

**N° 467970**

**Association « Collectif contre les caisses de congés du BTP » et autres**

**1<sup>ère</sup> et 4<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 11 janvier 2023**

**Lecture du 20 janvier 2023**

## **CONCLUSIONS**

### **M. Arnaud SKZRYERBAK, Rapporteur public**

En vertu des articles L. 3141-1 et suivants du code du travail, tout salarié a droit chaque année à un congé payé à la charge de l'employeur. Ce congé est acquis par tranche d'un mois de travail effectif auprès du même employeur et il donne lieu au versement par ce dernier d'une indemnité de congé payé calculée à proportion de la rémunération du salarié. Ces dispositions sont applicables à tous les salariés mais l'article L. 3141-32 du code prévoit que *« 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 »*.

Cette habilitation du pouvoir réglementaire à fixer des règles particulières à certains secteurs d'activité figurait déjà dans la loi du 20 juin 1936 instituant un congé annuel payé qui avait entendu que ce droit puisse bénéficier aussi aux salariés qui ne sont pas habituellement occupés d'une façon continue chez un même employeur. Le législateur a permis que la gestion de l'indemnisation des congés payés de ces salariés soit confiée à des caisses, auxquelles les employeurs concernés sont obligatoirement affiliés en contrepartie d'une cotisation. De telles caisses existent depuis les années 30 dans les secteurs des transports, du spectacle, de la manutention portuaire et surtout dans le secteur du bâtiment et des travaux publics, qui pèse le plus lourd avec 1,5 million de salariés.

Les caisses des congés payés du BTP font l'objet de critiques récurrentes. Un référé de la Cour des comptes rendu public en 2016 remet en cause l'existence même de ce régime particulier de congés payés. Institué pour « pour assurer la portabilité des droits à congés dans un secteur caractérisé à l'époque par la discontinuité de l'emploi », il ne serait plus justifié car « le secteur du BTP ne [présenterait] plus de particularités faisant apparaître la nécessité de

[...] caisses ». La Cour des comptes relève que « pour autant, le service rendu par les caisses de congés est, à une large majorité, jugé satisfaisant par les entreprises et les salariés ».

D'autres entreprises ne sont pas de cet avis et tentent depuis de nombreuses années de remettre en cause l'obligation d'affiliation aux caisses des congés payés. La Cour de cassation a jugé à de multiples reprises que cette obligation qui leur était faite ne méconnaissait ni le droit européen de la concurrence<sup>1</sup>, ni l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui consacre la liberté d'association<sup>2</sup>, ni l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à cette convention, qui protège les biens<sup>3</sup>. La Cour de cassation a également refusé par quatre fois<sup>4</sup> de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité dirigée contre l'article L. 3141-32 du code du travail, en dernier lieu par un arrêt du 25 mai 2022, publié au bulletin, portant sur la rédaction actuelle de ces dispositions.

Les opposants aux caisses de congé du BTP, réunis dans un collectif, se sont tournés vers la juridiction administrative. Prenant appui sur une demande d'abrogation des dispositions réglementaires relatives à ces caisses, ils vous ont saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre le refus né du silence gardé sur leur demande et à cette occasion ils vous demandent, par un mémoire distinct, de transmettre au Conseil constitutionnel la question de la conformité de l'article L. 3141-32 du code du travail aux droits et libertés garantis par la Constitution.

La question n'est assurément pas nouvelle, malgré tous les efforts des requérants pour renouveler un débat qui a déjà eu lieu plusieurs fois devant la Cour de cassation. D'une part, le sujet des congés payés dans le BTP n'est pas de ceux sur lesquels il serait particulièrement opportun que ce soit le juge constitutionnel qui se prononce. En particulier, contrairement aux requérants nous n'y voyons pas un sujet de société. D'autre part, vous pouvez sans trembler prendre sur vous de constater que les principes constitutionnels nouveaux invoqués par les requérants n'existent pas<sup>5</sup>. Il en va ainsi du prétendu principe fondamental reconnu par les lois de la République du droit pour les salariés de bénéficier du versement de leurs congés payés par des caisses créées par détermination de la loi, dont l'existence est contredite par la règle de droit commun du versement des indemnités de congés par l'employeur et dont on comprend mal, en tout état de cause, comment il pourrait être méconnu par la disposition législative qui institue les caisses de congés payés. L'hypothèse d'un principe constitutionnel

---

<sup>1</sup> Cass. Soc., 21 janvier 2009, n° 07-12.411, Publié au bulletin ; Cass. Soc., 15 novembre 2006, n° 05-18.897,

<sup>2</sup> Cass. Soc. 22 février 2006, n° 03-18.771, Publié au bulletin ; Cass. Soc., 15 novembre 2006, n° 05-18.897. A propos de la caisse du spectacle : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 juin 2007, n° 06-12.061, Publié au bulletin

<sup>3</sup> Cass. soc., 17 février 2010, n° 08-17.572 ; Cass. soc., 16 décembre 2015, n° 14-17.394

<sup>4</sup> Cass. soc., 14 décembre 2011, n° 11-40.076, publié au bulletin ; Cass. soc., 24 janvier 2013, n° 12-40.087, publié au bulletin ; Cass. soc., 11 décembre 2014, n° 14-17.394 ; Cass. soc. 25 mai 2022, n° 22-40.006, publié au bulletin

<sup>5</sup> CE, 30 mai 2012, GFA FIELOUSE-CARDET, n° 355287, B - Rec. T. p. 960

protégeant le droit des salariés aux congés payés est plus sérieuse mais il nous semble qu'il s'agit tout simplement du droit au repos garanti par le onzième alinéa du Préambule de 1946. Et là encore, cette exigence constitutionnelle ne nous paraît pas méconnue par un régime destiné à garantir l'effectivité du droit aux congés payés des salariés pour lesquels les règles de droit commun sont inadaptées. La seule critique consistante formulée par les requérants à l'encontre de ce régime, du point de vue de l'intérêt des salariés, vise une disposition réglementaire.

Les autres griefs développés au soutien du caractère sérieux de la QPC montrent que ce qui est en cause c'est bien plutôt les droits des employeurs, et en particulier leur liberté d'association, leur droit de propriété, leur liberté d'entreprendre et l'égalité à laquelle ils peuvent prétendre devant la loi et devant les charges publiques.

Le grief le plus délicat est cependant celui de l'incompétence négative du législateur. Il peut être utilement invoqué à l'encontre des dispositions contestées bien qu'elles trouvent leur origine dans une loi antérieure à 1958 car elles ont été codifiées et retouchées et cela suffit à considérer que le législateur les a reprises à son compte, voyez sur ce point la décision n° 2010-28 du 17 septembre 2010, Association sportive football club de Metz, précisée par la décision n° 2012-230 QPC du 6 avril 2012.

L'article L. 3141-32 du code du travail a gardé des années 1930 une brièveté à laquelle on n'est plus accoutumé. Il est largement renvoyé au pouvoir réglementaire le soin de déterminer le champ des secteurs couverts par des règles particulières et la nature de ces règles, la loi se contentant de préciser qu'elles peuvent consister en la création de caisses. Ce n'est pas sans faire penser à l'article L. 711-1 du code de la sécurité sociale, qui habilite très largement le pouvoir réglementaire à organiser des régimes spéciaux de sécurité sociale. C'est justement à propos de cette disposition que le Conseil constitutionnel, resserrant sa jurisprudence Kimberly Clark<sup>6</sup>, a jugé, dans une décision Fédération de l'énergie et des mines - Force ouvrière du 18 juin 2012<sup>7</sup>, que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une QPC que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit.

Une partie de l'argumentaire des requérants consiste à dire que les dispositions réglementaires relatives aux caisses de congés payés du BTP sont inconstitutionnelles et que cette inconstitutionnalité a été permise par le défaut d'encadrement législatif. Ce n'est pas le cadre fixé par la jurisprudence Kimberly Clark : l'atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit doit résulter de la loi elle-même.

---

<sup>6</sup> Décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010

<sup>7</sup> Décision n° 2012-254 QPC du 18 juin 2012, Fédération de l'énergie et des mines - Force ouvrière FNEM FO

Le point le plus problématique à cet égard est l'indétermination du champ d'application de l'article L. 3141-32 du code du travail et l'apparente absence de critère justifiant que des règles particulières s'appliquent à un secteur donné. Certes, ces règles ne sont supposées être, au terme de la loi, que des modalités d'application des dispositions législatives relatives aux congés payés. Mais l'institution d'une caisse obligatoire de congés payés touche au domaine de la loi et, dès lors qu'elle porte atteinte à la liberté d'association et à la liberté d'entreprendre, il appartient au législateur de garantir que cette atteinte soit justifiée par un motif suffisant. A défaut, l'incompétence négative de la loi affecte par elle-même ces deux libertés. On peut citer à titre d'illustration la décision QPC de 2013<sup>8</sup> par laquelle le Conseil constitutionnel a jugé que la méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence dans la détermination du champ d'application de l'obligation faite aux entreprises de faire participer les salariés à leurs résultats affectait par elle-même la liberté d'entreprendre.

Il y aurait donc un problème si le pouvoir réglementaire était entièrement libre du choisir les secteurs d'activité dans lesquels les congés payés sont gérés par des caisses. Nous pensons cependant que tel n'est pas le cas et que le critère guidant le pouvoir réglementaire découle de l'objet même d'une caisse, qui est de rompre le lien entre l'employeur et le droit à congé payé en confiant à un organe extérieur la responsabilité de verser les indemnités dues au salarié à ce titre. Le Conseil constitutionnel lui-même a jugé, dans une décision de 2015<sup>9</sup> statuant sur une QPC relative à l'indemnité compensatrice de congés payés, qu'en prévoyant la création de caisses de congés payés le législateur avait entendu régler de façon spécifique le régime des droits à congé payé des salariés exerçant une activité discontinuée chez une pluralité d'employeurs afin de garantir l'effectivité de leur droit à congé. Certes, le critère de l'activité discontinuée chez plusieurs employeurs a disparu de l'article L. 3141-32 en 2016. Mais il ne faut pas voir dans cette suppression une intention d'élargir les possibilités de création de caisses de congés payés. Le critère était d'ailleurs introduit par un « notamment » qui signifiait que d'autres professions que celles ayant une activité discontinuée pouvait se voir appliquer d'autres modalités particulières d'application des dispositions relatives aux congés payés que la création d'une caisse. Des dispositions réglementaires spécifiques adaptent ainsi, pour les concierges, les règles de durée et de prise des congés, sans prévoir de caisse<sup>10</sup>.

Au total, et ainsi que l'a relevé le Conseil constitutionnel, le législateur a entendu que les caisses soient instituées pour les salariés exerçant une activité discontinuée chez une pluralité d'employeurs. Ce faisant, il s'est fondé sur une différence de situation pertinente et le principe d'égalité devant la loi n'a donc pas été méconnu. L'effectivité du droit à congé des salariés concernés justifie l'atteinte portée à la liberté d'association et à la liberté d'entreprendre, comme l'a jugé à plusieurs reprises la Cour de cassation. La circonstance

---

<sup>8</sup> Décision n° 2013-336 QPC du 1er août 2013

<sup>9</sup> Décision n° 2015-523 QPC du 2 mars 2016

<sup>10</sup> Article R. 7213-1 et suivants du code du travail

alléguée par les requérants que les caractéristiques actuelles du secteur du BTP ne justifieraient plus l'existence d'une caisse de congés payés ne met pas en cause la loi mais le décret qui en fait application pour ce secteur.

Les requérants critiquent également le silence de l'article L. 3141-32 sur les modalités de fonctionnement des caisses de congés payés. L'obligation de cotiser découle nécessairement de la création d'une caisse, elle est donc prévue par la loi. Les requérants pointent l'absence d'encadrement du taux de cotisation mais cela ne nous paraît pas relever du domaine de l'article 34 de la Constitution. Après tout, la loi n'encadre pas non plus le taux des cotisations de sécurité sociale<sup>11</sup>. En tout état de cause, une éventuelle incompétence négative sur ce point n'affecte par elle-même aucun droit ou liberté constitutionnellement garanti, voyez par comparaison la jurisprudence sur la méconnaissance par le législateur de sa compétence dans la détermination du taux et de l'assiette d'une imposition, et la décision source n° 2014-419 QPC du 8 octobre 2014, Société Praxair SAS<sup>12</sup>. Les griefs tirés de l'atteinte au droit de propriété et de la méconnaissance du principe d'égalité devant les charges publiques ne sont pas sérieux.

### **PCMNC non renvoi de la QPC**

---

<sup>11</sup> Décision n° 60-10 L du 20 décembre 1960

<sup>12</sup> Jurisprudence amendée lorsque l'incompétence négative va jusqu'à donner à l'administration le pouvoir de fixer, contribuable par contribuable, les modalités de détermination de l'assiette d'une imposition : décision n° 2014-431 QPC du 28 novembre 2014 et décision n° 2016-622 QPC du 30 mars 2017