

**Note sur la
constitutionnalité du régime
juridique de cotisation
obligatoire aux caisses de
congés payés**

Par

Dominique Rousseau,

Professeur émérite de l'Université Paris I Panthéon-

Sorbonne

Dans le cadre d'un litige opposant la société DVM Renov à l'Association Caisse du Grand Ouest, la Cour de cassation a rejeté, dans une décision du 25 mai 2022 (n°22-40006) une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) déposée à l'encontre de l'article L 3141-32 du code du travail dans sa version issue de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016.

Il est cependant possible pour la société DVM Renov de porter un débat contentieux devant le Conseil d'Etat afin de contester la conformité à la Constitution des règles législatives et réglementaires relatives au régime de caisses de congés payés.

Le moyen simple, rapide et efficace d'accéder au Conseil d'Etat consiste à former une **demande d'abrogation de dispositions réglementaires auprès du Premier Ministre**. Sauf à ce que ce dernier accède à la demande, le refus explicite ou implicite fera naître une décision administrative susceptible d'un recours pour excès de pouvoir (REP) exercé dans les 2 mois, dont le Conseil d'Etat connaîtra en raison de sa compétence en la matière en premier et dernier ressort.

En permettant de saisir le Conseil d'Etat de la conformité du régime juridique des caisses de congés payés du BTP, la société DVM Renov pourra **contester à la fois la validité des dispositions réglementaires**, au regard de la loi, de la Constitution et des normes internationales et européennes, **tout en déposant une QPC** à l'encontre des dispositions législatives au fondement des dispositions réglementaires contestées, et ce sans passer par le filtrage des juges du fond.

En ouvrant une voie contentieuse devant le Conseil d'Etat, **le poids des précédentes décisions de la Cour de cassation au sujet de la QPC n'aura qu'une faible incidence**, pour trois raisons :

-en droit, les décisions de non-renvoi de QPC n'ont pas d'autorité absolue de chose jugée, même lorsque les griefs invoqués sont identiques ;

-à plus forte raison, lorsque les griefs d'inconstitutionnalité invoqués sont différents comme c'est le cas en l'espèce, ou lorsque la version du texte contesté a fait l'objet de modifications, aucune autorité de chose jugée n'est opposable ;

-en fait, le Conseil d'Etat a déjà renvoyé plusieurs QPC que la Cour de cassation avait au préalable refusé de renvoyer, au sujet de dispositions législatives identiques¹.

Enfin, l'intérêt déterminant, à emprunter cette voie contentieuse devant le Conseil d'Etat, renvoie à l'étendue des griefs invocables à l'appui du recours pour excès de pouvoir, formé à l'encontre de la décision de rejet du Premier Ministre d'abroger les dispositions réglementaires relatives au régime juridique des caisses de congés payés du BTP. En effet, nous verrons que **la conformité à la Constitution des décrets pourra être contestée directement sur le fondement de la Constitution en application de la théorie bien établie de l'« écran législatif transparent ».**

En l'état actuel des décisions de justice rendues sur la question, la société DVM Renov peut envisager un recours pour excès de pouvoir formé devant le Conseil d'Etat, à l'occasion duquel la constitutionnalité des dispositions réglementaires applicables pourra être directement contestée en application de la théorie de l'« écran législatif transparent » (1).

En parallèle, le dépôt d'une nouvelle QPC pourra être envisagé afin de démontrer son caractère « nouveau » et « sérieux » et ainsi obtenir un renvoi devant le Conseil constitutionnel (2).

1-Sur l'inconstitutionnalité des dispositions réglementaires

Une fois démontrée la présence d'un « écran législatif transparent » (1.1.), plusieurs arguments peuvent alimenter la violation de la Constitution par les dispositions réglementaires relatives au régime de caisses de congés payés du BTP (1.2.).

1.1. La présence avérée d'un « écran législatif transparent »

Le régime juridique des caisses de congés payés de BTP repose sur **deux types de fondements.**

¹ Voir par ex. CE, 10 juin 2013, n°366880 ; CE, 5 juin 2015, *Société GECOP*, n° 386430 ; CE, 27 déc. 2017, n° 411915.

D'une part, une disposition législative générale, l'article L 3141-32 du code du travail, dans sa version issue de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 :

« 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. »

D'autre part, une série de dispositions réglementaires, codifiées aux articles D3141-12 à D3141-37 du code du travail au sein d'une sous-section d'un chapitre du code consacré aux congés payés, intitulée « Dispositions particulières aux professions du bâtiment et des travaux publics ».

Or, **en raison de la généralité des termes de l'article L1341-32** du code du travail et **de l'absence de règles de fond** prescrites au pouvoir réglementaire, il est parfaitement envisageable que le Conseil d'Etat accepte que ce fondement législatif soit considéré comme un **« écran législatif transparent »**, permettant à la société DVM Renov de contester directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires.

Ainsi que l'expliquait Rony Abraham dans ses conclusions sur la décision Quintin du 17 mai 1991 (n° 100436), **l'écran transparent est une notion « qui s'applique à une loi qui tout en renvoyant à l'autorité réglementaire le soin de définir certaines règles, ne contient en elle-même aucune règle de fond de nature à faire obstacle à ce que soient critiquées les dispositions réglementaires adoptées au regard des règles de fond de niveau supra-législatif »**.

Régulièrement appliquée par le Conseil d'Etat², **le recours à la technique de l'écran législatif transparent a été assoupli par l'arrêt du 12 juillet 2013, Fédération nationale de la pêche en France**³, dans lequel le Conseil d'Etat estime qu'il lui appartient, « au vu de

² Voir par ex. CE, Ass., 28 janvier 1972, Conseil transitoire de la Faculté des Lettres et des Sciences humaines de Paris, *JCP*, 1973, II, n°17296, note J. Chevallier ; CE 13 mars 1996, Gohin, n°138749 ; CE 27 oct. 2011, n° 343943.

³ CE, Ass., 12 juillet 2013, *Fédération nationale de la pêche en France*, n°344522. Cf. également

l'argumentation dont il est saisi, de **vérifier si les mesures prises pour l'application de la loi, dans la mesure où elles ne se bornent pas à en tirer les conséquences nécessaires, n'ont pas elles-mêmes méconnu** » le principe constitutionnel invoqué, soit en l'espèce le principe de prévention de la Charte de l'environnement.

La théorie de la loi-écran se voit donc circonscrite à l'hypothèse dans laquelle les mesures prises pour l'application de la loi se bornent à en tirer les conséquences nécessaires. **Le contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs d'application des lois est donc possible dans tous les cas où ils ne se bornent pas à tirer les conséquences nécessaires de la loi qu'ils appliquent.**

Ainsi redéfinie, la possibilité de contester directement la constitutionnalité de dispositions réglementaires en présence d'un fondement législatif transparent s'est **déployée dans toutes sortes de contentieux.**

Par exemple, au visa de la Constitution et de son Préambule, le Conseil d'Etat estime dans sa décision du 13 mars 2020 « qu'il y a lieu de déclarer que les dispositions de l'article D. 356-6 du code de la sécurité sociale sont entachées d'illégalité en tant qu'elles réservent le bénéfice du versement rétroactif de l'allocation de veuvage qu'elles instituent aux demandes présentées dans le délai d'un an qui suit le décès du conjoint »⁴. Et ce alors même que ces dispositions ont été prises « pour l'application de l'article L.356-1 du code de la sécurité sociale ». Comme le rapporteur public le précise dans ses conclusions, « la confrontation entre ces dispositions réglementaires et des exigences constitutionnelles est possible dans la mesure où la loi, si elle prévoit que le décret doit encadrer le délai dans lequel l'allocation peut être demandée, est en revanche silencieuse sur les conséquences à y attacher quant au caractère rétroactif ou non du versement. L'écran législatif ne joue donc pas ou, plus exactement, il est «transparent », la loi se bornant à permettre l'exercice de la compétence réglementaire. »⁵

Or, en l'espèce, plusieurs arguments mettent en évidence la présence d'un écran législatif transparent.

En premier lieu, la lettre de la loi ne laisse guère de doute. L'article L3141-32 du code de travail se contente en effet de prévoir que « Des décrets déterminent les professions,

⁴ CE, 13 mars 2020, n°430371

⁵ V. Villette, « Conclusions du CE, 13 mars 2020, n°430371 », disponible sur *Ariane web*. Cf. également CE, 8e et 3e ch., 23 janv. 2020, n° 423238 et 423242, SAS Distribution Sanitaire Chauffage ; CAA Bordeaux, 26-04-2018, n°16BX00956.

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 ». L'alinéa 2 du texte se limite d'indiquer que 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. ». Il s'agit donc d'une simple habilitation conférée au pouvoir réglementaire, sans aucune règle de fond.

En deuxième lieu, la version en vigueur de la loi est encore moins contraignante pour le pouvoir réglementaire que la précédente. En effet, la version applicable de l'article L3141-32 du code de travail, issu de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016, a supprimé la 2^e phrase de l'alinéa 1^{er} qui prévoyait, dans sa version antérieure issue d'une ordonnance du 12 mars 2007, que « Ces dispositions concernent en particulier les salariés qui ne sont pas habituellement occupés de façon continue chez un même employeur au cours de la période reconnue pour l'appréciation du droit au congé. » En supprimant cet encadrement du champ d'application des dispositions dérogatoires, le législateur a élargi l'habilitation du pouvoir réglementaire désormais compétent pour prévoir une affiliation obligatoire des employeurs aux caisses de congés payés, au-delà des secteurs d'activités dans lesquels l'emploi salarié est discontinu. D'ailleurs, dans le jugement de transmission de la QPC formée par la Société DVM Renov, le Tribunal de commerce de Nantes indique dans sa décision du 7 mars 2022 que cette suppression, « éliminant toute précision quant aux motifs réglant la mise en place d'un régime obligatoire de congés payés, permet désormais au pouvoir réglementaire d'y assujettir tout secteur, ou de n'y assujettir aucun secteur, selon qu'il en décide » (p. 17).

En troisième lieu, les dispositions réglementaires prises sur le fondement de l'article L3141-32 du code du travail sont substantielles, précises et hautement dérogatoires. Le législateur a permis au pouvoir réglementaire de déterminer le principe même, en toute opportunité, de la constitution de caisses de congés obligatoires, ainsi que l'ensemble des modalités d'organisation et de fonctionnement, le tout sans aucune prescription de fond. Ainsi, ce sont les dispositions des articles D 3141-12 à D 3141-37 du code du travail qui déterminent le champ d'application des règles d'affiliation au régime de cotisation obligatoire, prévoient des dérogations, des exonérations (D 3141-12 à D3141-28) ainsi que leur application

dans le temps (D 3141-25). Elément déterminant, la fixation du taux de cotisation est déterminée par l'article D3141-29 qui prévoit seulement que « La cotisation de l'employeur est déterminée par un pourcentage du montant des salaires payés aux salariés déclarés. Ce pourcentage est fixé par le conseil d'administration de la caisse de congés payés. » Faute de précision dans la loi, c'est également dans la partie réglementaire qu'est prévue « La durée des congés des salariés déclarés à la caisse » (article D. 3141-30) ainsi que les règles applicables en cas de défaillance de l'employeur (D3141-31), les modalités de calcul de l'indemnité de congé (D 3141-32 et D 3141-33), ou les règles en matière de contestations qui peuvent s'élever au sujet des droits aux congés des salariés déclarés à la caisse (D 3141-35).

Par conséquent, l'article L 3141-32 du code du travail ne fait que renvoyer à l'autorité réglementaire le soin de définir certaines règles, sans prévoir en lui-même une règle de fond. En présence d'une simple habilitation législative, sans contrainte pour l'administration, l'écran législatif devient transparent et le grief d'inconstitutionnalité est directement invocable. Ainsi, conformément à la définition donnée dans l'arrêt précité du 12 juillet 2013, Fédération nationale de la pêche en France, il appartiendra au Conseil d'Etat de vérifier si les dispositions réglementaires prises pour l'application de l'article L 3141-32 du code du travail n'ont pas elles-mêmes méconnu une règle ou un principe constitutionnel, « dans la mesure où elles ne se bornent pas à en tirer les conséquences nécessaires ».

1.2. Les griefs d'inconstitutionnalité invocables à l'encontre des dispositions réglementaires

L'inconstitutionnalité des dispositions réglementaires pourra être contestée à l'occasion du recours pour excès de pouvoir formé devant le Conseil d'Etat, à l'encontre de la décision de refus explicite ou implicite du Premier Ministre d'abroger les dispositions réglementaires contestées.

Pour s'en tenir à l'essentiel, plusieurs arguments pourraient être avancés au soutien d'un REP visant notamment à démontrer la violation de la Constitution par les dispositions réglementaires relatives au régime juridique de cotisation obligatoire des congés payés.

En premier lieu, le principe même de la différence de traitement imposée aux entreprises relevant du régime de cotisation obligatoire (article D 3141-12 du code du travail) viole plusieurs principes constitutionnels, comme le principe d'égalité (article 6 DDHC), la liberté d'entreprendre (article 4 DDHC) et le droit de propriété (article 2 de la DDHC). En effet, comme les écritures produites devant le Tribunal de commerce de Nantes et la Cour de cassation l'ont démontré, le régime juridique de cotisation obligatoire crée des différences de traitements qui ne sont pas justifiées par des différences de situation ni par un motif d'intérêt général dès lors que le caractère discontinu de l'emploi des salariés des secteurs concernés, en tant que fondement originel de la loi, n'a plus de raison d'être et a été expressément supprimé de la loi en 2016. De plus, ce régime de cotisation obligatoire fait peser sur les entreprises concernées une charge importante, supérieure au régime général de cotisation, qui porte une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété.

Par ailleurs, au regard des régularisations annuelles versées aux employeurs ayant versé un excédent de cotisation, le niveau du taux cotisation se révèle inadapté comme le constatait déjà en 2009 le rapport du sénateur Jean Arthuis⁶. Ce même rapport dénonçait le fait que nombre de salariés changeant d'employeur ne percevront jamais les indemnités de congés payés pour lesquelles leur employeur a pourtant cotisé. De plus, les sommes perçues au titre de la prime de vacances des salariés du BTP ne leur sont pas intégralement reversées, dès lors que le versement effectif de cette prime de vacances est subordonné à la réalisation par le salarié concerné d'un volume horaire qui n'est pas toujours réalisé alors que la cotisation versée par l'employeur inclut, elle, le montant des primes de vacances.

En outre, **l'objectif de protection de la santé et du droit aux congés payés des salariés ne saurait utilement être invoqué** pour justifier les différences de traitement entre les entreprises et les atteintes aux principes constitutionnels invoqués, pour trois raisons :

-la protection de l'intérêt des salariés n'est que partiellement atteinte en raison de la « règle du prorata » applicable en cas de défaillance de l'employeur (cf. infra) ;

⁶ Rapport d'information n°67, 27 octobre 2009, disponible sur <https://www.senat.fr/rap/r09-067/r09-0671.pdf>

-en tout état de cause, les atteintes portées au principe d'égalité, à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété sont d'une substance telle qu'elles pourraient être jugées comme disproportionnées ;

-le caractère discontinu qui caractérisait antérieurement les emplois dans le secteur du BTP, et qui explique historiquement la réglementation sur les caisses obligatoires de congés payés, n'a plus aucune raison d'être de nos jours.

Sur ce dernier point, la société DVM Renov pourra utilement se prévaloir de la jurisprudence récente du Conseil d'Etat du 19 novembre 2021 en vertu de laquelle le juge de l'excès de pouvoir peut être saisi de conclusions « tendant à ce qu'il prononce l'abrogation du même acte au motif d'une illégalité résultant d'un changement de circonstances de droit ou de fait postérieur à son édicton, afin que puissent toujours être sanctionnées les atteintes illégales qu'un acte réglementaire est susceptible de porter à l'ordre juridique »⁷.

En deuxième lieu, le principe d'égalité devant la loi (article 6 DDHC) et le principe d'égalité devant les charges publiques (article 13 DDHC) sont violés en raison des règles de détermination du taux de cotisation.

En permettant à chaque Caisse de déterminer librement le taux de cotisation, sans référence, sans plancher ni plafond, sans même indiquer les éléments nécessairement pris en compte pour fixer ce taux, les dispositions de l'article D 3141-29 du code du travail portent atteinte à ces deux fondements constitutionnels dès lors qu'il prévoit seulement :

« La cotisation de l'employeur est déterminée par un pourcentage du montant des salaires payés aux salariés déclarés.

Ce pourcentage est fixé par le conseil d'administration de la caisse de congés payés. »

De toute évidence, les critères de cohérence, de rationalité et d'objectivité imposés par le principe d'égalité devant les charges publiques ne sont pas remplis. En ne prévoyant aucun encadrement des Caisses dans leur pouvoir de fixation du taux, le pouvoir réglementaire n'offre aucune garantie aux employeurs dès lors que le taux peut varier de manière substantielle d'une année sur l'autre et peut même théoriquement atteindre des niveaux extrêmement bas ou au contraire élevés, le tout en violation des articles 6 et 13 de la DDHC. D'ailleurs, il est

⁷ CE, Section, 19 novembre 2021, n°437141.

parfaitement révélateur que les taux de cotisations diffèrent d'une Caisse à l'autre (cf. tableau ci-après), sans qu'une différence de situation justifie ces différences de traitement. Aucun motif d'intérêt général ne saurait être invoqué pour justifier que les entreprises puissent être soumises à une disposition réglementaire permettant aux Caisses de déterminer des taux de cotisations sociales en fonction de la région d'appartenance. De plus, les différences de traitement qui en résultent pour les entreprises sont totalement déconnectées de l'objet de la réglementation dont la raison d'être initiale est de protéger les intérêts sociaux des salariés. Les articles 6 et 13 de la DDHC sont donc de toute évidence violés.

Dans un référé du 26 février 2016⁸, la **Cour des comptes estimait que cette « différenciation des charges pesant sur les entreprises n'est pas objectivement justifiée par un coût technique différent »** et s'explique seulement par « l'historique de la politique d'alimentation des réserves réglementaires, aux performances de la gestion financière et à l'importance variable des indemnités de congés non versées. » Une telle « **hétérogénéité est critiquable** », s'agissant d'un organisme « chargé d'assurer sur tout le territoire des prestations découlant de l'application des mêmes dispositions légales ou conventionnelles. » Le référé de la Cour des Comptes concluait que « si le maintien du régime est confirmé, il sera nécessaire de **mettre fin aux disparités territoriales des taux de cotisation de congés payés** entre les différentes caisses du bâtiment, alors même que de telles disparités n'existent ni pour les travaux publics, ni pour les sociétés coopératives ouvrières de production, ni pour le régime intempéries géré par l'UCF CIBTP ». On ne peut faire plus clair, **la réglementation en vigueur en matière de fixation du taux de cotisation des congés payés viole manifestement les articles 6 et 13 de la DDHC.**

⁸ Cour des comptes- Référé n° S 2015-1670, 26 février 2016

Taux de cotisation des congés payés adoptés sur le fondement de l'article

D.3141-29 du code du travail

CAISSE REGIONALE	TAUX EN VIGUEUR	SOURCE⁹
Centre	20,2%	https://www.cibtp-centre.fr/tours/entreprise/declarations-cotisations/cotisations-conges-payes
Grand-est	20%	https://www.cibtp-grandest.fr/entreprise/declarations-cotisations/cotisations-conges-payes
Grand-Ouest	19,95%	https://www.cibtp-grandouest.fr/entreprise/declarations-cotisations/cotisations-conges-payes
Sud-Ouest	19,90%	https://www.cibtp-sud-ouest.fr/entreprise/declarations-cotisations/cotisations-conges-payes
Ile de France	19,80%	https://www.cibtp-idf.fr/entreprise/declarations-cotisations/cotisations-conges-payes
Nord-Ouest	19,80%	https://www.cibtp-no.fr/entreprise/declarations-cotisations/cotisations-conges-payes
Rhône-Alpes/Auvergne	19,80%	https://www.cibtp-raa.fr/entreprise/declarations-cotisations/cotisations-conges-payes
Méditerranée	19,60%	https://www.cibtp-mediterranee.fr/entreprise/declarations-cotisations/cotisations-conges-payes

⁹ Consulté le 14 juillet 2022

En troisième lieu, le principe d'égalité est également violé en raison des règles applicables aux entreprises exerçant des activités multiples et variées. Comme le relève le mémoire QPC déposé devant la Cour de cassation pour le compte de la société DVM Renov (pp. 18-19), la dérogation introduite par le décret n°2009-493 du 29 avril 2009, au bénéfice des entreprises à activités multiples exerçant à titre secondaire ou accessoire une activité relevant du bâtiment et des travaux publics, instaurent des critères artificiels et créent des différences de traitement injustifiées. De plus, les dispositions de l'article D 3141-12 al 2¹⁰ et D 3141-15¹¹ du code du travail prévoient des dérogations au bénéfice d'entreprises appliquant une convention collective nationale et sous réserve d'un accord conclu entre la caisse de surcompensation et les organisations d'employeurs représentatives de la branche professionnelle concernée.

En quatrième lieu, la « règle du prorata » prévue par l'article D 3141-31 du Code du travail renforce les inconstitutionnalités constatées. En vertu de cette disposition, « en cas de défaillance de l'employeur dans le paiement des cotisations », la caisse « verse l'indemnité de congés payés à due proportion des périodes pour lesquelles les cotisations ont été payées, par rapport à l'ensemble de la période d'emploi accomplie pendant l'année de référence. » L'employeur défaillant demeure soumis à l'obligation de payer ses cotisations, majorations et pénalités, mais le salarié devra se retourner directement contre son employeur pour réclamer la réparation de son préjudice.

Une telle règle aligne les salariés du BTP sur ceux des autres secteurs et leur retire l'avantage supposé du régime de cotisation obligatoire. Cette banalisation des règles applicables a récemment été renforcée par un arrêt de la Cour de cassation du 22 septembre 2021¹² en vertu duquel il appartient à l'employeur de prendre les mesures propres à assurer au salarié la possibilité de bénéficier effectivement de son droit à congé auprès de la caisse de

¹⁰ « Toutefois, lorsque l'entreprise applique, au titre de son activité principale, une convention collective nationale autre que celles mentionnées à l'alinéa précédent et sous réserve d'un accord conclu, conformément à l'article D. 3141-15, entre la caisse de surcompensation mentionnée à l'article D. 3141-22 et l'organisation ou les organisations d'employeurs représentatives de la branche professionnelle concernée, le service des congés peut être assuré par l'entreprise. »

¹¹ « Des règles particulières d'affiliation peuvent être définies par accord conclu entre la caisse nationale de surcompensation mentionnée à l'article D. 3141-22 et les organisations d'employeurs représentatives d'une branche professionnelle autre que celle du bâtiment et des travaux publics lorsque les entreprises affiliées à ces organisations d'employeurs exercent, à titre secondaire ou accessoire, une ou plusieurs activités impliquant leur affiliation aux caisses mentionnées à l'article D. 3141-12. »

¹² Cass. soc., 22 sept. 2021, n° 19-17.046.

congés payés et, en cas de contestation, de justifier qu'il a accompli à cette fin les diligences qui lui incombent légalement.

Contestée par l'Inspection générale des affaires sociales¹³, la règle du prorata a fait l'objet de sévères critiques de la part de la Cour des comptes qui en a réclamé la « suppression » dans le référé précité de 2016, en relevant le fait que « cette disposition, qui n'existe pas dans les autres secteurs dotés de caisses de congés, entre en contradiction avec le caractère inconditionnel des droits à congés pour les salariés »¹⁴.

Sur le plan constitutionnel, l'alignement sur le régime général, en cas de défaillance de l'employeur, alimente **l'absence de motif d'intérêt général justifiant les différences de traitement précédemment constatées**. De plus, les conséquences de cette réglementation **anéantissent toute tentative de justifier les atteintes aux droits des employeurs sur le fondement des droits du salarié au droit au repos et au droit à la protection de la santé** qui découlent des exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, dès lors que ces droits légitimes ne sont, en définitive, pas mieux assurés par le système de cotisation obligatoire aux caisses de congés payés.

En prenant le point de vue des salariés, la **règle du prorata viole directement les droits du salarié au repos et le droit à la protection de la santé** qui découlent des exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, dès lors que l'effectivité du droit à congés n'est pas assurée, le repos étant remplacé par une somme d'argent que le salarié devra obtenir en justice auprès de l'employeur.

En contestant directement la constitutionnalité des dispositions des articles D 3141-12 à D 3141-37 du code du travail, la société DVM Renov pourra utilement avancer devant le Conseil d'Etat :

-que la différence de traitement imposée aux entreprises relevant du régime de cotisation obligatoire viole l'égalité devant la loi, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété

-que les règles relatives à la détermination du taux de cotisation violent le principe d'égalité devant la loi et le principe d'égalité devant les charges publiques

¹³ Rapport de l'IGAS n° RM2010-171P sur le réseau des caisses de congés, § 35, p. 10.

¹⁴ Cour des comptes- Référé n° S 2015-1670, 26 février 2016

-que le principe d'égalité est également violé en raison des règles applicables aux entreprises exerçant des activités multiples et variées ;
-que la « règle du prorata » prévue par l'article D 3141-31 du Code du travail renforce les inconstitutionnalités constatées

2-Sur la question prioritaire de constitutionnalité

A l'occasion du recours pour excès de pouvoir formé à l'encontre du refus d'abroger les dispositions réglementaires prévues par les articles D 3141-12 à D 3141-37 du code du travail, une QPC pourra être déposée à l'encontre de l'article L 3141-32 du code du travail dans sa version issue de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016.

L'article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose :

« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

L'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, prévoit que le Conseil d'Etat renvoie la QPC au Conseil constitutionnel si les conditions suivantes sont remplies :

- la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;

-elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;

- la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

Le premier critère de filtrage lié à l'applicabilité au litige serait évidemment rempli dès lors que les dispositions réglementaires contestées sont prises sur le fondement de l'article L 3141-32 du code du travail.

Le deuxième critère de filtrage, lié à l'absence de décision de conformité du Conseil constitutionnel, est également rempli comme la Cour de cassation l'a d'ailleurs relevé dans sa décision du 25 mai 2022 (n°22-40006).

La présente note se concentrera donc sur le troisième critère de filtrage en analysant les arguments à l'appui du **caractère « nouveau »** (2.1.), au sens de la loi organique sur la QPC, et du **caractère « sérieux »** (2.2.), afin d'obtenir le renvoi de la question devant le Conseil constitutionnel.

2.1 Les arguments à l'appui du caractère « nouveau » de la QPC

Au sens de la loi organique sur la QPC, tel que le Conseil constitutionnel l'a défini¹⁵, le caractère « nouveau » peut être retenu dans deux situations :

-en présence d'une **question constitutionnelle nouvelle (2.1.1.)**, portant sur l'existence d'un principe constitutionnel nouveau sur lequel le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé, ou sur l'interprétation nouvelle d'un principe constitutionnel, à condition que le grief invoqué ait un lien avec l'affaire et soit suffisamment fondé sur le fond ;

- en présence d'un **intérêt à saisir le Conseil constitutionnel (2.1.2.)**, puisque la loi organique « permet au Conseil d'État et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif »¹⁶, c'est-à-dire une forme de « saisine en opportunité »¹⁷ selon les mots du service juridique du Conseil constitutionnel.

2.1.2. Sur la présence d'une question constitutionnelle nouvelle

Afin d'obtenir le renvoi de la QPC devant le Conseil constitutionnel, il est envisageable de soutenir le caractère « nouveau » au sens d'une question constitutionnelle nouvelle, à travers deux propositions argumentatives : la découverte éventuelle d'un nouveau PFRLR et la consécration d'une norme constitutionnelle en matière de droit aux congés payés.

¹⁵ CC, n°2009-595 DC, 3 décembre 2009.

¹⁶CC, n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009.

¹⁷Commentaire officiel de la décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2010, disponible sur www.conseil-constitutionnel.fr

***En premier lieu, la nouveauté de la QPC pourrait se fonder sur l'existence d'un PFRLR.**

Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République sont des principes constitutionnels, dégagés sur le fondement du Préambule de la Constitution de 1946, qui obéissent à plusieurs critères d'identification :

-la loi doit exprimer un **principe suffisamment important**, disposant d'un degré suffisant de généralité et intéressant des domaines essentiels pour la vie de la Nation, comme les droits et libertés fondamentaux, la souveraineté nationale ou l'organisation des pouvoirs publics ;

- le principe doit avoir été **consacré dans une ou plusieurs lois adoptées sous un régime républicain antérieur à 1946 ;**

- le principe doit avoir fait l'objet d'une **application continue**. Aucune dérogation au principe, par une loi républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946, ne peut être acceptée.

Or, en l'espèce :

- le régime de cotisation obligatoire aux caisses de congés payés concerne le droit à la santé et le droit au repos des salariés, qui découlent des exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, soit les droits et libertés fondamentaux ;

-le principe de ce régime a été consacré par la loi du 20 juin 1936 sur les congés payés, soit une loi adoptée en période républicaine ;

-il n'a pas été dérogé à ce principe dès lors que le régime initial de 1936 a été étendu à d'autres secteurs par loi n° 666 du 31 juillet 1942 et a perduré depuis, avec des modifications quant aux modalités applicables.

Les critères de « découverte » d'un éventuel PFRLR sont remplis et ce principe pourrait être relatif à la possibilité pour les salariés de bénéficier du versement de leurs congés payés par des caisses créées à cet effet, dans les secteurs d'activité que le législateur juge utile de placer en dehors du régime de droit commun.

Or, la société DVM Renov est **parfaitement en droit d'argumenter dans le sens de la défense des intérêts des salariés**. La QPC étant un contentieux de nature objective, les parties sont recevables à invoquer des griefs dépassant la défense de leurs seuls intérêts subjectifs et à argumenter de manière générale sur la portée constitutionnelle de la loi. Il n'y a donc aucun obstacle contentieux ni aucun risque d'irrecevabilité à invoquer la présence éventuelle de ce PFRLR. Dès lors que la découverte de cet éventuel nouveau principe constitutionnel serait au cœur du jugement de la constitutionnalité de l'article L 3141-32 du code du travail, le Conseil d'Etat pourra retenir le caractère nouveau de la question et renvoyer la question au Conseil constitutionnel.

***En second lieu, la nouveauté de la QPC pourrait se fonder sur la question de l'existence d'une norme constitutionnelle relative aux congés payés des salariés ou plus largement des travailleurs.**

Dans la conciliation nécessairement opérée au sujet du régime de cotisation obligatoire, la question du droit aux congés payés des salariés est centrale. Or, en l'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, aucune prise de position claire n'a été formulée.

Dans la décision 2009-588 DC du 6 août 2009, le Conseil constitutionnel a simplement reconnu que « le principe d'un repos hebdomadaire est l'une des garanties du droit au repos ainsi reconnu aux salariés » sur le fondement de l'alinéa 11 du Préambule de 1946. Mais au-delà de la question du repos hebdomadaire, aucune norme constitutionnelle n'a été dégagée au sujet des congés payés des salariés.

Pourtant le **droit de l'Union européenne** consacre un tel droit, avec notamment l'article 31.2 de la Charte de Droits fondamentaux (« Tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à **une période annuelle de congés payés** ») ou l'article 7 de la directive n° 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 en vertu duquel « les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie **d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines**, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales. La période minimale de congé annuel payé ne peut être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de fin de relation de travail ».

Au niveau international, il est possible d'évoquer par exemple la Convention n°132 sur les congés payés de l'Organisation Internationale du Travail¹⁸ ou l'article 7 du Pacte International sur les Droits Economiques, Sociaux et Culturels selon lequel « Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables, qui assurent notamment: (...) d. Le repos, les loisirs, la limitation raisonnable de la durée du travail et les **congés payés périodiques**, ainsi que la rémunération des jours fériés. »

Rarement saisi de la possibilité de se prononcer sur la question, le Conseil constitutionnel pourrait donc être appelé à statuer sur l'existence d'une exigence ou d'un principe constitutionnel relatif aux congés payés des salariés ou plus largement des travailleurs, sur le fondement de l'alinéa 11 du Préambule de 1946. Une telle question présente un caractère « nouveau », au sens de la loi organique la QPC, et justifierait le renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel.

2.1.3. Sur la présence d'un « intérêt à saisir » le Conseil constitutionnel

Parmi les renvois de QPC opérés par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation au titre du caractère nouveau, **plusieurs illustrations jurisprudentielles s'appuient sur la présence d'un « intérêt à saisir le Conseil constitutionnel »**, de manière plus ou moins explicite.

Ainsi, il n'est pas anodin que le caractère nouveau ait été retenu lors du renvoi de QPC concernant le mariage entre personnes du même sexe « objet d'un large débat dans la société », selon une décision 16 novembre 2010¹⁹ de la Cour de cassation, au sujet de l'absence de clause de conscience des maires dans la loi sur le mariage entre personnes du même sexe dans un arrêt du 18 septembre 2013²⁰ du Conseil d'Etat ou au sujet de la QPC de Mme Le Pen lors de la campagne présidentielle de 2012, concernant les modalités de parrainage des candidats²¹.

Récemment, le Conseil d'Etat a usé de la même prudence, dans une décision du 18 mai 2022 qui renvoie une QPC formée par des associations culturelles visant certaines dispositions

¹⁸Disponible

http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C132

sur

¹⁹Cass. 1^{re} civ., 16 nov. 2010, n° 10-40042. Voir également la nouveauté d'une question en ce qu'elle est « fréquemment invoquée devant la Cour de cassation », à propos de la motivation des arrêts de cours d'assises, Cass. crim. 19 janv. 2011, n° 10-85305.

²⁰CE, 18 sept. 2013, *Franck M.*, n° 369834.

²¹CE, 2 févr. 2012, *Le Pen*, n° 355137.

de la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République : les associations requérantes soulèvent « une question qui, sans qu'il soit besoin pour le Conseil d'Etat d'examiner le caractère sérieux des griefs, doit être regardée comme nouvelle au sens de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 »²².

Or, en l'espèce, comme l'a relevé le Tribunal de commerce de Nantes dans son jugement de transmission de la QPC posée initialement par la société DVM Renov, l'affaire démontre « l'existence d'un réel débat portant sur l'intérêt général attaché au régime des caisses de congés obligatoires » et donc « qu'un débat portant sur les atteintes aux libertés au regard de l'intérêt général n'est pas dénué de fondement » (cf. le jugement de transmission, p. 19). En effet, malgré les critiques et recommandations fortes de l'IGAS et de la Cour des comptes dans les rapports et référés précités, faisant écho à de nombreuses réactions d'employeurs dont certains se sont constitués en collectif, malgré la disparition du caractère discontinu de l'emploi dans le BTP qui expliquait l'origine de ce régime dérogatoire, malgré le coût supplémentaire pour les employeurs et d'un intérêt que l'on peine à percevoir pour les salariés, la loi demeure inchangée. Il existe donc un « intérêt à saisir » le Conseil constitutionnel d'une telle QPC, le Conseil d'Etat pourrait en être convaincu et retenir à ce titre le caractère « nouveau » de la QPC, au sens de la loi organique telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel.

Afin de démontrer la présence d'une question « nouvelle » au sens de la loi organique sur la QPC, la société DVM Renov pourra solliciter le Conseil d'Etat au sujet de l'existence d'un nouveau principe fondamental reconnue par les lois de la République ou d'un principe constitutionnel en matière de droit aux congés payés des salariés. De plus, les débats autour du régime juridique des caisses de congés payés mettent en évidence un « intérêt à saisir » le Conseil constitutionnel qui permettrait ainsi d'obtenir un renvoi de la QPC au titre du caractère « nouveau ».

2.2. Les arguments à l'appui du caractère sérieux de la QPC

Le Conseil d'Etat n'a jamais été saisi d'une QPC relative à l'article L3141-32 du code du travail dans sa version issue de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 ou de la version antérieure de ce texte codifié à l'article 3141-30 du même code, issu de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007.

²² CE, 18 mai 2022, n°461800 et 461803

Par conséquent, il est possible **de rouvrir le débat constitutionnel antérieurement porté devant la Cour de cassation** et ainsi reprendre les griefs invoqués par la société DVM Renov dans le cadre de l'affaire ayant donné lieu à la décision de la Cour de cassation du 25 mai 2022, à savoir **l'incompétence négative en ce que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence affecte la liberté d'association, la liberté d'entreprendre ainsi que le droit de propriété, ainsi que la violation autonome de ces droits et libertés constitutionnels garantis par le Préambule de la Constitution de 1946 ainsi que des articles 2, 4 et 17 de la Déclaration, de 1789.**

La présente note ne reviendra pas sur ces griefs qui peuvent parfaitement être repris dans le cadre d'une nouvelle QPC devant le Conseil d'Etat.

Ainsi, afin de compléter les arguments en présence, il est possible d'apporter une **précision complémentaire sur l'incompétence négative (2.2.1.)** et de proposer de soutenir le caractère sérieux en raison d'une violation du **principe d'égalité, du principe d'égalité devant les charges publiques (2.2.2.),** et des **droits au repos, à la santé des salariés, ainsi que de l'éventuel nouveau droit constitutionnel aux congés payés (2.2.3).**

2.2.1. Précisions complémentaires sur l'incompétence négative

Devant la Cour de cassation, la société DVM Renov a fort justement invoqué la présence d'une incompétence négative dès lors que les dispositions contestées de l'article L3141-32 du code du travail « abandonnent au pouvoir réglementaire non seulement le pouvoir de décider de soumettre un secteur d'activité professionnelle à un régime dérogatoire d'affiliation obligatoire à une caisse de congés payés, mais aussi celui de définir l'organisation et le fonctionnement de la caisse de congés payés ainsi que de fixer la nature et l'étendue des obligations de l'employeur » (Mémoire QPC, p. 1). Conformément à l'exigence d'affectation d'un droit ou liberté constitutionnel pour invoquer la violation de l'article 34 de la Constitution, le mémoire QPC évoque à juste titre l'affectation de la liberté d'association, de la liberté d'entreprendre ainsi que du droit de propriété.

A titre complémentaire, il est possible également de développer une argumentation tendant à démontrer que la **méconnaissance par le législateur de sa propre compétence affecte le principe d'égalité devant la loi** ainsi que les **droits du salarié au repos et à la**

protection de la santé qui découlent des exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

En effet, en laissant toute latitude au pouvoir réglementaire pour prévoir le principe d'un régime de cotisation obligatoire, d'en fixer de manière discrétionnaire les règles d'organisation et de fonctionnement, l'article L3141-32 du code du travail permet au décret de créer des différences de traitement. Le **principe d'égalité devant la loi garanti par l'article 6 de la DDHC est donc affecté par les imprécisions de la loi**, l'incompétence négative pourrait être retenue.

De même, en l'absence de précisions suffisantes, le législateur s'est totalement déchargé sur le pouvoir réglementaire pour organiser le régime de cotisation obligatoire aux caisses de congés payés, notamment dans le secteur du BTP, alors même qu'est en cause le droit des salariés aux congés payés. Ainsi, la **méconnaissance de sa compétence par le législateur affecte droits du salarié au droit au repos et au droit à la protection de la santé** qui découlent des exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

2.2.2. La violation du principe d'égalité devant la loi et du principe d'égalité devant les charges publiques

En vertu d'une jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel juge sur le fondement de l'article 6 de la DDHC que le **principe d'égalité** « ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

Le **principe d'égalité devant les charges publiques**, qui découle de l'article 13 de la DDHC, est protégé en matière sociale de la manière suivante : « pour assurer le respect du principe d'égalité, le législateur doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose. Cette appréciation ne doit cependant pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques » (CC, n° 2019-806 QPC du 4 octobre 2019).

Or, le Conseil constitutionnel **applique les exigences de l'article 13 de la DDHC aux cotisations sociales**, les illustrations jurisprudentielles sont nombreuses²³ et on ne voit aucun motif de nature à écarter l'applicabilité de l'article 13 de la DDHC aux cotisations versées par les employeurs aux caisses de congés payés. Le principe d'égalité devant les charges publiques est donc applicable et les **censures sont régulières** en la matière. Le Conseil constitutionnel veille en particulier à la rationalité de la différence de traitement introduite par les dispositions en cause, ce qui se traduit notamment par le fait qu'elle ait bien un rapport avec l'objet de la loi. Il s'attache également au respect de la logique propre aux cotisations sociales, qui interdit certaines différences de traitement entre cotisants.

En l'espèce, le Conseil constitutionnel opérerait de toute évidence un **contrôle commun au principe d'égalité et au principe d'égalité devant les charges publiques**. Les deux griefs peuvent donc en l'espèce être communément analysés à l'appui de la démonstration du caractère sérieux de la QPC, bien que des précisions propres à l'un ou l'autre des principes puissent survenir.

Plusieurs raisons justifient que le principe d'égalité et le principe d'égalité devant les charges publiques soient avancés à l'appui du caractère sérieux de la QPC.

En premier lieu, les deux versants invoqués du principe d'égalité sont des normes de référence prévalentes en matière constitutionnelle. Lorsque le Conseil constitutionnel est saisi de la constitutionnalité d'une disposition qui est contestée sur plusieurs fondements, « ce dernier a tendance à privilégier le principe d'égalité pour justifier une censure »²⁴ selon les mots d'un membre du service juridique du Conseil constitutionnel, au besoin parfois en relevant d'office ce grief²⁵.

En deuxième lieu, au-delà du principe d'égalité devant la loi, le principe d'égalité devant les charges publiques est également invocable en l'espèce et n'a apparemment

²³ Voir par ex. les décisions n° 2007-555 DC du 16 août 2007 ; n° 2010-24 QPC du 6 août 2010 ; n° 2011-158 QPC du 5 août 2011 ; n° 2013-300 QPC du 5 avril 2013 ; n° 2013-301 QPC du 5 avril 2013 ; n° 2019-806 QPC du 4 octobre 2019.

²⁴ Bérénice Bauduin. Droit constitutionnel du travail. *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2022.

²⁵ Ex. : CC, n° 2015-523 QPC du 2 mars 2016.

jamais été évoqué dans les différentes QPC portées devant la Cour de cassation au sujet du régime de cotisation obligatoire aux caisses de congés payés du BTP.

Or, en tant que la disposition contestée ne prévoit aucun cadre ni règle de fond, le législateur n'a pas fondé son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose. Chemin faisant la loi crée des ruptures caractérisées de l'égalité devant les charges publiques. Ainsi, l'article 3141-32 du code du travail permet au pouvoir réglementaire et aux Caisses de soumettre les employeurs à des taux de cotisation supérieurs au régime de droit commun et, surtout, à des taux variables d'une Caisse à l'autre. En l'absence d'indication et de référence dans la loi, aucune uniformisation des taux de cotisation des congés payés n'est organisée et des employeurs placés dans la même situation seront soumis à des taux plus ou moins importants selon la Caisse dont il relève. Et ce même si leur secteur d'activité les conduirait à effectuer une mission dans le ressort géographique d'une autre Caisse où le taux de cotisation serait moins élevé.

En troisième lieu, deux décisions du Conseil constitutionnel constituent des précédents favorables de nature à convaincre le Conseil d'Etat du caractère sérieux de la QPC.

D'une part, la décision n° 2015-523 QPC du 2 mars 2016 censure l'absence d'indemnité compensatrice de congés payés en cas de rupture du contrat de travail provoquée par la faute lourde du salarié. Le raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel est intéressant dès lors que la **violation des principes d'égalité et d'égalité devant les charges publiques, relevée d'office, est causée par le régime des caisses de congés payés**. En effet, la règle selon laquelle un salarié licencié pour faute lourde était privé de l'indemnité compensatrice de congé payé n'étant pas applicable aux salariés travaillant pour un employeur affilié à une caisse de congés, « la différence de traitement (...) est sans rapport tant avec l'objet de la législation relative aux caisses de congés qu'avec l'objet de la législation relative à la privation de l'indemnité compensatrice de congé payé ». Ainsi, **le caractère hautement dérogatoire des règles applicables au secteur relevant des caisses de congés payés crée des discriminations à rebours que le Conseil constitutionnel censure lorsqu'il en est saisi**. Il n'est donc pas interdit de penser qu'il pourrait, a fortiori, censurer la source de ces discriminations à rebours en remettant en cause le principe ou les modalités du régime des caisses de congés payés.

Le commentaire officiel de la décision 2015-523 QPC du 2 mars 2016²⁶ laisse transparaître une forme de mise à l'index du régime des caisses obligatoires considéré comme « dérogatoire ». Le service juridique du Conseil constitutionnel relève tout d'abord que « l'obligation d'adhérer à une caisse de congés ne repose plus, depuis 1942, sur le critère de la discontinuité de l'activité exercée par le salarié, ni sur le critère exclusif d'un secteur d'activité se caractérisant par la présence de salariés de ce type ». Car « la lettre de l'article L. 3141-30 ne vise pas uniquement les salariés travaillant de manière intermittente pour une pluralité d'employeurs ». Le commentaire en déduit « que la **discontinuité de l'activité ne constitue plus le critère exclusif de l'obligation pour un employeur de s'affilier à une caisse de congés** ». D'ailleurs, « parmi les salariés d'une entreprise tenue d'adhérer à une caisse de congé, se côtoient des salariés travaillant de façon continue comme des salariés travaillant de façon non continue. » On ne pourrait mieux résumer **l'étiollement de la raison d'être du régime des caisses de congés payés** et il n'est pas anodin que le commentaire officiel d'une décision du Conseil constitutionnel souligne ce constat avec force. La conséquence pour l'affaire alors jugée est importante : « Que l'employeur cotise ou non à une caisse de congé est sans lien avec son préjudice éventuel subi en cas de faute lourde du salarié et avec le droit du salarié à bénéficier d'une indemnité acquise. » Sans abuser du raisonnement par analogie, il est possible de reporter ce raisonnement en estimant que le fait pour l'employeur de relever ou non du secteur des BTP et des autres secteurs soumis à l'article L3141-32 du code du travail, est sans lien avec la différence de traitement qu'il subit en cotisant davantage pour les congés payés de ses salariés et de manière différenciée selon le ressort géographique des Caisses.

D'autre part, la portée de la décision n° 2019-806 QPC du 4 octobre 2019, relative aux taux dérogatoires des cotisations sociales des assurés sociaux non fiscalement domiciliés en France, semble **particulièrement intéressante.**

Le Conseil constitutionnel était saisi de dispositions autorisant le pouvoir réglementaire à prévoir des taux particuliers de cotisations sociales pour les assurés sociaux qui, n'étant pas des résidents fiscaux en France, ne sont pas assujettis à la contribution sociale généralisée sur les revenus d'activité et de remplacement. Exerçant son contrôle sur le double fondement du principe d'égalité et du principe d'égalité devant les charges publiques, le Conseil

²⁶ Disponible sur https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2015523qpc/2015523qpc_ccc.pdf

constitutionnel fait preuve de réalisme en relevant que « depuis plusieurs années, le financement de la protection sociale n'est plus assuré par les seules cotisations sociales, mais pour partie par l'impôt. » Ce **changement de contexte explique le resserrement du contrôle exercé qui conduit à émettre une réserve d'interprétation** selon laquelle « les **dispositions contestées ne sauraient**, sans méconnaître les principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques, **être interprétées comme autorisant le pouvoir réglementaire à retenir des taux particuliers de cotisations sociales de nature à créer des ruptures caractérisées de l'égalité** dans la participation des assurés sociaux au financement des régimes d'assurance maladie dont ils relèvent. »

Ainsi, face à une disposition législative qui donnait un blanc-seing au pouvoir réglementaire afin de fixer « des taux particuliers de cotisations », le Conseil constitutionnel s'appuie sur un changement de contexte et pose une réserve d'interprétation contraignant le pouvoir réglementaire à ne pas créer de ruptures caractérisées de l'égalité. Réserve qui pourra ensuite servir de fondement aux justiciables pour contester les mesures réglementaires. Le **rapprochement avec l'article L3141-32 du code du travail est évident**, au regard du changement de contexte depuis 1936 qui entoure le mécanisme et dès lors que cette disposition confère une large marge d'appréciation au pouvoir réglementaire, encore plus importante que dans la décision du 4 octobre 2019, pour déterminer les secteurs relevant des caisses de congés payés.

La décision n° 2019-806 QPC du 4 octobre 2019 constitue donc un précédent favorable qui incitera le Conseil d'Etat à retenir le sérieux de la QPC en raison d'une violation du principe d'égalité devant la loi et du principe d'égalité devant les charges publiques.

2.2.3. La violation des droits des salariés

A titre complémentaire, il est possible d'avancer quelques observations sur la violation des droits constitutionnels des salariés.

Les droits des salariés les plus utiles en l'espèce sont le **droit au repos et le droit à la protection de la santé du salarié** qui découlent de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946.

Mais il est également possible de prolonger la proposition émise au titre du caractère « nouveau », visant à interroger le Conseil d'Etat au sujet de la consécration d'une exigence ou d'un **principe constitutionnel relatif aux congés payés des salariés ou plus largement des travailleurs, sur le fondement de l'alinéa 11 du Préambule de 1946.**

Dans les deux cas, il s'agirait de montrer en quoi l'article L 3141-32 du code du travail viole l'effectivité des droits des salariés aux congés payés. Dans son principe, les caisses de congés payés entraînent un surplus de charge pour l'employeur de nature à mettre en cause la pérennité de l'entreprise et donc le versement des cotisations de congés payés à la Caisse. Dans ses modalités, l'article L3141-32 du code du travail permet par ses silences et ses lacunes de remettre en cause l'effectivité du droit au repos, à la santé et le droit au congés pays, dès lors que le pouvoir réglementaire est libre de déterminer des règles de fonctionnement des caisses et des modalités de versement des congés payés, à l'image de la « règle du prorata » prévue par l'article D 3141-31 du Code du travail (cf. supra point 1.2.).

Sans revenir sur les arguments précédemment développés par la société DVM Renov, si ce n'est pour ajouter quelques précisions sur la présence d'une incompétence négative, le caractère sérieux de la QPC déposée devant le Conseil d'Etat pourra utilement se prévaloir d'une violation des principes d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques, notamment en s'appuyant sur les précédents favorables du Conseil constitutionnel, voire d'une violation des droits constitutionnels au repos, à la santé et aux congés payés des salariés.



Dominique ROUSSEAU