

Compte rendu du Séminaire Nasse du vendredi 24 mars 2023 – Pratiques anti-concurrentielles sur le marché du travail

Lors du séminaire Nasse organisé le 2 mars 2023, Andréa Bassanini - économiste principal à la Division de l'emploi et des revenus de la Direction de l'emploi, du travail et des affaires sociales de l'OCDE, et rédacteur en chef des Perspectives de l'emploi de l'OCDE - et Antoine Winckler-, avocat associé chez Cleary Gottlieb Steen & Hamilton à Bruxelles, spécialiste du droit de la concurrence - ont débattu sur le sujet « Pratiques anticoncurrentielles sur le marché du travail ». La séance a été animée par Sophie Ozil- cheffe du Département Suivi et indemnisation des demandeurs d'emploi de la DARES.

Les présents propos n'engagent que leurs auteurs et ne sauraient être considérés comme constituant une prise de position officielle de leurs employeurs ou de la DG Trésor.

I - Eléments de cadrage théorique

Antoine Winckler – Il existe trois grandes familles de pratiques potentiellement anti-concurrentielles sur le marché du travail :

- 1) La fixation entre entreprises des conditions de travail, notamment les salaires.
- 2) Les accords de non sollicitation (*non poaching agreement*) : les entreprises se mettent d'accord pour ne pas solliciter des employés qui ont travaillé ou travaillent pour leurs concurrents.
- 3) Les clauses de non concurrence : clauses négociées avec le salarié, ou parfois imposées, les empêchant de travailler pour les concurrents de l'entreprise à la fin de leur contrat de travail. Les clauses de confidentialité peuvent fonctionner comme des clauses de non concurrence dans la mesure où ils interdisent aux employés d'utiliser un savoir-faire chez les concurrents.

Ces pratiques peuvent exister pour des raisons légitimes. Tout d'abord, elles peuvent contribuer à la protection de la propriété intellectuelle : les entreprises peuvent avoir besoin protéger le savoir-faire surtout quand il ne peut être breveté dans lequel elles ont investi. C'est le cas par exemple des cabinets de conseil pour lesquels les salariés-consultants représentent leur principal actif économique. Par ailleurs, dans le cas d'opérations de fusion acquisition, une entreprise qui rachète une cible veut s'assurer que les employés ne quittent pas l'entreprise à la suite de l'opération pour retourner chez le vendeur, ce qui pourrait vider la cible d'achat de sa valeur économique.

Andréa Bassanini - On parle d'un marché du travail en situation « monopsonistique » quand les entreprises disposent d'un degré de décision important sur les conditions de travail à l'équilibre (i.e. les salaires).

Contrairement à une situation en concurrence pure et parfaite, les entreprises dans un marché du travail monopsonistique peuvent baisser les salaires sans pour autant perdre tous leurs salariés. Un exemple typique de ce genre de situation est le marché du travail en milieu rural, où les travailleurs sont isolés spatialement et font face à une offre réduite d'employeurs potentiels. Le degré de concurrence monopsonistique est généralement mesuré par l'élasticité de la séparation entre les entreprises et les employés relativement à une baisse de salaire, c'est-à-dire la capacité de l'entreprise à diminuer unilatéralement les salaires à l'embauche sans perdre tous ses employés au profit d'un concurrent. Plus l'élasticité est forte, plus l'entreprise perd des employés lorsqu'elle baisse les salaires ; une élasticité très forte correspond donc à un marché du travail concurrentiel. Néanmoins, le résultat le plus souvent obtenu lors des travaux empiriques est une élasticité faible, ce qui suggère que la concurrence monopsonistique est davantage le standard que l'exception. Les situations de concurrence monopsonistique peuvent aussi être identifiées à travers la concentration au sein du marché du travail, dans la mesure où les travailleurs ont alors peu d'options alternatives. Cependant, il est possible d'avoir une situation de forte concentration du marché du travail sans pour autant être dans une situation

monopsonistique et vice-versa (par exemple lorsque les entreprises font un recours massif aux clauses de non-concurrence).

Il n'y a par ailleurs pas de relation évidente entre les conditions de concurrence des marchés de produits et du travail. Il est possible qu'une entreprise opère en même temps dans un marché des produits très concurrentiel et un marché du travail monopsonistique : c'est par exemple les cas des négociants agricoles. Il est également possible d'avoir des pratiques anticoncurrentielles sur le marché du travail entre des acteurs opérant sur des secteurs différents, dans le cas où les employés de ces entreprises ont des compétences similaires.

II - Comment sont mesurées les pratiques anti-concurrentielles en Europe et l'OCDE ?

Antoine Winckler – Il y a eu un certain nombre de travaux récents sur la prévalence des pratiques anti-concurrentielles aux Etats Unis suite à la volonté de la FTC (*Federal Trade Commission*) d'interdire les clauses de non-concurrence. Cette dernière estime notamment que si on retirait du marché du travail toutes les clauses de non-sollicitation (*Non Poaching Agreements*) et de non-concurrence, les salariés récupéreraient entre 250 et 350 Md\$.

En Europe, l'application des clauses de non-concurrence est généralement très encadrée et doit respecter deux conditions : elle ne doit pas empêcher totalement un salarié de retrouver un emploi et elle doit être limitée dans l'espace et dans le temps. En ce qui concerne les clauses de non-sollicitation, il y a eu très peu de travaux et de précédents juridictionnels ou d'autorités de la concurrence sur le sujet.

De manière générale les autorités européennes sont très peu intervenues sur tout ce qui touche au marché du travail dans une volonté de s'éloigner de tout ce qui ce qui trait à la négociation collective entre patronats et syndicats. Cela est illustré par l'arrêt Albany (1999) où la Cour européenne a jugé que le conflit opposant la société Albany à un syndicat au sujet d'une convention collective de régime de retraite ne relevait pas du droit européen de la concurrence.

Andréa Bassanini - Il est difficile d'établir les différences entre l'Europe et les Etats-Unis au sujet des pratiques anti-concurrentielles sur les marchés du travail, en l'absence de statistiques harmonisées. L'origine du débat sur l'interdiction des clauses de non-concurrence aux Etats-Unis remonte à la publication dans les années 2010 d'une étude sur un échantillon de 10 000 contrats de travail, qui montre que les clauses de non-concurrence ne concernent pas que les professions hautement qualifiées, mais aussi beaucoup de professions peu qualifiées.

En Europe, une étude récente réalisée en Italie indique que dans plus de la moitié des cas les clauses de non-concurrence ne sont pas applicables légalement, mais que leur présence dans les contrats suffit à limiter les départs des employés vers des entreprises concurrentes.

Concernant la concentration sur le marché du travail, la littérature économique permet de donner quelques faits stylisés au sein des pays de l'OCDE. En moyenne, 16 % des employés des pays de l'OCDE évoluent au sein de marchés de travail concentrés (c'est-à-dire des marchés avec un indice Herfindahl-Hirschman¹ supérieur à 1500). Par ailleurs, l'augmentation du degré de concentration a des effets significatifs sur les salaires et le niveau d'emploi : une hausse de la concentration de 10 % conduirait à une baisse significative des salaires (environ -0.2 % pour les hommes et -0.25 % pour les femmes en France) et à des baisses significatives de l'emploi (Marinescu, Ouss & Pape (2021), Popp (2022) et Bassanini, Batut & Caroli (2022)).

Par ailleurs, les salariés sont inégaux face à la concentration sur le marché du travail. Au sein des pays de l'OCDE, la proportion des marchés du travail concentrés est en moyenne 3 fois plus élevée dans les milieux ruraux relativement aux milieux urbains. De plus, les travailleurs en « première ligne » face à

¹ Le Herfindahl-Hirschman Index (HHI) correspond à la somme des carrés des parts de marché de toutes les entreprises d'un marché : plus il est élevé, plus le marché est concentré (poids important des grandes entreprises).

l'épidémie de la Covid-19 ont tendance à être davantage sur des marchés plus concentrés que la moyenne. L'inverse est vrai pour les emplois télétravaillables.

III - Quelles sont les politiques publiques en place et à mettre en œuvre ?

Andréa Bassanini – Au sujet des travailleurs en milieu rural davantage touchés par les marchés du travail en concurrence monopolistique, une solution souvent suggérée à tort consiste à mettre en place des incitations qui stimuleraient l'offre d'emplois télétravaillables à destination des salariés isolés géographiquement. Les simulations numériques de l'OCDE estiment que cette mesure ne réduirait la concentration moyenne que de 22 %, ce qui est faible. Cela s'explique par le fait que les emplois télétravaillables sont souvent dans des secteurs où le marché du travail est peu concentré et où il y a des entreprises de grande taille. Cette mesure pourrait même être contre-productive dans la mesure où elle affaiblirait les syndicats, les employés travaillant à distance ayant tendance à moins s'organiser collectivement. Dans les zones rurales, il paraît plus pertinent d'investir dans les infrastructures de transport afin de favoriser la mobilité des travailleurs, de manière à ce qu'ils puissent accéder à une offre plus large d'emplois.

De manière plus large, deux types d'interventions pour limiter les effets négatifs de la concurrence monopsonistique sur le marché du travail sont possibles. D'une part, les interventions peuvent se concentrer sur l'application du droit de la concurrence, concernant la collusion, mais aussi les fusions-acquisitions : en particulier, les autorités de la concurrence peuvent prendre en compte l'impact d'une fusion sur la concurrence dans le marché du travail et pas uniquement sur le marché des produits. D'autre part, les interventions peuvent prendre la forme de mesures relevant de la politique du travail, notamment celles relatives au salaire minimum et aux négociations collectives. Ces dernières sont importantes dans la mesure où elles permettent de s'approcher d'une situation de monopole bilatéral, où l'équilibre obtenu ressemble à celui de la situation concurrentielle. La littérature économique montre d'ailleurs que la concentration a des effets plus importants dans les marchés où la couverture des conventions collectives est faible. S'agissant du salaire minimum, la littérature montre que ce dernier – lorsqu'il n'est pas trop élevé – a des effets positifs sur l'emploi dans les marchés concentrés aux Etats-Unis.

IV - Travailleurs indépendants et concurrence

Antoine Winckler – Dans les lignes directrices de la Commission européenne de 2022 sur les travailleurs indépendants, le principe général est de permettre aux travailleurs indépendants de négocier collectivement avec les entreprises, notamment les plateformes. La Commission explique que dans le principe ces accords collectifs sont légitimes, mais dans certains cas, cela pourrait entrer en conflit avec le droit de la concurrence. Par exemple, lorsque les conducteurs de VTC négocient avec les plateformes, cela ne pose pas de problème s'ils négocient les salaires, en revanche cela contrevient au bon fonctionnement concurrentiel des marchés si les négociations portent sur la répartition du marché (par exemple géographique) entre plateformes ou entre conducteurs. La difficulté pour les régulateurs est donc de permettre aux travailleurs indépendants de se constituer en rapport de force face aux entreprises (notamment les plateformes), tout en veillant à empêcher tout type de collusion.

Andréa Bassanini – En effet la possibilité des travailleurs indépendants de s'organiser et de négocier collectivement présente le risque d'ententes sur le marché. Plusieurs garde-fou existent. Les autorités australiennes proposent d'étudier chaque cas de dérogation, cela est efficace théoriquement mais est très coûteux en termes de charge de travail pour les services de l'autorité. En Californie, un travailleur est considéré comme un salarié et non comme un travailleur indépendant si la relation à l'entreprise qui l'embauche remplit au moins une condition du salariat parmi trois. Cela permettrait en théorie aux travailleurs autonomes en situation de dépendance d'être requalifiés en tant que salariés. Néanmoins les plateformes ont été exclues du champ d'application de cette législation.