

**Joël Andriantsimbazovina**

*Docteur en droit, Agrégé des facultés de droit  
Doyen honoraire de la Faculté de Droit de La Rochelle  
Président de l'Institut pour le Droit des libertés*

ALLIANCE EUROPE CONSEIL

Société d'avocats

11 RUE LACAZE

75014 PARIS Cedex 14

aeconseil@gmail.com

Coordonnées personnelles :

06.75.79.34.20

joelandri@orange.fr

## **CONSULTATION JURIDIQUE**

Au profit du Collectif contre les Caisses de congés du BTP

**Objet : Les dispositions législatives et réglementaires relatives aux Caisses de congés payés du bâtiment sont-elles compatibles avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) ?**

**Peut-on saisir la Cour européenne des droits de l'homme sans épuiser les voies de recours internes ?**

Préalablement à l'argumentaire, une présentation générale du régime litigieux s'impose (I). On peut soutenir avec force l'incompatibilité structurelle des dispositions législatives et réglementaires relatives aux Caisses de congés payés du BTP avec diverses stipulations de la CEDH (II) et la possibilité et la nécessité de saisir directement la Cour européenne des droits de l'homme (III).

### **I – PRESENTATION GENERALE DU REGIME PARTICULIER DES CAISSES DE CONGES PAYES DU BTP**

En France, à la suite de l'instauration des congés payés en 1936, il existe deux catégories de gestion et de prise en charge des indemnités de congés payés. Le **régime général** dans lequel les employeurs assurent eux-mêmes cette gestion et cette prise en charge. Des **régimes spécifiques** concernant notamment la plupart des secteurs où le travail est intermittent ou discontinu (par exemple certains métiers du spectacle ou de l'audiovisuel, certains métiers du transport comme le transport routier, les métiers du bâtiment et des travaux publics, ...).

Les régimes spécifiques sont régis par l'**article L-3141-30 du Code du travail** qui dispose :  
« *Des décrets déterminent les professions, industries et commerces pour lesquels l'application des dispositions du présent chapitre comporte des modalités particulières, telles que la constitution de caisses de congé auxquelles les employeurs intéressés s'affilient obligatoirement. 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.*

*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 ».*

On notera que le secteur du BTP relève donc des régimes spécifiques. Ce régime singulier connaît une dérogation (A°). Les caisses ont diverses missions (B°) qui connaissent diverses anomalies et dysfonctionnements (C°).

## **A – Un régime particulier affecté d'une dérogation**

**Le régime particulier du BTP** est régi par les articles **D-3141-12 à D-3141-37** du Code du travail.

Ce régime se caractérise par *l'instauration de Caisses de congés payés depuis 1937 et l'obligation d'affiliation des employeurs à ces caisses sous peine de sanction*. Les caisses de congés payés sont au nombre de 32 dont 28 en France métropolitaine.

Cette obligation d'affiliation fait l'objet **d'une dérogation** introduite au Code du travail par le **décret n° 2009-493 du 29 avril 2009 relatif aux modalités d'affiliation aux caisses de congés payés du BTP de certaines entreprises appliquant, au titre de leur activité principale, une convention collective nationale étendue autre que celles du BTP**, JORF du 2 mai 2009.

En effet, en vertu de l'article **D-3141-12 du code du travail** :

*« Dans les entreprises exerçant une ou plusieurs activités entrant dans le champ d'application des conventions collectives nationales étendues du bâtiment et des travaux publics, le service des congés payés est assuré sur la base de celles-ci, par des caisses constituées à cet effet.*

*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.*

*Pour l'application principale du présent article, l'activité principale s'entend comme celle dans laquelle l'entreprise emploie le plus grand nombre de salariés ».*

L'article **D. 3141-15 du code du travail** précise :

*« Des règles particulières d'affiliation peuvent être définies par un 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 ».*

Autrement dit, les entreprises qui exercent des activités multiples dont certaines activités secondaires relèvent du BTP mais qui sont soumises, au titre de leur activité principale, à une

convention collective nationale étendue autre que celle du BTP, assurent elles-mêmes le service des congés payés de leurs salariés relevant du BTP.

## **B – Des missions variées des caisses de congés payés du BTP**

Initialement, la création de ces caisses visait à protéger les droits et la santé des salariés à travers le paiement des congés payés et la prise en charge des indemnités de chômage dues à la suite des arrêts de travail liés aux intempéries.

Les caisses de congés payés veillent donc à la prise effective des congés notamment en cas de changement d'employeurs, à la protection des salariés en raison des intempéries et à l'exactitude des droits à congés et du calcul de leur montant.

Elles collectent des cotisations obligatoires et des cotisations facultatives.

La collecte des cotisations obligatoires couvre les cotisations d'indemnisation des salariés en chômage en raison des intempéries (Loi du 21 octobre 1946), la cotisation en faveur de l'organisme professionnel de prévention du bâtiment et des travaux publics (OPPBTP) qui finance les actions de prévention des risques d'accident du travail dans ce secteur.

La collecte des cotisations facultatives concerne les adhérents des organismes professionnels du BTP (Fédération française du bâtiment – Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment).

Accessoirement, les caisses de congés payés participent aux actions de lutte contre le travail illégal en coopération avec l'inspection du travail, de mise en place de la carte d'identification professionnelle, de suivi des salariés étrangers en détachement en France, de participation à la délivrance de certaines attestations en matière de concurrence dans le secteur du BTP.

## **C – Les anomalies et dysfonctionnements des caisses de congés payés du BTP**

Le système des caisses de congés payés du BTP fait montre de nombreuses anomalies et des dysfonctionnements qui conduisent à poser la question de leur utilité et de leur maintien dans un paysage économique et social profondément modifié depuis 1937.

Des députés ont posé la question au gouvernement (questions de Charles-Ange Ginesy, Lionnel Luca, Jacques Remillier le 23 mars 2010 ; François-Michel Gonnot le 11 août 2009 ; François Goulard le 22 septembre 2009).

Un rapport d'information a été établi par Jean Arthuis au nom de la commission des finances du Sénat ; celui-ci recommande notamment la clarification de la gouvernance et de la gestion des caisses et le « juste retour » des fonds disponibles aux entreprises.

Des associations d'entreprises se disant victimes de l'affiliation forcée aux caisses de congés payés du BTP se sont constituées.

L'Association de Défense des Entreprises pénalisées par l'Affiliation à une caisse de congés du bâtiment (ADEPACCOPAB). Cette association qui regroupe des organisations professionnelles diverses a pu négocier et a obtenu le régime dérogatoire instauré par le décret précité du 29 avril 2009.

Le Collectif contre les Caisses de congés du BTP ([www.4c-btp.org](http://www.4c-btp.org)) milite contre l'affiliation obligatoire qui lui semble méconnaître le droit d'association négatif garanti par l'article 11 de la CEDH.

La presse a publié des articles dénonçant ces anomalies et ces dysfonctionnements (« Le scandale des caisses de congés du bâtiment, *CAPITAL*, avril 2009, pp. 86-88 ; <http://eco.rue89.com/2008/02/11/les-conges-des-ouvriers-du-btp-finacent-le-medef> ; ...).

En résumé, le système des caisses créé en 1937 n'est plus adapté à la situation de 2010 (plusieurs systèmes, institutions, organismes contribuent à la protection de la santé et des droits des salariés du BTP) ; il démontre une grande inégalité entre les caisses en matière de

frais de dossiers ; les caisses ne constituent qu'une sorte de guichets sans rendre un service véritable ; le système de recouvrement des cotisations est d'une rigueur à mettre en liquidation nombre d'entreprises ; sur près de 6 milliards d'euros de cotisations récoltées, les caisses ont pu constituer un fond de réserve de 777 millions d'euros dont l'utilisation ne bénéficie pas aux entreprises...

L'Union des caisses de France a demandé un audit au cabinet KPMG. Celui-ci a communiqué le 10 mars 2008 à la direction générale du travail des conclusions nettes : « *elles (les caisses de congés du BTP) sont devenues inutiles, coûtent cher, sont génératrices de complexité, n'évoluent pas* ».

En effet, bien des missions dévolues aux caisses de congés payés du BTP ne sont pas utiles notamment parce qu'elles pourraient être confiées à des organismes existants ou font double emploi avec des systèmes existants. Ainsi, les congés payés du BTP ne sont pas tous réglés par les caisses (les intérimaires du BTP sont payés par les agences d'intérim) ; les cotisations intempéries sont certes nécessaires mais dans d'autres secteurs comme l'agriculture, la sylviculture, la pêche, la montagne, elles ne sont pas gérées par des caisses ; les cotisations de l'Organisme professionnel de prévention du bâtiment et des travaux publics (OPPBTP) sont obligatoires mais pourraient être collectées par d'autres organismes ; la fameuse carte d'identification pourrait également être éditée et gérée par d'autres organismes notamment de contrôle.

Malgré la dérogation accordée à certaines activités par le décret du 29 avril 2009 et malgré l'annonce d'une mobilisation d'une partie du fond de réserve des caisses ( $1/7^e = 150$  millions d'euros) au soutien de l'activité et de l'emploi dans le secteur du BTP, la question de la conformité avec la CEDH de l'obligation d'affiliation et des sanctions qui la garantissent n'est pas levée.

## **II – L'INCOMPATIBILITE STRUCTURELLE DU SYSTEME DES CAISSES DE CONGES PAYES DU BTP AVEC LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME**

Le système d'obligation d'affiliation aux caisses de congés payés imposée aux employeurs du BTP viole la liberté d'association telle qu'elle est garantie par l'article 11 de la CEDH (A°). Il méconnaît aussi la liberté de pensée et d'opinion et la liberté d'expression proclamées respectivement par l'article 9 et par l'article 10 de la CEDH (B°). Les risques que fait courir ce système à la vie même des entreprises du BTP constituent une violation du droit au respect des biens protégé par l'article 1<sup>er</sup> du Protocole 1 (C°). Il va de soi que ce système méconnaît le droit à la non-discrimination (article 14 CEDH) dans la jouissance des droits précités (D°).

### **A – La violation de la liberté d'association négative (article 11 de la CEDH)**

En vertu de l'article 11 de la CEDH :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le

*présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat. »*

Ces dispositions ne garantissent pas seulement la liberté d'adhérer à l'association de son choix, elles protègent également le droit de ne pas adhérer à une association.

Comme l'écrit un ancien juriste à la Cour européenne des droits de l'homme : « *En règle générale, s'il garantit bien le droit de s'associer, l'article 11 consacre aussi un droit d'association négatif : nul ne peut être contraint d'adhérer de force à une association* »

(Michele de Salvia, *Compendium de la CEDH, Les principes directeurs de la jurisprudence relative à la CEDH, vol.1, Jurisprudence de 1960 à 2002*, NP Engel, 2003, p. 533).

Cette interdiction de l'adhésion forcée à une association a été consacrée d'abord par **l'arrêt Sigurdur A. Sigurjonsson c/ Islande du 30 juin 1993** dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme affirme que l'« *article 11 consacre un droit d'association négatif* » (§35).

Elle sera réaffirmée par **l'arrêt Chassagnou c/ France du 29 avril 1999** par lequel la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'obligation pour des propriétaires terriens d'adhérer à une association contre leur volonté afin de permettre à des chasseurs de pénétrer sur leurs terrains violait l'article 11 de la CEDH. Elle a dit pour droit que : « *Un individu ne jouit pas de la liberté d'association si les possibilités de choix ou d'action qui lui restent se révèlent inexistantes ou réduites au point de n'offrir aucune utilité* » (§114).

Le droit d'association négatif a été réaffirmé avec force par **l'arrêt Sorensen et Rasmussen c/ Danemark du 11 janvier 2006** (voir *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* (ci-après *Les grands arrêts CEDH*), F. Sudre, J.P. Marguénaud, J.

Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, 5<sup>e</sup> éd., Presses universitaires de France, 2009, n° 62, pp. 667 – 677) par lequel la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le licenciement d'un employé qui a refusé de payer une cotisation à un syndicat et l'embauche d'un autre grâce à l'adhésion à un syndicat dont les orientations politiques ne lui convenaient pas violent l'article 11 de la CEDH.

On le voit bien, la rigueur et la sévérité de l'obligation d'affiliation aux caisses de congés payés du BTP imposée aux employeurs de ce secteur méconnaissent manifestement le droit d'association négatif.

On pourrait rétorquer que ces arrêts ne concernent pas le secteur du BTP.

Dans son **arrêt Vörður Ólafsson c/ Islande du 27 avril 2010** la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'obligation pour un entrepreneur en bâtiment de contribuer au fonds de la fédération nationale des industries n'était pas justifiée.

Les critères de compatibilité d'une obligation d'adhésion avec l'article 11 utilisés dans cet arrêt permettent d'affirmer l'incompatibilité structurelle du système français d'affiliation obligatoire aux caisses de congés du BTP.

L'obligation d'adhésion à une association de droit privé constitue une ingérence dans l'exercice du droit de ne pas adhérer à une association.

L'obligation d'adhésion doit être prévue par la loi et doit poursuivre un but légitime.

La loi doit être précise notamment quant à la transparence de la gestion, quant à l'obligation de rendre des comptes aux cotisants, quant à l'utilisation du produit des contributions.

Il doit être ménagé un juste équilibre entre le droit d'association négatif et l'intérêt général garanti par la loi.

Sur les 2 premiers points on peut affirmer l'existence d'une ingérence dans le droit d'association négatif des employeurs du BTP et la prévision par la loi de cette ingérence ainsi que le but légitime de garantir les droits et la santé des salariés du BTP.

Sur les 2 derniers points, **il est certain également que la loi et la réglementation relatives aux caisses de congés payés manquent de précision. L'article L-3141-30 du Code du travail** se contente d'affirmer l'existence d'une obligation d'affiliation de certaines professions, commerces ou industries à des caisses de congés et de renvoyer à des décrets le soin d'en déterminer le régime. Cette insuffisance de précision est criante concernant les entreprises du BTP puisque le décret précité du 29 avril 2009 introduit une dérogation permettant aux entreprises qui exercent des activités multiples dont certaines activités secondaires relèvent du BTP mais qui sont soumises, au titre de leur activité principale, à une convention collective nationale étendue autre que celle du BTP, d'assurer elles-mêmes le service des congés payés de leurs salariés relevant du BTP. Il ne fixe aucun critère précis permettant par exemple de déterminer ce qui est principal et ce qui est secondaire parmi diverses activités dont les liens avec le BTP peuvent être plus ou moins étroits.

De plus, les anomalies et les dysfonctionnements qui affectent les caisses de congés payés du BTP dûment rendus publics par la presse et relevés par des élus du peuple démontrent un manque de transparence de leur gestion, une absence de compte-rendu aux cotisants, une opacité de l'utilisation du produit des contributions notamment concernant le fond de réserve...

Enfin, il est clair qu'il n'existe pas de juste équilibre entre l'intérêt des employeurs forcés à s'affilier aux caisses de congés payés du BTP et l'intérêt général de protection des droits et de la santé des salariés. En effet, les poursuites judiciaires contre les employeurs qui refusent de payer les cotisations ou qui ne sont pas en mesure de les régler aboutissent souvent à la liquidation des entreprises concernées alors même que la protection des droits et de la santé des salariés n'est pas menacée puisqu'elle est assurée par d'autres systèmes et d'autres organismes que les caisses de congés payés du BTP.

La violation du droit d'association négatif s'accompagne d'une violation de la liberté de conscience et d'opinion et de la liberté d'expression.

B – La violation de la liberté de pensée et d'opinion (article 9 CEDH) et de la liberté d'expression (article 10 CEDH)

En vertu de l'article 9 CEDH :

*« 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.*

*2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »*

En vertu de l'article 10 CEDH :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

La Cour européenne des droits de l'homme interprète la liberté d'association à la lumière de ces 2 articles de la CEDH.

Dans son arrêt **Chassagnou** précité, elle a affirmé que :

« La liberté de pensée et d'opinion ainsi que la liberté d'expression, respectivement garanties par les articles 9 et 10 de la Convention, seraient ainsi d'une portée bien limitée si elles ne s'accompagnaient pas de la garantie de pouvoir partager ses convictions ou ses idées collectivement, en particulier dans le cadre d'associations d'individus ayant les mêmes convictions, idées ou intérêts » (§100).

Les graves anomalies précitées des caisses de congés payés du BTP (manque de transparence de leur gestion, absence de compte-rendu aux cotisants, opacité de l'utilisation du produit des contributions notamment concernant le fond de réserve...) qui se traduisent en pratique par la non convocation des cotisants à l'assemblée générale annuelle, la non communication aux cotisants des comptes portent gravement atteinte à la liberté d'expression.

Elles obligent aussi les cotisants à adhérer à des associations alors que certains cotisants sont convaincus de l'inutilité de ces associations, de l'inadaptation de ces dernières à la protection des droits et de la santé des salariés telle que celle-ci est organisée au 21<sup>ème</sup> siècle, de l'existence de solutions alternatives plus simples, efficaces et moins coûteuses.

Ajoutons à cela que le système global de l'obligation d'affiliation aux caisses de congés payés du BTP porte atteinte au droit au respect de biens des employeurs du BTP.

C - La violation du droit au respect des biens (article 1<sup>er</sup> du Protocole 1<sup>er</sup> CEDH)

L'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel à la CEDH stipule :

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

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

Ces stipulations permettent à la Cour européenne des droits de l'homme de contrôler la privation de propriété, la réglementation de l'usage des biens et l'atteinte à la substance du droit de propriété.

Sans aboutir à une privation de propriété, le système d'affiliation obligatoire aux caisses de congés payés du BTP constitue une réglementation de l'usage des biens et peut conduire à une atteinte à la substance du droit de propriété des employeurs.

Ainsi, la collecte un an avant sa période d'utilisation de la cotisation constitue une limitation de l'usage des biens des entreprises concernées au sens de *l'arrêt Sporrang et Lönnroth du 23 septembre 1982*. Cette limitation met en péril la trésorerie des entreprises précitées. En effet, une entreprise peut être amenée à « avancer » le montant de cette cotisation en s'endettant auprès de sa banque.

Comme il a été dit, l'intérêt général de la protection des droits et de la santé des salariés n'implique pas une telle limitation mettant en danger la vie même de l'entreprise.

De surcroît, dans le cas où l'entreprise ne serait pas en mesure de payer la cotisation ou dans le cas où elle refuse de verser celle-ci, la poursuite judiciaire engagée par une caisse de congés payés peut aboutir à une liquidation de l'entreprise et donc à porter carrément atteinte à la substance du droit de propriété.

En effet, l'obligation d'affiliation aux caisses de congés payés du BTP et ses conséquences font peser sur bon nombre d'entreprises du BTP une charge spéciale et exorbitante.

L'obligation d'affiliation aux caisses de congés payés constitue enfin une violation de l'interdiction de non-discrimination.

#### D – La violation de l'interdiction de la discrimination

En vertu de l'article 14 de la CEDH :

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

Cette interdiction couvre la jouissance des droits garantis par la CEDH (voir par ex. Frédéric Edel, *L'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*, Editions du Conseil de l'Europe, Dossiers sur les droits de l'homme n° 22, 2010, p. 16).

Elle s'applique donc à la jouissance du droit d'association négatif, de la liberté de pensée et d'opinion, de la liberté d'expression et du droit au respect des biens.

Depuis son arrêt de principe *Affaire linguistique belge du 23 juillet 1968*, la Cour européenne des droits de l'homme interdit l'introduction de discrimination sauf si elle bénéficie d'une justification objective et raisonnable.

En l'occurrence, une double discrimination affecte les employeurs du BTP sans que l'une et l'autre ne soient fondées sur une justification objective et raisonnable.

L'obligation d'affiliation aux caisses de congés payés du BTP n'a pas de justification raisonnable en comparaison avec d'autres métiers soumis à la discontinuité du travail (agriculture, sylviculture, pêche, etc...). On peut certes invoquer le cas des dockers et des intermittents du spectacle, mais cette comparaison ne justifie pas l'absence de ce type d'obligation dans d'autres métiers.

Par ailleurs, il ressort d'une étude de droit comparé que le système des caisses de congés payés dans le BTP n'existe qu'en Allemagne, en Autriche, en Belgique, au Danemark, en France et en Italie (selon une information du Ministère allemand des Finances). *A contrario*, la protection des droits et de la santé des salariés du BTP peut donc être assurée sans affiliation obligatoire à des caisses de congés payés.



En introduisant une dérogation à cette obligation par le décret du 29 avril 2009, le gouvernement français introduit une autre discrimination aggravant le sort singulier des entreprises qui demeurent assujetties à l'obligation d'affiliation aux caisses de congés du BTP.

Le décret en question ne permet pas en effet de savoir les motifs qui justifient la dérogation (possibilité pour certaines entreprises d'assurer elles-mêmes la gestion et la charge des congés payés) à la dérogation (obligation d'affiliation aux caisses de congés payés) comme il n'explique pas comment on pourra distinguer l'activité principale et les activités secondaires d'entreprises travaillant dans le secteur du BTP, le critère du nombre de salariés dans l'activité principale n'étant pas pertinent.

Compte tenu d'une politique jurisprudentielle générale des juridictions judiciaires françaises défavorable à l'invocation du droit d'association négatif dans des affaires similaires ou analogues, une saisine directe de la Cour européenne des droits de l'homme se justifie dans un souci de bonne administration de la justice.

### **III – LA SAISINE DIRECTE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME SANS ATTENDRE L'ÉPUISEMENT DES VOIES DE RECOURS INTERNES**

En dépit du principe de subsidiarité de la protection européenne des droits de l'homme se traduisant par l'exigence d'épuisement des voies de recours internes (article 35§1 de la CEDH), il est opportun de saisir directement la Cour européenne des droits de l'homme (A) et de démontrer que les requérants sont non seulement victimes d'une violation de la CEDH mais subissent un « préjudice important » (B°) nécessitant même le prononcé d'une mesure provisoire (C°) et l'examen prioritaire de l'ensemble des requêtes (D°) par la Cour européenne des droits de l'homme.

#### **A – L'inutilité d'épuiser les voies de recours internes**

Selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, l'on ne doit épuiser que les recours utiles, efficaces, adéquats.

Exiger des requérants d'épuiser des recours qui n'ont pas ces caractéristiques, c'est les exposer à vrai déni de justice et aussi créer une situation paradoxale qui est d'aggraver la survenance d'autres violations de la CEDH.

Ainsi lorsqu'une jurisprudence constante non seulement de la Cour suprême mais des juridictions de première instance et d'appel va à l'encontre d'une jurisprudence stable et bien affirmée de la Cour européenne des droits de l'homme, l'épuisement des voies de recours internes n'est pas nécessaire.

Invariablement, la Cour de cassation n'a pas retenu positivement le moyen tiré de la violation du droit d'association négatif de l'article 11 de la CEDH tant des affaires relatives aux caisses de congés payés du BTP (*Hellegouarch Ltd c/ Caisse de congés de Rennes*, 22 février 2006 ; *Les Fermetures du Porhoët c/ Caisse de Congés de Nantes*, 15 novembre 2006) que dans une affaire relative à une caisse de congés payés des salariés intermittents du spectacle (Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 juin 2007, *JCPS 2007*, 1746, note Lahalle).

La saisine même d'une juridiction de fond apparaît comme vaine car l'ensemble des juridictions saisies a également rejeté les moyens tirés de la violation de la CEDH.

Plusieurs requêtes contre la France concernant l'obligation d'affiliation aux caisses de congés du BTP sont déjà pendantes devant la Cour européenne des droits de l'homme (*Hellegouarch Ltd* ; *Les Fermetures du Porhoët* ; *Dumas* ; *Michel Rézig* ; *Philippe Bertrand*).

B – Des requêtes dans lesquelles les requérants subissent un préjudice important au sens de l'article 35§3 b) de la CEDH

En vertu de l'article 35§3 b) issu du Protocole n°14 à la CEDH :

« (...) 3. La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34 lorsqu'elle estime:

(...)

b) que le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige un examen de la requête au fond et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne ».

Pour apprécier la notion de préjudice important la Cour européenne des droits de l'homme se fonde sur des éléments objectifs - notamment financiers - et des éléments subjectifs - enjeu et conséquences de l'affaire pour le requérant sur le plan financier et sur le plan personnel – (Cour EDH, *Adrian Mihai Ionescu c. Roumanie* (déc.), n° 36659/04, § 32, 1<sup>er</sup> juin 2010 ; *Korolev c. Russie* (déc.), n° 25551/05, 1<sup>er</sup> juillet 2010 ; *Jean-Jacques Rinck c/ France* (déc.), n°18774/09, 19 octobre 2010).

En règle générale, le montant des cotisations et des arriérés de cotisations réclamées par les caisses de congés payés du BTP se chiffre en plusieurs milliers d'euros voire plus et il met en jeu la vie même des entreprises concernées.

Les requérants pourront même chiffrer l'ensemble des sommes en jeu et réclamer à la France une satisfaction équitable au titre de l'article 41.

Compte tenu justement des risques de préjudices irréversibles qu'encourent les entreprises poursuivies par les caisses de congés devant les juridictions françaises, il est recommandé de demander à la Cour européenne des droits de l'homme de prononcer des mesures provisoires.

C – Demande de mesures provisoires

Jusqu'à maintenant la Cour européenne des droits de l'homme limite l'adoption de mesures provisoires en vertu de l'article 39 du règlement de la Cour que dans le domaine des articles 2 et 3 et accessoirement celui de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il est envisageable de l'étendre à des cas où la vie d'entreprises menacées de liquidation est en jeu. Il ne s'agit pas évidemment d'assimiler la vie des entreprises à la vie des personnes physiques, mais la disparition d'une entreprise met en péril la vie de ses dirigeants et de ses salariés qui peuvent se trouver très vite dans des situations désastreuses.

Dans le cas particulier des entreprises en conflit avec les caisses de congés payés du BTP, le nombre des entreprises concernées constitue une circonstance aggravante pouvant justifier le prononcé d'une mesure provisoire par la Cour européenne des droits de l'homme jusqu'à ce qu'elle puisse se prononcer au fond sur une affaire révélant un défaut structurel du système français des congés payés.

A défaut de mesures provisoires, on pourrait également demander à la Cour d'examiner en priorité les requêtes contre la France dans les affaires relatives aux caisses de congés payés.

D – Demande d'examen prioritaire des requêtes contre la France relative à l'obligation d'affiliation aux caisses de congés payés du BTP

Dans l'article 41 du règlement de la Cour modifié, la Cour a mis en en place une politique dit de « priorisation » de l'ordre de traitement des requêtes qu'elle reçoit.

Dans la hiérarchie des 7 catégories d'affaires qu'elle établit, la Cour insère en 2<sup>ème</sup> position les « *affaires soulevant des questions susceptibles d'avoir une **incidence sur l'efficacité du système de la Convention** (notamment problème structurel ou situation endémique que la Cour n'a pas encore eu l'occasion d'examiner, procédure de l'arrêt pilote) ».*

Compte tenu du fait que l'incompatibilité en cause dans l'affaire de l'obligation d'affiliation aux caisses de congés payés du BTP concerne une législation et des réglementations de portée générale susceptibles de concerner plusieurs centaines voire plusieurs milliers d'entreprises, que le retard dans l'examen des requêtes déposées met en jeu la vie même de ces entreprises, que ce même retard peut aggraver progressivement les difficultés d'exécution des arrêts de condamnation que la Cour européenne des droits de l'homme pourrait rendre, il est opportun de signaler à la Cour le caractère prioritaire de ces requêtes.

**P.S** : Au vu de la jurisprudence de la Cour, l'obtention éventuelle d'une condamnation de l'Etat pour violation de l'article 11 peut entraîner le non examen par la Cour des autres moyens (articles 9-10-14 CEDH ; article 1<sup>er</sup> Protocole 1 CEDH).