

Collectif Contre les Caisses de Congés du BTP
4C-BTP
16 bis, rue Bernard Palissy
17700 Surgères

Paris, le 19 avril 2017

Cabinet fondé par
Robert Badinter

Alexis Constantin
Associé-gérant

Anne-Sophie Barthez
Associée cogérant

Pascal Beauvais

Valérie-Laure Benabou

Paul Cassia

Thomas Clay
Ancien associé-gérant

Martin Collet

Pascal Lokiec

Etienne Pataut

Sophie Robin-Olivier

Judith Rochfeld

Guillaume Tusseau

*Tous agrégés des Facultés
de droit*

Consultation sur la conformité au droit européen (CEDH et droit de l'UE) de l'obligation, pour les entreprises du bâtiment et des travaux publics, de cotiser aux caisses de congés payés

Le Collectif Contre les Caisses de Congés du BTP a sollicité un avis de droit de la part des soussignés, associés au sein de CORPUS CONSULTANTS, sur la question exposée ci-après.

La présente consultation a été déterminée au regard des éléments de fait communiqués par le Collectif Contre les Caisses de Congés du BTP et ses conseils. Elle ne peut donc prétendre couvrir des hypothèses découlant de faits dont les soussignés n'auraient pas eu connaissance ni répondre à des questions qui ne leur auraient pas été expressément posées. Elle a été établie conformément à la charte éthique des associés de CORPUS CONSULTANTS, accessible sur leur site internet, et n'entend donner ici que des réponses de pur droit.

La présente consultation peut être produite en justice. Elle peut être citée par extraits dans des pièces de procédure à la condition d'être produite dans son intégralité.

Questions posées – le Collectif Contre les Caisses de Congés du BTP a sollicité un avis de droit de la part des associés de CORPUS CONSULTANTS sur la question suivante :

L'obligation, pour les entreprises du bâtiment et des travaux publics, de cotiser aux caisses de congés payés peut-elle être contestée en raison de l'atteinte qui en résulte aux droits et libertés protégés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) ainsi que par le droit de l'Union européenne (UE) ?

1. - Sur ce, les soussignés émettent l'avis final suivant :

- 1) Outre la violation de la liberté d'association et de l'interdiction de discrimination, il n'est pas exclu qu'une violation de l'article premier du protocole additionnel à la Convention EDH soit constatée, si la Cour EDH était saisie de cette question.**
- 2) Le droit européen de la concurrence ne semble pas pouvoir s'opposer au système des caisses de congés payés car, à supposer que les caisses puissent être considérées comme des entreprises, au sens du droit européen de la concurrence, il paraît difficile de caractériser l'abus de position dominante qui résulterait de leur fonctionnement.**
- 3) En revanche, la législation française qui impose aux employeurs du secteur du bâtiment et des travaux publics de s'affilier obligatoirement à des caisses assurant le paiement des congés des salariés, pourrait être efficacement contestée sur le fondement de la liberté de prestation de services, protégée par les articles 56 et suivants du TFUE.**

2. - Rappel des faits – Le droit français prévoit que, dans certains secteurs économiques, le régime des congés payés repose sur l'obligation pour l'employeur de s'affilier et de cotiser à une caisse chargée du versement des sommes correspondant au montant des congés payés aux salariés. La caisse de congés payés se substitue à l'employeur pour ce qui concerne l'octroi de la rémunération due pendant le congé.

3. - L'obligation d'adhésion est prévue par la loi et figure à l'article L 3141-32 du code du travail selon lequel :

« Des décrets déterminent les professions, industries et commerces pour lesquels l'application des dispositions relatives aux congés payés comporte des modalités particulières, telles que la constitution de caisses de congés auxquelles les employeurs intéressés s'affilient obligatoirement.

Ces décrets fixent la nature et l'étendue des obligations des employeurs, les règles d'organisation et de fonctionnement des caisses ainsi que la nature et les conditions d'exercice du contrôle de l'Etat à leur égard. »

4. - Ce régime particulier a été prévu, à l'origine (1937), pour des secteurs dans lesquels les salariés occupaient, le plus souvent, des emplois de courte durée. Dans ces secteurs (limitativement énumérés par voie réglementaire), le paiement des indemnités compensatrices de congés payés par les caisses a pour but de garantir, en faveur des salariés exerçant des emplois précaires ou discontinus, l'acquisition d'un droit à congé payé et l'effectivité d'un repos rémunéré. En effet, pour certains salariés exerçant des emplois précaires, la perception d'indemnités compensatrices de congés payés, au terme de chaque période d'embauche, ne permettait pas d'assurer que ceux-ci prennent effectivement leurs congés¹. La création de caisses de congés avait donc pour objet de garantir la prise effective des congés par les salariés exerçant une activité précaire et d'en faciliter la gestion.

5. - Ce dispositif, qui était donc initialement réservé aux salariés de certains secteurs d'activité employés de façon discontinue au cours de l'année, a rapidement été étendu (dès la loi n° 666 du 31 juillet 1942 relative au régime des congés payés) : d'une part, à d'autres secteurs d'activité désignés par le pouvoir réglementaire (sans qu'il s'agisse exclusivement de ceux dans

¹ En ce sens : E. LEWALLE, La semaine juridique éd. G, n°12, 20 mars 1991, II 21651.

lesquels des salariés exercent une activité précaire), d'autre part, à l'ensemble des salariés de ces secteurs.

6. - Ce système est cependant de plus en plus contesté. Les raisons de cette contestation tiennent notamment au coût et aux charges administratives (affiliation aux caisses, déclaration des salariés, remise de certificats aux salariés au moment des congés annuels...) pour les entreprises concernées. La fixation des cotisations par les caisses, selon un pourcentage de salaires fixé par leur règlement intérieur, contribue également à la réticence de certains employeurs. Celle-ci apparaît d'autant plus forte que la justification initiale s'est perdue. En effet, les salariés du bâtiment et des travaux publics ne sont plus, dans une large mesure, occupés par plusieurs entreprises au cours d'une même période de référence². En outre, certaines entreprises exerçant des activités multiples s'estiment artificiellement rattachées au secteur du bâtiment et des travaux publics et donc inutilement et injustement tenues de s'affilier et de cotiser aux caisses de congés payés du bâtiment et des travaux publics.

7. - A cet égard, si la jurisprudence continue d'interpréter très rigoureusement l'obligation d'affiliation, l'évolution de la législation montre que la critique émanant des employeurs n'a pas été jugée infondée. Ainsi, un décret n° 2009-493 du 29 avril 2009 a été adopté afin de contraindre une solution jurisprudentielle et permettre, sous certaines conditions, aux entreprises à activités multiples qui exercent à titre secondaire ou accessoire une activité relevant du bâtiment et des travaux publics de ne plus s'affilier à une caisse de congés payés.

8. - L'Association de défense des entreprises pénalisées par l'affiliation à une caisse de congés du bâtiment (ADEPACCOPAB) qui regroupe plusieurs organisations professionnelles a, en effet, signé des accords permettant aux entreprises qui en relèvent de s'affranchir des caisses du BTP, accords qui ont été validés par le décret 2009-493. L'exemption est fondée sur le fait que les activités concernées appartiendraient seulement de façon marginale, accessoire ou secondaire au secteur du bâtiment. Or cela est loin d'être évident. Par exemple, les Entrepreneurs du Paysage (UNEP) font aussi de la maçonnerie, du dallage et des travaux de terrassement. De même, l'installation de ventilation, de climatisation, de cuisines professionnelles, de chambres froides (dont les entreprises sont représentées par le SNEFCCA) ou l'installation d'antennes, de paraboles, de circuits relatifs à des systèmes d'alarme (dont les entreprises sont représentées par le GPMSE) sont des activités de bâtiment au même titre qu'un poseur de cuisines chez un particulier, que le travail d'un électricien ou que celui d'un plombier. Le critère du bénéfice de l'exemption apparaît donc artificiel et une différence de traitement injustifiée en découle. Il en est de même de la distinction entre l'activité « sur un chantier » qui justifie l'activité bâtiment et l'activité « en atelier » qui, lorsque

² D. ASQUINAZI-BAILLEUX, JCP S, n° 3, 16 janvier 2007, 1017.

cette dernière est supérieure à 50 % en termes de temps de travail des salariés, libère l'entreprise de l'obligation de cotiser auprès d'une caisse, son activité devenant une activité industrielle. En effet, cela n'a pas entraîné l'exemption de l'activité de charpentier alors qu'il s'agit désormais davantage d'une activité " en atelier" que "sur chantier" dans la mesure où cette activité ne se pratique plus sur les lieux de construction mais dans une entreprise, pour l'essentiel.

9. - Dans ce contexte, la question s'est posée de savoir si le système français des congés payés du bâtiment et des travaux publics n'était pas contraire au droit européen. Cette contrariété ne tient pas, selon nous, à l'absence d'objectif social d'un tel régime de congé : alors que la précarité du travail tend à se développer, la gestion des congés par des caisses de congés payés peut être considérée comme une modalité de la portabilité des droits socialement utile. Toutefois, réserver cette solution à certains secteurs, dont la délimitation n'est pas objectivement justifiée, et imposer une obligation d'affiliation à certaines associations chargées de la gestion du régime peut constituer une atteinte disproportionnée à certains droits et libertés protégés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) ainsi que par le droit de l'Union européenne (UE).

I. CONFORMITE A LA CEDH DE L'OBLIGATION D'AFFILIATION ET DE COTISATION AUX CAISSES DE CONGES PAYES

10. - La loi française fait obligation aux employeurs de s'affilier et de cotiser à des caisses de congés payés, tout en renvoyant au pouvoir réglementaire le soin de préciser les secteurs d'activité concernés (L 3141-32 du code du travail).

11. - Cette obligation peut être considérée comme une atteinte à la liberté d'association (A) et au droit au respect des biens (B) respectivement protégés par l'article 11 de la CEDH et par l'article premier du premier protocole additionnel à la CEDH.

A. Liberté d'association

12. - L'article 11 de la CEDH, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, garantit non seulement le droit de s'associer mais aussi le droit de ne pas s'associer,

bien que celui-ci ne soit pas expressément mentionné par l'article 11³. L'article 11 consacre ainsi « un droit d'association négatif »⁴.

13. - Selon la Cour européenne des droits de l'homme, ces deux faces, positive et négative, de la liberté d'association sont nécessaires pour assurer la protection des opinions personnelles, garantie par les articles 9 et 10 de la CEDH, qui compte parmi les objectifs de la liberté d'association. Une telle protection ne peut être assurée de manière effective, selon la Cour, que par la garantie d'un droit d'association positif et d'un droit d'association négatif⁵. L'interprétation des garanties de la Convention se fait, dans ce domaine, à la lumière de la notion d'autonomie personnelle qui est considérée comme un corollaire essentiel de la liberté de choix de l'individu, implicite dans l'article 11, ainsi que comme un élément confirmant l'importance que revêt l'aspect négatif de cette disposition⁶.

14. - En obligeant les entreprises du bâtiment et des travaux publics à adhérer aux associations qui constituent les caisses de congés payés, le code du travail restreint la liberté d'association des employeurs concernés qui n'ont ni le choix de leur caisse d'affiliation, ni la possibilité de choisir de ne s'affilier à aucune caisse. Ainsi, dans une affaire dans laquelle un entrepreneur en bâtiment avait contesté, en vain, devant les juridictions nationales la contribution légalement obligatoire due à un organisme privé (« taxe industrielle » dont le produit était affecté à la promotion et au développement de l'industrie nationale), la Cour a considéré que l'obligation légale de payer la taxe avait entravé la liberté de choix de l'entrepreneur quant à la protection de ses intérêts professionnels et porté atteinte à sa liberté d'association telle que garantie par le paragraphe 1 de l'article 11⁷.

15. - Il est vrai que, s'agissant du choix de s'affilier ou non à une caisse de congés payés, la protection des opinions personnelles et l'atteinte à l'autonomie personnelle peuvent paraître difficile à caractériser : dans tous les cas, les employeurs doivent assurer le paiement des congés des salariés. Toutefois, comme le montre l'affaire de la « taxe industrielle », la protection assurée par la CEDH ne concerne pas uniquement des opinions politiques ou des positions idéologiques marquées. De manière analogue, la protection de la liberté d'expression s'étend à la publicité commerciale et peut donc comporter une dimension

³ cf. notamment : CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou c. France*, Requêtes n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95.

⁴ Cf. CEDH, 30 juin 1993, *Sigurður A. Sigurjónsson c. Irlande*, Requête n° 16130/90 et 11 janvier 2006, *Sørensen et Rasmussen c. Danemark*, Requête n° 52562/99 52620/99.

⁵ CEDH, *Chassagnou c. France*, précité, § 103 ; *Sigurður A. Sigurjónsson c. Irlande*, précité, § 37 ; *Sørensen et Rasmussen c. Danemark*, précité, § 54 et *Vörður Olafsson c. Islande*, 27 avr. 2010, Requête n° 20161/06.

⁶ CEDH, *Sørensen et Rasmussen c. Danemark*, précité, § 54.

⁷ CEDH, *Vörður Olafsson c. Islande*, précité, § 54.

essentiellement, sinon exclusivement, liée à des intérêts économiques⁸. Par conséquent, on peut considérer que le refus d'adhérer à une caisse de congés payés relève, tout autant que le refus d'être contraint au paiement d'une contribution destinée à favoriser le développement industriel, de la protection de l'autonomie personnelle et protège l'opinion personnelle selon laquelle le régime des congés payés du bâtiment et des travaux publics n'est plus adapté, dans ses modalités actuelles, aux besoins des entreprises.

16. - La CEDH admet toutefois des restrictions à la liberté d'association pour autant, selon le deuxième paragraphe de l'article 11 que ces restrictions soient « prévues par la loi » et « constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

17. - L'obligation d'affiliation à une caisse de congés payés étant prévue par la loi, il reste donc à vérifier si cette obligation poursuit bien un but légitime. Dans la mesure où l'affiliation a pour objectif d'assurer le paiement des congés payés des salariés du secteur du bâtiment et des travaux publics, il est possible de considérer qu'elle a pour objectif d'assurer la protection des « droits et libertés d'autrui », le droit à la santé des salariés, en l'occurrence.

18. - L'existence d'un but légitime n'est toutefois pas suffisante. Le critère de nécessité dans une société démocratique impose de déterminer si l'ingérence litigieuse répond à un « besoin social impérieux », si elle est proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent pertinents et suffisants⁹.

19. - Dans l'affaire *Vörður Olafsson c. Islande*¹⁰, la Cour a jugé que la restriction à la liberté d'association résultant de l'obligation de soutenir financièrement la fédération des entreprises nationales d'une manière contraire à ses propres opinions n'était pas justifiée par des motifs suffisants et n'était pas « nécessaire ». Malgré la marge d'appréciation reconnue à l'Etat, la Cour a estimé que les autorités nationales n'avaient pas ménagé d'équilibre adéquat entre, d'une part, la liberté d'association et, d'autre part, le motif d'intérêt général que constitue la promotion et le développement de l'industrie nationale. La Cour européenne a notamment considéré que la loi n'était pas suffisamment précise quant à la transparence de la gestion, quant à l'obligation de rendre des comptes aux cotisants et quant à l'utilisation du produit des contributions.

⁸ V. notamment : CEDH, 11 décembre 2003, *Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche*, Requête n° 39069/97.

⁹ Par ex. *Vörður Olafsson c. Islande*, précité, § 74.

¹⁰ Précité.

20. - A la lumière de cette jurisprudence, on comprend que l'adhésion imposée par la loi française aux caisses de congés ait pu être considérée par certains employeurs comme non « nécessaire » au sens de l'article 11 paragraphe 2 de la CEDH.

21. - Lorsqu'elle a été saisie de la violation de l'article 11 par le régime des congés payés du bâtiment et des travaux publics, la Cour de cassation a considéré que, dans la mesure où les caisses de congés payés ont pour objet « la protection des droits et de la santé des salariés en leur assurant non seulement le paiement des congés payés, mais également des indemnités de chômage dues pour les arrêts de travail liés aux intempéries », aucune violation de cette disposition ne pouvait être constatée¹¹. S'il n'est guère contestable que le versement des indemnités de congés payés ou d'allocations chômage aux salariés du bâtiment et des travaux publics constitue une mesure de protection « des droits et de la santé des salariés », la Cour de cassation aurait dû également vérifier si l'ingérence litigieuse répondait bien à un « besoin social impérieux », si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi » et si « les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent pertinents et suffisants »¹². Une solution différente se serait alors vraisemblablement imposée¹³.

22. - En effet, l'exigence de proportionnalité ne paraît pas respectée car l'affiliation aux caisses de congés payés n'est pas nécessaire pour que les salariés puissent bénéficier du droit aux congés payés. En outre, si le principe de la gestion commune des congés a pu être considéré comme nécessaire, dans le secteur du bâtiment et des travaux publics, pour permettre la prise effective de ces congés, alors que la précarité y était plus grande qu'ailleurs, cette spécificité n'est plus aussi marquée aujourd'hui, compte tenu de l'accroissement général des contrats à durée déterminés. Or dans les autres secteurs, sauf rares exceptions, le recours à des caisses de congés, pour garantir le droit au congé, n'est pas prévu.

23. - La Cour des comptes, dans son référé S. 2015-1670, a donné son appréciation sur le régime de congés payés après avoir mené une enquête en contrôlant l'Union des Caisses de France et 3 caisses de congés dont celle des travaux publics, en ces termes :

« Les caisses de congés payés du BTP ont été créées en 1937, après l'adoption de la loi du 20 juin 1936 sur les congés payés, pour assurer la portabilité des droits à congés dans un secteur caractérisé à l'époque par la discontinuité de l'emploi. Cette époque est révolue, et le secteur du BTP ne présente plus de particularités faisant apparaître la nécessité de telles caisses. »

¹¹ V. notamment : Cass. soc., 22 févr. 2006, Bull. civ. 2006, V, n° 85 ; Cass. soc. 15 nov. 2006, n° 05-18897 ; Cass. soc., 20 janv. 2010, n° 08-12533.

¹² Comme l'exige la Cour européenne des droits de l'homme. Cf. notamment CEDH, *Vörur Olafsson c. Islande*, précité.

¹³ En ce sens, J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY, Dr. soc. 2006, n° 11, p. 1024-1025.

La même appréciation ressort du rapport de l'IGAS n° RM2010-171P sur le réseau des caisses de congés (§ 35, p. 10) :

« (...) la règle du prorata [D.4131-31 du Code du travail] fait peser sur les salariés une partie des conséquences de la défaillance de leurs employeurs, ce qui limite l'intérêt des caisses pour les salariés et présente, au regard du droit européen, des risques non négligeables. »

24. - De surcroît, l'obligation de cotiser pour l'ensemble des salariés de l'entreprise va au-delà de ce qui est nécessaire puisque l'activité de certains salariés ne dépend pas des chantiers, nécessairement temporaires, mais constitue une activité permanente au sein de l'entreprise. En somme, même si cette modalité spécifique de gestion des congés a pu se justifier à l'origine, compte tenu de la situation spécifique dans laquelle se trouvaient les ouvriers employés sur les chantiers du bâtiment et des travaux publics, il est difficile de considérer que l'atteinte à la liberté est toujours nécessaire, aujourd'hui, pour assurer le droit au congé des salariés employés dans le secteur du bâtiment et des travaux publics.

25. - Enfin, la question du respect des exigences posées par la Cour européenne dans l'arrêt *Vörður Olafsson c. Islande* qui concernent la transparence de la gestion, l'obligation de rendre des comptes aux cotisants et l'utilisation du produit des contributions peut se poser, en ce qui concerne les caisses de congés payés françaises. La gestion des différentes caisses ne semble pas suffisamment transparente et l'information des cotisants concernant l'utilisation des contributions et du fonds de réserve paraît manquer.

26. - En contrepoint, l'obligation d'affiliation peut apparaître contraire à l'interdiction de discriminations (article 14 de la CEDH, combiné à l'article 11)¹⁴.

27. - En vertu de l'article 14 de la CEDH :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

¹⁴ L'article 14 n'étant pas autonome, dans le système de la CEDH, il n'interdit les discriminations que lorsqu'elles concernent un droit ou une liberté couverte par la Convention, même si ce droit ou cette liberté ne sont pas violés (cf. notamment Syndicat national de la police belge c. Belgique, 27 oct. 1975, requête n° 4464/70).

28. - Depuis son arrêt de principe *Affaire linguistique belge*¹⁵, la Cour européenne des droits de l'homme interdit l'introduction de discriminations, à moins qu'il existe une justification objective et raisonnable.

29. - Le traitement spécifique des entreprises du bâtiment et des travaux publics apparaît discriminatoire dans la mesure où les entreprises d'autres secteurs soumis à la discontinuité du travail (agriculture, sylviculture, pêche, etc...) ne sont pas soumises à l'obligation d'affiliation à une caisse de congés payés. On peut certes invoquer l'existence d'autres secteurs, comme celui des intermittents du spectacle, dans lesquels une obligation de cotisation auprès de caisses de congés payés existe, mais cette comparaison ne justifie pas l'absence de l'obligation d'affiliation, dans d'autres métiers similaires.

30. - Or la distinction entre les secteurs d'activité ne peut être justifiée par la nécessité de mettre en place des modalités spécifiques de gestion des congés, aux fins de protection de la santé des salariés, compte tenu des conditions d'activité des salariés dans le secteur du bâtiment et des travaux publics. D'une part, en effet, l'obligation d'affiliation est trop étroite pour remplir son objectif de protection : lorsque les mêmes conditions d'activité des salariés se retrouvent dans un autre secteur, elles n'entraînent pas une obligation d'affiliation à une caisse de congés payés. D'autre part, cette obligation est trop large, en ce qui concerne son application aux salariés des entreprises du bâtiment et des travaux publics : tous les salariés de ces entreprises sont concernés, alors qu'ils ne sont pas tous employés de façon discontinue.

31. - L'obligation d'affiliation à une caisse de congés payés peut donc être considérée comme constitutive d'une discrimination contraire à l'article 14 de la CEDH, ce qui en fait une mesure contraire à la CEDH et ce, même si aucune violation de la liberté d'association n'était reconnue.

B. Droit au respect des biens

32. - L'article premier du protocole additionnel à la CEDH, intitulé « Protection de la propriété » prévoit que :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. »

¹⁵ CEDH, 23 juillet 1968, Requête n°1474/62.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

33. - Dans une affaire jugée par la Cour de cassation en 2015¹⁶, l'employeur faisait valoir que l'obligation mise à sa charge de cotiser à une caisse de congés payés du bâtiment était contraire à l'article premier du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme en ce qu'elle mettait en péril la trésorerie des entreprises et même la survie de celles-ci. La décision des juges du fond était également contestée, sur ce fondement, pour avoir considéré que la caisse pouvait réclamer le paiement de la totalité des sommes correspondant aux congés payés, alors que, l'employeur ayant déjà payé les congés à ses salariés, les sommes versées à ce titre auraient dû être prise en compte.

34. - De manière très surprenante, la Cour de cassation, au lieu de répondre à cet argument tiré de l'article premier du premier protocole, a répondu (comme dans ses précédentes décisions) au grief fondé sur la liberté d'association et elle a donc considéré :

« que l'adhésion obligatoire prévue en France par les articles L. 3141-30 et D. 3141-12 du code du travail aux caisses de congés payés est une mesure nécessaire à la protection de la santé, des droits et libertés d'autrui au sens de l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que l'entreprise, se devant de respecter les règles de cette affiliation en réglant ses cotisations, n'est pas fondée à se prévaloir d'un paiement direct et libérateur des congés payés à ses salariés pour prétendre à une atteinte excessive et injustifiée à son patrimoine ».

35. - La Cour de cassation a donc, volontairement ou involontairement, refusé de répondre à la question de savoir si l'obligation de cotiser à une caisse de congés payés constituait une atteinte au droit de propriété.

36. - Or, sans aboutir à une privation de propriété, la contribution obligatoire aux caisses de congés payés du bâtiment et des travaux publics constitue, assurément, une réglementation de l'usage des biens (que constitue la trésorerie de l'entreprise) et pourrait donc porter atteinte à la substance du droit de propriété des entreprises concernées. La collecte de cotisations avant la période d'utilisation de ces cotisations (qui correspond au moment où les congés sont pris par les salariés) pourrait être considérée comme une limitation de l'usage des biens des entreprises concernées, au sens de l'arrêt *Sporrong et Lönnroth c. Suède*¹⁷.

¹⁶ Cass. soc. 16 décembre 2015, n° 14-17394.

¹⁷ CEDH, 23 septembre 1982, Requête no 7151/75.

37. - Toutefois, la Cour européenne a considéré que les États disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour décider du type d'impôts ou de contributions à lever et qu'eux seuls ont compétence pour apprécier les problèmes politiques, économiques et sociaux à prendre en compte en la matière¹⁸. La violation du droit au respect des biens n'est donc constatée que si, dans les circonstances de l'affaire, l'application de la loi impose une « charge excessive »¹⁹. Qu'en est-il des contributions aux caisses de congés payés ? Il s'avère que, dans certains cas, cette contribution met en péril la trésorerie des entreprises qui y sont soumises. En effet la collecte des cotisations commence au 1er avril de l'année jusqu'au 31 mars de l'année suivante, alors qu'en pratique l'utilisation des droits à congés ne débute qu'en août de cette année-là. L'impact sur la trésorerie est donc non négligeable.

38. - On peut considérer, en outre, qu'il s'agit d'une « charge excessive ». En effet, l'intérêt général que constitue la protection des droits et de la santé des salariés ne rend pas cette charge nécessaire, dès lors que cette protection peut être assurée par d'autres moyens, sans entraîner la même charge, pour les entreprises concernées.

39. - De surcroît, la charge apparaît d'autant plus rigoureuse que, lorsqu'une entreprise n'est pas en mesure de payer la cotisation ou dans le cas où elle refuse de verser celle-ci, les poursuites judiciaires engagées par une caisse de congés payés peuvent aboutir à une liquidation de l'entreprise, ce qui porte indéniablement atteinte à la substance même du droit de propriété, et ce, même si l'entreprise a assuré directement le paiement des congés à ses salariés.

40. - Une telle rigueur ne paraît pas justifiée. Alors que l'obligation de contribuer peut, pour certaines prestations de sécurité sociale, se justifier par le fait que le système repose sur une solidarité qui ne peut être maintenue si certains employeurs choisissent individuellement de ne pas contribuer, cela n'est pas le cas pour les congés payés du bâtiment et des travaux publics, dans la mesure où il ne s'agit pas de couvrir un risque : les congés payés bénéficiant à tous les salariés, sans être subordonnés à la survenance d'un risque qui peut varier selon les individus.

41. - Outre la violation de la liberté d'association et de l'interdiction des discriminations, il n'est donc pas exclu qu'une violation de l'article premier du protocole additionnel à la Convention EDH soit constatée, si la Cour EDH était saisie de cette question.

¹⁸ CEDH, *Di Belmonte c. Italie*, 16 mars 2010, Requête 72638/01.

¹⁹ *Ibid.*

II. II- CONFORMITE AU DROIT DE L'UE DE L'OBLIGATION D'AFFILIATION ET DE COTISATION AUX CAISSES DE CONGES PAYES

42. - La question de la conformité au droit de l'Union européenne de l'obligation, pour les entreprises du bâtiment et des travaux publics, de cotiser aux caisses de congés payés nécessite d'envisager, d'une part, le droit européen concernant les pratiques anticoncurrentielles (notamment l'interdiction des abus de position dominante), d'autre part, les libertés de circulation (la libre prestation de services, en particulier) que le TFUE confère aux entreprises.

A. Pratiques anticoncurrentielles

43. - Le régime français des congés payés, dans le secteur du bâtiment et des travaux publics, peut soulever des critiques fondées sur son incompatibilité avec le droit européen de la concurrence qui prohibe les ententes entre entreprises et les abus de positions dominantes (articles 101 et 102 TFUE).

44. - Toutefois, ces règles européennes ne s'appliquent que si les caisses de congés payés peuvent être considérées comme des entreprises, au sens du droit européen de la concurrence.

45. - Lorsqu'elle a été saisie de cette question, la Cour de cassation a considéré que les caisses de congés payés remplissent une fonction de caractère exclusivement social et n'exercent pas d'activité économique²⁰. Par conséquent, elles ne peuvent pas être considérées comme des entreprises et le droit européen de la concurrence ne leur est pas applicable, selon la Cour de cassation.

46. - Les juges français ont ainsi repris la distinction résultant de l'arrêt *Poucet et Pistre*, rendu par la Cour de justice en 1993²¹, entre activité économique et activité exclusivement sociale²². Cette distinction a été notamment reprise par la Cour dans un arrêt *Kattner Stahlbau* du 5 mars 2009 qui concernait le régime légal de l'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles en Allemagne²³. Ce régime repose sur le principe de l'affiliation obligatoire de toutes les entreprises à l'une des caisses organisées par profession.

²⁰ V. notamment Cass. soc. 15 novembre 2006, n° 05-18897 ; 21 janvier 2009, n° 07-12411.

²¹ CJCE, 17 février 1993, C-159/91 et C-160/91.

²² Sur ces décisions, v. L. DRIGUEZ, « Les institutions de protection sociale face au droit de la concurrence : confirmations ou inflexions ? », RDSS, 2010, p. 1048.

²³ CJUE, 5 mars 2009, C-350/07.

Or, la société Kattner Stahlbau, dont le responsable souhaitait souscrire une assurance privée contre les mêmes risques, refusa de s'affilier et contesta cette obligation en se fondant, notamment, sur le droit européen de la concurrence.

47. - Dans sa décision, la Cour de justice a précisé que deux conditions sont requises pour pouvoir considérer qu'une activité est « exclusivement sociale » : d'une part, des éléments de solidarité, d'autre part, un contrôle de l'Etat. Dans l'arrêt *Kattner Stahlbau*, la nature solidaire du régime découle notamment du fait que les cotisations ne sont pas directement proportionnelles aux risques assurés, que ces risques sont évalués de façon collective, que les prestations servies sont indépendantes des cotisations et, enfin, qu'un système de compensation est prévu entre les caisses pour compenser les charges excédentaires qui pèseraient trop fortement sur certaines. Quant au contrôle par l'Etat, les juges relèvent que celui-ci est présent auprès des caisses comme autorité de tutelle, qu'il détermine ainsi en grande partie l'assiette des cotisations ainsi que la liste exhaustive des prestations servies, et qu'il fixe les seuils minima et maxima de salaires à prendre en compte pour les cotisations. La circonstance que les caisses jouissent d'une certaine marge de manœuvre dans le cadre de la cogestion, par exemple pour réviser à la hausse le plafond des salaires ou bien pour établir les barèmes et classes de risques applicables au calcul des cotisations, n'est pas considérée comme étant de nature à mettre en cause la réalité du contrôle.

48. - Cette solution a été confirmée par un arrêt *AG2R*²⁴, concernant le droit français, dans lequel était en cause la compatibilité avec le droit de l'Union européenne de l'extension par l'administration d'un accord collectif de branche qui prévoit l'affiliation obligatoire à un régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé, géré par un organisme désigné, sans possibilité de dispense. Au regard des caractéristiques du régime (notamment le fait que les prestations servies ainsi que l'étendue de la couverture accordée ne sont pas proportionnelles au montant des cotisations et que le versement de prestations est, dans certains cas, indépendant du paiement des cotisations dues), la Cour de justice a estimé que ce régime était caractérisé par un degré élevé de solidarité.

49. - La jurisprudence de la Cour de cassation a étendu la qualification d'activités exclusivement sociales aux caisses de congés payés pour considérer qu'elles n'exerçaient pas d'activité économique au sens du droit européen de la concurrence. Cependant, elle n'a pas explicité les raisons qui conduisent à retenir cette qualification. Or, si l'affiliation obligatoire à une caisse de congés payés permet de garantir aux salariés concernés la possibilité de prendre leurs congés et d'être indemnisés, indépendamment du changement d'employeur pendant la période d'acquisition des congés, ce qui atteste indéniablement de la finalité sociale du régime,

²⁴ CJUE, 3 mars 2011, C-437/09.

l'élément de solidarité est plus difficile à mettre en évidence. Cet élément de solidarité pourrait résulter de la garantie de paiement des salaires, en cas de défaillance de l'entreprise employeur. Cependant, cet aspect paraît assez limité alors que, par ailleurs, les prestations sont proportionnelles aux contributions, ce qui atténue considérablement le degré de solidarité du régime.

50. - Bien que le raisonnement sur le terrain de la solidarité amène à penser que la qualification d'entreprise des caisses de congés payés, au sens du droit européen de la concurrence, est loin d'être exclue, il faut admettre que, même si celle-ci était retenue, l'abus de position dominante ne le serait pas nécessairement. Encore faudrait-il, en effet, prouver l'abus. Le simple fait, pour l'Etat, de créer une position dominante par l'octroi de droits exclusifs au sens de l'article 106, paragraphe 1, TFUE n'est pas, en tant que tel, incompatible avec l'article 102 TFUE. Un Etat membre n'enfreint les interdictions édictées par ces deux dispositions que lorsque l'entreprise en cause est amenée, par le simple exercice des droits exclusifs qui lui ont été conférés, à exploiter sa position dominante de façon abusive ou lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à commettre de tels abus²⁵. Une telle pratique abusive contraire à l'article 106, paragraphe 1, TFUE existe, notamment, lorsqu'un Etat membre confère à une entreprise un droit exclusif d'exercer certaines activités et crée une situation dans laquelle cette entreprise n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour ce genre d'activités²⁶. Dans le cas des caisses de congés payés, l'abus serait donc caractérisé si les prestations fournies par les caisses de congés payés ne correspondaient pas aux besoins des entreprises concernées²⁷.

51. - Si tel était le cas, ce qui n'est pas certain, il resterait à vérifier que les caisses de congés payés ne sont pas chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général au sens de l'article 106, paragraphe 2, TFUE, ce qui permettrait d'exclure l'application du droit européen de la concurrence.

52. - Dans l'arrêt *AG2R*, la Cour de justice a considéré qu'en ce qui concerne un régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé caractérisé par un degré élevé de solidarité dont on peut considérer qu'il assure la gestion d'un service d'intérêt économique général, il suffit, pour que les conditions d'application de l'article 106, paragraphe 2, TFUE soient remplies, que l'équilibre financier ou la viabilité économique de l'entreprise chargée de ce service d'intérêt économique général soit menacé. Tel est le cas si l'absence des droits

²⁵ V. notamment CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, C-41/90 et *AG2R*, précité.

²⁶ En ce sens, notamment : CJCE, *Höfner et Elser*, précité.

²⁷ Cf. CJUE, *AG2R*, précité.

exclusifs litigieux empêche l'accomplissement des missions particulières imparties à l'entreprise, telles qu'elles sont précisées par les obligations et contraintes pesant sur elle, ou si le maintien de ces droits est nécessaire pour permettre à leur titulaire d'accomplir les missions d'intérêt économique général qui lui ont été imparties, dans des conditions économiquement acceptables²⁸.

53. - Dans le cas du remboursement complémentaire de frais de soins de santé pour l'ensemble des entreprises d'un secteur, l'obligation d'affiliation de toutes les entreprises du secteur apparaît nécessaire pour offrir une couverture aux salariés de ces entreprises dans les conditions définies par l'accord collectif (à défaut, l'organisme risquerait d'être confronté à une défection des assurés présentant des risques restreints, ceux-ci se tournant vers des entreprises offrant, en ce qui les concerne, des garanties comparables, voire meilleures, pour des cotisations moins élevées). Dans ces conditions, la part croissante des « mauvais risques » provoquerait une hausse du coût des garanties, de sorte qu'il ne serait plus possible de proposer une couverture de même qualité à un prix acceptable. La situation du régime des congés payés, qui n'est pas caractérisé par un même degré de solidarité, est très différente : il n'est pas nécessaire que l'ensemble des entreprises cotisent pour que les prestations puissent être maintenues. Dans la mesure où les prestations sont proportionnelles, pour l'essentiel, aux contributions versées, l'absence d'affiliation ne paraît pas devoir empêcher la caisse d'assurer sa mission, dans des conditions économiquement acceptables.

54. - Il semble donc difficile de considérer que les caisses de congés payés sont chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général au sens de l'article 106, paragraphe 2, TFUE, permettant d'exclure l'application du droit européen de la concurrence. Toutefois, cette exclusion pourrait bien résulter de l'absence d'abus de position dominante, au sens de l'article 102 du TFUE.

B. Entrave aux libertés économiques

55. - Bien que le droit de l'Union ne réglemente pas les éventuelles obligations d'affiliation et de cotisation à des caisses de congés payés qui existent dans certains Etats membres, cela n'empêche pas que les dispositions du traité relatives aux libertés de circulation, et notamment à la libre prestation de services, s'appliquent dans ce domaine. Ainsi, dans l'arrêt *Kattner Stahlbau*²⁹, la Cour de justice a considéré qu'une réglementation nationale qui concerne le financement d'une branche de la sécurité sociale et relève, en l'absence

²⁸ V. notamment, en ce sens, CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/96.

²⁹ Précité.

d'harmonisation, de la compétence nationale, ne se trouve pas pour autant hors du champ d'application des règles du traité, et notamment de celles relatives à la libre prestation des services.

56. - Cela suppose toutefois que les conditions d'applicabilité de la liberté de prestation de services soient remplies.

57. - La première question qui se pose, à cet égard, est celle de savoir si la gestion des congés payés des salariés peut être considérée comme un service, au sens des dispositions du traité. Aux termes de l'article 57 TFUE, sont considérées comme des services les prestations fournies normalement contre rémunération. Le facteur déterminant faisant relever une activité du champ d'application des dispositions du traité FUE relatives à la libre prestation de services, et, partant, de celles afférentes à la liberté d'établissement, est son caractère économique, à savoir que l'activité ne doit pas être exercée sans contrepartie.

58. - Toutefois, ainsi que l'a fréquemment rappelé la Cour de justice, la notion de services ne peut être interprétée restrictivement³⁰ et, si la caractéristique essentielle de la rémunération réside dans le fait que celle-ci constitue la contrepartie économique de la prestation en cause, il n'est pas nécessaire que le prestataire poursuive le but de réaliser un bénéfice³¹. En outre, peu importe qui rémunère le prestataire pour le service rendu : l'article 57 TFUE n'exige pas que le service fourni soit payé par ceux qui en bénéficient³².

59. - Par exemple, une activité d'émission et de gestion de titres permettant aux salariés d'avoir accès à certaines prestations d'hébergement, de loisirs et/ou de restauration (considérés comme des avantages en nature fiscalement avantageux octroyés par l'employeur), réalisée par une fondation nationale d'utilité publique, dès lors qu'elle donne lieu au paiement d'une contrepartie économique, qui présente un caractère rémunérateur pour cette dernière est considérée comme un service, au sens du traité³³. Même si la réglementation nationale prévoit que les bénéfices réalisés par la fondation doivent être exclusivement utilisés à certains objectifs d'intérêt général, cela ne modifie pas, selon la Cour, la nature de l'activité en cause et ne la prive pas de son caractère économique³⁴.

60. - En ce qui concerne les services fournis par les caisses de congés payés aux employeurs et aux travailleurs, ils sont réalisés moyennant le paiement de contributions par les

³⁰ V. notamment CJCE, 11 avril 2000, *Deliège*, C-51/96 et C-191/97.

³¹ Cf. notamment CJCE, 18 décembre 2007, *Jundt*, C-281/06.

³² V. en particulier : CJUE, 25 février 2014, *OSA*, C-351/12.

³³ CJUE, 23 février 2016, *Commission c. Hongrie*, C-179/14.

³⁴ *Ibid.*

employeurs, dont le placement permet de financer le fonctionnement des caisses. Le fait que le produit de ces placements serve à fournir des prestations supplémentaires aux travailleurs et aux employeurs ne suffit pas, comme l'a indiqué la Cour de justice, à modifier la nature de l'activité en cause.

61. - En réservant la fourniture de ce service aux caisses de congés payés, la législation française exclut que ce service soit fourni par d'autres prestataires, qui seraient établis dans d'autres Etats membres. Il en découle, indéniablement, une atteinte à la libre prestation de services. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, une telle restriction pourrait être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général. La protection de la santé des salariés fait partie de ces raisons.

62. - Toutefois, la jurisprudence de la Cour de justice exige également que la mesure contestée soit proportionnée à l'objectif d'intérêt général poursuivi. L'obligation, pour certains employeurs, de cotiser auprès d'une caisse à laquelle ils sont obligatoirement affiliés devrait, pour être maintenue, être considérée comme nécessaire et proportionnée à l'objectif de protection des salariés. Cela ne paraît pas être le cas en l'espèce dans la mesure où, en l'absence d'une telle obligation, la santé des salariés pourrait être assurée par l'application du régime commun des congés payés, ou par le recours à un prestataire choisi par l'employeur.

63. - Certes, la liberté de choix ne permet pas de centraliser aussi facilement les droits à congés acquis par des salariés dont les contrats successifs ne permettent pas de prendre effectivement un congé, dans le cadre de leur contrat de travail avec un même employeur. Elle imposerait une coordination des prestataires. Toutefois, cet argument ne peut avoir de force, faute, pour la législation nationale, de respecter une exigence de cohérence. Comme la Cour de justice l'a indiqué à de multiples reprises³⁵, une telle exigence de cohérence dans la poursuite de l'objectif recherché s'impose : si le droit français estimait que les travailleurs précaires doivent bénéficier d'un régime de congés payés géré par un réseau unique de caisses de congés payés, afin que la protection de leur santé soit assurée, ce système, pour respecter l'exigence de cohérence, ne pourrait pas se limiter au bâtiment et aux travaux publics ainsi qu'à quelques autres secteurs, en nombre très limité. Par conséquent, la législation française qui impose aux employeurs du secteur du bâtiment et des travaux publics de s'affilier obligatoirement à certaines caisses ne constitue pas une mesure nécessaire et proportionnée. Elle paraît donc susceptible d'être efficacement contestée sur le fondement de la liberté de prestation de services, protégée par les articles 56 et suivants du TFUE.

³⁵ V. par ex. CJUE, *Sokoll-Seebacher*, 13 février 2014, C-367/12.

64. - Conclusion

- Outre la violation de la liberté d'association et de l'interdiction de discrimination, il n'est pas exclu qu'une violation de l'article premier du protocole additionnel à la Convention EDH soit constatée, si la Cour EDH était saisie de cette question.
- Le droit européen de la concurrence ne semble pas pouvoir s'opposer au système des caisses de congés payés car, à supposer que les caisses puissent être considérées comme des entreprises, au sens du droit européen de la concurrence, il paraît difficile de caractériser l'abus de position dominante qui résulterait de leur fonctionnement.
- En revanche, la législation française qui impose aux employeurs du secteur du bâtiment et des travaux publics de s'affilier obligatoirement à des caisses assurant le paiement des congés des salariés, pourrait être efficacement contestée sur le fondement de la liberté de prestation de services, protégée par les articles 56 et suivants du TFUE.

Pr. Sophie Robin-Olivier

Pr. Alexis Constantin

