Consultation DVM-RENOV

Pr. Aude BOUVERESSE,
Professeur de droit public à l'Université de Strasbourg
Directrice du Centre d'études internationales et européennes, EA 7307
Ancien référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne

---

À titre liminaire, il convient de dissiper deux interrogations qui émanent des conclusions des parties. La première, concerne l'invocabilité du droit de l'Union à l'encontre de la Caisse de congés payés du Grand Ouest (CGO) relativement au débat de l'effet direct vertical et/ou horizontal des dispositions applicables et, la seconde, relative à l'articulation entre les dispositions du traité relatives à la libre prestation des services et celles issues de la directive « services »[1]. Relevons déjà que l'invocabilité ne se conçoit que dans le champ d'application du droit de l'Union, mais ne se confond pas avec lui.

Concernant, tout d'abord, l'invocabilité, celle-ci ne pose en l'espèce pas réellement de problème. Si les Caisses de congés payés devaient être considérées comme des « entreprises », au sens du droit européen, elles sont directement visées par les dispositions anticoncurrentielles du traités (101, 102 et indirectement 106 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE ») qui, dès lors que le litige s'inscrit dans leur champ d'application, trouveront à s'appliquer. Le requérant pourra invoquer ces règles à l'encontre de la CGO, si une pratique anticoncurrentielle est constatée (les règles anticoncurrentielles sont invocables entre particuliers).

Si la qualification « d'entreprise » au sens du droit européen, concernant les Caisses de congés payés devait être écartée, il n'en demeure pas moins que les règles relatives à la libre prestation des services et à la liberté d'établissement, qui visent toute mesure ou pratique étatique rendant moins attrayant ou plus difficile l'établissement ou la prestation transfrontalière d'un service sera interdite *prima facie*. La Cour a maintenu cette définition élargie de la notion de restriction, obligeant toute autorité publique à justifier ses choix réglementaires du point de vue de l'impact de ceux-ci sur la libre circulation. Les règles

[1] Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JO L 376/36.

relatives à la prestation de services et d'établissement peuvent ainsi être invoquées à l'encontre des Etats (effet direct vertical) voire même des Caisses de congé payés (effet direct « oblique ») qui pourrait être assimilées à une autorité publique au sens du traité.

Dès lors qu'est contestée, à titre principal, l'affiliation obligatoire telle que prévue par la loi et les décrets d'application et que ces textes sont imputables à une autorité publique, les règles relatives à la libre prestation des services s'appliquent au regard des dispositions nationales éventuellement contraires. Dit autrement si l'affiliation obligatoire aux Caisses de congés payés, imputable à l'État se révèle contraire à la libre prestation des services, le juge national devra écarter voire annuler, s'il était compétent pour le faire, les dispositions nationales contraires.

À titre surabondant, par ailleurs, si le statut « d'entreprise » desdites Caisses est rejeté, il se pourrait néanmoins qu'elles soient assimilées à des « autorités publiques » au sens du droit de l'Union, soumises au respect des libertés fondamentales de circulation. La Cour a une conception extensive de la notion « d'autorité publique » qui vise « tout organisme, quelle que soit sa forme juridique, qui a été chargé, en vertu d'un acte de l'autorité publique et sous le contrôle de cette dernière, d'accomplir un service d'intérêt public et qui dispose à cet effet de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers »[2]. En ce sens, les juridictions nationales ont pu avancer que les Caisses assument une mission d'intérêt général, qu'elles sont placées sous la tutelle de l'État et qu'elles disposent de pouvoirs exorbitants propres à caractériser la puissance publique. Par conséquent, en tant « qu'autorité publique », elles sont, elles-mêmes, soumises au respect, en l'occurrence, notamment de la libre prestation des services et/de la liberté d'établissement.

Cependant, dans la mesure où la question centrale est celle de la compatibilité d'une affiliation obligatoire pour les seules entreprises d'un secteur déterminé aux Caisses de congés payés avec le droit européen et que cette affiliation émane de mesures adoptées par les pouvoirs législatif et réglementaire, le droit de l'Union sera alors et, en toute hypothèse, invocable dès lors qu'on se situe dans son champ d'application et sans qu'il soit besoin d'aller plus avant sur la nature « d'autorité publique » desdites Caisses.

[2] CJCE, 19 avril 2007, Farrell, C-356/05, pt 40 ; CJCE, 12 juillet 1990, Foster, C-188/89, pt 20.

Concernant, ensuite, l'articulation entre le droit primaire (art. 56 et suivant du TFUE relatifs à la libre prestation des services) et le droit dérivé (« directive services »). Il doit être souligné que la « directive services » s'analyse en tant que *lex specialis*, de sorte que si l'activité de service considérée est visée par la directive, elle rentre dans son champ d'application et les dispositions de la directive trouvent à s'appliquer. En revanche, si l'activité de service est exclue du champ d'application de la directive, alors, le service en question devra être analysé sur la base de la *lex generalis*, à savoir les dispositions du droit primaire[3]. Il est encore possible qu'un même opérateur propose plusieurs prestations qui pourront être analysées sous l'angle aussi bien de la « directive services », pour celles qui relèvent de son champ d'application, tandis que les autres services qu'il propose seront évalués sous l'angle du droit primaire, s'ils ne relèvent pas du champ d'application de la directive. Les interrogations ne portent pas sur l'application alternative ou cumulative de ces textes, mais sur leur champ d'application respectif.

I. Les enjeux européens portés par l'affaire

Si le litige au principal oppose une entreprise française (DVM-RENOV) à la Caisse des congés payés du Grand Ouest (CGO), il entre indiscutablement dans le champ d'application du droit de l'Union par les questions qu'il pose.

La loi du 20 juin 1936 a rendu obligatoire en France l'attribution aux salariés d'un congé annuel payé. Elle prévoyait la constitution de caisses de compensation entre les employeurs dans certaines professions désignées par décret. Les bases du régime spécial des congés payés, dans le secteur du bâtiment et des travaux publics, ont été fixées par le décret du 18 janvier 1937 et l'arrêté du 8 mars 1937 qui instaure les Caisses de congés payés. Le mécanisme fonctionne avec des caisses régionales et deux caisses nationales spécialisées (travaux public et sociétés coopératives), le tout étant fédéré par la Caisse nationale de surcompensation, à laquelle toutes les autres sont tenues d'adhérer. Ces caisses ont le statut d'association, Loi de 1901, association de droit privé agréées par l'État et sous sa tutelle. Le régime d'exclusivité de la gestion des congés payés est au cœur de la contestation.

Or, si la consultation porte sur l'atteinte potentielle à la libre prestation des services, des doutes sérieux quant à la qualification « d'entreprise », au sens du droit européen, exerçant une activité économique, supposeraient également que soit interrogée la Cour quant à

[3] V. notamment : CJUE, 17 décembre 2015, X-Steuerberatungsgesellschaft, aff. C-342/14.

l'interprétation des articles visant les pratiques anticoncurrentielles, notamment au regard de l'article 102 TFUE qui interdit l'abus de position dominante des entreprises sur le marché considéré et de l'article 106 TFUE qui interdit aux États, en ce qui concerne les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, d'édicter ou de maintenir des mesures contraires aux règles des traités, notamment à celle prévue à l'article 102 TFUE et de l'article 4 §3 TUE qui reprend l'obligation de coopération loyale en vertu duquel :« l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités »

Aussi et dans la mesure où la notion « d'activité économique » est centrale, tant dans le cadre du régime de la prestation de services, qu'au regard du droit de la concurrence et que ces deux domaines sont étroitement liés, il me paraît nécessaire de m'attarder sur la notion « d'entreprise », en restant toutefois brève sur le régime concurrentiel, l'intérêt principal étant de démontrer la multiplicité des doutes que peut faire naître ce régime particulier du système français quant à sa compatibilité avec le droit européen, sous plusieurs aspects et renforçant à mon sens, la nécessité que soit saisie la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « la Cour ») en interprétation sur la base de l'article 234 TFUE afin qu'elle éclaire l'interprétation à donner tant des dispositions relatives aux pratiques anti-concurrentielles, que de celles relatives aux libertés économiques fondamentales dans le contexte d'une règlementation nationale qui confère une compétence exclusive à des associations de droit privées relevant d'un réseau de « Caisses de congés payés » pour la gestion des droits au congés payés des salariés sur la base d'une affiliation obligatoire dans le secteur du bâtiment et des travaux publics.

Deux grandes questions se posent quant à la légalité du régime français au regard du droit européen.

D'une part, dans la mesure où l'affiliation obligatoire confère un droit spécial, si ce n'est exclusif, aux Caisses dans la gestion des congés payés des salariés du secteur considéré, l'État ne confère-t-il pas une position monopolistique à ces organismes sur le marché éventuel de la gestion des congés payés empêchant tout autre opérateur, y compris ceux établis dans un autre État membre, de proposer ce même service dans les entreprises du secteur du bâtiment et des travaux publics ? Et, dans l'affirmative, si la position dominante est reconnue, doit-on considérer que les Caisses seraient susceptibles d'en abuser en contrariété avec les articles 102 et 106 TFUE et 4 §3 TUE ?

D'autre part, l'État peut-il, sans contrevenir à la libre prestation des services et à la liberté d'établissement, consacrées aux articles 49 et 56 TFUE obliger les seules entreprises du secteur du bâtiment et des travaux publics à ne passer que par un prestataire de services désigné par lui et dont il rend l'affiliation obligatoire ?

II. L'éventuelle contrariété au droit de la concurrence (articles 102 et 106 TFUE et art. 4 §3 TUE).

Il ne peut être écarté d'emblée, au sens du droit européen, que les Caisses de congés payés, répondent à la qualification « d'entreprise » les soumettant alors au droit de la concurrence. Or, les droits spéciaux ou exclusifs dont elles bénéficient en raison de l'affiliation obligatoire des entreprises de BPTP aux caisses pourraient être contraires à ce droit.

II.1. La qualification d'entreprises liée à l'activité économique

Depuis l'arrêt *Höfner et Elser*[4], la Cour retient une conception fonctionnelle et extensive de la notion d'entreprise. En application de la jurisprudence *Höfner* est une entreprise, au sens du droit de la concurrence, toute entité qui exerce une activité économique, indépendamment de sa forme juridique et de son mode de financement.

Ainsi, la qualification d'entreprise doit l'emporter en présence d'un organisme, quel que soit son statut en droit national, qui exerce une activité économique. La nature économique de l'activité reste le critère déterminant de sorte qu'il est parfaitement envisageable qu'un même organisme soit considéré comme une entreprise pour certaines de ses activités, tandis que pour d'autres elle échapperait au droit de la concurrence.

Le caractère économique d'une activité se déduit d'un faisceau d'indices qui vise à déterminer si l'activité peut être exercée par des opérateurs privés dans des conditions de marché. Dans cette perspective, la Cour examine la nature, l'objet et les règles auxquelles une activité est soumise. Depuis l'arrêt *Poucet et Pistre*[5], la Cour considère que seules les activités ayant une fonction à caractère « <u>exclusivement</u> social » et qui obéissent substantiellement au principe de solidarité peuvent être considérées comme non-économiques et échapper ainsi au droit de la concurrence.

[4] CJUE, 23 avr. 1991, Höfner et Elser, aff. C-41/90.
[5] CJCE, 7 février 1993, Poucet et Pistre, C-159/91 et C-160/91.

Au vu de ces critères, très peu d'activités en réalité, peuvent prétendre à être qualifiées de non-économiques, même si l'organisme est dépourvu de tout but lucratif[6]. Cela tient en grande partie à l'exigence que l'entité fonctionne sur la base d'un principe de solidarité.

Le principe de solidarité se caractérise notamment par la circonstance que « les prestations versées sont des prestations légales et indépendantes du montant des cotisations »[7]. La Cour se montre particulièrement exigeante à cet égard. En effet, même si des éléments de solidarité peuvent être constatés dans le fonctionnement de certains organismes, notamment ceux gérant des régimes complémentaires d'assurance vieillesse, la Cour considère qu'ils ne sont « pas des éléments de nature à infirmer » leur qualité d'entreprise[8]. En d'autres termes, comme le rappelle la Cour « (…), d'autres organismes gérant des systèmes légaux de sécurité sociale (…), à savoir un but non lucratif, une activité à caractère social et soumise à une réglementation étatique comportant notamment des exigences de solidarité, ont été considérés comme des entreprises exerçant une activité économique »[9].

Rappelons que dans l'affaire *Cisal*[10], pour conclure à l'application d'un principe de solidarité, la Cour de justice recherche si le taux des cotisations est fixé par l'État, s'il est non proportionnel au risque assuré, si le montant des prestations n'est pas nécessairement proportionnel aux revenus de l'assuré et s'il n'existe pas de lien direct entre les cotisations acquittées et les prestations versées. À ces éléments, qui caractérisent la solidarité, s'ajoute le contrôle étroit de l'État sur le montant des prestations et des cotisations.

En l'espèce, au vu de ces critères, plusieurs éléments pourraient faire douter d'une activité exclusivement sociale et par conséquent non-économique des Caisses de congés payés. Si le contrôle de l'État peut être retenu, la fonction exclusivement sociale prête à discussion, dès lors que la solidarité qui la sous-tend pourrait ne pas être établie avec certitude dans le système mis en place.

Rappelons que deux cotisations sont prévues pour les employeurs auprès desdites Caisses : une cotisation proportionnelle au montant des salaires et une cotisation annuelle fixe dite

---

[6] CJCE, 10 janv. 2006, Cassa di Risparmio di Firenze, aff. C-222/04 ; CJCE, 1er juillet2008, MOTOE, aff. C-49/07.
[7] CJCE, 7 février 1993, Poucet et Pistre, C-159/91 et C-160/91, pt 18, souligné par nous.
[8] CJCE, 16 novembre 1995, FFSA, aff. C-244/94.
[9] V. notamment : CJCE, 16 mars 2004, AOK Bundesverband aff. jtes C-264/01, C-306/01, C- 354/01, C-355/01, pt 49.
[10] CJCE, 22 janv. 2002, Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas, aff. C-218/00, pts 43 à 46.

« professionnelle ». Ces cotisations sont perçues avant d'être reversées, en partie, aux salariés. Dans l'intervalle les sommes sont placées pour une très grande partie, soit dans la banque des professionnels du bâtiment, soit dans des fonds de placement gérés par des banques d'affaires avant d'être reversées pour partie aux salariés, une autre partie des sommes est affectée au fonctionnement des caisses, voire même au budget de l'État puisque une partie de la réserve des Caisses peut également être mises au service des pouvoirs publics[11].

Des doutes raisonnables peuvent surgir quant à l'application d'un réel principe de solidarité au soutien de la fonction sociale dès lors et, à titre principal, que si la cotisation pour congés payés n'a pas été versée par l'employeur auxdites caisses, la Caisse ne vient pas au soutien du salarié pour couvrir le paiement des congés payés, mais suspend, au prorata des impayés, le versement des indemnités de congés aux salariés de l'employeur défaillant.

En effet, l'article D -3141-31 du Code du travail prévoit que « La caisse assure le service des congés payés des salariés déclarés par l'employeur. Toutefois, en cas de défaillance de l'employeur dans le paiement des cotisations, elle 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 n'est pas dégagé de l'obligation de payer à la caisse les cotisations, majorations de retard et pénalités qui restent dues. »

Cette règle, dite du *prorata*, oblige à constater que les Caisses ne fonctionnent pas comme une assurance ou tout autre organisme de prévoyance permettant de couvrir un risque ou un aléa professionnel, notamment si l'entreprise, dans laquelle le salarié travaille, devait faire faillite, le salarié devrait se tourner vers un autre organisme, assurantiel, cette fois pour bénéficier de son droit aux congés.

De plus, il semble que si les prestations versées sont des prestations légales, elles ne peuvent pas toutefois être considérées comme indépendantes du montant des cotisations, dès lors qu'elles sont en réalité étroitement liées à celles-ci puisque le non-paiement des cotisations entraîne le non versement des congés payés au salarié. Or dans l'affaire *Kattner*, la Cour relève

[11] Art. 2 du statut : La caisse « peut prêter son concours toutes les fois qu'il lui est demandé par les pouvoirs publics, pour des fins déterminées par ceux-ci, même en dehors de son objet tel qu'il est défini ci-dessus »

précisément que « De surcroît, la finalité sociale d'un tel régime est également révélée par la circonstance que (…) les prestations sont versées même lorsque les cotisations dues n'ont pas été acquittées, ce qui contribue manifestement à la protection de tous les travailleurs contre les conséquences économiques d'accidents du travail »[12].

De même, la Cour a pu considérer que l'absence de lien direct entre les cotisations versées et la prestation fournie venait au soutien de l'application du principe de solidarité[13]. Il n'est pas certain que tel soit le cas dans le système français. Si la Cour de cassation estime que « que la loi garantit aux salariés concernés, par l'intermédiaire des caisses de congés payés, la possibilité de prendre leurs congés et d'être indemnisés, indépendamment des mutations de personnel d'un employeur à un autre et même en cas de défaillance de l'entreprise employeur » [14], la règle du *prorata* vient contredire cette affirmation.

Les prestations auxquelles les cotisations aux Caisses donnent droit semblent en effet dépendre uniquement du montant des cotisations versées et des résultats financiers des investissements réalisés par les Caisses pour les autres affectations. Or ce constat a conduit la Cour à conclure dans l'arrêt *FFSA*, que le régime d'assurance vieillesse fonctionne selon le principe de la capitalisation et non du principe de solidarité[15]. Elle relève aussi en ce sens le caractère facultatif de l'adhésion, ce qui le différencie néanmoins du régime prévu pour les Caisses de congés payés.

Toutefois, les taux de cotisation varient d'une caisse à l'autre et il semblerait qu'il n'existe aucune mutualisation entre les caisses nationales et locales qui viendrait au soutien du principe de solidarité. Le principe d'une mutualisation des coûts des congés entre entrepreneurs semble lui-même à relativiser à la lecture du référé de la Cour des comptes qui constate 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 CIBTPn(…). Cette différenciation des charges pesant sur les entreprises n'est pas

[12] CJCE, 5 mars 2009, Kattner Stahlbau, aff. C-350/07, pt 41.
[13] CJCE, 5 mars 2009, Kattner Stahlbau, aff. C-350/07.
[14] Cass. soc., 21 janv. 2009, n° 07-12.411, souligné par nous.
[15] CJCE, 16 novembre 1995, FFSA, aff. C-244/94, pt 17.

objectivement justifiée par un coût technique différent »[16]. Or, dans l'affaire *Albany*, concernant un fonds de pension complémentaire reposant sur un système d'affiliation obligatoire et appliquant un mécanisme de solidarité pour la détermination du montant des cotisations et du niveau des prestations, la Cour a néanmoins retenu la qualification « d'entreprise » du fonds en relevant qu'il déterminait lui-même le montant des cotisations ainsi que des prestations et qu'il fonctionnait donc selon le principe de la capitalisation. Elle en a déduit qu'un tel fonds exerçait une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurances[17].

Si ces éléments étaient avérés, il n'est pas certain, alors, que le principe de solidarité puisse être avancé au soutien d'une fonction exclusivement sociale des Caisses de congés payés. Il est possible en effet que la Cour de justice de l'Union européenne retienne la qualification « d'entreprise » et constate leur soumission au droit de la concurrence, contrairement à ce que la Cour de cassation a pu juger[18], dans la mesure où la définition « d'entreprise » reste une notion européenne, dont l'interprétation authentique, relève de la compétence exclusive de la Cour.

Le contrôle de l'État semble, en revanche, moins contestable quant à son existence, mais son exercice pourrait prêter à discussion, si l'on se réfère aux observations formulées par la Cour des Comptes[19].

En définitive, la difficulté de qualifier certaines activités « d'économiques » au soutien de la notion d'entreprise se traduit par des jurisprudences complexes, parfois divergentes et surtout évolutives[20]. Si même au sein de la Cour, des divergences peuvent apparaitre quant à l'interprétation d'une telle notion, l'avocat général et le juge pouvant arriver à des positions

---

[16] Référé du Premier Président de la Cour des comptes, 26 février 2016, S 2015-1670, pt 3.2.

[17] CJCE, 21 septembre 1999, Albany, C-67/96, pts 84 à 87.

[18] Cass. soc., 21 janv. 2009, n° 07-12.411, cette interprétation n'a pas force authentique dès lors que le juge judiciaire national n'a pas soumis par la voie préjudicielle cette question à la Cour de justice de l'Union qui, seule, a compétence, pour interpréter la notion d'entreprise au sens européen du terme et la fonction sociale qui pourrait l'exclure.

[19] Référé du Premier Président de la Cour des comptes, 26 février 2016, S 2015-1670.

[20] L'avocat général Mazák souligne le caractère évolutif de la notion de solidarité et postule pour évaluation individuelle et renouvelée dans les conclusions présentée dans l'affaire Kattner (CJCE, 5 mars 2009, aff. C-350/07), il relève ainsi au point 57 : « À mon avis, les caractéristiques particulières d'un régime de sécurité sociale et son adhésion au principe de solidarité doivent être déterminées sur une base individuelle, en tenant compte de tous les facteurs pertinents. La présence ou non de certaines caractéristiques d'un régime dont la Cour a jugé, dans ses arrêts antérieurs, qu'elles constituaient une preuve du principe de solidarité peut n'être pas nécessairement décisive dans d'autres affaires ».

contraires sur cet aspect[21], il est alors plus que permis, pour le juge national de douter, ce qui renforce la nécessité, à mon sens, de poser une question préjudicielle à la Cour.

II.2. Le régime

Je me permettrai d'être synthétique et de mentionner les éléments que vous pourriez être amenés à porter à la connaissance du juge national.

Si la qualification « d'entreprise » devait être retenue pour les Caisses de congés payés du bâtiment et des travaux publics, s'impose à elles (art. 102), mais aussi à l'État (art. 106 TFUE, art. 4§3) l'obligation de ne pas fausser la concurrence, notamment, au regard de l'article 102 TFUE en abusant de la position dominante liées à leur compétence exclusive concédée par l'État (106 TFUE).

En effet, en vertu de l'article 102 TFUE : « Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci. ».

L'article 106 prévoit quant à lui : « 1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus.

2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union. »

L'État pourrait avancer que les Caisses sont chargées d'un service économique d'intérêt général (SIEG), leur permettant une tolérance relative dans l'application des règles anticoncurrentielles du traité en vertu de l'article 106 §2 TFUE.

[21] V. notamment : CJCE, 16 mars 2004, AOK Bundesverband aff. jtes C-264/01, C-306/01, C- 354/01, C-355/01.

Toutefois, si la Cour concède aux États une importante marge d'appréciation pour déterminer quels services relèvent des services économiques d'intérêt général, elle encadre toutefois celle-ci en exigeant qu'un acte d'investiture de la part de la puissance publique soit pris, par exemple, sous la forme d'une habilitation unilatérale ou l'octroi d'une concession de service public[22] qui définit de manière suffisamment précise, à tout le moins, la nature, la durée et la portée des obligations de service public incombant aux entreprises chargées de l'exécution de ces obligations[23], ce qui reste à démontrer tant les textes régissant les Caisses de congé payés sont sibyllins.

De plus, en vertu de l'article 106 §2 TFUE, la tolérance au regard des règles de concurrence, ne peut jouer que si l'État parvient à démontrer que cette compétence exclusive des Caisses est indispensable à l'accomplissement de leur mission particulière et proportionnée à l'objectif poursuivi[24].

En d'autres termes, il faudra démontrer qu'un impératif d'intérêt public justifie la position de monopole octroyée auxdites Caisses dans le secteur du bâtiment. Dès lors que la proportionnalité de la mesure sera analysée principalement dans le cadre de la liberté de prestation des services, (*infra, III.2.2.2*), nous nous limitons ici à quelques remarques au titre l'article 106 §2. Si l'État, sur la base de cet article, n'a pas à démontrer que l'affiliation obligatoire était la seule mesure possible, il doit néanmoins faire la preuve que cette obligation est indispensable à la mission confiée aux Caisses de congés payés du bâtiment et des travaux publics.

Relevons qu'il n'est pas certain que le service de versement de gestion des congés payés présente une particularité dans le secteur du BTP, ni qu'il suppose des compétences professionnelles que seules les Caisses pourraient avoir, dans la mesure où ce service est assuré, dans le cadre du régime de droit commun, par les entreprises elles-mêmes et le plus souvent par le biais de cabinets d'experts comptables.

[22] CJCE, 27 avril 1994, Commune d'Almelo, aff. C-393/92, pt 47 ; TPI, 12 février 2008, BUPA e.a.c/ Commission, aff T-289/03, pts 181 à 183.
[23] Trib. UE, 26 avril 2018, Cellnex Telecom c. Commission, aff**.** C-91/17 P et C-92/17 P
[24] CJUE, 24 janvier 2013, Stanleybet International Ltd, aff. jtes C-186 et 209/11.

Il faut admettre aussi qu'il s'avère délicat de déterminer la mission même de service public, à défaut de telles précisions dans les textes qui régissent le fonctionnement des Caisses. La protection des travailleurs du secteur du bâtiment est néanmoins mise en avant par la CGO.

Il faudrait alors démontrer que le secteur du bâtiment et des travaux publics présente des spécificités qui le distinguent des autres secteurs d'activités soumis au régime de droit commun propres à justifier une protection particulière aux salariés. Or, la Cour des comptes estime ainsi que la précarité originelle des emplois qui le caractérisait appartient à « époque [qui] est révolue » et que le « secteur du BTP ne présente plus de particularités faisant apparaître la nécessité de telles caisses » [25]. Les Caisses devront se justifier sur ce point.

Si une telle mission de service public devait être reconnue au bénéfice des Caisses de congés payés, il faudrait encore démontrer, que la mise en concurrence avec, par exemple des experts-comptables, serait de nature à faire échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie.

Tel pourrait être le cas, si les Caisses assuraient un versement effectif des droits au congé lorsque leur employeur accuse une défaillance de le paiement des cotisations. L'importance de leur mission dans cette hypothèse et leur équilibre financier pourraient rendre nécessaire l'affiliation obligatoire.

Or la règle du *prorata* ne le permet pas et fait perdre au contrôle que les caisses de congés payés opèrent sur les employeurs une partie de leur intérêt.

La portabilité des droits aux congés qu'offre les Caisse pourrait cependant justifier une position monopolistique. Toutefois, il n'est pas établi qu'un autre organisme ne pourrait pas centraliser les droits aux congés au profit des salariés en mobilité ou que ce service perdrait de son efficacité s'il était exercé conjointement par les Caisses et les entrepreneurs sur la base d'un logiciel commun.

Dans ces conditions, il n'est pas certain que la restriction à la concurrence que représente l'affiliation obligatoire aux Caisses des congés payés des entreprises du bâtiment et des travaux publics puisse être justifiée sur la base de l'article 106 §2.

[25] Référé du Premier Président de la Cour des comptes, 26 février 2016, S 2015-1670,pt 2.

Il ne peut être affirmé davantage que l'affiliation obligatoire n'offre pas aux Caisses de congés payés, en situation de monopole, la possibilité d'en abuser, en contrariété avec l'article 102 TFUE.

Il faudrait dans cette perspective rechercher, par exemple, si le prélèvement anticipé des cotisations, qui leur assure une réserve de trésorerie pour opérer des placements financiers et la variabilité des taux d'une caisse à l'autre ne pourraient pas conduire ces organismes à exploiter leur position dominante de manière abusive ou à imposer des cotisations professionnelles disproportionnellement élevées ou sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie.

De même, il faudrait déterminer si l'affiliation obligatoire n'est pas susceptible de créer une situation dans laquelle les Caisses seraient amenées à commettre de tels abus[26].

III. Les restrictions potentiellement injustifiées à la libre prestation des services (article 56 TFUE)

L'article 56 du TFUE dispose que « Les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation ».

L'article 57 du TFUE ajoute « Au sens des traités, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes ». L'établissement d'un marché intérieur passe par la libéralisation de l'accès aux services offerts par les ressortissants d'autres États membres.

Afin de garantir un tel libre accès aux activités professionnelles, le traité prévoit que les prestataires de services peuvent s'établir librement au sein du marché intérieur (liberté d'établissement, art. 49 TFUE) ou offrir librement leurs services, à titre temporaire, dans un autre État membre sans s'y établir (libre prestation des services, art. 56).

Bien que les champs d'application de ces deux libertés ne se chevauchent pas totalement, le champ d'application matériel est identique. Elles visent essentiellement des situations

[26] CJUE, 3 mars 2011, AG2R Prévoyance, aff. C-437/09, pt 68.

comparables, que sont les entraves à l'accès des professionnels non-salariés aux marchés des autres États membres.

Dans la pratique, ces deux dispositions ont été invoquées ensemble à maintes reprises devant les juridictions européennes. Le législateur de l'Union européenne le reconnaît lorsqu'il estime qu'« [é]tant donné que les obstacles au marché intérieur des services affectent aussi bien les opérateurs qui souhaitent s'établir dans d'autres États membres que ceux qui fournissent un service dans un autre État membre sans s'y établir, il convient de permettre au prestataire de développer ses activités de services au sein du marché intérieur soit en s'établissant dans un État membre, soit en faisant usage de la libre circulation des services. Les prestataires devraient être en mesure de choisir entre ces deux libertés, en fonction de leur stratégie de développement dans chaque État membre »[27].

La distinction principale entre ces deux libertés tient au caractère temporaire (libre prestation des services) ou permanent (liberté d'établissement) de l'exercice de l'activité. Cette distinction a été posée dans l'arrêt de principe *Gebhard* où la Cour précise « La notion d'établissement au sens du traité est donc une notion très large, impliquant la possibilité pour un ressortissant communautaire de participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un État membre autre que son État d'origine, et d'en tirer profit, favorisant ainsi l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de la Communauté dans le domaine des activités non salariées »[28]. Leur distinction suppose de prendre en considération la durée de la prestation, sa fréquence, sa périodicité ou continuité.

En définitive, il s'agit de deux modalités d'exercice d'une même activité, de sorte que la jurisprudence relative à la liberté d'établissement reste parfaitement pertinente concernant, notamment, l'analyse de l'existence d'une activité économique ou encore celle de la proportionnalité d'une mesure restrictive, ces exigences étant similaires dans les deux libertés.

[27] Directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur, prec., cons. 5.
[28] CJCE, 30 nov. 95, C-55/94, pt 25.

III. 1. Champ d'application

III.1.1 Directive ou Traité ?

Dans un souci d'exhaustivité et, même si les deux parties consentent à examiner la situation sous l'angle du seul droit primaire, il convient de relever qu'il n'est pas aisé de déterminer leur champ d'application respectif. Il me semble toutefois que l'on peut partager ce point de vue.

La Cour a pu juger en effet qu'il « résulte de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 2006/123, lu à la lumière du considérant 8 de cette directive, que cette dernière ne traite pas de l'abolition des monopoles fournissant des services »[29]. En effet conformément à l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 2006/123, celle-ci « ne traite pas de l'abolition des monopoles fournissant des services » et le considérant 8 de ladite directive apporte certaines clarifications en relevant que : « [l]es dispositions de la présente directive concernant la liberté d'établissement et la libre circulation des services ne devraient s'appliquer que dans la mesure où les activités en cause sont ouvertes à la concurrence, de manière à ce qu'elles n'obligent pas les États membres […] à abolir les monopoles existants ».

Pour autant, cela pourrait mériter, en soi, une question préjudicielle à la Cour de justice dès lors qu'il est particulièrement délicat de cerner avec précision le champ d'application de la « directive services » et qu'il est fréquent qu'elle soit interrogée à cet égard, tout particulièrement dans le domaine social[30]. Le service de gestion des congés payés n'étant pas expressément exclu de son champ d'application (art. 2§2 de la « directive services ») et ne relevant pas des conditions d'emploi telles qu'elles sont précisées par la Cour (considérant 86) le doute subsiste.

L'arrêt *Memoria*[31] incline néanmoins à examiner la situation sous l'angle du droit primaire, d'autant que la directive codifie en grande partie la jurisprudence qui en est issue. Mais, il importe aussi de souligner que l'exclusion d'une activité du champ d'application de la « directive services » ne signifie pas que l'activité n'en serait pas un, au sens du droit primaire, dès lors qu'il s'agit d'une « prestation offerte contre rémunération ». Ainsi dans l'arrêt *Memoria*, si la Cour estime en vertu des dispositions précitées que la « directive services » ne s'applique pas à la

[29] CJUE, 14 novembre 2018, Memoria**,** aff. C-342/17, pt 41.
[30] V. notamment concernant les soins de santé : CJUE, 11 juill. 2013, Femarbel, aff. C-57/12 et CJUE, 26 sept. 2013, Ottica New Line, aff. C-539/11.
[31] CJUE, 14 novembre 2018, Memoria**,** aff. C-342/17.

conservation des urnes cinéraires, l'activité a néanmoins été jugée économique et examinée sous l'angle de la prestation de services.

Par ailleurs, la circonstance que la règlementation litigieuse intervienne dans les domaines social, de l'emploi, de la fiscalité ou même de la sécurité nationale qui relèvent de la compétence des États n'a jamais fait obstacle à l'application des règles du traité. La Cour rappelle avec constance que, dans ces domaines, les États n'en demeurent pas moins tenus de respecter les règles du traité[32].

Il convient dès lors de vérifier si le paiement des congés payés et intempéries relève de la définition de service au sens du Traité.

III.1.2. Une activité économique : prestation offerte contre rémunération

Conformément à l'article 57 TFUE sont considérées comme des services, les prestations fournies normalement contre rémunération. On retrouve l'exigence d'une activité économique, propre à la définition d'une entreprise dans le cadre des règles de concurrence.

Toutefois, il faut immédiatement souligner que si la notion « d'activité économique » s'avère déjà particulièrement extensive en matière concurrentielle, elle l'est plus encore dans le cadre de la libre prestation des services et de la liberté d'établissement où la Cour s'émancipe du critère lié au principe de solidarité. Pour s'en convaincre, rappelons que la Cour a pu considérer que l'activité de conservation des urnes cinéraires[33] ou encore celle de collecte de recette fiscale[34] sont des activités économiques.

Par conséquent, dès lors que plusieurs éléments peuvent incliner à penser que les Caisses de congés pourraient être assimilées à des entreprises exerçant une activité économique (*supra II.1*), il en va d'autant plus ainsi dans le cadre de la libre prestation de services.

Par ailleurs, même si la qualité d'entreprise devait être rejetée concernant les Caisses de congés payés, il ne pourrait en être déduit qu'elles n'exercent pas une activité économique

[32] Pour un rappel récent et complet V. CJUE, 23 février 2016, Commission c/ Hongrie, aff. C-179/14, pt 171 « « (…) les États membres doivent exercer leur compétence en matière de fiscalité directe dans le respect du droit de l'Union et, notamment, des libertés fondamentales garanties par le traité (voir en ce sens, notamment, arrêts Skandia et Ramstedt, C-422/01, , pt 25 et jurisprudence citée, ainsi que Berlington Hungary e.a., C-98/14, pt 34 et jurisprudence citée). Il en va de même en ce qui concerne la politique que les États membres poursuivent en matière d'emploi, notamment dans le domaine salarial (voir, en ce sens, arrêts Portugaia Construções, C-164/99, pt 24, Commission/Allemagne, aff. jtes C-341/02, , pt 24, ainsi que ITC, C-208/05, pts 39 à 41) ».
[33] CJUE, 14 novembre 2018, Memoria**,** aff. C-342/17.
[34] CJUE, 3 mars 2021, Bancoposta, aff. C-435/19.

propre à rentrer dans le champ d'application de la libre prestation de services. La Cour a ainsi pu estimer, dans une même affaire, que si le principe de solidarité appliqué dans le cadre de l'activité d'assurance professionnelle donnait une fonction sociale à une caisse professionnelle d'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles excluant la qualification d'entreprise dudit organisme, l'activité n'en demeurait pas moins une activité économique qu'elle examine sous l'angle de la prestation de services[35].

Plus précisément en domaine, la Cour s'appuie, pour caractériser l'activité économique, sur la notion de « rémunération ». Elle considère, en effet, que la caractéristique essentielle de la rémunération réside dans le fait que celle-ci constitue la contrepartie économique de la prestation en cause[36]. À ce titre, il n'est pas nécessaire que le prestataire poursuive le but de réaliser un bénéfice[37] et il suffit qu'il existe une contrepartie, même limitée, même en nature, pour qu'il y ait rémunération[38].

De plus, la Cour a jugé que le Traité n'exige pas que le service soit payé par ceux qui en bénéficient[39]. Dans l'arrêt *Skandia et Ramstedt*, la Cour estime, que les cotisations d'assurance complémentaire de retraite que verse l'employeur à une compagnie d'assurance au profit de son salarié constituent la contrepartie économique des pensions qui lui seront servies même si le salarié n'acquitte pas lui-même les cotisations. L'affaire *Smits et Peerbooms* est encore plus topique puisque la Cour estime que les paiements effectués par les caisses de maladie dans le cadre du système de conventionnement, fussent-ils forfaitaires, constituent bien la contrepartie économique des prestations hospitalières et présentent indubitablement un caractère rémunératoire dans le chef de l'établissement hospitalier qui en bénéficie et qui est engagé dans une activité de type économique.

Ainsi pourrait être considéré que le service fourni par les Caisses de congés payés aux salariés trouve une contrepartie économique dans les cotisations qui leur sont versées. Il peut être ajouté, encore en ce sens, que le service n'est pas financé par des fonds publics, mais sur la base des cotisations des entreprises adhérentes.

---

[35] V. CJCE, 5 mars 2009, Kattner Stahlbau, aff. C-350/07.
[36] CJCE, 26 juin 2003, Skandia et Ramstedt, aff. C-422/01.
[37] CJCE, 12 juillet 2001, Smits et Peerbooms, aff. C-157/99.
[38] CJUE, 18 décembre 2007, Jundt, aff. C-281/06 ; CJUE, 23 février 2016, Commision c/ Hongrie, aff. C-179/14, pt153.
[39] CJCE, 26 juin 2003, Skandia et Ramstedt, aff. C-422/01 ; CJCE, 12 juillet 2001, Smits et Peerbooms, aff. C-157/99 ; CJUE, 27 février 2014, OSA, C-351/12, pt 62.

Par conséquent et, au vu de ces divers éléments déjà développés *supra* dans le cadre de la notion « d'entreprise », la qualification « d'activité économique » soumise aux règles de la libre prestation de services (et d'établissement) pourrait être retenue par la Cour déclenchant le régime d'interdiction des entraves et des justifications éventuelles de ces dernières sous réserve de leur proportionnalité.

III.2. Le régime

Le principe reste celui de l'interdiction de toute mesure restrictive. En vertu d'une jurisprudence constante de la Cour, l'article 56 TFUE « exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'égard du prestataire de services en raison de sa nationalité ou de la circonstance qu'il est établi dans un État membre autre que celui où la prestation doit être exécutée, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayantes les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services analogues »[40].

Par dérogation, toutefois, l'État peut avancer un objectif légitime d'intérêt général au soutien de mesures restrictives à la condition que ces justifications soient proportionnées, c'est-à-dire « propres à garantir la réalisation de celui-ci et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi »[41].

III.2.1. La restriction à la libre prestation des services (et d'établissement)

Dès lors que les services proposés par les Caisses de congés payés sont assurés, dans d'autres secteurs, par les entreprises elles-mêmes, conformément à leur obligation légale ou en externalisation auprès de cabinet d'experts-comptables cette gestion, il apparaît que la réglementation nationale, qui ne permet qu'à un seul opérateur d'exercer l'activité de gestion des congés payés dans le secteur du BTP, pose *eo ipso* un obstacle infranchissable à la fourniture de ce service dans le secteur du BTP puisqu'elle empêche totalement l'accès au marché des services en cause aux opérateurs économiques établis dans d'autres États membres qui pourraient l'assumer[42].

[40] V. notamment : CJUE, 17 décembre 2015, X-Steuerberatungsgesellschaft, aff. C-342/14, pt 48 ;
[41] *Ibid*., pt 52.
[42] V. par analogie : CJCE, 5 mars 2009, Kattner Stahlbau, aff. C-350/07, pt 82 et 83 et la jurisprudence citée.

Cette restriction est même dédoublée par l'exigence d'un agrément préalable que l'organisme doit obtenir auprès de l'État pour être affilié au réseau des caisses de congés payés.

Par conséquent, tant l'agrément que l'attribution d'une compétence exclusive aux Caisses pour offrir les services de gestion et de versement des droits aux congés dans le secteur du BTP constituent une restriction à la libre prestation de services, de même d'ailleurs qu'à la liberté d'établissement, lesquelles sont prohibées par les articles 49 et 56 TFUE.

À ce titre, pourrait également être relevé l'inconvénient que représente pour un employeur, d'une petite ou moyenne entreprise, d'anticiper le versement des cotisations au titre des congés payés. Cette anticipation et la fragilisation qui peut en résulter sur sa trésorerie pourraient être susceptibles de dissuader des entrepreneurs établis dans d'autres États membres de s'installer sur le territoire français, il en va également ainsi pour tous les frais, charges administratives et économiques supplémentaires, qui représenteraient une entrave à leur liberté d'établissement[43].

En soumettant, dans ces conditions, l'exercice de l'activité à un régime d'exclusivité en faveur d'un opérateur unique, l'État entrave la libre prestation de services et la liberté d'établissement[44] , même si cette restriction ne peut être considérée comme discriminatoire, dès lors qu'elle affecte aussi bien les prestataires de service établis en France, que ceux établis dans un autre État membre.

III. 2.2 La dérogation liée à une raison impérieuse d'intérêt général

Les restrictions aux libertés de circulation qui gênent ou limitent l'accès à une prestation de service, peuvent, néanmoins, à titre dérogatoire être justifiées. Deux conditions cumulatives sont requises à ce titre. Il faut que la réglementation nationale en cause poursuive un objectif légitime ou une raison impérieuses d'intérêt général, mais aussi qu'elle soit proportionnée à cet objectif.

- *III 2.2.1 La légitimité de l'objectif poursuivi*

Concernant la légitimité de l'objectif, la Cour a tendance à admettre largement au titre des raisons impérieuses d'intérêt général, les objectifs avancés par l'État, qui peuvent être aussi

[43] Pour un raisonnement par analogie, voir : CJCE, 26 juin 2003, Skandia et Ramstedt, aff. C-422/0, pt 28.
[44] CJCE, 21 septembre 1999, Läärä e.a., aff. C-124/97, pt 29, ; CJUE, 23 février 2016, Commission c/Hongrie, aff. jtes C-179/14, pt 164.

bien la protection d'exigences linguistiques[45], la protection de la propriété intellectuelle[46] que la prévention de la fraude, de l'incitation à des dépenses excessives liées au jeu, et des troubles à l'ordre social[47] et, plus en lien avec les législations sociales des États membres : la protection des destinataires des services contre un préjudice qu'ils pourraient subir du fait de services fournis par des personnes qui n'auraient pas les qualifications professionnelles ou morales nécessaires[48] ou encore traditionnellement la protection des travailleurs[49] sont susceptibles de justifier une restriction à la libre prestation des services et à la liberté d'établissement.

Il semble que soit avancé l'objectif de protection sociale des travailleurs au soutien de la mesure restrictive. À cet égard, il convient d'insister sur la circonstance que la détermination de l'étendue de la protection qu'un État membre entend assurer sur son territoire en matière d'emploi relève principalement de sa compétence, ce qui, pour autant, ne le dispense pas du respect des règles du traité[50].

En l'espèce, la légitimité de l'objectif n'est pas contestable en elle-même et fréquemment invoquée dans ce domaine, mais encore faut-il, pour qu'elle puisse justifier la mesure restrictive, qu'elle passe le test de la proportionnalité.

- *III 2.2.2. La proportionnalité de l'objectif poursuivi*

L'exigence de proportionnalité, pour être respectée, suppose en réalité la réunion de trois sous-conditions. Il faut que la mesure restrictive soit nécessaire à l'objectif invoqué, qu'elle soit apte à le remplir et enfin qu'il n'existe pas d'autres mesures moins contraignantes pour y parvenir.

Ces critères sont cumulatifs pour reconnaître la proportionnalité de la mesure et non alternatifs de sorte qu'ils doivent tous être démontrés, même si la Cour traditionnellement examine la nécessité (la mesure poursuit la finalité avancée) et l'adéquation (elle est apte à atteindre l'objectif poursuivi) de concert.

---

[45] CJCE, 4 juillet 2000, Haim, aff. C- 424/97.
[46] CJCE, 18 mars 1980, Coditel,aff. 62/79.
[47] CJCE, 24 mars 1994, Schindler, aff. C-275/92.
[48] CJCE, 25 juillet 1991, Säger, aff. C-76/90 ; CJCE, 3 oct. 2000, Corsten, aff. C-58/98.
[49] CJCE, 23 nov. 1999, Arblade, aff. C-369/96 ; CJCE, 18 juill. 2007, Commission c/ Allemagne, aff. C-490/04 ; et plus spécifiquement »la protection sociale des travailleurs du secteur de la construction » : CJCE, 28 mars 1996, Guiot, aff. C-272/94.
[50] CJUE, 23 février 2016, Commission c/Hongrie, aff. jtes C-179/14, pt 171 ; CJCE, 11 janvier 2007., ITC, C-208/05.

-La nécessité d'une affiliation obligatoire aux Caisses de congés payés

Il n'est pas certain que l'objet social des caisses rencontre l'objectif de protection des travailleurs et surtout qu'une affiliation obligatoire soit nécessaire à cet effet.

La Cour, pour reconnaître que la réglementation est nécessaire à la protection des travailleurs, impose que « ladite réglementation comporte, pour les travailleurs concernés, un avantage réel qui contribue, de manière significative, à leur protection sociale »[51]. L'affaire concerne des travailleurs détachés pour lesquels, la législation litigieuse imposait à l'employeur établi dans un autre État membre de cotiser dans l'État de la prestation de service pour les congés payés alors qu'il cotisait déjà dans son État d'origine. Toutefois cette jurisprudence est parfaitement pertinente pour la situation qui nous occupe.

Dès lors qu'il existe un régime de droit commun qui permet aux employeurs de gérer les droits aux congés payés sans l'intermédiaire des Caisses de congés payés, il faudra démontrer en quoi, les caisses de congés payés dans le secteur du bâtiment offriraient une protection additionnelle aux travailleurs de ce secteur, dont ils ne bénéficieraient pas dans le régime commun et surtout pourquoi il faudrait leur imposer ce régime spécifique.

En d'autres termes, il ne s'agit pas de nier tout avantage au système des Caisses de congés payés, mais de déterminer, s'il offre une protection accrue par rapport à celle dont il dispose dans le régime commun. La Cour procède ainsi à un examen comparatif[52].

Or, même si on peut admettre que la perception anticipée des cotisations auprès des employeurs peut favoriser le contrôle de la gestion des droits aux congés, il doit cependant être opposé que les Caisses ne garantissent pas l'effectivité du versement des indemnités.

Bien au contraire, dans la mesure où la Caisse peut suspendre au *prorata* des impayés le versement des indemnités, il n'est pas certain que les travailleurs aient un intérêt additionnel à une gestion du versement des congés payés exclusivement par ces caisses qui ne leur assure pas un paiement effectif de leurs indemnités si leur employeur se trouve en défaut de cotiser auprès des caisses. Fort heureusement, les salariés seront protégés par le régime assurantiel, mais de la même manière que les salariés des entreprises qui ne sont pas soumises à

[51] CJCE, 25 octobre 2001, Finalarte, aff. jtes C-49/98, C-50/98, C-52/98 et C-68/98 à C-71/98, pt 42. Voir également en ce sens :

[52] V. CJCE, 25 octobre 2001, Finalarte, prec. ou encore : CJCE, 18 juill. 2007, Commission c/ Allemagne, aff. C-490/04, pt 46.

l'intermédiaire des Caisses. Le régime de droit commun semble placer les salariés dans une situation similaire face aux carences de leur employeur que ceux dont les indemnités sont gérées par les Caisses.

En outre, il n'apparaît pas avec évidence que les Caisses de congés payés offrent des garanties de compétences professionnelles particulières afin d'accomplir ces tâches, qui dans d'autres secteurs, sont assumées par les entreprises elles-mêmes ou des cabinets d'experts-comptables. Dès lors, il ne semble pas que la nature de ces services impose une qualification professionnelle particulière à laquelle seules les Caisses pourraient prétendre.

La Cour a d'ailleurs jugé « qu'une réglementation nationale (…) qui réserve de manière exclusive le droit aux CAF [centres d'assistance fiscale] d'exercer certaines activités de conseil et d'assistance en matière fiscale »[53] est contraire aussi bien à la libre prestation de services, qu'à la liberté d'établissement. Le juge estime que dans la mesure où cette activité pouvait être exercée avec autant de garanties pour les travailleurs par d'autres professionnels, elle n'était pas nécessaire à la protection des travailleurs.

Il peut, en revanche, être admis que la portabilité des indemnités en cas de discontinuité de l'emploi joue en faveur de la nécessité de la mesure au regard de l'objectif de protection des travailleurs. Pour autant, cet argument doit encore être démontré. Ce motif est à l'origine de la création des Caisses des congés payés dans le secteur du bâtiment et des travaux publics. Or cette justification a depuis disparu des textes depuis la loi du 8 août 2016, ce qui ne veut pas dire pour autant qu'elle ait disparu en fait. Mais, là encore, le rapport de la Cour des comptes vient confirmer la fragilité d'une telle justification au soutien du régime d'affiliation obligatoire. Ainsi est-il avancé que « Les caisses de congés 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. <u>Cette époque est révolue, et le secteur du BTP ne présente plus de particularités faisant apparaître la nécessité de telles caisses</u> »[54]. En outre, il n'est pas démontré que la portabilité des droits aux congés devrait nécessairement être centralisée au niveau d'un organisme unique et qu'une telle portabilité ne pourrait pas être garantie par la voie d'un logiciel ou une application

[53] CJCE, 30 mars 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, aff. C-451/03, pts 39 à 43.
[54] Référé prec., 26 février 2016, S 2015-1670, pt 2, affirmation réitérée au point 3.1.

unique auquel pourraient accéder aussi bien les employeurs, les experts comptables ou tout autre indépendant qui souhaiteraient prester un tel service.

La nécessité de la mesure paraît donc fragile et manque, en toute hypothèse, de démonstration. L'arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 2010[55] ne remet pas fondamentalement en cause ce constat. Elle se limite à vérifier, dans le rôle qui lui est imparti dans le cadre du pourvoi, que la Cour d'appel a motivé en droit son jugement sans revenir sur l'appréciation des faits du juge d'appel qui estime l'affiliation obligatoire aux caisses nécessaire à « 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 ».

Il n'est pas certain que la Cour de justice, si elle était amenée à se prononcer, retienne la même approche de la nécessité. À tout le moins l'État devrait s'en expliquer, aussi bien au regard de l'exigence d'une protection additionnelle ou encore de celle relative à une évaluation concrète de la situation qui permette de déterminer si la mesure est – toujours- nécessaire. Il faudrait démontrer à ce titre notamment que la discontinuité de l'emploi frappe toujours plus lourdement les travailleurs des entreprises du bâtiment et des travaux publics, que les secteurs qui relèvent du régime de droit commun, à défaut, la nécessité de la mesure restrictive pourrait être absente.

Si la nécessité de la mesure devait être admise, il faudrait encore qu'elle soit adéquate.

- L' Adéquation

Concernant l'adéquation de la mesure, à savoir sa capacité à atteindre l'objectif invoqué, la règle du *prorata* pourrait, une nouvelle fois, fragiliser la proportionnalité de la mesure. Dès lors que la Caisse ne peut garantir pleinement le droit aux congés payés du salarié, même en cas de défaillance de l'employeur, l'exigence d'une affiliation, qui plus est obligatoire, aux Caisses de congés payés, pose inévitablement la question de son adéquation avec l'objectif de protection sociale du travailleur et de sa cohérence.

[55] Cass., soc. 20 janvier 2010 n0 08-12533.

En ce sens, la Cour rappelle itérativement « qu' une législation nationale n'est propre à garantir la réalisation de l'objectif recherché que si elle répond véritablement au souci d'atteindre celui-ci d'une manière cohérente et systématique »[56].

Il peut, dans ce contexte, être surprenant que d'autres secteurs, qui seraient marqués, par la même instabilité des conditions d'emploi, si telle est la raison de ce régime spécifique, ne soient pas soumis à une affiliation obligatoire aux Caisses de congés payés. En effet, l'affiliation obligatoire devrait alors concerner, en toute cohérence, toutes les entreprises soumises aux mêmes circonstances, ce que la Cour ne manquera pas de souligner.

Par ailleurs, si la justification ne repose pas sur la discontinuité de l'emploi, mais sur l'intérêt de disposer d'une portabilité des droits aux congés, il pourrait paraître incohérent que cette protection ne soit pas étendue à l'ensemble des travailleurs, qui devraient bénéficier des mêmes garanties auprès de tous les employeurs et indépendamment du secteur considéré. Le système pourrait manquer en cohérence sur ce point.

Plus encore, si l'objectif est bien d'assurer la protection sociale des travailleurs dans le secteur du bâtiment, pourquoi alors, les travailleurs d'autres entreprises, qui ne relèvent pas de ce secteur, mais qui ont néanmoins des branches activités dans ce domaine ne bénéficient pas d'une protection identique et sont soumis au régime de droit commun ?

- La proportionnalité *stricto sensu*

L'appréciation conduite à ce titre se distingue de celle de la nécessité de la mesure et de son adéquation. Il convient de déterminer s'il n'existe pas d'autres mesures moins entravantes aux libertés fondamentales que l'affiliation obligatoire pour atteindre l'objectif de protection sociale des travailleurs, si une telle protection ne pourrait pas être assurée, notamment, par une affiliation optionnelle ou en l'absence même des Caisses de congés payées.

Si des mesures moins contraignantes sur les échanges permettent d'atteindre le même résultat, elles doivent être privilégiées[57].

[56] Cet argument permet à la Cour de considérer que la législation allemande n'est pas adéquate et qu'elle manque en cohérence, CJUE, 4 juillet 2019, Commission c/ Allemagne, aff. C-377/17, pt 89 ou encore : CJUE, 5 octobre 2015, Grupo Itevelesa e.a., aff. C-168/14, pt 76, ainsi que CJUE, 30 juin 2016, Sokoll-Seebacher et Naderhirn, aff. C-634/15, pt 27.

[57] CJCE, 10 mars 2009, Hartlauer, aff. C-169/07, pt 44 ; CJCE, 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes E.A., aff. jointes C-171/07 et C-172/07, Rec. I. 4171, pt 25.

La Cour rappelle ainsi itérativement que le principe de proportionnalité exige que les États « ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés »[58].

En l'occurrence la démonstration sera d'autant plus difficile à apporter que la compétence exclusive au profit des Caisses pour la gestion des congés payés, notamment, dans le secteur du bâtiment et des travaux publics résultant de l'affiliation obligatoire s'avère être la mesure la plus entravante aux libertés fondamentales puisqu'elle empêche tous les opérateurs économiques d'offrir un tel service, sans exception.

Un tel régime spécifique doit être justifié par des raisons tout aussi spécifiques. Or elles restent difficiles à mettre en lumière, alors même qu'elles sont essentielles pour évaluer la proportionnalité de l'affiliation obligatoire[59]. En effet, dès lors que l'entrave sur la libre prestation de services s'avère être la plus étendue, elle doit être d'autant plus circonscrite et limitée dans son champ d'application pour satisfaire au test de la proportionnalité qui demande d'évaluer aussi bien les avantages que les inconvénients du système mis en place.

En l'espèce relevons, tout d'abord, qu'il existe une compétence exclusive des Caisses de congés payées pour tout le secteur du bâtiment et des travaux publics, quelle que soit la taille de l'entreprise concernée et que lesdites Caisses font par ailleurs l'objet d'un agrément préalable par les ministres de tutelle. Rappelons ensuite que les seules missions mentionnées par le juge national au soutien de la nécessité des Caisses pour la protection des travailleurs du BTP seraient celles « d'assurer le paiement des congés payés et des indemnités de chômage dues pour les arrêts de travail liés aux intempéries ». Ces missions, en réalité, incombent au premier chef aux entrepreneurs. Il a été par ailleurs souligné que les Caisses ne peuvent jamais garantir le versement effectif des indemnités dues, dès lors qu'il est subordonné au paiement, par l'employeur, des cotisations, et qu'à défaut, la Caisse ne verse pas les droits aux congés à cet employé de sorte qu'il est permis de douter que les Caisses assurent le paiement *effectif*

[58] CJCE, 13 novembre 1990, FEDESA, aff. C-331/88, Rec. p. I-4023, pt 13 ; CJCE, 16 décembre 1999, UDL, aff. C-101/98, Rec. p. I-8841, pt 30 ; CJCE, 12 mars 2002, Omega Air, aff. jointes C-27/00 et C-122/00, Rec. p. I-2572, pt 62.

[59] Les textes ne laissent apparaitre aucune justification à l'application d'un régime spécifique au secteur du BTP : V. art. L 3141-32 ; D 3141-12 ; D 3141-17 et D 3141-18 et R 3141-19 du Code du travail.

des indemnités. Au titre des inconvénients, encore, l'appel anticipé d'une année à l'avance des cotisations apparaît particulièrement pénalisant pour la trésorerie des PME, ce qui doit être pris en considération, même si les difficultés de ces entreprises ne peuvent être imputables aux seules avances de cotisation.

Au titres des avantages, il peut être admis qu'elles participent au contrôle du versement des cotisations, qu'elles contribuent, pour partie, à mutualiser les coûts des congés entre les entrepreneurs et qu'elles assurent la portabilité des droits aux congés.

Ce qui importe, c'est que les justifications avancées au soutien de la proportionnalité de la mesure soient étayées et démontrent que le législateur comme le gouvernement a pris en compte, en amont, ces différents éléments, que le juge ne manquera pas d'exiger pour apprécier la proportionnalité de la mesure et déterminer s'il n'existe pas des mesures moins entravantes pour parvenir à l'objectif recherché.

Par exemple si l'intérêt est d'assurer la portabilité des droits à congés et si le secteur du bâtiment est réellement sujet à la discontinuité de l'emploi, doit-on pour autant soumettre toutes les entreprises de ce secteur, quelle que soit leur taille, à une affiliation obligatoire ? La mobilité des salariés est-elle comparable dans une petite et une grande entreprise ?

La proportionnalité requiert un examen concret de chaque situation et de la nuance. Or le régime en cause assimile la situation des PME et des grands groupes, sans démontrer la comparabilité de leur situation qui justifierait un régime identique, ni des circonstances particulières qui caractériseraient ce secteur par rapport à ceux soumis au régime commun ou encore pourquoi, au motif d'assurer sa protection, un salarié qui exercerait la même activité, par exemple de plombier, serait soumis à un régime différent, selon que cette activité est la branche principale de l'entreprise, qui relève à ce titre du secteur du BTP soumis au régime des Caisses de congés payés, ou selon qu'il l'exerce dans une entreprise dont elle ne serait qu'accessoire au regard de son activité principale soumise au droit commun ?

Après seulement qu'ait été réalisé le bilan avantages/inconvénients, il devra être vérifié si des mesures moins entravantes pourraient être adoptées. Est-ce qu'une affiliation obligatoire limitée aux seules grandes fédérations d'entreprises ne serait pas suffisante ? Une affiliation optionnelle ou même une externalisation des comptes auprès de tout professionnel que l'État agréerait ne pourraient-elles pas remplir le même objectif ?

Si ces mesures permettent d'atteindre le même résultat que ce qui est visé par l'affiliation obligatoire, alors cette dernière sera jugée disproportionnée.

Plus concrètement, s'il était avéré que la précarité de l'emploi n'est pas supérieure dans le BTP que dans d'autres secteurs et que le versement des indemnités ne serait pas davantage garanti par les Caisses en raison de la règle du *prorata* qu'il ne l'est déjà par les autres règlementations et organismes de prévoyance, que la portabilité des droits n'est plus nécessaire ou pourrait être gérée en dehors des Caisses avec la même efficacité, alors, la proportionnalité d'une telle mesure pourrait être écartée.

En définitive, on relèvera que l'exigence de proportionnalité de la mesure, en droit européen, ne peut pas être acquise par simple affirmation de sa nécessité, elle implique, du juge national, concernant une restriction aux libertés économiques fondamentales voire du droit de la concurrence de vérifier la démonstration minutieuse par l'État du triptyque : nécessité, adéquation et proportionnalité *stricto sensu* de la mesure.

IV. L'intérêt de saisir la Cour de justice de plusieurs questions préjudicielles

Il ressort de la compétence exclusive du juge national d'apprécier l'opportunité de poser une question préjudicielle en interprétation du droit de l'Union.

Il sera relevé néanmoins qu'il n'apparaît pas que la Cour ait eu à se prononcer clairement sur l'interprétation à retenir du droit de l'Union au regard d'un système de Caisses de Congés payés tel que celui conçu par le droit français, qui présente nécessairement ses caractéristiques propres.

Il est même surprenant qu'au vu du nombre de litiges en droit interne sur ces questions, que la Cour n'ait pas encore été saisie par la voie préjudicielle. Peut-être cela tient-il à la circonstance que les arguments invoqués devant elles sont le plus souvent tirés d'une violation de la Convention européenne des droits de l'Homme et non du droit de l'Union, qui ne peuvent être assimilé. Les réponses que les juridictions nationales ont pu donner au regard de la Convention pourraient être bien différentes si elles prennent appui sur le droit de l'Union.

L'occasion est ici donnée au Tribunal d'assumer pleinement sa compétence de juge de droit commun du droit de l'Union européenne. Un renvoi préjudiciel me paraît en effet pertinent.

Si, dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation la Cour de justice se prononce sur l'interprétation à retenir du droit de l'Union, son interprétation permet de guider le juge national dans l'examen de la compatibilité du droit interne au regard des exigences européennes.

Or il faut admettre que le système français des congés payés se confronte aux notions qui sont parmi, les plus difficiles à cerner du droit européen, telle que la notion « d'entreprise », de « monopole », de « droits exclusifs et spéciaux », « d'entraves » à l'accès au marché, « d'activités économiques » et à un champ d'application délicat à déterminer entre la Directive 2006/123/CE et la libre prestation de services et même entre le droit concurrentiel et les libertés économiques fondamentales du Traité.

Le contentieux conséquent qui se forme devant le juge national depuis de nombreuses années pourrait être endigué, si la Cour était saisie afin d'offrir une réponse utile aux juridictions nationales, mais aussi aux employeurs et salariés qui contestent ou approuvent le système mis en place des Caisses de congés payés, ces questions dépassant de loin le seul cadre du litige.

Si le juge n'est pas tenu d'interroger la Cour dans la mesure où il ne statue pas en dernier en ressort, cette faculté lui est néanmoins offerte. La majorité des renvois préjudiciel émanent d'ailleurs des juridictions qui n'ont pas l'obligation de poser une question préjudicielle mais qui, conscientes de leur rôle, de juge de droit commun au premier rang du droit de l'Union, saisissent à titre préjudiciel le juge européen. Les doutes que l'on peut formuler quant à la qualification des activités en cause, de leur proportionnalité n'ont, en définitive, toujours pas été dissipés et ne le seront sans doute pas, tant que la Cour ne sera pas prononcée sur ces questions.

Est-ce que les articles 102 TFUE et 4§3 TUE et 106, §2 TFUE s'opposent à une réglementation nationale qui prévoit l'affiliation obligatoire d'entreprises à un système de Caisse de congés payés, applicable à certains secteurs d'activités et à l'exclusion d'autres ?

Est-ce que la « directive services » ou les articles 49 TFUE, 56 TFUE s'opposent à une réglementation nationale qui prévoit l'affiliation obligatoire d'entreprises à un système de Caisse de congés payés, applicable à certains secteurs d'activités et à l'exclusion d'autres ?