail liant les salariés détachés à la société mère...

³⁶⁰ Impossibilité pour le cédant, dans un délai d'un mois et quinze jours avant le démarrage effectif de l'exploitation par le repreneur, d'affecter ses agents de maîtrise ou cadres sur un poste équivalent n'entraînant pas de modification du contrat de travail ou de dépassement du temps de trajet initial dont l'importance induirait un déménagement ; cf. avenant du 27 mai 2009 sur l'emploi en cas de changement de prestataire de service dans la restauration collective

³⁶¹ Cass. soc. 30 novembre 2010, n°09-40.386, comm. E. Jeansen, *Sort des contrats de travail en cas de perte de marché par une entreprise de propreté*, JCP S n°7, 15 février 2011

³⁶² Cass. soc. 21 avril 1998, n°96-40.383

transfert des contrats de travail prévu par voie de convention collective n'était pas automatique, mais que chaque salarié avait la possibilité de le refuser, comme toute modification de son contrat de travail. Le fait de subordonner le transfert conventionnel de son contrat à l'approbation du travailleur a entraîné une critique virulente du professeur Morvan³⁶⁵, à laquelle a répliqué un article acerbe d'Yves Chagny³⁶⁶, doyen honoraire à la Chambre sociale. Sans nous engager dans le débat soulevé, force est de constater que cette solution a pour conséquence de priver l'entrant de toute certitude quant au coût réel de sa candidature, de toute la sécurité juridique dont nous disions plus haut qu'elle représentait sa seule – et maigre – consolation au transfert. Combien de salariés aura-t-il à reprendre ? Combien de salariés devra-t-il licencier ? Comment reclasser les salariés licenciés ?

216. Effets anticoncurrentiels dans le secteur public. Il faut rapprocher cette situation de doute de l'application de la directive du 12 mars 2001 aux entreprises du secteur public. Cette directive prévoit que ses dispositions sont applicables « aux entreprises publiques et privées exerçant une activité économique, qu'elles poursuivent ou non un but lucratif ». Elle a été transposée par une loi du 26 juillet 2005³⁶⁷, qui lui a conféré un régime différent de celui de l'article L.1224-1 du Code du travail. Aux termes de ce texte, en cas de transfert d'une entité économique employant des salariés de droit privé à une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, celle-ci doit proposer aux salariés un contrat de droit public reprenant en principe les clauses substantielles des contrats de droit privé. A l'instar de l'application conventionnelle du transfert, les salariés ont la faculté de refuser le transfert et de contraindre la personne publique à les licencier. On le voit : il est impossible pour la personne publique de connaître a priori le nombre de salariés qui accepteront le transfert et le nombre de ceux dont elle devra prendre en charge le licenciement, ce qui aboutit à rendre la concurrence plus incertaine.

217. Une jurisprudence récente est venue accroître la sécurité juridique en cas de changement de titulaire de marché public. Une entreprise candidate soutenait que la personne publique délégante avait méconnu le principe d'égalité faute d'avoir communiqué aux candidats le coût de la masse salariale des salariés du titulaire du précédent marché, susceptibles d'être repris. Le Conseil d'Etat a décidé qu'il existait un droit à l'information des

³⁶³ Cass. soc. 9 novembre 2005, Bull. civ. V, n°315 ; Dr. social 2006, obs. A. Mazeaud

³⁶⁴ Cass. soc. 8 mars 2005, n°02-45.114

³⁶⁵ P. Morvan, *Application conventionnelle de l'article L.122-12 et accord du salarié : plaidoyer pour un revirement*, JCP S n°49, 5 décembre 2006

³⁶⁶ Y. Chagny, *La continuité des contrats de travail du personnel d'un marché de prestation de services*, RDT 2007, p. 78

³⁶⁷ Loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique

candidats s'agissant des personnels à reprendre, ce même si l'obligation de reprise des contrats résultait de l'application d'une convention collective étendue et que seuls certains candidats étaient assujettis à cette obligation³⁶⁸. Si cette solution apporte quelques certitudes, elle ne permet pas pour autant à la société de deviner quels salariés voudront rester et lesquels voudront partir, ni à ces salariés de savoir s'ils seront conservés ou non.

218. En somme, tant la jurisprudence relative au transfert conventionnel des contrats que la loi du 26 juillet 2005 font naître un véritable flou pour les trois parties (entrant, sortant, salariés), tout en incitant à la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles. Un flou, parce que ni l'entrant, ni le sortant ne sauront combien de salariés il leur restera à l'issue de l'opération, parce que le salarié ne saura pas que choisir, entre un entrant qui n'aura sans doute pas besoin de lui et un sortant qui ne saura plus quoi faire de lui suite à la perte du marché. Une incitation aux pratiques anticoncurrentielles, l'entrant incitant par exemple les travailleurs à refuser leur transfert afin de faire supporter le coût des licenciements à l'entreprise évincée et de ne pas devoir maintenir auxdits travailleurs des avantages qui n'ont pas cours chez elle³⁶⁹.

Or de telles craintes se sont justement réalisées par certains transferts aménagés des contrats de travail, des montages à l'assaut desquels s'est lancé le droit de la concurrence, rappelé par les juges pour l'occasion.

B) Le transfert aménagé des contrats : la concurrence rappelée

219. Si le droit de la concurrence est écarté par la CJUE, en dépit des protestations répétées de ses avocats généraux, il est sollicité par les juges français lorsque les contrats de travail, des règlements ou des conventions collectives entraînent ou aggravent des distorsions de concurrence sur le marché. Là apparaît le rôle régulateur de la libre concurrence, qui tolère des atteintes dès lors que celles-ci ont pour objectif une véritable volonté de protection des travailleurs, mais les met bas dès lors que cet objectif est certes une protection, mais celle du marché par ceux qui en jouissent déjà.

220. Pratiques anticoncurrentielles et contrats de travail. L'Autorité de la concurrence a eu à se dépêtrer d'un montage subtil jouant sur le mécanisme du transfert des contrats de

³⁶⁸ CE 19 janvier 2011, n°340.773

³⁶⁹ Inquiétude relayée par Patrick Morvan, pour lequel cette jurisprudence « ouvre la voie à une instrumentalisation des salariés » et favorise de nouvelles pratiques anticoncurrentielles « en amont »

travail. En l'espèce, une association avait introduit dans les contrats de travail de tous ses salariés une disposition prévoyant le versement à chacun d'eux d'une somme de 100 000 euros (!) dans l'hypothèse où l'entreprise de leur employeur dépasserait un effectif de 60 salariés. Or, puisque d'une part ladite association comprenait 38 salariés, d'autre part tous les autres candidats à l'entrée sur le marché géraient déjà des crèches dans les communes de la région, cette disposition avait vocation à jouer. La conséquence de ce dispositif était le verrouillage du marché.

L'Autorité de la concurrence ne s'est pas laissée prendre au piège de la supposée volonté de protéger les salariés, pas plus d'ailleurs que le directeur régional de la DGCCRF³⁷⁰ et que la doctrine³⁷¹. Ce n'est pas sur le fondement de l'entente, puisqu'il ne peut exister d'entente anticoncurrentielle qu'entre partenaires autonomes – ce que ne sont pas les salariés –, mais sur celui de l'abus de position dominante que l'Autorité a condamné le dispositif, jugeant que celui-ci entravait l'exercice d'une concurrence effective et non faussée³⁷². La solution est logique : le transfert des contrats aurait fait peser une telle charge financière sur l'entrant du fait du transfert des contrats et du paiement de la somme consécutive que l'association se voyait assurée de conserver le marché, ce qui allait évidemment à l'encontre du principe de libre concurrence.

221. Pratiques anticoncurrentielles et règlement de mise en concurrence. Ce cas assez exceptionnel en rejoint un autre, celui où ce sont des clauses du règlement d'un appel d'offres qui, en aménageant les effets du transfert des contrats de travail, portent atteinte au libre jeu de la concurrence. Cette solution résulte d'une affaire jugée par le Conseil d'Etat en 2008. Il s'agissait d'attribuer la gestion d'un aéroport à laquelle étaient candidates deux chambres de commerce de Lorraine réunies en un comité interconsulaire (qui s'en occupait jusque là) et deux sociétés. Or le règlement prévoyait que le candidat retenu devait proposer aux cinquante-et-un agents de droit public auparavant employés des contrats conférant à leur titulaire des garanties équivalentes à son ancien statut ou contrat et, le cas échéant, procéder à leur licenciement et en supporter les coûts³⁷³. Le résultat était qu'en cas de victoire, la société choisie devrait nécessairement supporter une charge lourde, celle du coût des licenciements – inévitables puisque, pour avoir des chances d'emporter le marché, la société devait bien faire valoir qu'elle avait la main d'œuvre nécessaire. Comme l'énonce un auteur, en effet, « soit le

³⁷⁰ Celui-ci ayant qualifié la clause financière d' « éminemment anticoncurrentielle » dans un courrier du 9 août 2005

³⁷¹ E. Claudel, *Pratiques anticoncurrentielles et contrat de travail : le contrat de travail ne saurait être instrumentalisé aux fins de la fermeture du marché*, RTD Com. 2007, p. 48

³⁷² Cons. conc. 27 juin 2006, n°06-MC-02

³⁷³ Règlement de consultation de l'appel à candidature, art. 15

repreneur ne dispose pas de personnel, ou tout du moins pas de personnel suffisant, et en ce cas il semble difficile qu'il apparaisse crédible et puisse remporter le marché ; soit le repreneur dispose du personnel nécessaire, et il risque alors de se retrouver piégé par le fait que tous les postes, ou presque, sont des doublons »³⁷⁴. Fort heureusement, le Conseil d'Etat a confirmé la position du juge des référés en retenant que la région était tenue d'assumer les conséquences financières du licenciement du personnel et a condamné celle-ci sur le fondement de la rupture d'égalité entre les candidats³⁷⁵.

222. Pratiques anticoncurrentielles et convention collective. Il faut ici nous remémorer l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 30 avril 2003³⁷⁶. Il s'agissait d'une convention collective étendue au secteur des services d'eau et d'assainissement en vertu de laquelle l'employeur entrant sur le marché devait reprendre tous les contrats de travail des salariés de l'employeur sortant affectés à l'exploitation et à la clientèle depuis au moins six mois, peu important que les conditions de l'article L.1224-1 du Code du travail ne soient pas remplies. Le Conseil a considéré que l'arrêté portant extension devait être annulé « en raison notamment du poids des dépenses de personnel pour les entreprises de ces secteurs », « de nature à dissuader les concurrents de présenter leur candidature et à aggraver les distorsions de concurrence entre les concessionnaires sortants et les soumissionnaires ». Cet arrêt ayant été longuement évoqué par ailleurs, nous nous contenterons de constater que le Conseil d'Etat juge le transfert aménagé bien trop contraignant pour les autres opérateurs et caractéristique de pratiques anticoncurrentielles, voire, comme le propose un auteur, d'une « stratégie anticoncurrentielle d'augmentation des coûts des rivaux »³⁷⁷.

Cet arrêt demeure assez isolé dans sa solution ; rarissimes sont les hypothèses où l'arrêté d'extension est en fin de compte annulé. Cela est normal d'un certain point de vue, contestable de l'autre. Normal, car il peut se justifier par la généralisation de la couverture conventionnelle qu'il permet et par l'égalisation de la concurrence entre les entreprises de la branche³⁷⁸. Contestable, parce qu'il prétend créer une égalité dans l'absolu là où il devrait plutôt s'attacher à établir une égalité *réelle*, tenant compte des inégalités de fait entre sortants et entrants.

³⁷⁴ M. Deschamps, *La stratégie anticoncurrentielle d'augmentation du coût des rivaux à travers l'exemple du transfert de contrat de travail*, Revue Lamy de la Concurrence, 2010

³⁷⁵ CE 26 novembre 2008, n°308.053, comm. E. Marc, *Succession de délégués et sort des personnels devant le juge des référés précontractuels : de l'étanchéité des frontières*, Revue Lamy Collectivités territoriales, 2009

³⁷⁶ CE 30 avril 2003, n°230.804, note P. Subra de Bieusse, AJDA 25 octobre 2003, p. 1849

³⁷⁷ M. Deschamps, *La stratégie anticoncurrentielle d'augmentation du coût des rivaux à travers l'exemple du transfert de contrat de travail*, Revue Lamy de la Concurrence, 2010

³⁷⁸ Note N. Moizard, RJS 8-9/06, p. 662

223. Régies de quartier. La signature de conventions collectives de branche prévoyant un transfert conventionnel des contrats de travail peut se retourner contre les signataires dans certaines circonstances. Il en va ainsi dans le secteur de la propreté. Les entreprises du secteur ont signé un avenant selon lequel les contrats doivent être repris en cas de changement de prestataire. Or cette garantie d'emploi ne s'applique pas lorsque l'appel d'offres est remporté par des régies de quartier, c'est-à-dire des associations ayant pour mission l'insertion professionnelle de publics en difficulté. Ainsi, en novembre 2007, une quarantaine de salariés ont perdu leur travail au profit des employés de deux régies de quartier³⁷⁹. Si la Fédération des entreprises de propreté et les syndicats ont vivement réagi en dénonçant « une concurrence commerciale et sociale quasi déloyale et parfaitement inacceptable », il convient de se poser la question de la conformité au principe de libre concurrence de ces associations non soumises aux règles de la profession et qui, en plus de cette exemption, bénéficient de subventions publiques, disposent de contrats aidés et d'un régime fiscal particulier – et celle de la légitimité de toutes ces aides.

II/ Le versement d'aides publiques en cas de difficultés

224. « Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre les Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions »³⁸⁰, telle est la définition des aides publiques au sens du droit communautaire³⁸¹. Leur régime général figure également à l'article L.1511-2 du Code général des collectivités territoriales. Dans la mesure où ces aides sont vues avec une suspicion particulière, leur encadrement est sévère : il y a lieu de déterminer si la mesure favorise certaines entreprises, si l'avantage est octroyé au moyen de ressources d'Etat, si la mesure fausse la concurrence et si elle peut affecter les échanges communautaires³⁸². Nous n'allons toutefois pas détailler ce régime général, mais étudier les aides à finalité sociale plutôt qu'économique, celles visant à sauvegarder l'emploi, en opérant une distinction entre aides au maintien de l'emploi et aides à la création d'emplois.

³⁷⁹ S. de Boisfleury, *Les entreprises de propreté dénoncent la « concurrence inégale et injuste » des régies de quartier*, article de Décision-Achats.fr

³⁸⁰ TFUE, art. 107

³⁸¹ Pour une idée du montant des aides d'Etat annuellement versées dans l'Union européenne, cf. l'annexe 3 du présent mémoire

³⁸² Décision de la Commission du 30 mars 2004, n°2004/800/CE

A) Les aides accordées aux entreprises en difficulté : la préservation de l'emploi

225. Dans la mesure où les aides aux entreprises en difficulté sont de nature à engendrer une rupture d'égalité entre les entreprises, la Commission européenne, dans ses lignes directrices des politiques de l'emploi³⁸³, a décidé qu'elles devaient être soumises au régime des aides publiques, ce qui implique une certaine procédure – à commencer par la notification de l'aide à la Commission – et le respect de certains seuils. Les différentes mesures prévues tant par l'Union européenne que par la législation française incitent à suivre le cheminement de l'entreprise soumise à des difficultés de plus en plus graves, jusqu'à devenir insurmontables.

226. Définition de l'entreprise en difficulté. Selon la Commission européenne, « une entreprise est en difficulté lorsqu'elle est incapable, avec ses ressources propres ou avec les fonds que sont prêts à lui apporter ses propriétaires/actionnaires ou ses créanciers, d'enrayer les pertes qui la conduisent, en l'absence d'une intervention extérieure des pouvoirs publics, vers une mort économique quasi certaine à court ou moyen terme »³⁸⁴. Les aides consistent à injecter à cette entreprise de l'argent, directement ou indirectement, de telle sorte qu'elle puisse se redresser et non sombrer – entraînant de ce fait des pertes d'emplois.

Compte tenu de la vision très libérale de l'Union européenne, l'on comprend que ces versements ou exonérations de charges doivent être exceptionnels. Il est normal que dans l'Union européenne, les entreprises les moins compétitives périssent – c'est la loi du marché. C'est pourquoi les aides au maintien de l'emploi ne sont acceptées que dans un nombre limité de situations, notamment lorsqu'elles sont consenties dans le cadre d'un plan de sauvetage ou de restructuration³⁸⁵.

227. Chômage partiel. Avant même que l'entreprise ne réponde à ces conditions, elle peut éprouver des difficultés économiques telles qu'elle en vient à disposer de trop de salariés pour une activité tournant au ralenti. La France a institué un dispositif financé par l'Etat visant à compenser soit la fermeture temporaire de l'entreprise ou d'un de ses établissements, soit la réduction des horaires de travail du fait des difficultés qu'elle éprouve. Ainsi, plutôt que de licencier du personnel, l'entreprise peut fermer temporairement l'établissement ou réduire les

³⁸³ Comm. Commission, 1^{er} octobre 2004, lignes directrices concernant les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté, JOUE n°C.244, 1^{er} octobre 2004

³⁸⁴ Idem

³⁸⁵ Idem, points 25s

horaires de travail en plaçant les salariés en chômage partiel, cette réduction étant compensée par le versement d'une allocation d'aide publique de l'Etat – pourvu que soit en cause une collectivité de salariés clairement identifiable. La baisse des salaires, elle, sera compensée en partie par cette aide, en partie par une indemnité versée par l'employeur³⁸⁶.

228. Il convient de souligner que, s'agissant des aides à l'emploi, c'est le critère de la sélectivité qui permettra le plus souvent d'apprécier l'existence d'une aide – une aide générale ne favorisant personne, donc échappant à la qualification d'aide publique. Or, « cette condition s'avère problématique à propos de mesures destinées à combattre le chômage dès lors qu'elles sont bien souvent empreintes de sélectivité »³⁸⁷, ne serait-ce que du fait de leur caractère discrétionnaire³⁸⁸. L'Etat n'est donc pas à l'abri d'une décision de la Commission qui considérerait, assez logiquement selon nous puisque cette mesure profite à des entreprises intégrées au marché et non remises à son ban, cette indemnisation du chômage partiel par l'Etat comme une aide publique, devant être justifiée³⁸⁹. Elle le sera peut-être par la préservation de l'emploi des salariés ou par sa faible ampleur³⁹⁰, comme essaieront de l'être les aides aux entreprises véritablement en difficulté.

229. Aides au sauvetage. La Commission européenne, dans ses lignes directrices, distingue entre aides au sauvetage et aides à la restructuration. Les premières sont vues comme une assistance de caractère temporaire et réversible, en vue de permettre l'élaboration d'un plan de restructuration, limitée en principe à six mois. Pour être admises, elles doivent répondre à cinq critères cumulatifs³⁹¹, assez restrictifs. Comme elles doivent demeurer exceptionnelles, ces aides sont soumises au principe de non-récurrence selon lequel une entreprise ne peut pas bénéficier de plus d'une aide au sauvetage, ni bénéficier de celle-ci si elle a déjà reçu une aide à la restructuration³⁹².

³⁸⁶ Pour une description complète de ce mécanisme, cf. J. Daniel, *L'Indemnisation du chômage partiel*, JCP S n°13, 24 mars 2009

³⁸⁷ S. Van Raepenbush, *Le modèle social européen en balances, les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économie et le social*, Semaine Sociale Lamy, 2006

³⁸⁸ CJUE 29 juin 1999, aff. C-256/97, facilités de paiement de cotisations de sécurité sociale accordées à une entreprise connaissant de graves difficultés de trésorerie ; TPICE 21 octobre 2004, aff. T-36/99, aide accordée sous forme de rééchelonnement des dettes sociales

³⁸⁹ Ainsi, dans les affaires T-239/04 et T-323/04 jugées par le TPICE le 12 septembre 2007, la Commission indique que « le régime de chômage technique [n'a] jamais été apprécié par la Commission au regard des règles relatives aux aides d'Etat. Il ne serait donc pas exclu qu'il constitue, en soi, des aides d'Etat »

³⁹⁰ La Commission tolérant les aides dites *de minimis*, c'est-à-dire les aides accordées sur une période de trois ans n'excédant pas 200 000 euros, se calculant à partir de toutes les aides reçues par une même entreprise sur une période de trois ans ; cf. Règlement n°1998/2006 du 15 décembre 2006, JOUE L.379, 28 décembre 2006

³⁹¹ Consister en des aides de trésorerie sous forme de garanties de crédits ou de crédits ; être justifiées par des raisons sociales graves et ne pas avoir d'effets induits négatifs inacceptables dans d'autres Etats membres ; etc.

³⁹² *Idem*, point 72

230. On peut rapprocher ces aides de l'éventuelle ouverture d'une procédure de sauvegarde en droit français. Celle-ci peut être ouverte à la demande de l'entreprise qui, « sans être en état de cessation des paiements, justifie de difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter »³⁹³. Dans les deux cas, il s'agit d'une mesure de prévention ayant pour finalité de sauver l'entreprise et, par conséquent, de sauver l'emploi. La procédure de sauvegarde permettra notamment à l'entreprise de bénéficier de remises ou de reports de créances, ce qui équivaut, d'une certaine façon, à des aides financières. Par ailleurs, le parallèle tient aussi dans le fait que la procédure de sauvegarde vise à élaborer un plan de sauvegarde et que les aides au sauvetage visent à élaborer un plan de restructuration.

231. Aides à la restructuration. Les aides à la restructuration, elles, sont conditionnées par le dépôt d'un plan de restructuration qui doit répondre à trois exigences : il doit permettre à l'entreprise en difficulté bénéficiaire de l'aide un retour à la viabilité³⁹⁴ ; il ne doit pas entraîner de distorsion de concurrence ; et l'aide doit être proportionnée aux coûts et avantages de la restructuration³⁹⁵. Par ailleurs, à l'instar des aides au sauvetage, les aides à la restructuration doivent respecter le principe de non-récurrence. Une nouvelle fois, ces conditions drastiques ne doivent pas faire oublier qu'il s'agit d'une concession faite par l'Union européenne au droit au travail. Il n'est pas de raison purement économique d'essayer de sauver une entreprise non-compétitive : la concurrence elle-même s'efface *gratuitement* devant l'emploi. De plus, la Commission ne se montre pas si sévère dans son appréciation. Ainsi, en 2006, elle s'est prononcée deux fois en faveur de l'aide³⁹⁶, et une seule fois en sa défaveur³⁹⁷.

232. Ces aides pourraient être rapprochées à la procédure de redressement judiciaire en droit français, une procédure collective destinée à « permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif »³⁹⁸. L'espoir de sauver l'entreprise et l'emploi demeurent encore, mais la situation requiert des mesures de plus

³⁹³ C. com. art. L.620-1

³⁹⁴ Va au-delà de cet objectif l'aide d'Etat ayant eu pour conséquence de permettre à l'entreprise bénéficiaire de réaliser un investissement, qui n'était pas strictement nécessaire à la restructuration ; cf. TPICE 6 avril 2006, aff. T-17/03, note P. Mele

³⁹⁵ TPICE 6 avril 2006, aff. T-17/03

³⁹⁶ Déc. Commission, n°2007/204, 26 septembre 2006, concernant l'aide d'Etat mise à exécution par la République slovaque en faveur de la société Konas, JOUE n°L 91, 31 mars 2007 ; Déc. Commission, n°2007/157, 20 décembre 2006, concernant l'aide d'Etat partiellement mise à exécution par la Pologne en faveur de Huta Stalowa, JOUE n°L 112, 30 avril 2007

³⁹⁷ Déc. Commission, n°2007/154, 7 juin 2006, concernant l'aide d'Etat mise à exécution par la République slovaque en faveur de Frucona Kosice

³⁹⁸ C. com. art. L.631-1

grande ampleur que lors de la sauvegarde, à commencer par un gel du passif – autant de sommes que l’entreprise n’aura pas à verser dans l’immédiat.

233. Plus encore, le droit français prévoit spécifiquement que les collectivités territoriales, départements³⁹⁹ et régions⁴⁰⁰, peuvent venir en aide aux entreprises en difficulté de leur ressort lorsque la protection des intérêts économiques et sociaux de la population l’exige. Les collectivités territoriales ont une marge d’appréciation confortable et ne sont aucunement obligées d’intervenir. En revanche, pour qu’elles interviennent, il est indispensable que les conséquences économiques et sociales de l’entreprise aient un caractère dévastateur sur le tissu économique local⁴⁰¹, dont certains indices seraient le nombre d’emplois menacés, l’existence ou non de reclassements au plan local, l’augmentation des dépenses sociales...

234. Cette faveur européenne et française pour de telles aides paraît d’autant plus normale que ce ne sont pas les entreprises au bord de la banqueroute qui risquent véritablement de faire de l’ombre à leurs concurrents dans une situation financière saine, sauf à s’attacher aux conséquences à très long terme des mesures de redressement – si tant est qu’elles auront été efficaces.

235. Aide à la reprise d’entreprises en difficultés. Il n’en va pas de même lorsque les aides ont pour objet d’encourager une société à reprendre une entreprise en difficulté. Dans ce cas, en effet, l’aide favorise une entreprise en situation déjà suffisamment solide pour racheter une autre et supporter les frais afférents. L’intérêt est certes de sauvegarder l’emploi, mais il est aussi, pour le repreneur, d’améliorer sa compétitivité sur le marché. C’est pourquoi tant la CJUE que la Commission demeurent attentives à de telles aides, comme en témoignent plusieurs décisions.

Dans un arrêt de 1996 impliquant la France, la CJUE a en effet considéré que bien qu’ayant a priori un caractère général et non sélectif, la participation financière du Fonds national d’emploi à la mise en œuvre d’un plan social constituait une aide d’Etat en raison du pouvoir discrétionnaire du Fonds, qui était susceptible de placer certaines entreprises dans une situation plus favorable que d’autres⁴⁰².

Quant à la Commission, sa sévérité se manifeste dans une décision rendue en 2004. L’Italie avait institué un régime favorable aux repreneurs d’entreprises en difficulté (comprenant

³⁹⁹ CGCT, art. L.3231-3

⁴⁰⁰ CGCT, art. L.4211-1 6°

⁴⁰¹ J.-P. Markus, *Aides aux entreprises affectées par la crise financière*, JCP E n°34, 26 août 2010

⁴⁰² CJUE 26 septembre 1996, *France/Commission*, aff. C-241/94

notamment une subvention mensuelle et une réduction de cotisations de sécurité sociale pendant 18 mois) en le justifiant par un objectif de maintien de l'emploi. La Commission a considéré qu'il s'agissait bien d'aides d'Etat, au sens de l'article 107 du TFUE. Pour arguer de sa compatibilité au traité, l'Italie a invoqué les dérogations respectivement prévues aux paragraphes 2 et 3 de l'article 107. Les premières ont été écartées par la Commission, puis les secondes ont été examinées à la lueur des lignes directrices pour les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration, puis du règlement d'exemption de 2002 (absorbé par le règlement général d'exemption par catégories du 6 août 2008), et enfin des lignes directrices concernant les aides d'Etat à finalité régionale. En fin de compte, après ce cheminement exhaustif, la Commission a décidé que cette mesure constituait une aide incompatible avec le marché commun⁴⁰³.

La décision est solidement argumentée et, à notre sens, justifiée : comme la Commission l'énonce, le régime de faveur ne profitait pas tant à l'entreprise en difficulté elle-même qu'aux entreprises rachetant celle-ci, « en réduisant les coûts normaux et en renforçant la situation financière de ces dernières par rapport à d'autres concurrents, qui ne bénéficient pas des mêmes mesures ». Le danger pour la concurrence est cette fois, contrairement au cas des aides aux entreprises en passe de sombrer, bien réel.

236. Les aides à la reprise des entreprises difficultés bénéficient cependant de dispositions particulières en droit français. En vertu de l'article L.1511-7 du Code général des collectivités territoriales, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent accorder des subventions (limitées à certains seuils réglementaires) aux organismes ayant pour objet exclusif et désintéressé de participer à la création ou à la reprise d'entreprises, au sens de l'article 238 bis du Code général des impôts⁴⁰⁴, lesquels sont agréés par le ministre du budget. A la lecture de cet article, on comprend mieux l'innocence du droit français à l'égard de ces aides : elles profitent à des organismes publics désintéressés, qui n'ont pas vocation à se lancer dans le jeu de la concurrence. Par ailleurs, ils doivent aussi respecter l'encadrement communautaire. Le risque de distorsion de concurrence est donc assez faible, ce qui justifie l'acceptation de l'octroi de subventions.

⁴⁰³ Déc. Commission, n°2004/800, 30 mars 2004, concernant le régime d'aides d'Etat mis à exécution par l'Italie concernant des dispositions urgentes en matière d'emploi, obs. L. Idot

⁴⁰⁴ « organismes agréés dans les conditions prévues à l'article 1649 nonies et dont l'objet exclusif est de verser des aides financières permettant la réalisation d'investissements tels que définis au 1 de l'article 12 du règlement (CE) n° 800 / 2008 de la Commission du 6 août 2008 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du traité (Règlement général d'exemption par catégorie) »

237. Ces aides à la reprise des entreprises en difficulté peuvent enfin être rapprochées de la procédure française de liquidation judiciaire⁴⁰⁵. Dans ce cas, il s'agit de trouver un repreneur afin de lui céder l'entreprise. Pour ce faire, le liquidateur judiciaire va permettre à celui-ci, dans le plan de cession, de ne pas avoir à régler toutes les créances, de ne pas reprendre tous les salariés mais seulement certains d'entre eux, etc. En somme, il va simplifier le rachat de l'entreprise par des facilités financières et sociales, toujours dans l'objectif de maintenir le maximum d'emploi. En fin de compte, comme pour les autres procédures collectives, la seule différence majeure entre les mesures accompagnant la liquidation judiciaire et les aides publiques est l'absence d'intervention de l'Etat (vu dans sa globalité). Le cheminement et les étapes sont les mêmes. Le résultat lui-même est similaire : dans tous les cas, « l'expérience montre combien elles ne font que reporter une issue inéluctable »⁴⁰⁶.

C'est d'ailleurs pourquoi, en plus de s'incliner partiellement pour laisser l'Etat tenter de maintenir l'emploi en essayant de sauver puis, à défaut, de faire reprendre les entreprises en difficulté, la concurrence lui ouvre également un champ dégagé pour inciter les entreprises saines à employer des travailleurs en difficulté.

B) Les aides accordées aux travailleurs en difficulté⁴⁰⁷ : l'incitation à l'emploi

238. Les aides au maintien de l'emploi ne sont pas les seules aides tolérées par l'Union européenne en dépit de leur atteinte à la concurrence. D'autres aides, relatives aux travailleurs en difficulté, sont autorisées, voire encouragées. Contrairement aux premières, considérées comme des aides publiques parfois jugées compatibles avec le marché commun, les secondes bénéficient par principe d'une exemption de la législation relative aux aides d'Etat figurant à l'article 107 du TFUE, pour peu qu'elles aient effectivement un effet incitatif⁴⁰⁸.

239. Règlement général d'exemption par catégories (RGEC). Selon la Commission européenne, « la lutte pour l'emploi est une priorité essentielle de la communauté »⁴⁰⁹. Le RGEC a pour objet d'encourager cette lutte, notamment au sein des PME. Le Préambule

⁴⁰⁵ C. com. art. L.640-1s

⁴⁰⁶ C. Prieto, *L'Europe et le droit de la concurrence : des malentendus aux mérites reconnus*, JCP G n°12, 21 mars 2007

⁴⁰⁷ Par cette expression de « travailleurs en difficulté », nous désignerons les travailleurs défavorisés et les travailleurs handicapés ensemble

⁴⁰⁸ Règlement n°800/2008 de la Commission du 6 août 2008 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du traité, art. 8 : « le présent règlement n'exempte que les aides qui ont un effet incitatif »

⁴⁰⁹ Déc. Commission, n°97/811, 9 avril 1997, concernant les aides accordées par la France aux secteurs du textile, de l'habillement, du cuir et de la chaussure, JOUE L.334

manifeste en plusieurs points sa faveur pour les politiques de l'emploi en faveur des travailleurs en difficulté. En particulier, le point 61 dispose que « la promotion de la formation, l'embauche des travailleurs défavorisés et handicapés et la compensation de surcoûts liés à l'emploi des travailleurs salariés constituent un objectif essentiel des politiques économique et sociale de la Communauté et de ses Etats membres »⁴¹⁰.

Ces bonnes intentions se manifestent sur le plan juridique par une section 9 intitulée « Aides aux travailleurs défavorisés ou handicapés ». Ses articles 40 et 41 autorisent en effet l'Etat à accorder des subventions salariales plafonnées aux entreprises qui embaucheraient des travailleurs en difficulté, tandis que son article 42 permet à l'Etat de verser des aides en vue de compenser les surcoûts liés à l'emploi des travailleurs handicapés : adaptation des locaux et des équipements, embauche de personnes chargées uniquement d'assister ces travailleurs, etc. Cette réglementation a suscité plusieurs interrogations, auxquelles a répondu la CJUE.

240. Identification des travailleurs défavorisés. La première question tenait à la définition du travailleur défavorisé. Le précédent règlement d'exemption⁴¹¹ se montrait imprécis. La Cour de justice européenne avait décidé que le travailleur devait répondre à deux critères cumulatifs : avoir un âge maximal de moins de 25 ans ou, s'il était plus âgé, avoir terminé sa formation à temps plein depuis un maximum de deux ans ; et ne pas encore avoir trouvé de première activité régulièrement rémunérée⁴¹².

Le RGEC a depuis absorbé le règlement de 2002 et est venu supplanter cette jurisprudence. Désormais, il donne une définition plus précise et plus ouverte du travailleur défavorisé en son point 18, mais aussi du travailleur gravement défavorisé (point 19) et du travailleur handicapé (point 20). Il se montre ainsi plus favorable qu'auparavant aux aides à l'emploi accordées au bénéfice des travailleurs en difficulté, en dépit de la primauté générale du marché sur les droits sociaux. Il faut une nouvelle fois souligner et approuver cette orientation sociale qui n'allait pas de soi, notamment eu égard au sort que réserve la CJUE aux droits sociaux collectifs que sont le droit de grève et le droit à la négociation collective.

⁴¹⁰ En France, le Conseil constitutionnel a pareillement refusé de retenir le grief relatif à la rupture d'égalité dans une décision statuant sur la constitutionnalité du revenu de solidarité active, en considérant que les exigences constitutionnelles résultant du dixième alinéa du Préambule de 1946 (développement de la famille) et de son onzième alinéa (droit à la sécurité matérielle) impliquaient la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des personnes défavorisées ; cf. Cons. const. 29 décembre 2009, n°2009-599 DC

⁴¹¹ Règlement n°2204/2002 de la Commission du 5 décembre 2002 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'Etat à l'emploi

⁴¹² CJCE 14 avril 2005, *Royaume de Belgique c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-110/03

241. Identification de l'emploi créé. Pour que les aides soient admises, encore faut-il que l'augmentation de l'emploi soit « nette »⁴¹³. Cette notion a dû être éclaircie par le juge communautaire. Celui-ci a d'abord décidé que la vérification de cette augmentation nette du nombre de postes de travail impliquait de tenir compte des moyennes sur deux années successives. Il affirme en effet que l'objectif exprimé par le RGEC se traduit « par l'obligation [...] de maintenir les emplois créés pendant une période minimale ». S'agissant ensuite du type de contrat, la CJUE déclare qu'il est indifférent que celui-ci soit à durée déterminée ou indéterminée ; il suffit que l'emploi soit maintenu et continu pendant une période minimale⁴¹⁴.

242. Ce dernier aspect de la décision rendue par la CJUE est critiquable et a été critiqué par la doctrine, selon laquelle la Cour a manqué l'occasion de « manifester une position plus soucieuse de la qualité de l'emploi créé »⁴¹⁵. Il est vrai qu'il est dommage de soumettre des travailleurs à la situation déjà difficile au mécanisme souple de la flexisécurité alors même que le principe des aides incitatives est de les insérer dans un projet à long terme⁴¹⁶ – c'est tout un état d'esprit à intégrer. On ne peut non plus s'empêcher de songer à une éventuelle instrumentalisation de ces travailleurs aux fins d'obtenir des avantages anticoncurrentiels par rapport à d'autres opérateurs du marché, en se laissant toute latitude pour se débarrasser des travailleurs en difficulté lorsque cela paraîtra opportun.

En-dehors du cas spécifique des travailleurs défavorisés et handicapés, le RGEC exempte également certaines aides à l'investissement et à l'emploi.

C) Les aides accordées aux zones en difficulté et à l'investissement : la création d'emploi

243. Régions en difficulté. Il est intéressant d'évoquer ici une décision rendue par le TPICE à propos de décisions individuelles de la Commission autorisant l'octroi d'aides d'Etat à des entreprises sidérurgiques. Le tribunal a souligné que les régions où étaient localisées les activités sidérurgiques étaient caractérisées par une situation de sous-emploi et que l'absence

⁴¹³ RGEC, art. 40 et 41

⁴¹⁴ CJUE 2 avril 2009, *Lodato Gennaro*, aff. C-415/07

⁴¹⁵ L. Tebano, *Les aides à l'emploi dans l'interprétation de la Cour de justice : la notion de « création d'emploi »*, RDT 2010, p. 439

⁴¹⁶ Or, selon le Parlement européen, le contrat à durée indéterminée est le seul à ouvrir sur un emploi à long terme ; cf. la Résolution du Parlement européen du 29 novembre 2007 sur des principes communs de flexisécurité

de mesures de soutien aurait été susceptible de créer de très graves difficultés d'ordre public, notamment en aggravant le problème de chômage⁴¹⁷. Bien que l'économique imprègne sa décision, on ne peut que souligner l'attention soutenue que porte le TPICE aux préoccupations sociales, qui prévalent dans cette affaire sur le droit de la concurrence.

C'est d'ailleurs en vertu de ces mêmes préoccupations que la Commission européenne a autorisé certaines opérations de concentration dans des régions structurellement faibles « ou déshéritées »⁴¹⁸. Les observations de la Commission sont éclairantes : elle argue de l'augmentation des emplois dans la région – en sus des avantages technologiques issus de cette concentration – pour justifier d'une entorse au droit de la concurrence⁴¹⁹, ou d'un élargissement de la politique de la concurrence – selon le point de vue adopté.

244. Zones défavorisées. Le droit français prévoit, lui, un certain nombre de dispositions applicables à des zones géographiques particulièrement défavorisées, se caractérisant notamment par un taux de chômage élevé, un niveau important de pauvreté ou connaissant un déclin démographique. L'Etat encourage les entreprises à s'y installer et à y recruter à la fois par des aides spécifiques accordées par les collectivités territoriales et par des exonérations de charges sociales. Il s'agit des zones de redynamisation urbaine (ZRU)⁴²⁰ et zones de revitalisation rurale (ZRR)⁴²¹, des zones franches urbaines (ZFU)⁴²², des bassins d'emploi à redynamiser (BER)⁴²³ et des zones de restructuration de la défense⁴²⁴, régies en partie par un texte commun : l'article L.131-4-2 du Code de la sécurité sociale. La présentation de chacun de ces dispositifs n'a guère d'intérêt en soi⁴²⁵. Il convient simplement de signaler qu'ils illustrent une véritable politique de l'emploi dont l'atteinte au droit de la concurrence – par l'octroi d'aides directes ou indirectes – est insignifiante compte tenu des enjeux pour ces

⁴¹⁷ TPICE 24 octobre 1997, aff. T-239/94

⁴¹⁸ Décision de la Commission du 23 décembre 1992 ; création par deux constructeurs automobiles d'une filiale commune destinée à produire des véhicules familiaux

⁴¹⁹ Critiquée par certains dans la mesure où l'analyse économique est « mal outillée pour mesurer la cohésion sociale et le bonheur des peuples » ; Bienaymé, *Le progrès économique et le droit de la concurrence*, Revue Concurrence Consommation, novembre-décembre 1994

⁴²⁰ Loi n°95-115 du 4 février 1995, art. 42. 3. A. ; décrets 96-1157 et 96-1158 du 26 décembre 1996 ; décrets 2001-254 du 27 mars 2001 et 2001-708 du 31 juillet 2001

⁴²¹ Loi n°95-115 du 4 février 1995, art. 52 – CGI, art. 1465 A ; décrets 2005-1435 du 21 novembre 2005 et 2007-94 du 24 janvier 2007 ; arrêté du 9 avril 2009, JO 11 avril, et arrêté du 30 décembre 2010, JO 31 décembre ; lettres-circulaires Acoff n°2007-066 du 3 avril 2007 et n°2009-071 du 24 août 2009

⁴²² Loi n°95-115 du 4 février 1995, art. 42. 3. B.

⁴²³ Loi n°2006-1771 du 30 décembre 2006, art. 130 ; décrets n°2007-228 du 20 février 2007 et n°2007-648 du 30 avril 2007 ; lettres-circulaires Acoff n°2007-093 du 4 juillet 2007 et n°2009-022 du 16 février 2009

⁴²⁴ Loi n°2008-1443 du 30 décembre 2008 ; arrêté du 1^{er} septembre 2009, JO 17 septembre ; lettre-circulaire Acoff n°2010-111 du 13 décembre 2010

⁴²⁵ Pour leur description, on se référera utilement au quotidien Liaisons Sociales du 14 avril 2011, *Les aides à l'emploi dans les zones défavorisées*, n°77/2011

zones défavorisées et les travailleurs qui y résident. La logique est bien différente s'agissant des aides à l'investissement, expressément approuvées par le RGEC.

245. Aides à l'investissement et à l'emploi. L'Union européenne est en effet allée plus loin dans sa démarche en autorisant les aides à l'investissement accordées à des régions ou directement à des entreprises alors même que celles-ci n'éprouvent pas de difficultés particulières, pour peu que les projets d'investissement subventionnés aboutissent à la création d'emplois. Le RGEC prévoit deux catégories d'aides ayant trait à l'investissement et à l'emploi. Les premières sont les aides régionales⁴²⁶, qui sont accordées dans des régions déterminées dans la carte des aides à finalité régionale approuvée pour l'Etat membre considéré pour la période 2007-2013⁴²⁷. Les secondes sont les aides en faveur des PME⁴²⁸.

246. Conditions de l'exemption. En plus de devoir respecter les dispositions communes du RGEC énoncés en son chapitre 1⁴²⁹, les aides à l'investissement et à l'emploi doivent remplir des exigences spécifiques, prévues à l'article 12, relatives à la fois au contenu de l'investissement, à la nature des immobilisations incorporelles objets de l'investissement, et surtout aux contrats créés. Trois conditions cumulatives doivent ainsi être réunies pour que de telles aides puissent être accordées : les emplois doivent être créés dans un délai de trois ans à compter de l'achèvement de l'investissement ; le projet d'investissement doit conduire à une augmentation nette du nombre de salariés de l'établissement concerné par rapport à la moyenne des douze mois précédents ; et les emplois créés doivent être maintenus pour une période de cinq ans minimum dans le cas d'une grande entreprise et une période de trois ans minimum dans le cas d'une PME.

247. On le voit : la création d'emploi est au cœur de ces aides à l'investissement. Toutefois, on constate aussi qu'elle n'est pas nécessairement durable et que, là non plus, le RGEC n'exige pas que les emplois soient pourvus par des contrats à durée indéterminée. Il s'agit donc d'une vision à moyen terme plus qu'à long terme, ce qui est dommage compte tenu de l'objectif affiché. Ce que l'on peut retenir de tous ces dispositifs, c'est que certes ils contribuent à inciter à l'emploi, mais ils ne le font que dans des limites assez étroites. Il s'agit toujours de ne pas *trop* fausser la concurrence, tout en poursuivant tant bien que mal l'un des objectifs fondamentaux de l'Union européenne : la lutte pour l'emploi. Cette dernière se manifeste de façon sans doute plus éclatante s'agissant de la promotion de l'emploi des

⁴²⁶ RGEC, art. 13

⁴²⁷ Pour la France, 5662 communes exigibles ; cf. JOUE, n°C.94, 28 avril 2007

⁴²⁸ RGEC, art. 15

⁴²⁹ Sur l'intensité des aides, leur transparence, leur contrôle...

travailleurs, puisque cette fois-ci, ce n'est pas *contre*, mais *pour* cette promotion que joue la libre concurrence.

Section 2 : La promotion de l'emploi des travailleurs

248. En plus de protéger l'emploi existant et d'inciter à sa création, l'Union européenne puis le législateur français se sont attachés, par la voie inattendue du respect de la libre concurrence, à promouvoir l'emploi, que ce soit en libéralisant l'activité de placement des travailleurs ou en encourageant l'entreprise elle-même à prendre en considération cet aspect en son propre sein.

I/ La rénovation d'outils anciens : l'ouverture de l'activité de placement

249. L'activité de placement a été ouverte par une conséquence classique du principe de libre concurrence : la suppression des monopoles, qu'ils soient d'origine légale ou conventionnelle.

A) L'activité de placement en tant qu'activité économique : le monopole légal brisé

250. Le « service public de l'emploi », assuré au départ par l'Agence Nationale Pour l'Emploi (ANPE) est une construction apparue dans une simple circulaire de 1984⁴³⁰. Toutefois, le monopole de l'activité de placement date d'un texte plus ancien : l'ordonnance du 24 mai 1945⁴³¹. Cette réglementation française se voyait confortée par l'OIT, qui interdisait que des opérateurs privés interviennent en matière de placement des travailleurs⁴³². Ces textes ne donnant pas de définition franche du placement, ce sont la doctrine et la jurisprudence qui ont dû s'y atteler. Ainsi, pour la Cour de cassation, le placement consiste en une activité d'intermédiaire entre les chercheurs d'emploi et les chercheurs d'employé⁴³³, qui

⁴³⁰ Circ. min. 7 mars 1984 relative à la mise en place du service public de l'emploi ; BO min. travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, TR 84/32

⁴³¹ Ord. N°45-1030 du 24 mai 1945

⁴³² Convention OIT C 96 de 1949

⁴³³ Cass. crim. 16 juin 1883

se distingue du marchandage ou de l'activité de travail temporaire en ce que le placeur n'est pas lui-même partie à la relation de travail⁴³⁴.

251. Monopole légal. L'ordonnance de 1945 sanctionnait pénalement l'ouverture de bureaux de placement privé, tout en maintenant les bureaux gratuits déjà ouverts à la date de son édicton. Ce monopole se justifiait par deux raisons : la protection des travailleurs d'une part, une gestion économique saine d'autre part. Cependant, dès 1986, ce monopole a été éventé : une ordonnance a en effet ouvert l'activité de placement à d'autres intervenants : établissements publics, Unédic et Assédics, collectivités territoriales en particulier. Pour autant, cette activité demeurait dans le secteur public, et si les bureaux privés se sont développés dans l'illégalité et la tolérance du législateur, il a fallu attendre des influences extérieures pour que l'activité de placement soit officiellement ouverte au privé.

252. Intervention du droit communautaire. Le premier coup porté au monopole est le fait, en 1991, de la CJCE. Un contentieux a été déclenché à propos du monopole pour le placement des cadres et des dirigeants de l'office public pour l'emploi allemand, sur le fondement de l'abus de position dominante. La Cour a tranché en faveur des requérants en considérant que l'activité de placement constituait une activité économique soumise à l'ancien article 86 du traité CEE (désormais l'article 106 du TFUE), donc au droit de la concurrence. Or elle a relevé quatre conditions qui, réunies, caractérisaient un abus de position dominante : le droit exclusif s'étendait à des activités de placement de cadres et de dirigeants d'entreprise ; l'office public n'était manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présentait le marché pour ce genre d'activités ; l'exercice effectif des activités de placement par des sociétés privées de conseil en recrutement était rendu impossible par le maintien en vigueur d'une disposition légale ; et les activités de placement en cause étaient susceptibles de s'étendre à des ressortissants ou aux territoires d'autres Etats membres⁴³⁵. Cette jurisprudence a été confirmée plusieurs fois par la suite⁴³⁶.

253. Plus tard, en 1998, la Commission a agi à son tour en faveur de l'ouverture en proposant le recours à des opérateurs externes, et en rappelant au passage que cette pratique existait déjà dans bon nombre d'Etats membres, dont la France⁴³⁷. Elle a sans surprise adopté la même conception que la CJCE : « l'externalisation, le désengagement et la mise en

⁴³⁴ TGI Paris 26 janvier 1967

⁴³⁵ CJCE 23 avril 1991, *Höfner*, aff. C-41/90

⁴³⁶ CJCE 11 décembre 1997, *Job center*, aff. C-55/96 ; CJCE 12 février 1998, Rec. CJCE 1998, I, p. 572

⁴³⁷ Comm. Commission 13 novembre 1998, *Moderniser les services publics de l'emploi pour soutenir la stratégie européenne de l'emploi*, non publiée au JOUE

concurrence des opérateurs s'inscrivent dans un schéma de modernisation et d'amélioration des performances, en réponse à une attente des entreprises et des demandeurs d'emploi »⁴³⁸.

254. Intervention du droit international. Un an plus tôt, l'OIT avait adopté une convention allant à contrepied de sa position initiale. Elle avait tenu compte dans son appréciation de l'évolution du contexte économique et social, et notamment des exigences de plus en plus pressantes de flexisécurité. C'est pourquoi elle avait abrogé la convention C 96 pour lui substituer un nouveau texte dont l'objectif était de permettre aux bureaux de placement privé de jouer leur rôle d'amélioration du fonctionnement du marché du travail⁴³⁹. L'OIT recommandait l'institution d'une coopération entre service public de l'emploi et agences privées.

255. Prise d'acte de la loi française. La France a pris acte, en ce secteur, du déploiement de la libre concurrence par une loi du 18 janvier 2005⁴⁴⁰, dite de cohésion sociale. Celle-ci a supprimé officiellement⁴⁴¹ le monopole public du placement des travailleurs. Elle a commencé par donner enfin une définition légale de l'activité de placement : celle-ci « consiste à fournir, à titre habituel, des services visant à rapprocher les offres et les demandes d'emploi, sans que la personne assurant cette activité ne devienne partie aux relations de travail susceptibles d'en découler »⁴⁴². La loi pose néanmoins un certain nombre de conditions pour pouvoir exercer cette activité, tenant aussi bien aux personnes qu'à l'exercice lui-même.

256. S'agissant des personnes pouvant se livrer à l'activité de placement, il s'agit de toute personne physique ou morale de droit privé⁴⁴³. Ce principe supporte un certain nombre d'exceptions. En premier lieu, l'activité doit être exclusive de toute autre activité à but lucratif, sauf service de conseil en recrutement ou d'insertion professionnelle⁴⁴⁴. En second lieu, ne sont pas soumis aux dispositions relatives du Code du travail au placement privé les personnes exerçant une activité de services à la personne, les personnes opérant pour le placement d'artistes du spectacle à titre onéreux, les agents sportifs, et les employeurs ou groupes d'employeurs qui entreprennent des actions de reclassement en faveur de leur personnel⁴⁴⁵. La raison de ces exclusions est simple : les personnes énumérées se voient déjà

⁴³⁸ C. Willmann, *La réforme du service public de l'emploi par la loi de cohésion sociale : une évolution prévisible*, Travail et Protection sociale n°4, avril 2005

⁴³⁹ Convention OIT C 181 de 1997

⁴⁴⁰ Loi n°2005-32 du 18 janvier 2005, loi de programmation pour la cohésion sociale

⁴⁴¹ Mais partiellement, dans la mesure où les personnes à la recherche d'un emploi restent tenues de s'inscrire auprès du service public de l'emploi

⁴⁴² C. trav. art. L.5321-1

⁴⁴³ C. trav. art. L.5323-1, al. 1

⁴⁴⁴ C. trav. art. L.5323-1, al. 2

⁴⁴⁵ C. trav. art. L.5323-3

appliquer un certain nombre de dispositions relatives à leur activité et « l'agrément, comme la licence, garantit en effet la qualité de leurs services »⁴⁴⁶.

257. S'agissant des conditions d'exercice de l'activité de placement, elles tiennent en particulier au respect de deux principes permettant de protéger les travailleurs : la non-discrimination⁴⁴⁷ et la gratuité⁴⁴⁸. Le paiement des agences privées d'emploi est en effet assuré soit par les employeurs en recherche de personnel, soit par les collectivités territoriales avec lesquelles un marché de prestations est conclu.

258. Un bris de monopole favorable aux travailleurs ? Ce n'est pas tout de faire éclater un monopole, encore faut-il que cet éclatement soit justifié. Il l'est assurément du point de vue de la libre concurrence, puisque désormais les bureaux de placement privé peuvent entrer sur le marché du placement et s'y affronter. Mais qu'en est-il du point de vue du droit au travail des chômeurs ? Deux professionnels du secteur se sont à cet effet livrés à un débat⁴⁴⁹, dont nous citerons ici les arguments qui nous paraissent les plus pertinents.

Pour Arnaud de la Tour, président du syndicat professionnel PRISME (Professionnels de l'Intérim, Services et Métiers de l'Emploi), « la société toute entière a besoin des agences privées d'emploi ». En fondant son analyse sur force chiffres, il loue en particulier la réactivité des agences d'emploi, du fait notamment de leur vaste maillage territorial, qui accélère le retour vers l'emploi et constitue un facteur de compétitivité pour l'entreprise grâce à des gains de flexibilité, qui sont accompagnés de gains de productivité. Il s'agit en somme d'un panégyrique de la flexisécurité, sur le devant de la scène depuis plusieurs années. Il cite enfin, entre autres, la possibilité salubre pour les PME d'externaliser leur gestion des ressources humaines en les confiant à ces agences, et la collaboration heureuse de ces dernières avec Pôle Emploi, qui leur confie chaque année un certain nombre d'offres.

Yves Rousseau, ancien responsable du service juridique de l'ANPE, se montre quant à lui moins enthousiaste. S'il ne nie pas plus l'efficacité de ces agences dans leur activité que la multitude de bénéficiaires (agences d'emploi privé, Etat, entreprises, travailleurs) de la libéralisation du marché du placement, il met en exergue un point crucial : « les agences privées ont tout intérêt à ce que le marché de l'emploi soit le plus actif possible », ce qui signifie qu'elles ne chercheront pas à placer les travailleurs sur des emplois stables, mais plutôt sur des emplois précaires (contrats à durée déterminée, contrats de travail temporaire,

⁴⁴⁶ M. Véricel, *La réorganisation du service public de l'emploi*, JCP G n°8, 23 février 2005

⁴⁴⁷ C. trav. art. L.5321-2

⁴⁴⁸ C. trav. art. L.5321-3

⁴⁴⁹ A. de la Tour et Y. Rousseau, *Avons-nous besoin d'agences privées pour l'emploi ?*, RDT 2008, p. 458

temps partiel...), afin de maintenir un roulement perpétuel. Il en conclut qu' « en facilitant la flexibilité de l'emploi, les agences privées ont leur part de responsabilité dans la persistance durable de la précarité ».

Nous nous contenterons d'apporter deux remarques à ce débat. La première, c'est que cette rotation permanente qu'évoque Yves Rousseau répond à un contexte économique et social qui y est particulièrement favorable. La défiance du droit français vis-à-vis des contrats qu'il qualifie de précaires est en décalage avec la vision européenne. Ainsi, une directive de 2008 a énoncé que le travail temporaire représentait un mode normal d'emploi⁴⁵⁰, un élément d'une flexisécurité à laquelle les Etats membres doivent tendre⁴⁵¹. Les agences d'emploi privé ne font en définitive que mettre en œuvre cet objectif. La seconde remarque est celle qu'a aussi formulée la CJCE en 1991 : les agences publiques ne sont « manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché »⁴⁵². Elles ont besoin de l'assistance ou, à tout le moins, de la participation des agences privées, dont l'efficacité est réelle. Il suffit, pour s'en convaincre, de citer les données apportées par Arnaud de la Tour : par exemple, en 2007, 40 000 recrutements en CDI ou en CDD ont été réalisés pour le compte d'entreprises. Ce n'est pas négligeable au regard du taux élevé de chômage de ces dernières années. L'action déterminante de la libre concurrence sur l'éradication du monopole légal dévolu au public est donc, à notre avis, réellement favorable aux travailleurs, bien qu'elle casse avec une tradition française de l'emploi durable bien ancrée, mais peut-être désuète au vu de l'évolution du marché.

Après avoir ainsi battu en brèche cette conception solide, il n'est guère étonnant que le droit de la concurrence se soit ensuite attaqué à des monopoles bien moins robustes : ceux établis par voie de convention collective.

B) Les syndicats en tant qu'entreprises : le monopole conventionnel brisé

259. Ce titre en forme d'affirmation ne doit pas tromper : il prend appui sur une opinion que la jurisprudence française n'a pas – encore – suivie, bien qu'elle l'ait parfois effleurée.

⁴⁵⁰ Directive 2008/104 du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative au travail intérimaire, JOUE L.327, 5 décembre 2008

⁴⁵¹ Notons d'ailleurs que l'emploi intérimaire progresse en France. Ainsi, Pôle emploi a indiqué qu'en un an, de fin février 2010 à fin février 2011, l'intérim a augmenté de 18,1 %

⁴⁵² Le professeur Morvan n'a d'ailleurs pas hésité à parler, à propos de feu l'ANPE, d'une inefficacité « légendaire » !

260. L'affaire. Dans le secteur de l'imprimerie, dans lequel quatre syndicats ouvriers sont regroupés en une coordination, le Comité Intersyndical du Libre Parisien (CILP), une convention collective confie le monopole de placement de ses adhérents. Ce secteur regroupe deux types d'imprimerie, l'une dite de presse, l'autre dite de labeur où les salariés sont moins rémunérés. Un éditeur avait décidé de faire imprimer ses deux journaux dans des imprimeries de labeur afin de diminuer ses coûts d'impression. Le CILP a organisé un certain nombre d'actions de blocage pour le faire reculer. Sur la base de ces pratiques, le CILP (et les syndicats qui le composent) ont été assignés devant le Conseil de la concurrence pour répondre de deux griefs : entente et position dominante.

261. Décision du Conseil de la concurrence⁴⁵³. Le Conseil de la concurrence commence par se prononcer sur le grief d'entente, sur le fondement de l'article 7⁴⁵⁴ de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986⁴⁵⁵, applicable y compris à des organisations qui ne seraient pas des entreprises au sens du droit de la concurrence. Il considère que l'action concertée des quatre syndicats membres du CILP a pour effet de fausser le libre jeu de la concurrence et constitue une véritable entente, excédant les attributions que le Code du travail⁴⁵⁶ leur confère pour la défense des intérêts de leurs membres. Or, dire que des syndicats peuvent former une entente revient à admettre que ceux-ci sont des agents économiques autonomes, ce qu'ont affirmé tant la doctrine⁴⁵⁷ que le Conseil de la concurrence lui-même dans une décision postérieure⁴⁵⁸. Pourquoi ne pas aller jusqu'à les qualifier d'entreprises ?

Le Conseil de la concurrence répond à cette question lorsqu'il s'intéresse au second grief, celui relatif à l'éventuel abus de position dominante qui ressortirait du monopole de placement des travailleurs détenu par le CILP. Cet abus figure à l'article 8⁴⁵⁹ de l'ordonnance de 1986, qui s'applique, lui, à « une entreprise ou un groupe d'entreprises ». Il fallait donc que le Conseil confronte l'activité de bureau de placement avec la définition d'entreprise, c'est-à-dire « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »⁴⁶⁰. Il a finalement décidé d'écarter la qualification d'entreprise en relevant trois critères : une absence de stratégie commerciale, une absence de but lucratif, et une absence de responsabilité économique. Le grief d'abus de position dominante était en conséquence inapplicable et a été rejeté.

⁴⁵³ Cons. conc. 22 juin 1999, déc. n°99-D-41

⁴⁵⁴ Devenu l'article L.420-1 du Code de commerce

⁴⁵⁵ Ord. n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence

⁴⁵⁶ C. trav. art. L.2131-1 et L.2133-1

⁴⁵⁷ M.-C. Boutard-Labarde et G. Canivet, *Droit français de la concurrence*, LGDJ, éd. 1994, n°8

⁴⁵⁸ Cons. conc 27 juin 2006, n°06-MC-02

⁴⁵⁹ Devenu l'article L.420-2 du Code de commerce

⁴⁶⁰ CA Paris 19 novembre 1992 ; CJCE 23 août 1998, *Höfner*, rec. CJCE, I, p. 1979

262. Arrêt de la Cour d'appel de Paris⁴⁶¹. Les quatre syndicats condamnés sur le fondement de l'atteinte ont interjeté appel devant la Cour d'appel de Paris. Celle-ci constate que les dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ne sont applicables qu'en présence d'acteurs économiques, ce qui pourrait être le cas d'une « organisation syndicale qui se livrerait à une activité économique, distincte de sa mission première de défense des intérêts des adhérents ». Or, en l'espèce, les syndicats eux-mêmes n'exerçaient pas une activité économique sur le marché du placement des travailleurs et n'avaient accompli qu'une action certes anticoncurrentielles, mais simplement ponctuelle, ce qui ne suffisait pas à leur conférer la qualité d'acteur économique. La Cour d'appel en a déduit l'inapplicabilité de l'article 7 de l'ordonnance de 1986 et a annulé la décision du Conseil de la concurrence.

263. Arrêt de la Cour de cassation⁴⁶². Ce fut donc au tour de l'éditeur de se pourvoir en cassation, en arguant que les dispositions de l'ordonnance ne posaient nullement comme condition que les pratiques incriminées présentent un caractère habituel ou répétitif pour pouvoir être qualifiées d'entente. La Chambre commerciale répondit que la Cour d'appel ne s'était pas fondée sur le caractère isolé des agissements en cause, mais sur l'absence d'activité économique des syndicats, et elle rejeta le pourvoi.

264. Commentaire. Cette conclusion juridique apparaît doublement critiquable eu égard à la jurisprudence européenne. L'arrêt *Höfner* de 1991 avait expressément affirmé deux éléments qui ont, semble-t-il, échappé aux juridictions françaises. En premier lieu, la CJCE a considéré que l'activité de placement était une activité économique. En second lieu, elle a déclaré que, dans le contexte du droit de la concurrence, la qualification d'entreprise s'applique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement, à toute entité exerçant une activité économique. Elle en a logiquement déduit en l'espèce que l'office public pour l'emploi allemand devait être traité comme une entreprise et était donc soumis au droit de la concurrence⁴⁶³.

La conséquence que nous pourrions (et que le Conseil de la concurrence aurait pu) tirer de cet arrêt est que non seulement les syndicats doivent être regardés comme des acteurs économiques, mais ils doivent aussi être vus comme des entreprises et pourraient être restreints dans l'exercice de leur droit syndical par les dispositions du droit de la concurrence, interdiction des ententes et des abus de position dominante en tête. En l'espèce, par transposition de la solution de l'arrêt *Höfner*, le Conseil de la concurrence aurait pu mettre un

⁴⁶¹ CA Paris 29 février 2000, n°1999/17522

⁴⁶² Cass. com. 15 janvier 2002, n°00-13.059

⁴⁶³ CJCE 23 avril 1991, *Höfner*, aff. C-41/90

terme au monopole conventionnel de placement de ses adhérents détenu par le CILP sur le fondement de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

265. Une différence entre les deux affaires peut néanmoins faire hésiter : le versant syndical, présent dans les décisions relatives au CILP, absent dans l'arrêt de la CJCE. Le Conseil de la concurrence a probablement considéré que l'activité de placement n'était pas vraiment détachable de la mission syndicale consistant à défendre et représenter les salariés adhérents. Un auteur⁴⁶⁴ rapproche d'ailleurs cette solution de l'arrêt *Poncet* de la CJCE⁴⁶⁵, dans lequel la Cour a exclu l'application de la jurisprudence *Höfner* en raison de la fonction de caractère exclusivement social exercée par les organismes en cause – des caisses d'assurance maladie et maternité. Etais-ce justifié dans notre espèce ? Cette question revient d'abord à s'interroger sur l'efficacité du monopole conventionnel : s'il ne permet pas un placement plus rapide des travailleurs du secteur, alors il n'a aucune légitimité et doit laisser le passage à la libre concurrence. Si, à l'inverse, il garantit un placement diligent de ces travailleurs, alors droit au travail et droit de la concurrence se retrouvent une nouvelle fois confrontés l'un à l'autre. Vue la faveur accordée par les institutions européennes à la promotion de l'emploi⁴⁶⁶, il n'est pas exclu que ce soit cette fois-ci le droit au travail qui triomphe. Cette dernière hypothèse demeure cependant peu probable : on conçoit mal, en effet, que l'ouverture de ce marché restreint à d'autres opérateurs soit défavorable aux travailleurs. L'exemple de l'ancien monopole légal est, sur ce sujet, édifiant.

II/ L'utilisation d'outils nouveaux : le social au cœur de la concurrence

266. Si la libre concurrence agit directement sur certains rouages sociaux afin de faciliter leur fonctionnement, il arrive également que le droit social soit partie intégrante de la concurrence, autant dans l'absolu que dans le relatif.

A) Le social en tant qu'absolu : la régulation par les marchés publics

267. Le terme de « clauses sociales » est utilisé dans un certain nombre de domaines, généralement pour évoquer des engagements contractuels pris par l'une des parties de se

⁴⁶⁴ B. Edelman, *Où la concurrence sera le genre humain*, D. aff. 2000

⁴⁶⁵ CJCE 17 février 1993, *Poncet*, D. 1993, obs. X. Prétot ; Rec. CJCE, I, p. 637

⁴⁶⁶ Rappelons que l'arrêt *Höfner* de 1991 a brisé le monopole public notamment parce que l'office public pour l'emploi n'était « manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour ce genre d'activités »

préoccuper de l'aspect social du droit commercial, dont notamment la création d'emploi. C'est ainsi qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles, l'article L.420-4, alinéa 2, du Code de commerce dispose que de telles pratiques peuvent être tolérées lorsqu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique « y compris par la création ou le maintien d'emplois ». Cette disposition, introduite en 2001⁴⁶⁷, manifeste ainsi une tendance à « interpréter de manière extensive la notion de progrès économique »⁴⁶⁸ en y associant étroitement une visée sociale. De cette façon, le droit de la concurrence prend lui-même en charge certaines exigences sociales ; surtout, plus encore, le social légitime des pratiques qui, en temps normal, c'est-à-dire sans un tel effet vertueux, seraient prohibées. En somme, « l'exigence sociale formulée par l'article L.420-4 du Code de commerce semble bien être devenu un élément de la légalité de l'entente » !⁴⁶⁹ C'est cependant à un autre domaine que celui des pratiques anticoncurrentielles que nous allons nous intéresser : celui des marchés publics.

268. « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées ».

Ce guide, édité pour la première fois en 2007, a été refondu en décembre 2010⁴⁷⁰. Il manifeste par son titre même le souci des personnes publiques de prendre en compte des paramètres autres que seulement économiques dans l'attribution de certains marchés, particuliers ou non. L'Observatoire économique de l'achat public, auteur du guide, déclare ainsi dans sa préface qu'« il est apparu souhaitable de mettre particulièrement l'accent sur la réduction du chômage longue durée et l'accès au travail des personnes en situation d'exclusion », avant de relever un certain nombre de dispositions du Code des marchés publics pouvant être mises en œuvre pour mener à bien ces objectifs : les articles 10, 14, 15, 30, 50 et 53.

269. Toutes ces dispositions ne soulèvent pas des problèmes de conciliation entre libre concurrence et droit de l'emploi. Ainsi, l'article 15 a trait aux marchés réservés à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail⁴⁷¹, ou à des structures équivalentes employant principalement des personnes handicapées. Ici est en cause une concurrence, certes, mais uniquement entre entreprises du même secteur, celui de l'insertion professionnelle des personnes handicapées, ce qui ne pose aucune difficulté. De même, l'article 30 détaille la procédure applicable aux marchés de service dont l'objet peut être l'insertion, ce qui sort de la finalité normalement économique des marchés publics. Quant à l'article 10, qui autorise le pouvoir adjudicateur à séparer le marché public en lots « afin de

⁴⁶⁷ Loi du 15 mai 2001, Nouvelles Régulations Economiques

⁴⁶⁸ A. Pirovano, *Droit de la concurrence et progrès social*, D. 2002, chron., p. 62

⁴⁶⁹ Idem

⁴⁷⁰ *Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées*, décembre 2010, focus par F. Linditch, Contrats et Marchés publics n°3, mars 2011

⁴⁷¹ Enumérés aux articles L.5213-13, L.5213-18, L.5213-19 et L.5213-22 du Code du travail

susciter la plus large concurrence », il permet seulement de scinder la commande et d'introduire dans certains lots une clause sociale qui n'aurait pas pu figurer dans un marché global – il s'agit donc d'un moyen de jouer avec les autres articles plutôt que d'une fin. Plus exploitables sont les articles 14, 50 et 53.

270. Clauses sociales dans les marchés publics. Le Code des marchés publics comprend un chapitre VI directement intitulé « Clauses sociales et environnementales ». Celui-ci ne comporte qu'un seul article, l'article 14, en vertu duquel « les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social [...] en conciliant développement économique [...] et progrès social ». Ces obligations contractuelles que peut imposer le pouvoir adjudicateur sont toutefois limitées. Elles ont été précisées par deux réponses ministérielles de juillet 2005, qui ont indiqué d'une part les éléments que peuvent contenir les clauses sociales⁴⁷², d'autre part l'étendue des obligations qu'elles peuvent assigner au cocontractant⁴⁷³.

Par ailleurs, cette disposition doit être considérée avec une certaine prudence. Elle ne s'applique pas, en effet, au moment de l'attribution du marché, mais au moment de sa mise en œuvre, ce qui est très différent. Il ne peut ainsi pas s'agir d'un critère de sélection de l'attributaire, mais d'une clause que l'attributaire, *quel qu'il soit*, devra respecter par la suite. C'est pourquoi la clause sociale doit offrir à tous les soumissionnaires la possibilité d'y satisfaire et ne doit ni être discriminatoire, ni prévoir des modalités obligatoires de sa réalisation, ni enfin et surtout restreindre la concurrence. En définitive, la limite est toujours la même.

271. Critères sociaux dans les marchés publics. Pour mieux comprendre la distinction entre clause sociale et critère social, il convient de se reporter à l'article 53 du Code des marchés publics. Celui-ci énumère les différents critères auxquels le pouvoir adjudicateur peut se référer pour opérer sa sélection. Parmi eux figure depuis 2005⁴⁷⁴ « les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté ». C'est donc une nouvelle fois sous l'angle de l'emploi que le social apparaît comme un éventuel – au choix du pouvoir adjudicateur – absolu à respecter pour pouvoir ne serait-ce que candidater au marché.

⁴⁷² Promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés d'insertion, tels que les demandeurs d'emploi de longue durée, les allocataires du RSA, les publics handicapés...

⁴⁷³ Réserver une part des heures de travail générées par l'octroi du marché à des publics en difficulté, employer un nombre défini de chômeurs de longue durée ou de jeunes chômeurs...

⁴⁷⁴ Loi n°2005-32 du 18 janvier 2005, art. 58

Toutefois, la jurisprudence apparaît peu enthousiaste à l'idée d'introduire le social comme critère d'un contrat à visée économique avant tout. Ainsi, « d'une manière générale, la question de savoir si des critères d'ordre social peuvent être retenus par une personne publique pour l'attribution des marchés qu'elle passe reçoit une réponse négative [...] tout simplement parce que ceci n'est pas leur finalité »⁴⁷⁵. Cet auteur illustre son affirmation par plusieurs décisions dans lesquelles le Conseil d'Etat a manifesté son hostilité à l'égard de tels critères, que ce soit en 1996, où il a considéré que le social ne pouvait faire l'objet que d'une simple déclaration d'intention⁴⁷⁶, ou en 2001, où il a estimé cette fois que le critère tenant à la création d'emploi n'avait pas sa place dans le marché public en question⁴⁷⁷.

En réalité, dans ces deux cas, le Conseil d'Etat s'est avant tout intéressé à l'objet du marché, duquel découlent les critères pouvant être pris en compte : il n'est permis d'utiliser le critère des performances en matière d'insertion que lorsque l'objet du marché comprend une dimension sociale. Ainsi, en 2001, il s'agissait d'un marché public conclu pour la réhabilitation d'une décharge... Autant dire que le progrès social n'était pas particulièrement en vue. A contrario, un contrat public conclu sur le fondement de l'article 30 du Code des marchés publics, dont l'objet serait la réalisation d'une action d'insertion, pourrait inclure des critères sociaux.

272. Une évolution conceptuelle favorable aux critères sociaux. Toutefois, plus que d'hostilité, nous pourrions parler plutôt d'incertitude. D'abord parce que la CJUE a parfois admis la légalité d'un critère social relatif à l'emploi des chômeurs de longue durée, dès lors qu'il ne conduisait à aucune discrimination entre les candidats en raison de leur nationalité⁴⁷⁸. Ensuite parce que la jurisprudence est pour ainsi dire inexistante depuis la loi du 18 janvier 2005 ayant introduit le social dans les critères de sélection potentiels, et l'Etat français lui-même se montre de plus en plus ambitieux sur l'utilisation du versant social dans les marchés publics : il s'est ainsi donné comme objectif d'attribuer au moins 10 % des marchés, dans les segments de marché comportant plus de 50 % de parts de main d'œuvre, à des organismes sociaux⁴⁷⁹. Enfin parce que la Commission européenne a tout récemment élaboré un livre vert⁴⁸⁰ afin de modifier quelque peu l'optique des marchés publics, de passer d'une

⁴⁷⁵ P. Morvan, Chron. de droit du travail sous la direction de B. Teyssié, JCP G n°16, 18 avril 2007

⁴⁷⁶ CE 10 mai 1996, n°159.979

⁴⁷⁷ CE 25 juillet 2001, n°299.666

⁴⁷⁸ CJCE 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjs*, aff. C-31/87 ; CJCE 26 septembre 2000, *Commission c/ France*, aff. C-225/98

⁴⁷⁹ Circ. 3 décembre 2008 relative à l'exemplarité de l'Etat au regard du développement durable dans le fonctionnement de ses services et de ses établissements publics, fiche 19

⁴⁸⁰ Livre vert sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics : vers un marché européen de contrats publics plus performant, 27 janvier 2011

conception purement économique de l'achat public à une conception de celui-ci en tant qu'instrument des politiques publiques dans le domaine social (et en matière environnementale), comme d'ailleurs l'évoque le conseiller d'Etat Alain Ménéménis dans ses commentaires sous l'article 53. Le communiqué de presse de ce livre vert énonce notamment que « la politique des marchés publics doit [...] soutenir la croissance et la création d'emplois ». La visée sociale est ainsi clairement affichée.

273. Vers une intégration du social dans les marchés publics. L'espoir de voir le social prendre une place plus importante dans les marchés publics emprunte en fin de compte deux chemins différents. Le premier est celui de la stipulation de clauses sociales dans les marchés publics, applicables au stade de l'exécution. Il ne s'agit alors pas de donner la prime à l'entreprise socialement responsable, mais de la pousser à s'engager ultérieurement à prendre en considération l'insertion professionnelle des travailleurs en difficulté ou, plus largement, le progrès social.

Le second est celui de l'acceptation progressive, vers son caractère systématique, du critère social au stade de la sélection même de l'adjudicataire. C'est ici que le social jouerait le rôle de plancher, de minimum absolu sous peine d'élimination prématurée. Cette voie se heurte à des préjugés féroces, notamment celui du coût supplémentaire du social pour le soumissionnaire. Or ce coût n'est pas avéré ; « les prix des marchés étudiés n'ont pas été sensibles de manière visible à l'introduction de ces clauses sociales »⁴⁸¹, en partie parce qu'elles s'accompagnent souvent de contrats aidés cofinancés par l'Etat ou les collectivités territoriales. Il s'agit donc avant tout d'un travail à mener sur des conceptions trop prématurément ancrées dans les esprits et d'une prise de conscience à instiller.

274. Celle-ci passe aussi par l'utilisation de l'article 50 du Code des marchés publics, qui place les soumissionnaires devant leur responsabilité sociale. Cet article permet au pouvoir adjudicateur d'autoriser les candidats à présenter des variantes portant des exigences en matière d'insertion sociale. Les opérateurs économiques sont ainsi directement impliqués dans des objectifs supplémentaires à la seule performance économique et la concurrence elle-même passe par le perfectionnement et la diversité des propositions formulées par eux. Néanmoins,

⁴⁸¹ F. Linditch, *Les clauses sociales, entre rationalité économique et construction sociopolitique*, Contrats et Marchés publics n°7, juillet 2010

l'optimisme doit rester mesuré, le guide relevant que « l'utilisation des variantes dans le domaine social connaît encore peu d'applications »⁴⁸².

En somme, le social se mettrait à constituer l'un des éléments de la concurrence et, si l'on pourrait s'élever contre cette instrumentalisation, contre ce plongeon du social dans l'ombre de la concurrence, il faut avant tout prendre en compte les effets vertueux de cette association déséquilibrée mais pas contre-nature, tout comme il faut considérer d'un œil bienveillant le développement rapide de la responsabilité sociale des entreprises.

B) Le social en tant que relatif : la régulation par les entreprises privées

275. Si les personnes publiques peuvent agir en incorporant la dimension sociale au sein de la concurrence pour l'attribution des marchés, les entreprises elles-mêmes ont la possibilité d'intégrer cette dimension dans leurs politiques interne et externe, à travers le concept de responsabilité sociale.

276. Notion de RSE. La responsabilité sociale (ou sociétale) de l'entreprise n'est guère aisée à cerner. Originaires des Etats-Unis, elle a fait l'objet d'une définition de la part de la Commission, selon laquelle la RSE est « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes »⁴⁸³. La doctrine s'est échinée sur le caractère obligatoire ou non de cette intégration volontaire, sur sa nature, sur ses objectifs louables (améliorer et assainir le cadre de vie des salariés) ou moins louables (faire pression sur les salariés par le biais de valeurs assénées, substituer une norme molle et choisie à la norme rigide et imposée par le législateur). En tout état de cause, la Commission rappelle incidemment que dans la poursuite de ces objectifs sociaux et environnementaux, les entreprises demeurent soumises aux « dispositions pertinentes du droit communautaire et national de la concurrence ». Le social ne justifie pas n'importe quelle pratique.

L'une des particularités de la RSE est qu'elle a vocation à s'étendre jusqu'aux plus lointaines ramifications des groupes de sociétés à travers la notion de parties prenantes : actionnaires, salariés, consommateurs, riverains, autorités locales, fournisseurs. Les valeurs partagées par l'entreprise sont censées être prises en compte non seulement par l'entreprise elle-même dans

⁴⁸² Guide *Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées*, décembre 2010, point 1.4.5. ; cf. aussi l'annexe 4 pour le détail des modalités d'utilisation de l'article 50

⁴⁸³ Livre vert : Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, 2001

le choix de ses fournisseurs, mais aussi par les consommateurs dans le choix de l'entreprise de laquelle ils achèteront les produits. Deux versants se détachent de ce paysage incertain : la RSE en relatif, c'est-à-dire la concurrence entre entreprises par le social ; et la RSE en absolu, c'est-à-dire, comme pour les marchés publics, la sélection du partenaire commercial par le social – plus audacieuse dans le marché ultra concurrentiel actuel, mais aussi sans doute plus déterminante dans la promotion et l'amélioration de l'emploi.

277. La RSE comme avantage concurrentiel. Le versant le plus évident de la RSE est celui de l'avantage compétitif tenant à l'image, à la réputation de l'entreprise. La RSE « participe assurément de la communication des entreprises, [...] de publicité, de marketing »⁴⁸⁴. La hausse de la qualité de vie au sein de l'entreprise elle-même serait une arme permettant d'attirer à la fois les salariés compétents (visibilité interne), mais également les clients (visibilité externe). Comme le rappelle le livre vert de la Commission, « des enquêtes ont montré que les consommateurs veulent non seulement acheter des produits corrects et sûrs, mais aussi savoir qu'ils ont été fabriqués selon des critères socialement responsables »⁴⁸⁵, et ces mêmes consommateurs sont prêts à payer plus pour de tels produits. Cela permet d'ailleurs de briser le préjugé de l'investissement supérieur nécessaire, puisqu'il y a fort à parier qu'il sera de plus en plus amorti, puis compensé, puis rentabilisé en raison de la prise de conscience progressive de la population de la nécessité d'un développement durable, qui passe également par un *emploi* durable.

278. L'amélioration de l'attractivité financière arbore quant à elle la forme de l'investissement socialement responsable (ISR). Il s'agit, pour des fonds d'investissement en particulier, de placer leurs capitaux dans des entreprises respectant des critères sociaux et environnementaux spécifiques. C'est donc encore l'une des parties prenantes, la figure de l'actionnaire, qui intervient dans la RSE, et cette intervention permet naturellement d'accroître la compétitivité de l'entreprise responsable dans laquelle ont été injectés les fonds. Pour en rester dans le financier, notons aussi que la Commission désire créer un prix européen dans le but de récompenser les entreprises les plus progressistes – encore un avantage économique consécutif à une attention sociale et environnementale.

279. De plus, la vocation des valeurs et des engagements sociaux à proliférer jusqu'aux fournisseurs permet potentiellement à l'entreprise d'influencer des pratiques sur une vaste étendue géographique et professionnelle. Ainsi, l'employeur endosse le costume de législateur

⁴⁸⁴ C. Neau-Leduc, *La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques ?*, Dr. social n°11, novembre 2006

⁴⁸⁵ Livre vert : Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, 2001, point 3.4.

privé dans des Etats socialement peu protecteurs ou, en tout cas, dépourvus des moyens de faire respecter leur législation. Nous pourrions presque parler d'évangélisme par le social, d'autant plus que la RSE recèle une hypocrisie de fond assez similaire.

280. C'est du moins ce qu'estiment et dénoncent certains auteurs. Les critiques fusant dans de multiples directions, nous nous contenterons d'en relever deux sortes. Les premières tiennent dans le caractère très arrangeant pour l'entreprise dominante de la propagation de ses valeurs à ses filiales et à ses fournisseurs. Cela lui permet en effet de « transférer »⁴⁸⁶, dans le prolongement des risques économiques, le risque de l'emploi, de l'application des valeurs sociales. Un autre auteur parle aussi de la « répartition du risque de l'emploi » mais pose le constat sous un angle plus interrogateur qu'affirmatif : sur qui pèse le risque ?⁴⁸⁷ Qui doit répondre du non-respect des valeurs sociales ? Les salariés du sous-traitant peuvent-ils se prévaloir d'une charte à l'encontre de l'entreprise qui sous-traite ? Autant de questions pertinentes dépourvues de réponses certaines.

281. Les autres critiques tiennent essentiellement dans l'instrumentalisation du social par l'entreprise, sous deux aspects. Le premier est celui des relations collectives : un auteur déclare ainsi qu'on est passé « d'une négociation-revendication à une négociation-outil de gestion au profit de l'employeur »⁴⁸⁸. Les syndicats sont en effet souvent placés devant le fait accompli, soit parce que l'employeur a décidé d'instituer une charte éthique unilatéralement, soit parce qu'il a négocié directement avec les représentants du personnel – dans la mesure où la charte ne nécessite pas la conclusion d'un accord collectif au sens du droit du travail. Les syndicats apparaissent donc comme les parents pauvres de la RSE, et se retrouvent à négocier « le dos au mur »⁴⁸⁹.

Le second aspect est celui des relations individuelles : le bien-être du salarié sert d'argument publicitaire – un auteur utilise l'excellente formule de « markéthique »⁴⁹⁰. Autrement dit, la finalité de la RSE n'est pas tant l'amélioration des conditions de travail dans l'entreprise, que l'amélioration de la visibilité et de la compétitivité de l'entreprise. Ce décalage ne serait pas si gênant s'il ne s'accompagnait d'une certaine forme de shopping social. L'OIT a ainsi relevé que les codes se concentrent trop sur certaines formes d'abus, les plus aisées à corriger ou les plus évidentes, en tout cas les plus éclatantes, au détriment d'autres moins médiatiques mais

⁴⁸⁶ M.-L. Morin, *Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises*, Université d'été de Nantes, 29 au 31 août 2004

⁴⁸⁷ G. Besse, *A qui profite la RSE ?*, Dr. social n°11, novembre 2005

⁴⁸⁸ F. Meyer, *La responsabilité sociale de l'entreprise : un concept juridique ?*, Intervention au colloque organisé par l'Université de Nancy II, 17 et 18 mars 2005

⁴⁸⁹ Idem

⁴⁹⁰ E. Mazuyer, *Faut-il faire une évaluation sociale des entreprises ?*, débat avec J.-P. Robé, RDT 2010, p. 413

tout aussi essentielles. Relayant ce constat, un auteur⁴⁹¹ ajoute que la notion d'emploi durable est passée sous silence, ignorée, ce qui laisse à penser que la qualité de l'emploi importe peu. Il ne s'agit pas nécessairement de faire du *mieux*, mais du *plus*, du quantifiable⁴⁹² : plus d'emplois, plus de valeurs, plus de partenaires englobés dans la sphère d'influence...

282. Le problème de l'évaluation de l'entreprise. Cette critique est particulièrement confortée par la question complexe de l'évaluation des entreprises, de leurs résultats sociaux. Pour que celles-ci puissent se targuer de performances sociales et s'en servir d'arguments marketing, encore faut-il que ces performances soient certifiées ou notées par un organisme extérieur. Tout le problème demeure dans le choix, la qualité, la légitimité de ces organismes. En réalité, il faut distinguer deux types d'évaluation.

283. La certification passe par le respect de certaines normes existantes, en particulier la certification OHSAS 18001 sur la santé et la sécurité au travail, le standard SA 8000 sur l'éthique et le social, et la norme ISO 26 000⁴⁹³ sur la responsabilité sociétale des entreprises. Si ces normes sont respectées, alors l'entreprise bénéficie d'un label social qui lui permet de proclamer ses bonnes pratiques à l'intention des consommateurs.

284. La notification, quant à elle, est plus ambivalente. Il s'agit pour une entreprise de faire appel à une agence de notation afin d'être jugée et classée sur la base d'indicateurs sociaux, environnementaux et économiques. L'ambiguïté est double. En premier lieu, les critères employés ne sont pas toujours pertinents ou représentatifs. Certains facteurs sociaux, tel le stress au travail, ne sont pas mesurables – sauf à calculer le nombre de suicides au sein de l'entreprise, ce qui ne serait ni de bon goût, ni déterminant, hormis dans le cas de certaines entreprises très particulières... Bref, ni les indicateurs choisis, ni les outils utilisés ne sont adéquats et ne permettent une évaluation fine de RSE. En second lieu, les agences de notation souffrent d'une légitimité hasardeuse. Si certains organismes de notation sont indépendants et échappent à la direction de l'entreprise, ce qui est par exemple le cas de la HALDE⁴⁹⁴, d'autres agissent dans le cadre de la notation sollicitée. Il s'agit alors de cabinets d'expertise rémunérés par l'entreprise, donc suspectés de partialité : ils n'ont aucun intérêt à s'aliéner leurs clients en se montrant trop sévères dans leur appréciation. Un auteur, dans un billet

⁴⁹¹ G. Besse, *A qui profite la RSE ?*, Dr. social n°11, novembre 2005

⁴⁹² Ce qui tend à rejoindre les reproches adressés à certains auteurs à l'appréciation indifférenciée des emplois, sans prise en compte de leur qualité ; cf. J. Affichard, A. Lyon-Caen et S. Vernac, *De l'analyse économique à l'évaluation du droit du travail*, RDT 2009, p. 631

⁴⁹³ Publiée le 1^{er} novembre 2010, celle-ci définit la RSE comme la « responsabilité d'une organisation vis-à-vis des impacts de ses décisions et de ses activités sur la société et sur l'environnement, se traduisant par un comportement transparent et éthique »

⁴⁹⁴ Dont les attributions ont été reprises par le Défenseur des droits depuis le 1^{er} mai 2011

sarcastique, souligne ces ambivalences par un bon mot : « la RSE, c'est la responsabilité de personne vis-à-vis de personne »⁴⁹⁵.

Le classement de l'entreprise parmi ses concurrents au moyen de telles évaluations est donc aléatoire, tronqué⁴⁹⁶, et il est même possible à notre sens qu'il conduise à fausser le libre jeu de la concurrence. C'est ainsi que la société Nike a été condamnée en 2002 pour publicité mensongère : le juge américain a considéré que Nike avait trompé les consommateurs par la publication de rapports sociaux affirmant le respect, dans le mode de production de ses chaussures, des droits sociaux fondamentaux, ce qui n'était en vérité pas le cas⁴⁹⁷. Il n'est pas exclu que cette solution donnée sur le sol américain ne traverse l'Atlantique pour venir se lover dans la bouche des institutions européennes.

285. La RSE comme critère concurrentiel. Il ne s'agit plus ici d'adapter ses mesures sociales en fonction de ses concurrents par l'intermédiaire d'une classification, mais plutôt de poser un palier social qui influencerait sur les liens commerciaux. Deux situations sont envisageables.

286. La première concerne les relations entre l'entreprise et ses sous-traitants ou ses fournisseurs, déjà brièvement évoquée en d'autres lieux⁴⁹⁸. La RSE se manifesterait par la rupture du contrat de fourniture ou de sous-traitance en cas de non-respect par le partenaire commercial des engagements pris par l'entreprise elle-même. Ainsi, « une entreprise qui affiche des engagements de responsabilité devrait l'être sur l'ensemble de sa chaîne de valeur »⁴⁹⁹. Cette mesure serait d'une efficacité redoutable dans la mesure où ces partenaires sont souvent placés dans une situation de dépendance économique et où la perte de leur contrat équivaldrait à la leur. L'ORSE précité propose notamment l'intégration d'une clause sociale dans le contrat, clause dont le non-respect provoquerait automatiquement la rupture anticipée du contrat de fourniture ou de sous-traitance. Notons toutefois qu'une telle solution serait particulièrement coercitive pour le sous-traitant, et qu'il ne faut pas oublier sa propre liberté professionnelle, tout aussi fondamentale que celle de ses salariés.

287. La seconde situation concerne les rapports entre l'entreprise et ses partenaires commerciaux. Elle consisterait pour l'entreprise à refuser de contracter avec d'éventuels

⁴⁹⁵ J.-P. Robé, *Faut-il faire une évaluation sociale des entreprises ?*, débat avec E. Mazuyer, RDT 2010, p. 413

⁴⁹⁶ La Commission européenne elle-même, dans son livre vert de 2001, déclare que « les labels sociaux [...] ont tendance à se caractériser par un manque de transparence et l'absence de toute vérification de l'indépendance de leurs affirmations » ; cf point 3.4.

⁴⁹⁷ Cour suprême de Californie 2 mai 2002, *Kasky c/ Nike*, n°S087859

⁴⁹⁸ Cf. l'introduction du chapitre 3 et de la première partie de ce mémoire, relatif à la franchise

⁴⁹⁹ Rapport de l'Observatoire sur la Responsabilité Sociétale des Entreprises (ORSE), *La responsabilité sociétale des entreprises : un levier de transformation du dialogue social*, septembre 2009, point I. D.

partenaires qui, de leur côté, ne se seraient pas engagés à hauteur d'un minimum soit fixé par avance, soit apprécié opportunément, en matière de protection et de promotion de l'emploi des travailleurs. Cette prise de position serait plus contraignante pour l'entreprise, puisqu'elle pourrait avoir pour conséquences de détourner les fournisseurs vers ses concurrents et d'affaiblir sa position sur le marché. Néanmoins, il s'agirait d'un engagement sans doute plus responsable, moins hypocrite, moins utilitaire, et peut-être même, paradoxalement, plus vendeur « markéthiquement ».

288. Vers une « responsabilité concurrentielle de l'entreprise » ? L'on pourrait aller encore plus loin dans l'affirmation et la portée de valeurs sociales, dans l'utopie aussi : pourquoi l'entreprise ne s'engagerait-elle pas elle-même sur ses propres offres ? L'interrogation est absconse et mérite d'être illustrée par un exemple. Imaginons qu'un appel d'offres soit lancé. L'idée reviendrait à dire que l'entreprise refuserait de formuler des offres pour y répondre sans respecter par principe certains seuils garantis dans différents domaines sociaux : nombre de chômeurs à employer, hauteur de la rémunération, objectifs en matière de formation continue... Ce serait évidemment, du moins selon les préjugés en vigueur, se lester d'un poids supplémentaire vis-à-vis des autres soumissionnaires, mais enfin, le geste serait beau ! Et la faveur aux travailleurs flagrante.

Ne nous leurrions pas : ce n'est pas dans l'air du temps, même si celui-ci semble évoluer. Le pouvoir adjudicateur qui sélectionnerait une offre en raison de ses aspects sociaux commettrait une illégalité en l'état actuel du droit des marchés publics, puisqu'il doit avant tout choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Mais songeons un instant au résultat de certaines études déjà citées, selon lesquelles le coût du social n'a pas forcément de répercussions d'ampleur sur la hauteur de l'offre ; songeons à cette tendance de plus en plus prononcée des citoyens à s'intéresser au développement durable et à œuvrer dans son sens ; songeons à cette fameuse génération Y, qui entremêle allègrement vie de famille et vie professionnelle, et pour laquelle cette dernière ne doit pas l'accabler et l'oppresser en permanence. Tous ces facteurs vont dans le sens d'une évolution, certes à l'état embryonnaire, mais inéluctable, du rapport entre social et économique – et s'il fallait parler cette dernière langue pour convaincre, alors gageons que les entreprises pionnières en matière de responsabilité concurrentielle amasseront l'essentiel des profits en contrepartie de leurs engagements sociaux, pour peu que le basculement opère.

Souhaitons qu'il le fasse !

CONCLUSION

289. D'antagonistes, libre-concurrence et droit du travail gagneraient à se muer en partenaires. Il n'est plus à démontrer que l'emploi des travailleurs profite de l'intervention de la concurrence ; mais même le droit *du* travail en tire parti, sous certains points de vue. Les salariés des Etats membres de l'Union européenne les plus laxistes socialement bénéficient de la protection du droit dérivé, même si elle est minimale. Le franchisé, dans une situation de dépendance semblable à celle du salarié, voit le droit de la concurrence venir à son secours sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles et restrictives de concurrence. Le salarié lui-même, en dépit de l'hostilité que nous avons manifestée à l'encontre de l'obligation de contrepartie pécuniaire, obtient, grâce au monnayage de sa liberté professionnelle, une somme supplémentaire, un *salaire* ultérieurement à l'expiration de la de travail. Mais il faut envisager d'aller plus loin encore dans l'inspiration de la concurrence, par exemple dans le domaine du licenciement pour motif économique, particulièrement intéressant en ce qu'il cristallise les enjeux du dialogue entre concurrence et droit du travail.

290. L'appréciation de la réalité du motif économique : le secteur d'activité. Pour déterminer si les difficultés économiques existent bel et bien, la jurisprudence considère qu'il faut raisonner par secteur d'activité, au niveau international⁵⁰⁰. Autrement dit, il se peut tout à fait que la société se trouve dans une situation globale satisfaisante, voire très favorable, tout en pouvant licencier pour motif économique des salariés appartenant à un secteur d'activité déficitaire. Cette situation passablement absurde a été favorisée par la jurisprudence de la Chambre sociale, qui a donné une définition très grossière du secteur d'activité, notamment en refusant le découpage géographique du secteur. Cela rend la notion malaisée d'utilisation : ainsi, l'entreprise très déficitaire en Europe ne pourra pas licencier dans ses établissements en difficulté en raison d'excellents résultats propres aux évolutions du marché asiatique ou, inversement, pourra remercier ses salariés européens alors même que les établissements où ils travaillent fonctionnent de façon satisfaisante, ce en raison de désastreux résultats aux Etats-Unis. Ce découpage rudimentaire se révèle ainsi tantôt profitable, tantôt fatal aux salariés, et aboutit régulièrement à des résultats incohérents. Peut-être vaudrait-il mieux, pour apprécier les difficultés économiques de l'entreprise, solliciter la notion de marché pertinent propre au

⁵⁰⁰ Cass. soc. 10 février 2010, n°08-45.381 ; pour l'arrêt fondateur : Cass. soc. 5 avril 1995, *Videocolor*, n°93-42.690

droit de la concurrence. Selon la Commission européenne⁵⁰¹, le marché pertinent est bicéphale : il faut prendre en compte à la fois le marché de produits, qui « comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés »⁵⁰², et le marché géographique, qui « comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable »⁵⁰³. La distinction et la précision de ces deux facettes met en évidence la finesse des analyses permettant la délimitation du marché pertinent. Cette précision, propre au droit de la concurrence, serait utilement mise au service du droit du travail afin de mettre un terme aux licenciements économiques incohérents et, surtout, mal compris par ceux qui en sont les victimes et ceux qui s'en font l'écho.

291. Le motif économique du licenciement tenant à la sauvegarde de la compétitivité.

En sens inverse, le licenciement économique recèle une notion hostile à la protection des travailleurs. L'article L.1233-3 du Code du travail prévoit expressément (mais non limitativement) deux motifs pouvant justifier un licenciement économique, dont notamment les difficultés économiques. Interprétant cette notion, deux décisions juridictionnelles⁵⁰⁴ ont conduit à considérer la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise comme un motif économique de licenciement valable.

Ces deux solutions, en particulier celle de la Cour de cassation, ont été féroce­ment attaquées par la presse comme par une partie de la doctrine. Un auteur dénonce ainsi l'emprise de la « rationalité concurrentielle » sur le droit du travail à travers l'évolution de la notion de licenciement économique, qui permet désormais les « licenciements compétitifs », voire

⁵⁰¹ Comm. Commission n°97/C 372/03, sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOUE C 372, 9 décembre 1997, p. 5

⁵⁰² Les critères utilisables sont extrêmement nombreux : nature du produit, caractéristiques physiques et matérielles qui le distinguent des autres tels que la forme, le conditionnement, la durabilité..., qualité des demandeurs du produit – mais aussi leurs préférences, leurs attentes, à leur comportement, appréhendable notamment au regard de leur réaction aux différences de prix, de coût d'utilisation ou de mise à disposition

⁵⁰³ Le critère de l'accessibilité des produits sur le territoire en cause fait l'objet d'une particulière attention et s'apprécie au regard de deux éléments : les conditions de fonctionnement du marché et les raisons expliquant la structure de l'approvisionnement, c'est-à-dire tous les facteurs susceptibles d'enclaver le marché

⁵⁰⁴ Cons. const. 12 janvier 2002, n°2001-455 DC, décision selon laquelle la pérennité de l'entreprise est en cause, sous peine de porter « à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi » ; Cass. soc. 11 janvier 2006, *Pages jaunes*, n°05-40.977, décision selon laquelle les entreprises pouvaient procéder à des licenciements destinés à sauvegarder leur compétitivité afin de prévenir des difficultés économiques futures

« boursiers ». ⁵⁰⁵ Il est vrai que cette possibilité offerte à l'entreprise de licencier pour motif économique alors même que sa situation financière est saine et même bénéficiaire, a de quoi choquer, bien que cette solution puisse dans certaines circonstances être justifiée. D'autant plus que la prospection n'est pas toujours – c'est un euphémisme – des plus fiables...

292. Si le travailleur a donc parfois tout intérêt à se prévaloir de la libre concurrence, les profits que cette dernière tire du droit du travail ne sont pas moins importants. Les entreprises se servent du social comme d'un moyen au service de leur compétitivité, qu'il s'agisse de la baisse de leurs prix par la diminution du coût de la main d'œuvre ou de l'amélioration de leur image à travers le phénomène de responsabilité sociale. La moralisation de l'économie, bien qu'elle conduise dans les faits à une instrumentalisation du droit du travail, favorise au fond le progrès social. D'aucuns pourront arguer que le droit du travail n'a pas à être relégué ainsi dans l'ombre de l'économie ; mais il convient, plutôt que de s'arc-bouter sur des positions de principe, de s'attacher aux effets d'une telle instrumentalisation, incontestablement bénéfiques pour les travailleurs.

293. Il n'en demeure pas moins que certains domaines constituent des points d'achoppement, de contradiction entre les deux libertés. Le mécanisme du transfert des contrats de travail est représentatif : la libre concurrence est impuissante à empêcher le droit au travail de se déployer, de l'entraver. De même, les aides publiques sont, sur le fond, peu justifiables du point de vue de la libre concurrence. A l'inverse, le droit de grève, pourtant fondamental dans la défense des travailleurs, a été réduit a quia par les libertés de circulations garanties par l'Union européenne.

294. Le télétravail constituera peut-être l'un de ces points d'achoppement où s'opposeront concurrence et droit du travail. Voué à se développer, il pose d'ores et déjà un certain nombre de questions auxquelles la doctrine ne s'est pas encore intéressée. Quel droit social appliquer au télétravailleur installé en Suisse, mais travaillant pour une entreprise française établie en France ? Bon nombre d'emplois, de professions intellectuelles, ne nécessitent plus la présence physique du salarié sur certains lieux précis. La tentation est grande de profiter de cet état de fait, de cette évolution des métiers et des nouvelles technologies pour placer ses salariés dans des zones franches sociales. S'il ne s'agissait pour l'entreprise, après tout, que d'améliorer sa compétitivité par la réduction de ses coûts sociaux – par la concurrence sociale –, on comprend bien que cette facilitation du dumping social, même si celui-ci peut bénéficier à

⁵⁰⁵ A. Pirovano, *Droit de la concurrence et progrès social*, D. 2002, chron., p. 62

certaines travailleurs, doit être surveillée et encadrée, sans doute mieux que ne l'est déjà la libre concurrence par l'Union européenne.

295. Cependant, au-delà de la méthode qu'est le télétravail, il faut rappeler que ce qu'il permet de rendre plus aisée, à savoir l'externalisation de la main d'œuvre, échappe à d'éventuelles normes sociales élaborées sur le plan national ou européen. En l'absence d'interventions d'instances internationales telle que l'OIT, cruellement dépourvue de tout pouvoir contraignant tant que ses propositions et ses injonctions ne sont pas soutenues et confortées par des organisations plus puissantes, par exemple l'OMC, les droits sociaux de tous les travailleurs ne peuvent être effectivement garantis. Des désastres sociaux comme celui de Bhopal, l'« infinie catastrophe »⁵⁰⁶ des 2 et 3 décembre 1984, peuvent survenir à tout moment parce que la sécurité des travailleurs n'est pas assurée dans les pays étrangers à la main d'œuvre au coût insignifiant. Seule leur d'espoir, le développement de la responsabilité sociale des entreprises peut atteindre ces usines, ces centres d'appels, ces locaux de sous-traitants insalubres ou bancals, pour peu que ce développement s'accompagne de réelles sanctions juridiques et économiques.

296. Ainsi, en dépit de son caractère régulateur, la concurrence n'est pas la panacée, ni la libre concurrence l'objectif à atteindre à tout prix. Elle ne résoudra pas toutes les inégalités, notamment sociales. Philippe Simonnot tire deux leçons contradictoires de la théorie de la concurrence pure, « la première est qu'il faut s'efforcer par tous les moyens d'établir les conditions de la concurrence parfaite. La seconde est que l'on n'y arrivera jamais et qu'il faut trouver un autre système pour parvenir au plus grand bonheur du plus grand nombre »⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ O. Bailly, *Bhopal, l'infinie catastrophe*, Le Monde Diplomatique, décembre 2004 ; l'usine d'une filiale indienne d'une multinationale américaine avait exhalé un nuage de gaz toxique ayant entraîné la mort de plusieurs milliers de personnes et plus de trois-cent mille malades, suite à un défaut d'entretien consécutif à la diminution des frais de fonctionnement décidée par la direction

⁵⁰⁷ P. Simonnot, *39 leçons d'économie contemporaine*, La concurrence, Gallimard, Folio actuel, 2000, p. 189

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux (ordre alphabétique)

- BOUTARD-LABARDE M.-C. et CANIVET G., *Droit français de la concurrence*, éd. LGDJ,
CARON C., *Droit d'auteur et droits voisins*, éd. Litec, 2009
MAZEAUD A., *Droit du travail*, éd. Montchrestien, Domat droit privé, 2008
MORVAN P., *Droit de la protection sociale*, éd. Litec, 2009
POLLAUD-DULIAN F., *La propriété industrielle*, éd. Economica, Corpus droit privé, 2010
SIMONNOT P., *39 leçons d'économie contemporaine*, Gallimard, Folio actuel, 2000
VOGEL L., *Traité de droit commercial*, éd. LGDJ, 2001

Ouvrages spéciaux (ordre alphabétique)

- ANTONMATTEI P.-H., Contrat de travail – Conclusion : JCI. Travail Traité, Fasc. 17-12
BOUTARD-LABARDE M.-C., CANIVET G., CLAUDEL E., MICHEL-AMSELLEM V.,
VIALENS J., *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, éd. LGDJ,
2008
DRIGUEZ L., *Droit social et droit de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles, série Concurrence,
2006
PASSA J., *Concurrence déloyale et parasitisme*, éd. Dalloz, 1993
SCHUMPETER J., *Histoire de l'analyse économique*, 1954
SCHUMPETER J., *Capitalisme, socialisme et démocratie*, 1942
SMITH A., *Recherches sur la nature et les causes de la Richesse des nations*, 1776
WALRAS L., *Eléments d'économie pure*, 1874

Conférences (ordre alphabétique)

- EDELMAN B., *Droit du travail, droit de la concurrence – un nouveau contrat social*,
conférence du 17 novembre 2008
MEYER F. *La responsabilité sociale de l'entreprise : un concept juridique ?*, Intervention au
colloque organisé par l'Université de Nancy II, 17 et 18 mars 2005
MORIN M.-L., *Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises*,
Université d'été de Nantes, 29 au 31 août 2004

PUIG P., *Droits fondamentaux et formation du contrat*, Contrats et droits fondamentaux, Actes du colloque d'Avignon du 12 janvier 2007

Articles (ordre alphabétique)

AFFICHARD J., LYON-CAEN A. et VERNAC. S., *De l'analyse économique à l'évaluation du droit du travail*, RDT 2009, p. 631

AKANDJI-KOMBE J.-F., *Négociation collective et marché intérieur : la CJUE franchit-elle un cap ?*, Semaine Sociale Lamy 2011

ALBERT F., *Les mécanismes conventionnels de protection des réseaux de distribution alimentaire sont-ils anticoncurrentiels ?*, JCP E n°43, 28 octobre 2010, p. 1941

BAILLY O., *Bhopal, l'infinie catastrophe*, Le Monde Diplomatique, décembre 2004

BAILLY P., *Actualité jurisprudentielle du transfert d'entreprise*, Semaine Sociale Lamy, 2010

BECKHARD-CARDOSO J. et DESPLATS M., *Non-concurrence : trois clauses, deux chambres, une question*, JCP E n°7, 18 février 2010, p. 1157

BESSE G., *A qui profite la RSE ?*, Dr. social n°11, novembre 2005

BIENAYME A., *Le progrès économique et le droit de la concurrence*, Revue Concurrence Consommation, novembre-décembre 1994

BOISFLEURY S., *Les entreprises de propreté dénoncent la « concurrence inégale et injuste » des régies de quartier*, Décision-Achats.fr

CAVALLINI J., *Sur le respect de la libre prestation de service dans l'Union européenne*, JCP S n°25, 17 juin 2008

CHAGNY Y., *Débauchage de salarié, nullité de la clause de non-concurrence : une prise de possession du droit du travail par le droit commercial*, RDT 2008 p. 453

CHAGNY Y., *La continuité des contrats de travail du personnel d'un marché de prestation de services*, RDT 2007, p. 78

CHALTIEL F., *La Cour de justice européenne et le dumping social*, LPA, 23 mai 2008, n°104, p. 6

CHAUMETTE P., *Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises*, Dr. social 2008, n°2, février, p. 210-220

CLAUDEL E., *Pratiques anticoncurrentielles et contrat de travail : le contrat de travail ne saurait être instrumentalisé aux fins de la fermeture du marché*, RTD Com. 2007, p. 48

CLEMENT M., *Europe(s) sociale(s) : une longue marche ?*, Esprit, janvier 2009

CONTIS N. et CORDIER G., *Les accords de distribution à l'épreuve d'Internet*, JCP G n°15, 11 avril 2001

DANIEL J., *L'Indemnisation du chômage partiel*, JCP S n°13, 24 mars 2009

DESCHAMPS M., *La stratégie anticoncurrentielle d'augmentation du coût des rivaux à travers l'exemple du transfert de contrat de travail*, Revue Lamy de la concurrence, 2010

DONNETTE A., *Le droit du travail sous le vent de la libre concurrence : quand le Conseil d'Etat prend le large...*, Revue Lamy de la concurrence 2008, n°16, p. 41-43

EDELMAN B., *A bas de le droit du travail, vive la concurrence !*, D. 1992, p. 1

EDELMAN B., *La Cour européenne des droits de l'Homme : une juridiction tyrannique ?*, D. 2008, Chron. 1946

EDELMAN B., *Où la concurrence sera le genre humain*, D. aff. 2000

HERZOG P., *Les principes de la concurrence confrontés à la nécessité d'une politique industrielle innovante et compétitive*, Semaine Sociale Lamy 2006

JEANSEN E., *Sort des contrats de travail en cas de perte de marché par une entreprise de propreté*, JCP S n°7, 15 février 2011

LAULOM S., *Les actions collectives contre le dumping social*, Semaine sociale Lamy n°1335, 7 janvier 2008

LAULOM S., *Une nouvelle affaire de dumping social ou le plombier polonais n'était pas un mythe*, Semaine Sociale Lamy, 2008

LINDITCH F., *Les clauses sociales, entre rationalité économique et construction sociopolitique*, Contrats et Marchés publics n°7, juillet 2010

LINDITCH F., *Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées*, décembre 2010, Contrats et Marchés publics n°3, mars 2011

LYON-CAEN A., *La grève en droit international privé*, RCDIP 1977, 271

LYON-CAEN G., *La concurrence par la réduction du coût du travail*, Dr. ouvrier, juillet 2003

MARC E., *Succession de délégataires et sort des personnels devant le juge des référés précontractuels : de l'étanchéité des frontières*, Revue Lamy Collectivités territoriales, 2009

MARKUS J.-P., *Aides aux entreprises affectées par la crise financière*, JCP E n°34, 26 août 2010

MAZUYER E. et ROBE J.-P., *Faut-il faire une évaluation sociale des entreprises ?*, RDT 2010, p. 413

MOLGA P., *Au port de Marseille, une grève qui ne passe pas*, Les Echos, 14 octobre 2010

MORVAN P., *Application conventionnelle de l'article L.122-12 et accord du salarié : plaider pour un revirement*, JCP S n°49, 5 décembre 2006

NEAU-LEDUC C., *La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques ?*, Dr. social n°11, novembre 2006

PIGNARRE L.-F., *Clause de non-concurrence et droits fondamentaux*, D. 2009, p. 1256

PIGNARRE L.-F., *Contrepartie financière de la clause de non-concurrence et droit des obligations : jeux d'influences*, RDT 2009, p. 151

PIROVANO A., *Droit de la concurrence et progrès social*, D. 2002, chron., p. 62

PRIETO C., *L'Europe et le droit de la concurrence : des malentendus aux mérites reconnus*, JCP G n°12, 21 mars 2007

RAY J.-E., *Affaire Air Inter (suite), le retour à la raison*, Dr. social, mars 1988, p. 248

ROBIN-OLIVIER S., *Libre prestation de services, marchés publics et régulation sociale : le droit européen privilégie la concurrence fondée sur le coût du travail*, RTD Eur. 2008, p. 485

ROUSSEAU Y. et TOUR A., *Avons-nous besoin d'agences privées pour l'emploi ?*, RDT 2008, p. 458

SIMON F.-L., *Du bon usage de la technique contractuelle dans les contrats de distribution*, Cahiers de droit de l'entreprise n°4, juillet 2010

SIMON F. L., *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Joly 2009, n°709

SUBRA DE BIEUSSES P., *Droit de la concurrence et droit du travail*, AJDA 25 octobre 2003, p. 1849

SUPIOT A., *Les Europes possibles*, Esprit, janvier 2009, p. 168-176

SUPIOT A., *L'Europe gagnée par « l'économie communiste de marche »*, Revue du MAUSS permanente, 30 janvier 2008

TEBANO L., *Les aides à l'emploi dans l'interprétation de la Cour de justice : la notion de « création d'emploi »*, RDT 2010, p. 439

VAN RAEPENBUSH S., *Le modèle social européen en balances, les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économie et le social*, Semaine Sociale Lamy, 2006

VERICEL M., *La réorganisation du service public de l'emploi*, JCP G n°8, 23 février 2005

VIGNEAU C., *Encadrement par la Cour de l'action collective au regard du Traité de Rome*, JCP G n°13, 26 mars 2008

WILLMANN C., *La réforme du service public de l'emploi par la loi de cohésion sociale : une évolution prévisible*, Travail et Protection sociale n°4, avril 2005

Jurisprudence commentée (ordre chronologique)

- Cass. soc. 11 octobre 1972, D. 1973, note G. Viney
- CA Paris 23 février 1979, LPA 23 juillet 1979, n°88, p. 3, note J. Guyenot
- Cass. crim., 4 novembre 1982, n°82-90.715, Dr. social 1985, p. 111, note J. Savatier
- Cass. soc. 25 janvier 1984, D. 1984, inf. rap. p. 445, obs. Y. Serra
- Cass. soc. 22 janvier 1985 : D. 1985, inf. rap. p. 383, obs. Y. Serra
- CJCE 17 février 1993, *Poncet*, D. 1993, obs. X. Prétot ; Rec. CJCE, I, p. 637
- Cass. soc. 1^{er} décembre 1993, comm. P. Pochet, JCP E n°10, 10 mars 1994
- CJCE 16 novembre 1995, *FFSA*, aff. C-244/94, Dr. social 1996, p. 82, note P. Laigre
- CJCE 26 mars 1996, *Garcia*, aff. C-238/94, Dr. social 1996, p. 705, note P. Laigre
- CJCE 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96, notes J. Ph. Lhernould, D. Gadbin et C. Vigneau
- CJCE 21 septembre 1999, *Drijvende Bokken*, aff. C-219/97, Dr. social 2000, p. 106, obs. X. Prétot
- CJCE 15 mars 2001, *Mazzoleni*, aff. C-165/98, note J. Cavallini
- Cass. soc. 11 juin 2002, comm. R. Bertin, JCP G n°43, 23 octobre 2002
- Cass. soc. 10 juillet 2002, 3^e espèce, D. 2002, somm. p. 2491, note Y. Serra et p. 3111, obs. J. Pelissier ; JCP G 2002, II, 10162, note F. Petit ; Semaine Sociale Lamy 22 juill. 2002, n° 1085, p. 9, note A. Chirez ; JCP E 2002, 1511, note D. Corrigan-Carsin ; D. 2003, somm. p. 1222, obs. Thullier ; CCC 2002, n° 141, obs. M. Malaurie-Vignal ; JCP E 2003, n° 12, p. 508, obs. P. Morvan et n° 15, p. 654, obs. C. Masquefa
- Cass. soc. 18 mars 2003, n°01-41.343, Dr. social 2003, p. 770, obs. J. Savatier
- Cass. soc. 1^{er} avril 2003, n°00-44.902, Dr. social 2003, p. 770, obs. J. Savatier
- CE 30 avril 2003, n°230.804, note N. Moizard, RJS 8-9/06, p. 662
- CJCE 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, note J. Cavallini
- Cass. soc. 4 février 2004, n°01-43.651, Bull. civ. V, obs. C. Radé
- CA Rennes, 23 mars 2004, obs. J. Raynard
- Déc. Commission, n°2004/800, 30 mars 2004, obs. L. Idot
- CJCE 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, note J. Cavallini
- Cass. soc. 26 janvier 2005, comm. P. Chaumette, Le Droit Maritime Français, 2005
- Cass. soc. 28 janvier 2005, n°02-64.527, JCP E n°40, 6 octobre 2005, p. 1463, note M. Depincé
- Cass. soc. 24 mai 2005, n°03-43.471 : JCP S 2005, 1004, note J.-F. Cesaro
- Cass. soc. 9 novembre 2005, Bull. civ. V, n°315 ; Dr. social 2006, obs. A. Mazeaud

- Cass. soc. 17 janvier 2006, n°04-41.038, note R. Vatinet, JCP S n°15, 11 avril 2006, p. 1296
- Cass. com. 14 mars 2006, n°03-14.639, JCP E n°23, 8 juin 2006, p. 1902, comm. P.-M. Reverdy ; CCC n°5, mai 2006, comm. M. Malaurie-Vignal
- TPICE 6 avril 2006, aff. T-17/03, note P. Mele
- Cass. soc. 20 décembre 2006, n°05-43.057, Prop. intel. N°18, janvier 2006, p. 35, obs. E. Mile
- Cass. soc. 21 février 2007, n°05-45.048, CCC n°5, mai 2007, comm. M. Malaurie-Vignal
- Cass. soc. 7 mars 2007, Bull. civ. V, n°43 ; Dr. Social, 2007, p. 657, obs. J. Mouly ; JCP S 2007, n°13, p. 1207, note I. Beyneix
- Cass. soc. 15 mai 2007, n°05-44.995, note J.-F. Cesaro
- Cass. soc. 12 juin 2007, n°06-41.554, note M. Malaurie-Vignal
- Cass. 2^e civ. 10 janvier 2008, CCC n°3, mars 2008, comm. 71, obs. M. Malaurie-Vignal
- Cons. conc. 29 octobre 2008, n°08-D-25, CCC n°12, décembre 2008, comm. M. Malaurie-Vignal
- CA Paris 4 décembre 2008, CCC n°4, avril 2009, comm. M. Malaurie-Vignal
- Cass. soc. 16 décembre 2008, n°05-40.876, JCP S n°11, 10 mars 2009, p. 1114, note I. Beynex
- Cass. com. 26 mai 2009, n°08-11.588, note M. Malaurie-Vignal
- Cass. soc. 1^{er} juillet 2009, n°08-40.252, JCP E n°43, 22 octobre 2009, p. 2006, note S. Béal
- Cass. soc. 16 septembre 2009, n°07-45.289, CCC n°2, février 2010, comm. N. Mathey
- Cass. soc. 16 septembre 2009, n°07-45.346, JCP S n°40, 29 septembre 2009, note L. Dauxerre
- Cass. soc. 16 septembre 2009, n°08-40.936, JCP S n°49, 1^{er} décembre 2009, p. 1545, note I. Beynex
- CA Paris 15 octobre 2009, CCC n°4, avril 2009, comm. M. Malaurie-Vignal
- Cass. soc. 27 octobre 2009, n°08-41.501, JCP G n°1, 11 janvier 2010, p. 24, note D. Corrignan-Carsin ; JCP S n°6, 9 février 2010, p. 1055, note B. Bossu
- Aut. conc. 3 mars 2010, n°10-D-08, note M. Malaurie-Vignal
- Cass. com. 14 septembre 2010, n°09-17.079, CCC n°12, comm. M. Malaurie-Vignal
- Cass. com. 28 septembre 2010, n°09-13.888, CCC n°12, décembre 2010, comm. M. Malaurie-Vignal, comm. N. Dissaux

- CJUE 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance*, aff. C-437/09, L'Argus des assurances.com, article de J. Barthélémy du 1^{er} avril 2011

Rapports et communications (ordre chronologique)

- Comm. Commission n°97/C 372/03, sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOUE C 372, 9 décembre 1997, p. 5
- Comm. Commission, *Moderniser les services publics de l'emploi pour soutenir la stratégie européenne de l'emploi*, 13 novembre 1998, non publiée au JOUE
- Livre vert : Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, 2001
- Comm. Commission, lignes directrices concernant les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté, 1^{er} octobre 2004, JOUE n°C.244
- Résolution du Parlement européen sur des principes communs de flexisécurité, 29 novembre 2007
- Etude Inforeg, *La franchise comporte-t-elle des risques pour le franchisé ?*, Cahiers de droit de l'entreprise n°5, septembre 2008
- Rapport de l'Observatoire sur la Responsabilité Sociétale des Entreprises (ORSE), *La responsabilité sociétale des entreprises : un levier de transformation du dialogue social*, septembre 2009
- Norme ISO 26 000 relative à la responsabilité sociétale de l'entreprise, 1^{er} novembre 2010
- Guide de l'Observatoire économique de l'achat public (OEAP), *Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées*, décembre 2010
- Livre vert sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics : vers un marché européen de contrats publics plus performant, 27 janvier 2011
- Comm. Commission, *L'acte pour le marché unique, douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance*, 13 avril 2011

INDEX

Les numéros indiqués renvoient aux pages

A

- Action collective**79s, 84s, 89s, 103
Activité économique 15, 24, 90, 106, 110, 125s, 130s
Aides publiques115s
Aides à l'investissement,122s
Entreprises en difficulté,115s
Régions en difficulté, 123
Travailleurs en difficulté, 120s, 136
Artistes-interprètes
Clause catalogue, 37
Clause de préférence, 63
Pacte de préférence, 63

B

- Brevet** *voir Inventions de salariés*

C

- Clause**
d'agrément *voir Franchise*
catalogue *voir Artistes-interprètes*
de non-concurrence, 5, 12, 17, 22, 25, 27, 29, 35s, 60s, 89
autonomisation, 45, 47
contrepartie pécuniaire, .. 38s, 42, 45s, 54s, 60, 62, 143
critères, 36
de non-réaffiliation *voir Franchise*
de préemption *voir Franchise*
de préférence *voir Artistes-interprètes*
d'exclusivité, 41, 43
d'exclusivité d'approvisionnement *voir Franchise*
d'exclusivité de distribution *voir Franchise*
d'exclusivité territoriale *voir Franchise*
sociale *voir Marchés publics*
restrictive d'activité *voir VRP*
Concurrence déloyale ..22, 26s, 33, 48, 68
Concurrence pure et parfaite 8s
Conventions collectives *voir Dialogue social*

D

- Débauchage** 25, 28, 31s

- Dépendance économique** . 12, 17, 55, 69s, 141

- Destruction créatrice**..... 11

- Dialogue social** 13, 79, 81, 84, 102s, 141
Conventions collectives, 15, 36, 46, 76, 79, 82, 84, 86s, 96s, 102, 109s, 129
Négociation collective 13, 78s, 90s, 96, 102, 121

- Dumping social**90s, 100s, 145

F

- Flexisécurité**..... 122, 126, 128s

- Franchise**..... 55s

- Clause
d'agrément, 62s
de non-réaffiliation, 60s
de préemption, 63
d'exclusivité d'approvisionnement, 66
d'exclusivité de distribution,66
d'exclusivité territoriale, 65

G

- Grève** *voir Action collective*

I

- Internet**..... 67s

Inventions de salariés

- Brevet29, 33, 63
Inventions de mission.....29
Inventions hors mission attribuables ...29
inventions hors mission non attribuables28

L

Licenciement pour motif économique

- Sauvegarde de la compétitivité..... 144
Secteur d'activité..... 143

Lien de subordination

- Subordination économique..... 73s
Subordination juridique..... 12, 73, 75s

- Loyauté**.. 17s, 30s, 33, 35, 38s, 60, 65, 105

M

Marchés publics	132s
Clause sociale	133s, 141
Critères sociaux.....	134
Marché pertinent	143s
Observatoire économique de l'achat public.....	133
Monopole	11, 14, 125s

N

Négociation collective	<i>voir Dialogue social</i>
-------------------------------	-----------------------------

O

Optimum social	10
-----------------------------	----

P

Placement des travailleurs	104, 125s
Pratiques anticoncurrentielles ...	70, 111s
Pratiques restrictives de concurrence .	72
Protection sociale	
Clauses de désignation.....	15
Domaine.....	11, 13s

R

Responsabilité sociale de l'entreprise .	56, 137s
Certification.....	140
Notification.....	115, 140
Responsabilité concurrentielle	142

S

Savoir-faire

Définition	30
Protection	29s, 32
Transmission	58s, 61

T

Télétravail	79, 145
Transfert des contrats de travail	105s, 109s, 145

V

VRP	21s, 24, 42
Clause	
d'exclusivité	42
restrictive d'activité	22
Obligation de loyauté	21
VRP multiscartes	21

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	8
I/ La concurrence pure et parfaite, idéal inaccessible.....	8
II/ La protection des travailleurs, objectif accessible	11
TITRE I : L'INTRUSION DE LA CONCURRENCE DANS LES RELATIONS INDIVIDUELLES DE TRAVAIL	17
Chapitre 1 : Une atteinte légitime à la liberté professionnelle : l'obligation de loyauté	18
Section 1 : Une obligation s'imposant pendant l'exécution du contrat.....	20
I/ Une obligation courant de façon continue	20
A) Pendant l'exécution proprement dite du contrat de travail	20
B) Pendant la suspension du contrat de travail.....	22
II/ Une obligation sanctionnée.....	23
A) Le licenciement du salarié	23
B) L'engagement de la responsabilité du salarié	24
Section 2 : Une obligation se prolongeant après la rupture du contrat de travail	25
I/ La prohibition des actes de concurrence déloyale de la part de l'ancien salarié.....	26
A) La légitimité estompée de la prohibition	26
B) La caractérisation de la concurrence déloyale	27
II/ La prohibition des actes de débauchage fautifs de la part du nouvel employeur	31
A) L'existence d'un cadre juridique distinct de l'obligation de loyauté	31
B) L'extension vers le fondement général de l'obligation de loyauté ?	33
Chapitre 2 : Une atteinte monnayée à la liberté professionnelle : la clause de non- concurrency	36
Section 1 : Une logique de rachat de la liberté professionnelle	38
I/ La contrepartie pécuniaire, réparation par équivalent de l'atteinte.....	38
A) Une contrepartie jugée de nature salariale.....	38

B) Une contrepartie en fait de nature spécifique	39
II/ L'argent et le droit sur un plan d'égalité, ou la valeur relative d'un principe	40
A) La proportionnalité attendue : la conciliation des libertés fondamentales	41
B) La proportionnalité obtenue : la valeur marchande de la liberté professionnelle	44
Section 2 : Le prolongement ambigu de la clause de non-concurrence	45
I/ Une clause en passe de s'émanciper	45
A) La genèse d'un nouvel objet de la clause de non-concurrence.....	46
B) Le fondement de l'autonomisation de la clause.....	47
II/ La requalification d'autres clauses en clauses de non-concurrence	50
A) De la clause de clientèle à la clause de non-concurrence	50
B) De la clause de non-concurrence à la clause de non-sollicitation.....	52
Chapitre 3 : Une atteinte encouragée à la liberté professionnelle : la franchise.....	55
Section 1 : De la non-concurrence à l'exclusivité : l'équilibre douteux du contrat de franchise	57
I/ La non-concurrence, obligation essentielle du contrat de franchise	57
A) Le contrat de franchise, contrat synallagmatique	58
B) Le contrat de franchise, contrat d'adhésion	60
II/ L'exclusivité, obligation superflue du contrat de franchise.....	64
A) L'exclusivité, garantie du franchisé.....	65
B) L'exclusivité, garantie du franchiseur.....	66
Section 2 : De l'exclusivité à la dépendance : le déséquilibre clair du contrat de franchise	69
I/ De l'indépendance du franchisé à la dépendance économique.....	70
A) La protection du franchisé sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles..	70
B) La protection du franchisé sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence	72
II/ De la dépendance économique à la requalification du contrat	73
A) De la dépendance économique à la subordination économique	73
B) De la subordination économique à la subordination juridique	75

**TITRE II : LA DOMINATION DE LA CONCURRENCE SUR LA COLLECTIVITE
DES SALARIES 78**

Chapitre 1 : La concurrence, valeur restrictive des droits collectifs des travailleurs 79

Section 1 : Les droits sociaux collectifs : des moyens au service du progrès 81

I/ L'illusion des termes : le droit du travail, droit fondamental comme la concurrence 81

A) La multiplication des fondements protecteurs 82

B) La conciliation des libertés 84

II/ La réalité des faits : le droit du travail, droit moins fondamental que la concurrence
..... 85

A) Des fondements réduits à l'impuissance 85

B) La confrontation des libertés..... 89

Section 2 : Les droits sociaux effectifs : des moyens au service du marché..... 92

I/ La primauté du marché..... 92

A) L'action collective coupable d'entrave..... 92

B) La négociation collective coupable d'entrave 96

II/ La libération du marché 99

A) L'acceptation du dumping social..... 100

B) L'affaïssement du dialogue social ?..... 102

Chapitre 2 : La concurrence, valeur régulatrice de l'emploi des travailleurs 104

Section 1 : La protection de l'emploi des travailleurs..... 105

I/ Le transfert des contrats en cas de restructuration 105

A) Le transfert automatique des contrats : la concurrence effacée 105

B) Le transfert aménagé des contrats : la concurrence rappelée..... 111

II/ Le versement d'aides publiques en cas de difficultés..... 114

A) Les aides accordées aux entreprises en difficulté : la préservation de l'emploi. 115

B) Les aides accordées aux travailleurs en difficulté : l'incitation à l'emploi..... 120

C) Les aides accordées aux zones en difficulté et à l'investissement : la création
d'emploi 122

Section 2 : La promotion de l'emploi des travailleurs	125
I/ La rénovation d'outils anciens : l'ouverture de l'activité de placement	125
A) L'activité de placement en tant qu'activité économique : le monopole légal brisé	125
B) Les syndicats en tant qu'entreprises : le monopole conventionnel brisé	129
II/ L'utilisation d'outils nouveaux : le social au cœur de la concurrence.....	132
A) Le social en tant qu'absolu : la régulation par les marchés publics.....	132
B) Le social en tant que relatif : la régulation par les entreprises privées	137
CONCLUSION	143
BIBLIOGRAPHIE	147
INDEX	154

ANNEXES

ANNEXE 1

Arrêts de 2002 relatifs à la nécessité d'une contrepartie pécuniaire à la clause de non-concurrence

Cour de cassation

chambre sociale

Audience publique du 10 juillet 2002

N° de pourvoi: 99-43334 99-43336

Publié au bulletin

Cassation sans renvoi

Président : M. Sargos, président

Rapporteur : Mme Quenson (arrêt n° 1), Mme Lemoine Jeanjean (arrêts n°s 2 et 3), conseiller
apporteur

Avocat général : M. Kehrig., avocat général

Avocats : la SCP Thomas-Raquin et Bénabent, la SCP Masse-Dessen, Georges et Thouvenin
(arrêt n° 1), la SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez (arrêt n° 2), avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Vu leur connexité, joint les pourvois n° X 99-43.334, Y 99-43.335 et Z 99-43.336 ;

Sur le moyen relevé d'office, pris de la violation du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble l'article L. 120-2 du Code du travail, après avis donné aux parties conformément à l'article 1015 du nouveau Code de procédure civile :

Attendu qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ;

Attendu que MM. X... et Y... et Mme Z..., salariés du groupe Heppner transitaire, commissionnaire en douanes, ont été repris par la société MSAS cargo international, cessionnaire d'éléments du fonds de commerce, à effet du 1er mars 1991 ; que de nouveaux contrats de travail ont été conclus comprenant une clause de non-concurrence ; que les salariés ont démissionné respectivement le 21 février 1994, le 16 mars 1994 et le 24 janvier 1994 ; qu'ils ont été engagés par la société concurrente Office maritime monégasque ; que la société MSAS cargo international a saisi le conseil de prud'hommes en paiement des pénalités stipulées aux contrats ;

Attendu que, pour condamner les salariés à payer à la société une indemnité pour infraction à la clause contractuelle de non-concurrence, la cour d'appel énonce que la clause portant interdiction d'exploitation directe ou indirecte d'une activité concurrentielle à celle de l'employeur emporte interdiction pour le salarié d'accepter un emploi similaire dans une entreprise concurrente, non créée par lui ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte de ses constatations que la clause contractuelle de non-concurrence ne comporte pas l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ce dont il résulte qu'elle était nulle, la cour d'appel a violé le principe ci-dessus énoncé et le texte susvisé ;

Et attendu qu'il y a lieu de faire application de l'article 627-1 du nouveau Code de procédure civile, la cassation encourue n'impliquant pas qu'il soit à nouveau statué au fond du chef de la violation de la clause de non-concurrence ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes leurs dispositions, les arrêts rendus le 4 mars 1999, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

DEBOUTE la société MSAS cargo international de ses demandes et dit qu'elle devra restituer les sommes perçues en exécution des arrêts cassés, avec intérêt de droit à compter de la notification du présent arrêt ;

La condamne aux dépens ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de Cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite des arrêts cassés ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du dix juillet deux mille deux.

Publication : Bulletin 2002 V N° 239 p. 234

Décision attaquée : Cour d'appel d'Aix-en-Provence (9e chambre sociale) du 4 mars 1999

ANNEXE 2

Articles 101 à 109 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne relatifs aux règles de concurrence dans l'Union européenne

TITRE VII : LES RÈGLES COMMUNES SUR LA CONCURRENCE, LA FISCALITÉ ET LE RAPPROCHEMENT DES LÉGISLATIONS

CHAPITRE 1 : LES RÈGLES DE CONCURRENCE

SECTION 1 : LES RÈGLES APPLICABLES AUX ENTREPRISES

Article 101

(ex-article 81 TCE)

1. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à :

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,

- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et

- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans:

a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,

b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Article 102

(ex-article 82 TCE)

Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,

b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,

c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,

d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

Article 103

(ex-article 83 TCE)

1. Les règlements ou directives utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 101 et 102 sont établis par le Conseil, statuant sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen.

2. Les dispositions visées au paragraphe 1 ont pour but notamment:

- a) d'assurer le respect des interdictions visées à l'article 101, paragraphe 1, et à l'article 102, par l'institution d'amendes et d'astreintes,
- b) de déterminer les modalités d'application de l'article 101, paragraphe 3, en tenant compte de la nécessité, d'une part, d'assurer une surveillance efficace et, d'autre part, de simplifier dans toute la mesure du possible le contrôle administratif,
- c) de préciser, le cas échéant, dans les diverses branches économiques, le champ d'application des dispositions des articles 101 et 102,
- d) de définir le rôle respectif de la Commission et de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'application des dispositions visées dans le présent paragraphe,
- e) de définir les rapports entre les législations nationales, d'une part, et, d'autre part, les dispositions de la présente section ainsi que celles adoptées en application du présent article.

Article 104

(ex-article 84 TCE)

Jusqu'au moment de l'entrée en vigueur des dispositions prises en application de l'article 103, les autorités des États membres statuent sur l'admissibilité d'ententes et sur l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché intérieur, en conformité du droit de leur pays et des dispositions des articles 101, notamment paragraphe 3, et 102.

Article 105

(ex-article 85 TCE)

1. Sans préjudice de l'article 104, la Commission veille à l'application des principes fixés par les articles 101 et 102. Elle instruit, sur demande d'un État membre ou d'office, et en liaison avec les autorités compétentes des États membres qui lui prêtent

leur assistance, les cas d'infraction présumée aux principes précités. Si elle constate qu'il y a eu infraction, elle propose les moyens propres à y mettre fin.

2. S'il n'est pas mis fin aux infractions, la Commission constate l'infraction aux principes par une décision motivée. Elle peut publier sa décision et autoriser les États membres à prendre les mesures nécessaires, dont elle définit les conditions et les modalités pour remédier à la situation.

3. La Commission peut adopter des règlements concernant les catégories d'accords à l'égard desquelles le Conseil a adopté un règlement ou une directive conformément à l'article 103, paragraphe 2, point b).

Article 106

(ex-article 86 TCE)

1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus.

2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.

3. La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres.

SECTION 2 : LES AIDES ACCORDÉES PAR LES ÉTATS

Article 107

(ex-article 87 TCE)

1. Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées

par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

2. Sont compatibles avec le marché intérieur:

a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits,

b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires,

c) les aides octroyées à l'économie de certaines régions de la république fédérale d'Allemagne affectées par la division de l'Allemagne, dans la mesure où elles sont nécessaires pour compenser les désavantages économiques causés par cette division. Cinq ans après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter une décision abrogeant le présent point.

3. Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur:

a) les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi, ainsi que celui des régions visées à l'article 349, compte tenu de leur situation structurelle, économique et sociale,

b) les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre,

c) les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun,

d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun,

e) les autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil sur proposition de la Commission.

Article 108

(ex-article 88 TCE)

1. La Commission procède avec les États membres à l'examen permanent des régimes d'aides existant dans ces États. Elle propose à ceux-ci les mesures utiles exigées par le développement progressif ou le fonctionnement du marché intérieur.

2. Si, après avoir mis les intéressés en demeure de présenter leurs observations, la Commission constate qu'une aide accordée par un État ou au moyen de ressources d'État n'est pas compatible avec le marché intérieur aux termes de l'article 107, ou que cette aide est appliquée de façon abusive, elle décide que l'État intéressé doit la supprimer ou la modifier dans le délai qu'elle détermine.

Si l'État en cause ne se conforme pas à cette décision dans le délai imparti, la Commission ou tout autre État intéressé peut saisir directement la Cour de justice de l'Union européenne, par dérogation aux articles 258 et 259.

Sur demande d'un État membre, le Conseil, statuant à l'unanimité, peut décider qu'une aide, instituée ou à instituer par cet État, doit être considérée comme compatible avec le marché intérieur, en dérogation des dispositions de l'article 107 ou des règlements prévus à l'article 109, si des circonstances exceptionnelles justifient une telle décision. Si, à l'égard de cette aide, la Commission a ouvert la procédure prévue au présent paragraphe, premier alinéa, la demande de l'État intéressé adressée au Conseil aura pour effet de suspendre ladite procédure jusqu'à la prise de position du Conseil.

Toutefois, si le Conseil n'a pas pris position dans un délai de trois mois à compter de la demande, la Commission statue.

3. La Commission est informée, en temps utile pour présenter ses observations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides. Si elle estime qu'un projet n'est pas compatible avec le marché intérieur, aux termes de l'article 107, elle ouvre sans délai la procédure prévue au paragraphe précédent. L'État membre intéressé ne peut mettre à exécution les mesures projetées, avant que cette procédure ait abouti à une décision finale.

4. La Commission peut adopter des règlements concernant les catégories d'aides d'État que le Conseil a déterminées, conformément à l'article 109, comme pouvant être dispensées de la procédure prévue au paragraphe 3 du présent article.

Article 109

(ex-article 89 TCE)

Le Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre tous règlements utiles en vue de l'application des articles 107 et 108 et fixer notamment les conditions d'application de l'article 108, paragraphe 3, et les catégories d'aides qui sont dispensées de cette procédure.

ANNEXE 3

**Tableau des Aides d'Etat accordées dans les Etats membres de l'Union
européenne en 2006**

	Aides d'État totales hors secteur ferroviaire (en milliards d'euros)	Aides d'État totales, hors agriculture, pêche et transports (en milliards d'euros)	Aides d'État totales hors secteur ferroviaire (en % du PIB)	Total des aides (hors agriculture, pêche et transports) en Mio EUR
UE-25	66,7	47,9	0,58	0,42
UE-15	61,1	44,7	0,56	0,41
UE-10	5,6	3,2	0,91	0,52
Belgique	1,2	0,9	0,39	0,28
République tchèque	0,8	0,6	0,66	0,51
Danemark	1,3	1,0	0,59	0,46
Allemagne	20,2	16,0	0,87	0,69
Estonie	0,1	0,0	0,41	0,08
Irlande	1,0	0,5	0,57	0,28
Grèce	0,6	0,3	0,26	0,15
Espagne	4,9	3,9	0,50	0,39
France	10,4	7,4	0,58	0,41
Italie	5,5	3,8	0,37	0,26
Chypre	0,1	0,1	0,76	0,48
Lettonie	0,3	0,0	1,80	0,15
Lituanie	0,1	0,1	0,54	0,23
Luxembourg	0,1	0,0	0,32	0,13

Hongrie	1,4	0,8	1,57	0,93
Malte	0,1	0,1	2,29	1,77
Pays-Bas	1,9	1,3	0,35	0,24
Autriche	2,3	1,6	0,90	0,60
Pologne	2,3	1,2	0,85	0,45
Portugal	1,5	1,4	0,93	0,91
Slovénie	0,3	0,1	0,83	0,48
Slovaquie	0,2	0,2	0,51	0,45
Finlande	2,6	0,6	1,53	0,35
Suède	3,5	2,9	1,15	0,94
Royaume-Uni	4,2	3,1	0,22	0,16

Aides d'État telles que définies à l'article 87, paragraphe 1, du traité CE, accordées par les États membres de l'UE 25 à l'ensemble des secteurs, à l'exception du secteur ferroviaire, et examinées par la Commission. Toutes les données sont exprimées en prix constants.

Source : DG Concurrence, DG Énergie et Transports, DG Agriculture et DG Pêche

ANNEXE 4

Modalités d'utilisation de l'article 50 selon l'annexe 3 du guide *Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées*

L'article 50 peut être utilisé seul ou en combinaison avec l'article 14 ; dans tous les cas de figure, le recours à des variantes à caractère social n'est envisageable que si l'introduction d'une composante sociale présente un lien strict avec l'objet du marché.

Lorsque l'article 50 est utilisé seul, c'est que l'acheteur public n'aura prévu aucune clause d'exécution sociale au sens de l'article 14 dans son cahier des charges. En permettant aux opérateurs économiques de proposer une variante sur des considérations sociales, l'acheteur public s'autorise à choisir, après comparaison des offres de base et des offres avec variante, une offre d'un opérateur économique qui aura pris en compte des considérations sociales. Selon cette formule, les opérateurs économiques ont le libre choix de proposer ou non une variante. Cependant, s'ils ne proposent pas de variante et se contentent de répondre strictement au cahier des charges, ils s'exposent éventuellement à ce que l'acheteur public choisisse une offre avec la variante qu'il aura estimée la plus intéressante. Mais un tel choix ne sera en aucun cas systématique car d'une part, les variantes proposées peuvent ne pas correspondre aux attentes de l'acheteur public et d'autre part, les offres de base peuvent être jugées meilleures dans leur globalité et l'acheteur préférer privilégier d'autres éléments du marché.

L'utilisation de l'article 50 sans application de l'article 14 ne permet pas de recourir à des critères de performance sociale sur le fondement de l'article 53.1. En effet, dans ce schéma d'application de l'article 50 seul, tous les opérateurs sont tenus de présenter une offre de base qui, par définition, ne comportera pas de dimension sociale. Un critère de sélection fondé sur les performances sociales ne pourra donc pas être mis en œuvre pour l'évaluation des offres de base, laquelle est un préalable à l'examen des variantes (cf. infra).

Lorsque l'acheteur public souhaite mettre en œuvre l'article 50 et l'article 14 dans le même marché, trois possibilités sont envisageables :

- Il peut décider de mettre en œuvre l'article 50 indépendamment de la clause sociale d'insertion prévue sur le fondement de l'article 14. Dans ce cas, toutes les offres devront être conformes aux exigences de la clause sociale d'insertion mais les opérateurs économiques pourront en plus proposer, sur d'autres éléments du marché, des variantes avec des considérations sociales différentes ;

- l'acheteur public peut également prévoir une clause d'exécution de l'article 14 et n'autoriser les opérateurs économiques à proposer une variante que sur cette clause d'exécution. Ainsi, l'ouverture à des variantes laisse le choix aux opérateurs économiques de proposer des solutions, innovantes ou non, sans pour autant sanctionner automatiquement les opérateurs économiques qui se seront contentés de répondre strictement aux exigences de la clause de l'article 14 telle que formulée par l'acheteur public.

Cette solution permet donc d'opérer une appréciation qualitative des offres sur la clause sociale d'insertion en comparant les offres de base avec les variantes (par définition plus ambitieuses). Elle est donc proche d'une démarche fondée sur l'application de l'article 53.1 ;

- il peut même être envisagé d'autoriser explicitement les variantes sur la clause d'exécution de l'article 14 et d'autoriser également des variantes sur d'autres considérations sociales.

Dans ces trois derniers cas, l'ouverture aux variantes permettra aux opérateurs économiques de proposer des dispositifs différents, et si possible plus performants lorsque l'acheteur public a prévu la clause de l'article 14, tout en répondant parfaitement au besoin d'insertion sociale et en ayant une offre qui reste conforme aux exigences du marché.

A l'inverse, l'utilisation combinée de l'article 14 et de l'article 53 relatif au critère de sélection des offres (cf. ci-après) entraîne automatiquement une sélection des offres sur le critère de la performance en matière d'insertion sociale et oblige tous les opérateurs économiques à développer leur offre sur ce critère sous peine de voir leur offre mal classée.

Dans le souci d'une mise en concurrence réaliste et d'une analyse des offres transparente, il est recommandé de ne pas démultiplier dans un premier temps les possibilités de prise en compte des considérations sociales dans un même marché, notamment par la combinaison des articles 14, 50 et 53.I.

S'agissant de l'article 50 du code des marchés publics 2006, il convient d'en préciser les modalités d'utilisation. En effet, la nouvelle rédaction de l'article 50 a modifié les conditions de recevabilité des variantes proposées par les candidats à un marché public puisque, à défaut d'indication, les variantes ne sont pas autorisées.

Dans le cas d'une procédure adaptée, les variantes sont toutefois admises, même dans le silence des documents de la consultation. Elles ne sont écartées que si l'acheteur public a expressément prévu l'interdiction de présenter des variantes.

De même, dans le cas des marchés passés par les entités adjudicatrices, soumis à la deuxième partie du code 2006, les variantes sont admises même si l'avis de publicité ou les documents

de la consultation ne précisent pas expressément si elles sont autorisées (cf. article 157 du code des marchés publics).

En ce qui concerne l'examen des variantes, certaines précisions sont également nécessaires. Si l'opérateur économique dépose une offre de base et une variante, il doit clairement identifier chacune de ces offres dans les documents remis au pouvoir adjudicateur.

Lorsque le dépôt de variantes est possible, le code des marchés publics indique expressément que « Les variantes sont proposées avec l'offre de base ». Une variante ne peut donc pas être déposée seule, sans l'offre de base qu'elle doit accompagner. Si tel était néanmoins le cas, la variante ne pourrait qu'être rejetée.

Si, lors de son examen, l'offre de base est rejetée au motif qu'elle est irrégulière, inacceptable ou inappropriée, il est néanmoins possible d'examiner une variante à la condition que celle-ci soit conforme au cahier des charges, qu'elle soit présentée selon les modalités prévues par l'acheteur public et que, si elle n'est pas elle-même rédigée de manière complète mais renvoie, pour partie, à l'offre de base, elle n'inclue pas les éléments de l'offre de base qui ont conduit à ce que cette offre de base soit rejetée. A défaut de remplir ces conditions, la variante doit elle aussi être rejetée.

Pour pouvoir comparer les variantes de façon transparente, l'article 50 exige que les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que doivent respecter les variantes ainsi que les modalités de leur présentation. Les offres de base et les variantes doivent être classées en utilisant les mêmes critères, soit en classant séparément les offres de base et les variantes et en comparant la meilleure de chacune de ces propositions, soit en classant ces propositions sans les distinguer au préalable. Le choix du mode de classement relève de l'acheteur public.

Dans le cas où les variantes ne sont pas autorisées, l'acheteur public doit rejeter comme irrecevables toutes les variantes déposées isolément ou en complément d'une offre de base. En revanche, l'offre de base n'a pas à être rejetée au motif qu'elle serait accompagnée d'une ou de plusieurs variantes non autorisées, sous réserve qu'elle soit présentée de manière telle qu'elle soit bien dissociée de la ou des variantes.