



AVIS

CCE 2022-0790

**Application du droit de la concurrence aux
conventions collectives pour les travailleurs
indépendants sans salariés**

CCE
Conseil Central de l'Economie
Centrale Raad voor het Bedrijfsleven
CRB



Avis

Application du droit de la concurrence aux conventions collectives pour les travailleurs indépendants sans salariés

**Bruxelles,
23.03.2022**

Saisine

Par e-mail du 23 avril 2021, Monsieur P.-Y. Dermagne, Ministre de l'Économie, avait sollicité l'avis de la Commission consultative spéciale « Concurrence » au sujet d'une initiative de la Commission européenne, publiée le 6 janvier 2021, concernant les conventions collectives pour les indépendants et l'application des règles de concurrence de l'Union européenne. Cette initiative, sous forme de consultation publique, envisageait l'opportunité de limiter le champ d'application du droit européen de la concurrence pour qu'il ne fasse plus obstacle à l'avenir à la conclusion de conventions collectives concernant les conditions de travail entre des travailleurs indépendants sans salariés et leur contrepartie. Elle développait quatre options politiques - à traduire soit dans une proposition de règlement soit dans un projet de Lignes directrices - sur lesquelles le Ministre Dermagne demandait à la CCS « Concurrence » de se prononcer avant le 14 mai 2021.

Au cours de sa réunion du 28 avril 2021, le Bureau du CCE avait pour sa part exprimé le souhait de placer l'examen de la demande d'avis dans un cadre plus large que celui de la Commission consultative spéciale « Concurrence » et avait décidé qu'une sous-commission du CCE encore à créer se joindrait à la Commission consultative spéciale « Concurrence », après accord de son président, M. Bourgeois.

La Commission consultative spéciale « Concurrence » et la sous-commission « Conventions collectives pour les indépendants » du CCE se sont réunies par deux fois (les 25 mai et 10 juin 2021). Les deux avant-projets d'avis soumis consécutivement à la discussion n'ayant pas pu aboutir en raison des divergences de vue entre les membres et le large dépassement de la date limite pour remettre l'avis, la demande d'avis du Ministre devenait caduque.

Le 10 janvier 2022, Madame Vernet (Chef d'unité de l'unité chargée du Réseau européen de la concurrence et de l'application des règles par les particuliers à la DG Concurrence) est venue présenter, à l'invitation de la CCS « Concurrence », le projet de Lignes directrices fraîchement élaboré par la Commission européenne sur l'application du droit de la concurrence aux conventions collectives des travailleurs indépendants sans salariés, projet qui faisait suite à la consultation publique précitée depuis clôturée.

Quelques jours plus tard, par lettre du 22 janvier 2022, Monsieur P.-Y. Dermagne, Ministre de l'Économie, a sollicité l'avis de la Commission consultative spéciale « Concurrence » au sujet du projet de Lignes directrices. La date limite de remise de l'avis était fixée au 28 février 2022.

À la suite de cette demande, un avant-projet d'avis a été établi et discuté au cours des réunions des 23 février et 7 mars 2022. Lors de la dernière réunion, au fil des discussions, il est devenu clair qu'il ne serait pas possible de s'accorder, en dehors des parties introductives, sur des prises de positions communes. C'est pourquoi, l'avis rendu ici est un avis divisé. Il a été approuvé le 23 mars 2022 par la séance plénière du CCE, et par la CCS Concurrence, via procédure écrite.

Problématique

Si le droit de la concurrence européen ne fait pas obstacle au droit à la négociation collective des travailleurs salariés et des faux indépendants requalifiés en salariés par les juridictions¹, il n'en va pas de même à l'égard des "véritables" travailleurs indépendants sans salariés (ci-après "ISS"), dont le nombre croît fortement dans l'UE.

En droit européen de la concurrence, les travailleurs indépendants, y compris les ISS, sont des opérateurs économiques qui doivent être considérés comme des "entreprises"². En vertu de ce statut, il leur est interdit de passer des accords ou de mettre en place des pratiques "entre entreprises" contraires à la législation sur les ententes (cf. article 101 TFUE). Néanmoins, en tant qu'individus effectuant un travail, ils jouissent d'un droit de négociation collective.

Ces dernières années, néanmoins, le marché du travail a subi des changements provoqués par plusieurs facteurs : la sous-traitance et l'externalisation des activités des services aux entreprises, la numérisation des processus de production et des relations de travail, la montée de l'économie de plateforme, avec parallèlement la fourniture de main-d'œuvre par leur intermédiaire.

Selon la Commission européenne, cette évolution entrave toute amélioration des conditions de travail des ISS par le biais d'une négociation collective puisque toute convention qui résulterait d'une telle négociation serait susceptible de tomber dans les accords considérés comme interdits par l'article 101 TFUE. Cette complication les dissuade car ils craignent soit de voir leurs contreparties soulever l'argument de l'interdiction pour éviter la négociation, soit de se retrouver dans le collimateur des autorités de concurrence qui pourraient alors les sanctionner.

C'est pourquoi, le projet de Lignes directrices de la Commission européenne soumis pour avis aux membres de la CCS « Concurrence » a pour objectif d'aider les ISS à lever l'incertitude qui règne actuellement pour eux autour de la question de l'accès à la négociation collective et, par voie de conséquence, de la possibilité de conclure des conventions collectives, sans risque que ces dernières ne constituent à première vue une infraction à l'article 101 TFUE.

Ce projet de Lignes directrices s'insère, par ailleurs, dans un ensemble de mesures dont une proposition de directive sur l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme numérique [[COM\(2021\) 762](#)].

¹ Voir CJUE, arrêts [Albany](#) et [FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Nederlanden](#).

² Depuis l'[arrêt Höfner](#) rendu le 23 avril 1991, la CJUE a adopté une conception fonctionnelle et extensive de la notion d'entreprise : toute entité exerçant une activité économique est considérée comme une entreprise au sens du droit communautaire, et ce quel que soit son statut juridique ou son mode de financement. Par ailleurs, il est de jurisprudence constante que c'est le fait d'offrir des biens et services sur un marché donné qui caractérise la notion d'activité économique.

Bref aperçu du contenu du projet de Lignes directrices

La CCS « Concurrence » et le CCE remarquent que la terminologie reprise dans cette partie descriptive, comme dans les parties qui précèdent, est celle utilisée dans le projet de Lignes directrices. Cette terminologie est néanmoins loin de faire l'unanimité parmi les membres de la CCS « Concurrence » et du CCE et fera l'objet d'observations dans la partie « avis ».

Le projet de Lignes directrices précise à quels ISS et à quel type de négociations/conventions collectives les Lignes directrices s'appliquent. Il apporte également des clarifications sur les catégories de conventions collectives qui sortent du champ d'application de l'article 101 TFUE et sur celles qui entrent dans le champ d'application de l'article 101 TFUE mais à l'encontre desquelles la Commission européenne n'interviendra pas.

Selon la Commission européenne, cette manière de procéder devrait permettre aux ISS de déterminer quand le droit de la concurrence les empêche ou non de conclure des conventions collectives. Le projet de Lignes directrices précise toutefois qu'il ne porte pas atteinte :

- aux prérogatives des États membres en matière de politique sociale et à l'autonomie des partenaires sociaux ;
- aux définitions des termes « travailleur salarié » ou « travailleur indépendant » telles qu'établies par le droit national ;
- aux compétences des États membres ou des partenaires sociaux en ce qui concerne l'organisation de négociations collectives dans le cadre du droit du travail ;
- à la possibilité pour les parties contractantes de demander une requalification de leur statut d'emploi (ou pour les autorités/juridictions compétentes d'évaluer ces cas) en vertu du droit de l'UE ou du droit national ;
- à toute interprétation ultérieure de l'article 101 TFUE par la CJUE en ce qui concerne les conventions collectives.

Quels sont les ISS couverts par le projet de Lignes directrices ?

Les ISS couverts par le projet de Lignes directrices sont : les prestataires de services sans salariés, qui n'ont pas de contrat de travail, qui ne se trouvent pas dans une relation de travail et qui dépendent principalement de leur travail personnel pour la fourniture des services concernés.

Les entreprises/contreparties (en l'occurrence des plateformes ou clients professionnels) sont également couvertes lorsqu'elles négocient avec les ISS leurs conditions de travail.

Quel est le type de négociations/conventions collectives impliquant des ISS couverts ?

Toutes les négociations/conventions collectives dans la mesure où elles visent à améliorer « les conditions de travail (y compris la rémunération) » des ISS.

Les négociations/conventions collectives qui iraient au-delà de l'amélioration des conditions de travail et qui viseraient, par exemple, à diviser le marché ou encore à imposer des conditions (tarifaires ou commerciales) aux consommateurs ne sont pas couvertes.

Quelles sont les catégories de conventions collectives impliquant des ISS qui sortent du champ d'application de l'article 101 TFUE ?

Il s'agit des conventions collectives sur les conditions de travail d'ISS se trouvant dans « une situation comparable à celle des travailleurs salariés ». La Commission européenne propose à cet effet, les trois catégories suivantes :

- l'ISS économiquement dépendant, c'est-à-dire celui qui fournit ses services exclusivement ou principalement à une seule contrepartie pour au moins 50% du total de ses revenus annuels professionnels ;
- l'ISS qui assure des tâches identiques ou similaires « côte à côte » avec des travailleurs salariés pour la même contrepartie ;³
- l'ISS qui fournit ses services à une plateforme de travail numérique⁴ à l'exception des plateformes d'intermédiation. Il reflète la tendance croissante de la jurisprudence nationale et des lois nouvellement introduites reconnaissant sa dépendance économique lorsque la situation de fait remplit un certain nombre de critères objectifs prédéterminés⁵.

La notion de « plateforme de travail numérique » est la même que celle qui se trouve dans la proposition de directive précitée de la Commission européenne sur l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme [COM (2021) 762]. En gros, cette définition comprend toutes les plateformes qui, d'une manière ou d'une autre, organisent le travail et qui ont un certain impact sur la façon dont le travail est exécuté. Elle exclut les « matchmaking platforms » qui ne font qu'initier les contacts entre interlocuteurs appropriés.

Quelles sont les conventions collectives impliquant des ISS qui entrent dans le champ d'application de l'article 101 TFUE mais à l'encontre desquelles la Commission européenne s'engage à ne pas intervenir ?

Il s'agit des conventions collectives sur les conditions de travail d'ISS se trouvant dans une « position de négociation déséquilibrée » et qui de ce fait ont peu d'influence sur leurs conditions de travail. La Commission européenne propose à cet effet, les trois catégories suivantes :

- l'ISS qui négocie avec une contrepartie jouissant d'une certaine puissance économique et qui dispose ainsi d'un pouvoir de négociation insuffisant pour influencer sur ses conditions de travail. C'est notamment le cas quand les ISS négocient avec des contreparties qui représentent l'ensemble du secteur ou de l'industrie. Il en va de même pour les cas dans lesquels les ISS négocient avec une contrepartie dont le chiffre d'affaires annuel total est supérieur à 2 millions d'euros ou dont l'effectif en personnel est égal à ou dépasse 10 travailleurs ou encore avec plusieurs contreparties qui dépassent ensemble l'un de ces seuils.

Sont donc ici exclus les cas dans lesquels les ISS négocient avec une micro-entreprise ;

3 Cette réalité a toutefois été reconnue par la pratique dans plusieurs États membres où les conventions collectives couvrent les travailleurs salariés et les ISS actifs dans le même secteur.

4 Selon le point 30 du projet de Lignes directrices : « Les plateformes qui n'organisent pas le travail de particuliers, mais fournissent simplement un moyen par lequel les travailleurs indépendants sans salariés peuvent atteindre les utilisateurs finaux ne constituent pas des plateformes de travail numériques ».

5 Certains États membres ont adopté une législation établissant une présomption de relation d'emploi ou le droit à la négociation collective pour les prestataires de services à des plateformes numériques ou par l'intermédiaire de celles-ci.

- l'ISS dont le législateur national, au regard d'objectifs sociaux, a agi pour corriger ce déséquilibre du pouvoir de négociation en : (1) autorisant explicitement le droit à la négociation collective ou (2) en sortant du champ d'application du droit de la concurrence national les conventions collectives conclues par des indépendants dans certaines professions ;
- l'ISS concerné par la directive sur les droits d'auteur.

AVIS

Position des membres représentant les organisations les plus représentatives de l'industrie, des services, de l'agriculture, du commerce et de l'artisanat et du secteur non marchand

1. Remarques générales

Les membres qui représentent les organisations les plus représentatives des employeurs soulignent que la représentation collective des indépendants existe déjà par le biais des organisations interprofessionnelles représentatives des Classes Moyennes (UNIZO, UCM), des organisations professionnelles reconnues (par ex. GTL-Taxi pour le secteur des taxis) ou des ordres professionnels (ex. médecins, architectes...). Les indépendants sont déjà représentés au sein du Comité général de gestion pour les travailleurs indépendants et du Conseil supérieur des indépendants où ils mènent, entre autres, une concertation sociale.

Aucune réglementation, y compris les Lignes directrices, ne peut toucher aux éléments fondamentaux du droit de la sécurité sociale et du droit du travail, dont la loi sur les relations de travail. C'est ainsi que tous les indépendants doivent se voir garantir en tout temps la liberté du temps de travail, la liberté de l'organisation du travail, l'absence de tout contrôle hiérarchique et le respect de la volonté des parties individuelles.

La Commission européenne vise non seulement l'amélioration des conditions de travail d'un groupe défini mais aussi une meilleure prise en compte des problèmes sociaux et de sécurité sociale insuffisamment identifiés, sans tenir compte du contexte national (par exemple, en cas de chute du revenu en raison de la COVID-19, les indépendants sont couverts en Belgique grâce au droit passerelle de crise). Elle souhaite résoudre ces problèmes par le biais d'exceptions au droit de la concurrence au lieu de faire face aux problèmes sociaux concrets.

Les membres qui représentent les organisations les plus représentatives des employeurs adoptent dès lors une attitude fort critique vis-à-vis de l'initiative de la Commission européenne et craignent que les Lignes directrices ne conduisent à de multiples problèmes pratiques et fondamentaux. La ligne de séparation entre travailleurs et entreprises et la façon dont ils peuvent mener leurs négociations collectives ne peut s'estomper, même pas indirectement. Il faut éviter en tout temps que des mécanismes qui interviennent dans la relation avec les travailleurs ne soient implantés dans la relation entre entreprises. Ils estiment que cette initiative franchit un pas dans la direction d'un troisième statut, juxtaposé aux statuts de travailleur et d'indépendant. Ceci doit absolument être évité.

L'autorisation de négociations collectives déboucherait aussi sur une forte pression en termes de prix. Supposons qu'un certain nombre de consultants indépendants concluent un accord avec une grande entreprise dans le secteur anversois du pétrole. Dans une telle hypothèse, il en résulterait une pression à la hausse dans toutes les entreprises de ce secteur. Les effets se diffuseront finalement jusque dans le prix aux consommateurs.

Les membres qui représentent les organisations les plus représentatives des employeurs estiment, pour les raisons susmentionnées, que les problèmes auxquels cette initiative s'attache, doivent être examinés dans le cadre d'autres législations que le droit de la concurrence. La régulation directe des conditions contractuelles et le développement accru du règlement sur les services d'intermédiation en ligne seraient une manière plus simple, plus sûre juridiquement et plus proportionnelle de garantir la protection des indépendants qui se trouvent réellement en position de faiblesse lors de négociations. La régulation directe des conditions contractuelles serait également identique pour tous les entrepreneurs de sorte que la distinction artificielle entre les entreprises avec ou sans salariés n'aurait plus lieu d'être.

À titre principal, ils soulignent qu'ils considèrent dès lors qu'il n'est pas souhaitable que les Lignes directrices soient émises.

À titre subsidiaire, ils estiment nécessaire de formuler malgré tout leurs remarques sur le contenu des Lignes directrices.

1.1 Des catégories trop larges qui ignorent la diversité de la réalité

Les membres qui représentent les organisations les plus représentatives des employeurs font remarquer que les travailleurs indépendants ne forment pas un groupe homogène et que leur diversité est bien plus large que celle capturée par la distinction entre les indépendants sans salariés (ISS) et ceux avec salariés. Cette diversité s'exprime d'ailleurs aussi au sein même de la catégorie des ISS, et au sein même des ISS ciblés par la proposition de Lignes directrices.

La Commission européenne a délimité de larges catégories d'ISS mais ne justifie pas ces catégories à l'aide d'un fondement objectif. Les catégories visées ne correspondent pas aux déséquilibres économiques réels ou aux fragilités sociales. Le contexte national et la législation des pays ne sont pas non plus pris en considération.

Par manque de tout critère tenant compte de la situation concrète et des rapports de force entre les ISS et leur contrepartie, les catégories ne prennent pas suffisamment en considération la diversité de la réalité. C'est ainsi qu'il est des secteurs où prévaut un manque de services offerts par les ISS. Même si un indépendant acquiert, dans un tel secteur, au moins 50 % de son revenu professionnel annuel total grâce à une seule contrepartie, il disposera malgré tout d'un pouvoir de négociation suffisant. Nombres d'exemples peuvent être avancés qui illustrent qu'un indépendant, même s'il relève d'une des catégories prévues, ne se trouve pas de ce fait et par définition dans une position de négociation inférieure.

2. Sur le contenu de l'instrument juridique choisi

2.1 Sur la terminologie utilisée

La terminologie utilisée par la Commission européenne est interpellante car elle se calque presque intégralement sur les négociations collectives entre employeurs et travailleurs salariés. Ceci est

inapproprié en l'espèce, s'agissant de négociations commerciales collectives entre des entreprises, ces négociations donnant lieu à des accords collectifs à portée commerciale et non réglementaire. Ainsi, les termes de « conventions collectives de travail », de « fixation de la rémunération », de « horaires de travail », de « vacances » (liste non exhaustive) doivent être modifiés pour mieux correspondre à la réalité commerciale et à la libre prestation de services.

La clarification des concepts est nécessaire pour éviter toute confusion avec la concertation sociale appliquée dans le monde du travail salarié. Le caractère volontaire et facultatif des négociations collectives doit être garanti pour tout ISS, conformément à sa liberté entrepreneuriale.

2.2 Sur le contenu des accords collectifs visés

Le point 16 du projet de Lignes directrices est problématique. Il suggère que lorsque des ISS décident de suspendre leurs services à une contrepartie, parce qu'elle n'est pas disposée à entamer des négociations, cela peut (sous certaines conditions) également faire partie de l'exemption de l'article 101. Bien que les Lignes directrices relèvent du domaine de la politique de la concurrence, il est important de noter que, conformément à l'article 153 du Traité UE (politique sociale), l'UE n'est pas compétente pour intervenir dans le droit de grève ou le droit d'imposer des lock-outs. Dans le cas des petites contreparties en particulier, cela les placerait dans une position de négociation indûment faible. Par conséquent, la Commission européenne est invitée à supprimer ce point du projet de Lignes directrices.

Les membres qui représentent les organisations les plus représentatives des employeurs font remarquer que les indépendants bénéficient déjà en Belgique d'une protection sociale étendue, comme les allocations d'incapacité de travail en cas de maladie ou d'accident du travail, le repos de maternité, le droit passerelle en cas de force majeure... Les Lignes directrices doivent exclure des négociations collectives les sujets pour lesquels il existe déjà une protection ou une réglementation nationale ou européenne.

2.3 Dérogation trop étendue au droit de la concurrence

Il est important de limiter les Lignes directrices aux conditions de prestation, car cela permet d'atteindre l'équilibre nécessaire entre le soutien de l'accès collectif de certains ISS, en position de déséquilibre dans les négociations, à la formation, à la couverture d'assurances, etc., et la sauvegarde de l'application des règles de concurrence sur les aspects commerciaux. Les points 14 et 18 du projet de Lignes directrices sont importants à cet égard.

Cependant, il n'est pas adéquat d'exempter de la politique de la concurrence les accords/négociations conjoints des ISS avec d'autres entreprises fixant les honoraires/prix. Les accords entre indépendants, qui sont en concurrence les uns avec les autres pour fournir certains services, pour fixer les prix, constituent un cartel "pur et dur". En particulier, le droit de négociation collective sur les prix et les services préoccupe sérieusement les membres qui représentent les organisations les plus représentatifs des employeurs. Le résultat peut en être la coordination des prix, ce qui peut avoir un effet négatif considérable sur le marché et finalement sur les prix aux consommateurs.

Dans la même optique, certains accords définiront les orientations dans l'ensemble du secteur ou dans d'autres secteurs et cet effet sera renforcé par le champ d'application trop large des Lignes directrices en raison des critères économiques par trop abstraits (cf. 2.4). Les entreprises seront obligées d'offrir des rémunérations analogues pour pouvoir encore faire appel aux prestataires de services, et ce même si aucun accord collectif n'a été conclu ou si les Lignes directrices ne sont pas

d'application dans la situation concrète. Les prix seront donc mis sous pression, ce qui se répercutera inévitablement sur les prix à la consommation.

2.4 Critères économiques trop abstraits

Le droit de la concurrence a pour but de garantir la libre concurrence en tenant compte du marché concerné et de la position de marché des parties sur ce marché. Ces Lignes directrices introduisent cependant d'autres critères statiques et arbitraires sans les évaluer à l'aune du marché concerné par les services qu'offrent les ISS, ce qui va à l'encontre de l'approche économique et dynamique que le droit de la concurrence vise normalement.

Les critères économiques abstraits utilisés lors de la définition des catégories d'ISS méconnaissent en outre la diversité fort hétérogène de la pratique. Ces critères doivent donc être affinés en optant pour une approche basée sur les risques et en veillant à assurer un bon rapport entre les mesures et les problèmes auxquels on veut faire face. Au lieu de se baser sur des critères trop abstraits, il vaudrait mieux examiner les conditions de travail réelles des indépendants. En particulier, il faut qu'il soit possible d'encre démontrer par le biais d'une présomption réfragable que l'indépendant ne se trouve pas en réalité dans une position de négociation faible de sorte que l'article 101 TFUE soit de nouveau d'application.

2.5 Sur la question de la sécurité juridique

La délimitation abstraite et artificielle de certains groupes d'ISS fera en sorte que de nombreuses questions juridiques surgiront lorsque ces indépendants seront confrontés à des circonstances changeantes. L'approche statique du marché constitue un problème et créera une insécurité juridique notable dans le chef des ISS. En voici quelques exemples. Les indépendants peuvent changer rapidement de partenaire commercial ; qu'advient-il alors si la limite des 50 % de chiffre d'affaires atteinte chez une même contrepartie n'est de ce fait plus respectée ? Qu'arrive-t-il si un indépendant engage un salarié – ne fut-ce que pour un bref laps de temps ? Ici aussi, le plaidoyer en faveur d'une approche basée sur les conditions de travail réelles de l'indépendant doit être suivi.

Les Lignes directrices n'apportent aucune garantie de sécurité juridique excluant la requalification du statut social des prestataires de services qui concluraient des accords collectifs à l'égard d'une contrepartie avec laquelle ils auraient conclu un tel accord collectif. En effet, les contreparties qui souhaiteraient octroyer certains avantages sociaux individuels ou collectifs aux ISS avec lesquels elles concluent un contrat commercial de prestations de services, doivent bénéficier d'une meilleure sécurité juridique pour que ces nouveaux avantages sociaux éventuels ne conduisent pas à une requalification automatique de la relation commerciale en une relation de travail salarié.

2.6 Sur les critères rendant « les travailleurs indépendants sans salariés comparables à des travailleurs salariés »

2.6.1 Le critère de « seuil »

Les membres qui représentent les organisations les plus représentatives des employeurs estiment que le critère de 50% du chiffre d'affaires est arbitraire et ne peut, en aucun cas, être absolu. Ainsi qu'il a déjà été dit, certains ISS resteront, même s'ils dépassent ce seuil quantitatif, en position de domination économique par rapport à leur contrepartie. Ce sera notamment le cas lorsque l'expertise ou la qualification de l'ISS est telle qu'elle lui confère une position de négociation plus favorable et

que c'est, au contraire, la contrepartie qui est plus vulnérable. Il faut donc tenir compte de critères qualitatifs dans l'appréciation de la domination économique.

En outre, d'autres facteurs que la part du revenu peuvent jouer un rôle dans la dépendance économique. Ils estiment donc qu'il serait opportun d'examiner s'il ne conviendrait pas de les prendre en compte également dans le contexte de ces Lignes directrices

À titre subsidiaire, les membres qui représentent les organisations les plus représentatives des employeurs pourraient envisager un tel critère de "seuil" car il est propice à la sécurité juridique entre les parties concernées, mais à condition qu'il soit supérieur à 50 %, qu'il soit examiné en combinaison avec d'autres critères et que les parties puissent renverser la présomption de dépendance économique sur la base des éléments de fait.

2.6.2 Le critère de « travail côte à côte »

Le simple fait qu'un ISS preste côte à côte avec des travailleurs salariés ne devrait pas conduire à une quelconque conclusion sur la véritable nature d'une relation. Ce qui importe, ce sont les conditions réelles dans lesquelles le travail indépendant est exercé, en particulier le degré de liberté dont jouit le travailleur indépendant quant au moment et à la manière d'exécuter ses tâches. L'application de cette partie des Lignes directrices devrait être plus stricte afin de garantir qu'elle ne concerne que des cas très spécifiques de pouvoir de négociation déséquilibré.

En outre, les critères de cette deuxième catégorie sont presque identiques aux critères jurisprudentiels des faux indépendants (Arrêt FNV Kunsten). Comme il a déjà été dit, ceci génère une grande insécurité juridique car, selon les cas, on devrait appliquer les règles du droit du travail salarié (concertation sociale, CCT, portée générale, etc.) ou plutôt des règles de négociation spécifiques et des accords compatibles avec le droit de la concurrence.

2.6.3 Le critère de « plateforme de travail numérique »

Les membres qui représentent les organisations les plus représentatives des employeurs ne sont pas favorables au recours au critère de la "plateforme de travail numérique". Il est inacceptable que la DG COMP propose d'exempter tous les travailleurs de plateforme des règles de la concurrence, en présumant de manière irréfutable qu'ils sont tous dans une situation comparable aux salariés, alors que simultanément, la DG EMPL propose, dans son projet de Directive COM(2021) 762 final, cinq critères de salariat dont deux suffisent pour présumer de manière réfragable que le travailleur de plateforme est salarié.

À titre subsidiaire, en raison de la difficulté d'application de ce critère dans la pratique, il ne sera pas toujours évident de déterminer si une plateforme ne joue qu'un rôle d'intermédiaire ou si elle organise également la prestation effective. En effet, l'architecture même de la plateforme peut avoir des incidences sur l'autonomie des prestataires, leurs conditions de prestation et leurs revenus. Ils estiment donc que des éléments supplémentaires permettant de mieux évaluer le rôle joué par une plateforme doivent être proposés.

2.7 Sur les priorités d'application suivies par la Commission en ce qui concerne les "ISS se trouvant dans une situation de pouvoir de négociation déséquilibré"

Le projet de Lignes directrices mentionne qu'un déséquilibre du pouvoir de négociation existe si des ISS négocient ou concluent des accords collectifs avec une contrepartie aux négociations qui : a) soit jouit « d'un niveau de puissance économique » car elle représente l'ensemble d'un secteur ou d'une industrie ; ou b) soit dispose d'un chiffre d'affaires annuel global supérieur à 2 millions d'euros ou d'un

effectif du personnel égal ou supérieur à 10 personnes ou encore avec plusieurs contreparties qui dépassent ensemble l'un de ces seuils.

Les membres qui représentent les organisations les plus représentatives des employeurs font remarquer que les exigences précitées à remplir par la(les) contrepartie(s), et qui se rapportent à leur taille ou revenu, sont discutables. Tout comme le critère ci-dessus du seuil de 50 % du chiffre d'affaires, les seuils proposés ici pour déterminer si une entreprise remplit une position dominante sont arbitraires et ne peuvent pas être absolus. Il faut également tenir compte de la structure du marché côté demande et côté offre et de la position des parties sur ce marché, et en particulier prévoir la possibilité de renverser cette présomption lorsque l'ISS est lui-même en position de domination économique sur le marché des services qu'il offre en raison de qualifications spécifiques ou d'une expertise propre et où la demande est plus grande que l'offre disponible de services par l'ISS.

Position des membres qui représentent les organisations de consommateurs et les organisations les plus représentatives des travailleurs

1. Remarques générales

Les membres qui représentent les organisations de consommateurs et les organisations les plus représentatives des travailleurs tiennent à souligner le fait que les ISS doivent pouvoir participer à la concertation sociale (comme tous les travailleurs, au regard des normes sociales internationales, notamment), l'organisation concrète de cette concertation devant être discutée au CNT. Cette concertation sociale devra nécessairement se faire au moyen et par le biais des organisations et instances de concertation sociales existantes.

Ces travailleurs indépendants sans salariés revêtent une sorte de « double casquette » et une protection efficace et adéquate (ainsi qu'une amélioration de leurs conditions de travail et d'existence) nécessite effectivement une plus grande transparence et une plus grande clarté. En aucun cas et sous aucune condition, ce débat et cette discussion ne peuvent ni ne doivent être détournés et instrumentalisés pour se diriger vers un troisième statut ou un statut intermédiaire (qu'il soit institutionnalisé ou seulement « de fait ») qui aurait pour seul effet, à nos yeux, de détériorer l'ensemble des acquis et conquis sociaux et de niveler par le bas l'ensemble des normes, protections et droits des travailleurs dans leur ensemble.

Les membres qui représentent les organisations de consommateurs et les organisations les plus représentatives des travailleurs accueillent favorablement l'initiative de la DG Concurrence de la Commission européenne, en ce qu'elle vise à lever les obstacles dressés par le droit de la concurrence face au droit à la négociation collective des ISS.

Bien qu'elle ne résolve pas définitivement le problème de fond, cette initiative apporte des solutions pragmatiques à certaines situations spécifiques. Les situations non explicitement visées par les Lignes directrices pourront néanmoins faire l'objet d'une analyse au cas par cas, ce qui est de nature à diminuer l'incertitude actuelle.

Il n'en reste pas moins que la question fondamentale des interactions et de l'articulation entre le droit de la concurrence et le droit à la négociation collective des ISS reste posée ; ces deux corpus juridiques s'appliquant pour les ISS.

Si le volet droit de la concurrence de la problématique fait aujourd'hui l'objet du présent avis, il est par ailleurs essentiel que les partenaires sociaux puissent entamer une réflexion sur les aspects liés au droit à la négociation collective.

Il est fondamental que cette réflexion puisse être menée dans les organes de concertation sociale existants en vue de réfléchir à la mise en place d'un cadre pour cette négociation collective des ISS (définir les niveaux de négociation, les lieux et les acteurs de cette négociation, les formes et la force juridique du résultat de ces négociations...). Les organisations représentatives des travailleurs estiment qu'elles sont aussi habilitées à représenter les ISS pour la négociation collective, puisque celle-ci est menée au nom de leur qualité de travailleur.

À cet égard, les membres qui représentent les organisations de consommateurs et les organisations les plus représentatives des travailleurs renvoient à une discussion au Conseil national du travail à ce sujet.

2. Sur la nature de l'instrument juridique choisi

Les membres qui représentent les organisations de consommateurs et les organisations les plus représentatives des travailleurs accueillent favorablement le choix d'un instrument juridique non contraignant dans le cadre de cette initiative de droit européen de la concurrence, à savoir des Lignes directrices, pour améliorer les conditions de travail des ISS. Cette initiative laisse une souplesse d'application aux autorités nationales, qui peuvent s'en écarter en cas de besoin. Elle ne les empêche pas non plus d'élargir leurs moyens d'action si nécessaire ni d'adopter des normes contraignantes plus strictes. Ensuite, elle n'affecte pas les prérogatives des États membres ni les compétences des partenaires sociaux.

Néanmoins, le projet de Lignes directrices de la Commission européenne ne permet pas à lui seul d'assurer la pleine sécurité juridique d'un accord conclu avec des ISS. Cet accord pourrait en effet toujours être dénoncé par toute partie et faire l'objet d'un recours en justice, au niveau européen ou au niveau national, qui l'invaliderait.

Il serait utile de compléter le dispositif de sorte qu'une présomption forte de conformité au droit européen de la concurrence soit attachée à une convention collective que la Commission européenne considère comme en dehors du champ d'application de l'article 101 TFUE ou que la Commission européenne s'est engagée à ne pas contester.

Il est par ailleurs essentiel que la Commission européenne veille à une application homogène et cohérente de ces Lignes directrices dans l'ensemble des États membres de l'Union européenne, notamment par la promotion de ces Lignes directrices auprès des autorités nationales de la concurrence, sans préjudice des prérogatives des États membres d'introduire des critères plus favorables au droit à la négociation collective des ISS.

3. Sur le contenu des Lignes directrices

3.1 Remarques générales

Les membres qui représentent les organisations de consommateurs et les organisations les plus représentatives des travailleurs estiment que la terminologie utilisée dans les Lignes directrices est la bonne. Il n'est pas opportun que les Lignes directrices introduisent de nouvelles notions qui pourraient légitimer l'émergence d'instruments ou d'acteurs nouveaux dans le cadre de la négociation collective des ISS. Les Lignes directrices soulignent à cet égard qu'elles ne portent pas atteinte à la compétence des États membres et des partenaires sociaux de définir ces notions.

Le droit de grève ne peut faire l'objet d'une appréciation au regard du droit de la concurrence. Le droit de grève doit être apprécié au regard des droits fondamentaux. Le droit d'agir collectivement est intrinsèquement lié au droit à la négociation collective et doit être considéré comme justifié au regard des objectifs sociaux légitimes poursuivis par l'action collective.

Toute référence à une évaluation de la nécessité ou de la proportionnalité d'actions collectives des ISS au regard du droit de la concurrence doit être supprimée des Lignes directrices. L'objectif de celles-ci est de garantir une sécurité juridique en excluant le droit à la négociation collective des limitations imposées par le droit de la concurrence. Il ne peut être question de soumettre le droit de grève aux limitations du droit de la concurrence. L'Union européenne n'a pas la compétence de réglementer le droit de grève mais devrait néanmoins respecter les normes internationales, européennes et nationales en la matière.

Le droit de grève est un corollaire à la liberté d'association et est intrinsèquement lié à l'exercice effectif du droit à la négociation collective. La liberté d'association est garantie à tout individu sans distinction, en ce compris les travailleurs indépendants.

L'article 12 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne garantit le droit à chacun de joindre un syndicat et l'article 28 prévoit le droit pour les syndicats de mener des actions collectives. La Charte doit être interprétée conformément aux autres instruments internationaux et européens en matière de droits humains, qui reconnaissent clairement le droit des travailleurs indépendants à la négociation et à l'action collective.

Les restrictions au droit de grève sont uniquement autorisées pour certains groupes spécifiques ou dans des circonstances particulières. Toute restriction doit être dûment justifiée et prescrite par la législation nationale. Des Lignes directrices n'ont pas force de loi et la Commission européenne n'a aucune autorité juridictionnelle pour évaluer le recours au droit de grève.

3.2 Les ISS se trouvant dans une situation de dépendance économique

Les membres qui représentent les organisations de consommateurs et les organisations les plus représentatives des travailleurs estiment qu'appréhender la dépendance économique uniquement par un seuil de pourcentage de revenus annuels (50%) tirés d'une seule contrepartie est trop réducteur.

Premièrement, un tel pourcentage devrait être évalué de manière souple. Il peut en effet s'avérer que ces revenus varient d'une année à l'autre ou que dans le groupe d'ISS prestant pour la même contrepartie, certains d'entre eux atteignent ce seuil, et d'autres non.

Deuxièmement, il est des situations dans lesquelles l'ISS perçoit son revenu d'un tiers et non directement de sa contrepartie (chauffeurs de taxis travaillant par l'intermédiaire d'une centrale de taxis, infirmières à domicile travaillant par l'intermédiaire d'une association...). Dans toutes ces situations, l'ISS ne perçoit donc pas son revenu directement de sa contrepartie. C'est néanmoins par l'intermédiaire de cette contrepartie que l'ISS peut percevoir son revenu payé par un tiers. Il est donc primordial que ce critère de dépendance économique couvre également les situations dans lesquelles l'ISS perçoit son revenu par l'intermédiaire de la contrepartie.

Ensuite, d'autres facteurs peuvent révéler une dépendance économique à l'égard d'une seule contrepartie (durabilité de la relation de travail, clause de non-concurrence, intégration dans l'organisation du travail du donneur d'ordre, utilisation d'outils fournis ou de procédures établies par le donneur d'ordre...).

Enfin, il est essentiel que l'application de ce critère ne divise par le groupe des ISS qui sont dans la même situation de travail, même si une partie du groupe rencontre ce critère et une autre partie du groupe ne le rencontre pas. Puisqu'il s'agit d'une négociation collective, il est fondamental que l'ensemble des ISS occupés auprès de la même contrepartie soient couverts par l'accord dès lors qu'une partie des ISS rencontre le critère et s'engage dans une négociation collective. Il serait en effet absurde de diviser les ISS selon qu'ils seraient « partie à l'accord » ou qu'ils en seraient exclus. À défaut, on créerait un facteur de concurrence déloyale et/ou une différence injustifiée de traitement entre ceux partie à l'accord et les autres.

3.3 Les ISS travaillant côte à côte avec des travailleurs salariés

En ce qui concerne ce critère, il nous semble qu'il ne doit pas uniquement s'agir d'une proximité physique mais également d'une proximité organisationnelle ou procédurale. Il se peut en effet que

des travailleurs indépendants, même s'ils ne sont pas présents sur le même lieu de travail que les salariés, forment un ensemble avec les travailleurs salariés.

3.4 Les ISS travaillant par le biais de plateformes de travail numériques

Tout en souscrivant pleinement à la nécessité de permettre aux ISS occupés par le biais de plateformes numériques de négocier collectivement, les organisations représentatives des travailleurs estiment que les Lignes directrices ne doivent pas promouvoir une approche selon laquelle la majorité des travailleurs occupés via des plateformes numériques serait présumée être constituée de travailleurs indépendants.

En effet, les développements législatifs et jurisprudentiels dans de nombreux États membres de l'Union européenne (dont la Belgique, au travers de l'avant-projet de loi portant des dispositions diverses relatives au travail⁶) ainsi que la proposition de directive de la Commission européenne relative à l'amélioration des conditions de travail des travailleurs de plateforme démontrent que le statut d'indépendant de nombreux travailleurs de plateforme est remis en cause avec succès.

3.5 Les ISS se trouvant dans une situation de pouvoir de négociation manifestement déséquilibré

Si le critère est opportun, les membres qui représentent les organisations de consommateurs et les organisations les plus représentatives des travailleurs estiment que l'appréhender uniquement par la taille de la contrepartie, à savoir par un nombre de salariés ou par un niveau de chiffre d'affaires annuel, est trop limitatif. Il pourrait simplement être renvoyé au principe du « pouvoir de négociation manifestement déséquilibré », en laissant aux parties le soin de justifier qu'elles se trouvent dans cette situation. Il se pourrait en effet que la contrepartie organise le travail de très nombreux ISS, sans pour autant occuper un nombre important de salariés.

Par ailleurs, ces critères visent à exclure les micro-entreprises alors que le tissu économique en Belgique, et plus largement au sein de l'Union européenne, est essentiellement constitué de ces très petites structures. Cette exclusion réduit donc drastiquement les situations dans lesquelles des ISS devraient pouvoir prétendre à négocier collectivement. Cette exclusion des micro-entreprises risque en outre de laisser la porte ouverte à des pratiques de concurrence déloyale par le recours abusif à la sous-traitance.

3.6 Conventions collectives conclues par les ISS en vertu de la législation nationale ou européenne

Les membres qui représentent les organisations de consommateurs et les organisations les plus représentatives des travailleurs estiment opportun que les États membres restent libres de définir les situations dans lesquelles la négociation collective par et pour des ISS est possible, au-delà des situations visées dans les Lignes directrices, et que cette décision des États membres doit s'imposer à la Commission européenne.

⁶ En attente de 2^e lecture au Conseil des Ministres.

En ce qui concerne la législation européenne, les Lignes directrices devraient plus explicitement mentionner que les initiatives législatives européennes futures qui prévoient une négociation collective pour les ISS s'imposeront également à la Commission européenne.