



**AVIS DE M. HALEM,
AVOCAT GÉNÉRAL RÉFÉRENDARE**

Arrêt n° 656 du 19 juin 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 21-20.288

Décision attaquée: 3 juin 2021 de la cour d'appel d'Aix-en-Provence

**La caisse Congés intempéries BTP de la région Méditerranée
C/
la société Lambda**

Une société de travaux de droit polonais a obtenu en 2012 le marché de la construction du stade [2] à [Localité 4], réalisée au moyen du détachement de salariés.

Le 12 mai 2015, la Caisse de congés intempéries BTP de la Côte d'Azur (ci-après "la caisse") a assigné la société, qui invoquait une dispense d'affiliation à celle-ci, devant le tribunal de commerce de Nice afin d'obtenir la transmission des déclarations de salaires et appointements des mois de février 2013 à janvier 2015 ainsi que le paiement d'un arriéré de cotisations.

Ce tribunal a débouté la caisse de ses demandes par jugement du 8 décembre 2016, confirmé le 3 juin 2021 par arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence.

La caisse a formé un pourvoi en cassation le 28 juillet 2021.

DISCUSSION

Le pourvoi de la caisse soulève la question des conditions d'application de la dispense de l'obligation d'affiliation aux caisses de congés payés du secteur du bâtiment et travaux publics françaises, prévue par l'article D. 3141-26 du code du travail, pour les entreprises ressortissantes d'autres Etats membres de l'Union européenne lorsqu'elles accordent à leurs salariés détachés en France le bénéfice de leurs droits à congés payés dans des conditions au moins équivalentes à celles prévues par la législation française.

La **première branche** de l'unique moyen du pourvoi soutient ainsi que la condition d'équivalence posée par ce texte, permettant à l'employeur de s'exonérer de son obligation d'affiliation aux caisses de congés payés et intempéries, impose à celui-ci d'établir qu'il existe dans son propre pays un dispositif analogue assurant aux salariés une protection de la santé et des droits et libertés au moins équivalente à celle que ces caisses procurent sur le territoire français en application de la loi nationale.

La **seconde branche** ajoute que le simple versement des droits à congés par l'employeur détachant ne suffit pas à l'exonérer, tout comme l'employeur français, de son obligation d'adhésion à la caisse, et que cette dispense ne se justifie que si le pays de cet employeur offre au salarié ce que l'adhésion à la caisse offre aux salariés du même secteur en France.

Il est donc reproché à la cour d'appel, dans le premier cas, au titre de la violation de la loi, d'avoir interprété l'article D. 3141-26 du code du travail comme se limitant à ne prendre en compte que le nombre de congés payés octroyé au salarié détaché, au lieu des conditions dans lesquelles le bénéfice de ces droits lui est accordé¹ et, dans le second cas, au titre du défaut de base légale, d'avoir retenu le simple versement par la société de droits à congés payés aux moins équivalents à ceux prévus par la législation française, au lieu de vérifier l'équivalence des régimes de protection fournis aux salariés en Pologne et par la caisse en France².

En d'autres termes, le moyen revient à **se demander si la règle d'équivalence posée par l'article D. 3141-26 du code du travail**, permettant à l'employeur d'un Etat membre de l'Union européenne de salariés détachés en France de s'exonérer de son obligation d'affiliation aux caisses de congés payés du bâtiment françaises, **porte uniquement, au regard de la législation de chacun des deux Etats membres concernés, sur les droits à congés prévus et effectivement accordés ou bien, plus largement, sur l'ensemble des conditions d'octroi et de garantie de ces droits.**

¹ Violation par fausse application de l'article D. 3141-26 du code du travail, ensemble les articles L. 1262-4, 7°, et D. 3141-12 du même code.

² Défaut de base légale au regard des articles L. 1262-4, 7°, et D. 3141-26 du code du travail.

Pour trancher cette alternative, il conviendra d'étudier dans un premier temps le régime des caisses de congés payés du bâtiment et travaux publics françaises, qui repose sur l'affiliation obligatoire des entreprises concernées (1). Or le détachement de travailleurs dans l'Union européenne étant fondé sur l'équivalence des droits sociaux entre l'Etat membre d'origine du salarié et l'Etat d'exécution de la prestation, il en résulte que l'équivalence du bénéfice des droits à congés entre ces Etats, permettant de déroger à l'obligation d'adhésion aux caisses, doit être appréciée de manière qualitative (2). Dès lors, en se bornant en l'espèce, pour admettre une telle dérogation, au seul décompte des congés payés dus et versés au salarié détaché, la cour d'appel expose son arrêt à la censure (3).

1. Les caisses de congés payés, qui garantissent le service du droit fondamental aux congés annuels payés dans les secteurs à travail discontinu (1.1), reposent sur l'affiliation obligatoire des entreprises concernées (1.2)

1.1. Les caisses garantissent le droit aux congés payés des salariés des secteurs à activité discontinue

1.1.1. L'activité discontinue caractérisant certaines branches professionnelles, où le travail est par nature saisonnier ou intermittent, a conduit le législateur à mettre en place un **mode de financement des congés payés mutualisé au niveau de la profession, grâce à des organismes de compensation** auxquels l'adhésion est obligatoire et qui se substituent à l'employeur pour le paiement des droits à congés.

C'est ainsi que l'article L. 3141-28 du code du travail, dans sa version issue de l'ordonnance n° 2007-329 du 13 mars 2007 applicable en l'espèce, écarte l'application des articles L. 3141-26 et L. 3141-27 du même code relatifs au paiement par l'employeur de l'indemnité de congés payés en cas de rupture du contrat de travail et au remboursement par le salarié d'un éventuel trop perçu³.

L'article L. 3141-30 du code du travail, dans sa version issue de la même ordonnance, confie au pouvoir réglementaire le soin de définir les professions concernées, les obligations de cotisation de l'employeur ainsi que les modalités de fonctionnement et de contrôle des caisses de congés payés :

“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 congés 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”⁴.

³ Article [L. 3141-28](#) du code du travail, dans sa version issue de l'ordonnance n° 2007-329 : “*Les dispositions des articles L. 3141-26 et L. 3141-27 ne sont pas applicables lorsque l'employeur est tenu d'adhérer à une caisse de congés par application de l'article L. 3141-30*”. Cette disposition reprend l'ancien article [L. 223-14](#), alinéa 3, du code du travail, issu du décret n° 73-1046 du 15 novembre 1973, et figure à l'actuel article [L. 3141-39](#) du même code, depuis la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

⁴ Texte reprenant l'ancien article [L. 223-16](#) du code du travail, issu du décret n° 73-1046 du 15 novembre 1973, et figurant à l'actuel article [L. 3141-32](#) du même code, depuis la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

1.1.2. Tel est le cas des entreprises du bâtiment et travaux publics⁵ comme en l'espèce, des entreprises de transport et de manutention, des entreprises de manutention des ports employant des ouvriers dockers ou des artistes et techniciens intermittents du spectacle.

Le secteur du bâtiment et travaux publics, caractérisé par une main d'œuvre très mobile rendant difficile le suivi des droits à congés cumulés d'un employeur à l'autre, **dispose en effet depuis 1937 d'un réseau de caisses qui assure la collecte des cotisations et le versement des indemnités de congés payés.**

Ces caisses⁶, généralement organisées sous la forme d'associations à but non lucratif soumises à la loi du 1^{er} juillet 1901, agréées pour une circonscription territoriale déterminée⁷ et contrôlées par le ministre du travail, sont des organismes de droit privé chargés de l'exécution de missions de service public et investis à cette fin de prérogatives de puissance publique. Elles remplissent une fonction de caractère exclusivement social (Soc, 21 janvier 2009, n° 07-12.411) consistant à assurer, grâce aux cotisations versées par les employeurs entrant dans le champ des conventions collectives nationales étendues du bâtiment et des travaux publics⁸, le paiement aux salariés concernés des indemnités de congés payés. Elles gèrent également le régime du chômage instauré en faveur des travailleurs du même secteur victimes d'intempéries par la loi n° 46-2299 du 21 octobre 1946⁹.

Il peut être relevé que **ce système de caisse de péréquation est partagé par d'autres Etats membres** de l'Union européenne, en particulier l'Allemagne (*Urlaubs und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft* - ULAK), l'Autriche (*Bauarbeiter Urlaubs und Abfertigungskass* - BUAK) et l'Italie (*Commissione Nazionale Casse Edili* - CNCE), mais pas la Pologne, pays de rattachement de l'employeur en cause¹⁰.

⁵ Article D. 3141-12, alinéa 1^{er}, 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 est assuré, sur la base de celles-ci, par des caisses constituées à cet effet*”.

⁶ Le réseau comprend douze caisses réparties sur les territoires métropolitains et d'outre-mer, dont deux caisses à compétence nationale (voir réponse du ministre du travail à la question écrite n° [00839](#) de M. Bernard Bonne publiée le 14 juillet 2022).

⁷ Article L. 3141-18 du code du travail.

⁸ Article D. 3141-12 du code du travail.

⁹ Voir articles L. 5424-6 à L. 5424-19, D. 5424-7 à D. 5424-42 et R. 5429-3 du code du travail.

¹⁰ Des conventions-cadre sur la mise en œuvre de règles de dispense d'assujettissement ont été d'ailleurs été conclues par l'Union des caisses de France (UCF) - qui chapeaute le réseau des caisses de congés payés du bâtiment et travaux publics - avec les institutions et organismes partenaires d'Allemagne (convention-cadre du 26 novembre 1996), d'Autriche (convention-cadre du 19 septembre 2003) et d'Italie (convention du 17 juin 2008) (voir sur ce point l'instruction n° [DGT/RT1/2021](#) du 19 janvier 2021 relative au détachement international de salariés en France, p. 70-71, annexe 6, § 1.3).

1.2. Un système fondé sur la solidarité obligatoire des entreprises concernées

1.2.1. L'affiliation à ces caisses présente, en application de l'article L. 3141-32 du code du travail précité, **un caractère obligatoire lorsque l'employeur relève d'une activité pour laquelle un décret a prévu la mise en place d'une telle caisse** (Soc, 20 janvier 2010, n° 08-12.533), dès lors que cette activité s'exerce en France et même si l'entreprise a son siège social à l'étranger. Ainsi, le régime des caisses de congés payés du bâtiment s'applique en principe aux entreprises non établies en France qui, comme en l'espèce, détachent temporairement des salariés sur le territoire national dans les conditions de l'article L. 1262-1 du code du travail (article D. 3141-14 du même code).

L'obligation d'affiliation aux caisses, sanctionnée pénalement par une contravention de cinquième classe (article R. 3143-1 du code du travail) et qui ne peut être suppléée par le biais du paiement direct des congés payés aux salariés (Civ 1^{ère}, 6 mai 1997, n° 95-12.001 ; Soc, 16 décembre 2015, n° 14-17.394), a été jugée à plusieurs reprises par la Cour de cassation comme ne justifiant pas la transmission au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité pour atteinte au principe d'égalité et au droit de propriété (Soc, 11 décembre 2014, n° 14-17.394 ; Soc, 24 janvier 2013, n° 12-40.087), ni contraire au principe de la liberté d'association prévu par l'article 11, § 2, de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Soc, 14 décembre 2011, n° 11-40.076 ; Soc, 22 février 2006, n° 03-18.771 ; dans le même sens, pour le secteur du spectacle : Civ 1^{ère}, 28 juin 2007, n° 06-12.061), s'agissant d'une mesure nécessaire à la protection de la santé, des droits et libertés d'autrui au sens de cet article (Soc, 17 février 2010, n° 08-17.572; Soc, 20 janvier 2010, n° 08-12.533).

Afin de garantir le paiement des droits à congés payés, **chaque caisse doit elle-même s'affilier à une caisse de surcompensation** qui a pour objet de répartir entre les caisses intéressées les charges résultant du paiement par une seule caisse des indemnités dues aux salariés successivement déclarés à différentes caisses (article D. 3141-22 du code du travail).

1.2.2. Le caractère contraignant, pour les entreprises concernées, de l'adhésion aux caisses se justifie par le **système de péréquation mis en place pour financer l'ensemble des droits à congés légaux ou conventionnels dus aux salariés**.

Du point de vue des recettes, l'employeur doit cotiser pour l'ensemble des salariés qu'il emploie selon un pourcentage de la masse salariale brute fixé par le conseil d'administration de la caisse (article D. 3141-29 du code du travail). Lorsque l'activité de bâtiment est accessoire à l'activité principale, les cotisations sont assises sur la quote-part des salaires versés au personnel à l'occasion de l'exercice de la première¹¹.

¹¹ Soc, 20 novembre 2011, n° 99-17.713 ; Soc, 8 janvier 2003, n° 01-12.035.

Du point de vue des droits du salarié, hormis le fait que ces derniers sont calculés sur une période de référence fixée au 1^{er} avril¹² de chaque année (article R. 3141-4 du code du travail) et en fonction de l'ancienneté des services accomplis par les ayants droits chez chacun des employeurs affiliés (article R. 3141-10 du même code), l'indemnité de congés payés est calculée selon les règles du régime de droit commun¹³.

Dans ce cadre, **le service des congés payés est en principe assuré par la caisse** (article D. 3141-31 du code du travail), seule débitrice du règlement des indemnités (Soc, 11 avril 2018, n° 17-10.346).

En cas de défaillance de l'employeur dans le paiement des cotisations à la caisse, celle-ci ne verse cependant l'indemnité de congés payés qu'au prorata des périodes pour lesquelles les cotisations ont été payées (Soc, 15 novembre 2006, n° 05-40.696), le solde n'étant versé au salarié qu'après régularisation de la situation par l'employeur (Soc, 14 septembre 2005, n° 03-40.132).

En cas de manquement de l'employeur vis-à-vis du salarié, **la Cour de cassation a en outre subordonné l'effet de substitution de l'employeur par la caisse**, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après "CJUE" - CJUE, 6 novembre 2018, *Max Planck Gesellschaft*, [C-684/16](#), § 45¹⁴), **au fait que celui-ci justifie avoir accompli les diligences qui lui incombent légalement**, propres à assurer au salarié la possibilité de bénéficier effectivement de son droit à congé auprès de la caisse de congés payés, à défaut de quoi il peut être considéré comme débiteur de l'obligation de payer l'indemnité de congés payés (Soc, 22 septembre 2021, n° 19-17.046)¹⁵.

¹² Il en résulte que l'obligation d'affiliation des employeurs au 1^{er} avril s'impose dès la première année de référence (Soc, 7 novembre 2006, n° 04-19.870).

¹³ A savoir, pour deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif chez l'employeur (article L. 3141-3 du code du travail), une indemnité égale au dixième de la rémunération brute totale perçue au cours de la période de référence, sans pouvoir être inférieure à la rémunération qui aurait été perçue si le salarié avait continué à travailler (article L. 3141-24 du même code).

¹⁴ CJUE, 6 novembre 2018, *Max Planck Gesellschaft*, [C-684/16](#), § 45 : "(...) L'employeur est notamment tenu, eu égard au caractère impératif du droit au congé annuel payé et afin d'assurer l'effet utile de l'article 7 de la directive 2003/88, de veiller concrètement et en toute transparence à ce que le travailleur soit effectivement en mesure de prendre ses congés annuels payés, en l'incitant, au besoin formellement, à le faire, tout en l'informant, de manière précise et en temps utile pour garantir que lesdits congés soient encore propres à garantir à l'intéressé le repos et la détente auxquels ils sont censés contribuer, de ce que, s'il ne prend pas ceux-ci, ils seront perdus à la fin de la période de référence ou d'une période de report autorisée".

¹⁵ Auparavant, la Cour de cassation jugeait que le salarié ne pouvait dans ce cas saisir la juridiction prud'homale qu'en vue d'obtenir des dommages-intérêts correspondant au préjudice subi (Soc, 24 novembre 1993, n° 89-43.437 ; Soc, 28 mars 2018, n° 16-25.429) et non pas le paiement direct de l'indemnité de congés payés par l'employeur.

Compte tenu de la place dans la hiérarchie des droits sociaux de l'Union européenne du droit aux congés payés, qui est un “*principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière*”¹⁶ expressément consacré par l'article 31, § 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union qui a même valeur juridique que les Traités, dont l'effet direct a été consacré dans les rapports salarié-employeur¹⁷, et de l'importance des cotisations des entreprises affiliées pour l'équilibre du régime, **le code du travail n'admet de dérogation au principe de l'adhésion obligatoire que dans des conditions restrictives.**

Outre l'hypothèse d'une activité principale hors champ et d'un accord spécifique avec la caisse de surcompensation¹⁸, elle n'est donc envisageable, dans le cas d'un salarié détaché en France, **qu'en cas de parfaite équivalence des conditions de bénéfice des droits à congés dans les deux Etats concernés**, comme le prévoit l'article D. 3141-26 du code du travail, dans sa version issue du décret n° 2008-244 du 7 mars 2008 invoquée par le moyen :

*“Les entreprises mentionnées à l'article D. 3141-14, établies dans un autre Etat membre de la Communauté européenne ou dans l'un des autres Etats partie à l'accord sur l'Espace économique européen, peuvent s'exonérer des obligations figurant à la présente sous-section si elles justifient que leurs salariés bénéficient de leurs droits à congés payés pour la période de détachement dans des conditions au moins équivalentes à celles prévues par la législation française”*¹⁹.

Cette appréciation, au regard de la finalité du régime juridique du détachement de salariés en droit de l'Union européenne, revêt un caractère nécessairement qualitatif.

¹⁶ CJCE, 26 juin 2001, *BECTU*, [C-173/99](#), point 43 ; CJUE, 6 novembre 2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, [C-684/16](#), point 19, précité ; CJUE, 25 juin 2020, *Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria et Iccrea Banca*, C-762/18 et C-37/19, points 24, 25 et 54 ; CJUE, 27 avril 2023, *FI/Bayerische Motoren Werke AG*, [C-192/22](#), point 16 ; CJUE, 12 octobre 2023, *YQ/Reditelství silnic a dálnic CR*, [C-57/22](#), point 27 ; CJUE, 14 décembre 2023, *TF/Sparkasse Südpfalz*, [C-206/22](#), point 26 ; CJUE, 9 novembre 2023, *Keolis Agen SARL*, [C-271/22 à C-275/22](#), points 21 et 22 ; CJUE, 18 janvier 2024, *Comune di Copertino*, [C-218/22](#), point 25.

¹⁷ CJUE, 6 novembre 2018, *Bauer et Willmeroth*, C-570/16, points 85 à 91 ; CJUE, *Max-Planck-Gesellschaft*, C-684/16, points 74 à 80.

¹⁸ Voir article D. 3141-12, alinéa 2, du code du travail : “*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*”.

¹⁹ Ce texte reprend l'ancien article [D. 732-9](#) du code du travail, instauré par le décret n° 94-573 du 11 juillet 1994.

2. Le détachement de salariés de l'Union européenne, qui repose sur l'équivalence des droits sociaux entre l'Etat membre d'origine du salarié et l'Etat d'exécution de la prestation (2.1), implique une appréciation qualitative de cette condition pour l'exonération de l'obligation d'adhésion aux caisses de congés payés (2.2)

2.1. Le détachement de salariés au sein de l'Union européenne repose sur l'équivalence des droits sociaux

Le régime du détachement de salariés au sein de l'Union européenne repose depuis l'origine sur une **tension entre la liberté de prestation de services au sein du marché unique**²⁰, soutenue par les Etats membres à la législation sociale la moins protectrice, **et la protection contre une concurrence de ces derniers jugée déloyale par les Etats membres dont le coût du travail est le plus élevé** (phénomène dit de "*dumping social*"). Il en est résulté une progression constante, en droit de l'Union européenne comme en droit national, vers l'application des règles du pays d'accueil sous réserve d'équivalence des droits sociaux.

2.1.1 Dans l'arrêt *Rush Portuguesa*, la Cour de justice des communautés européennes (ci-après "CJCE") a confirmé la **faculté des États membres d'étendre leur législation** ou les conventions collectives de travail **à toute personne effectuant un travail salarié**, même de caractère temporaire, **sur leur territoire**, quel que soit le pays d'établissement de l'employeur, et d'imposer le respect de ces règles par les moyens appropriés (CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, [C-113/89](#), point 18 ; dans le même sens : CJCE, 3 février 1982, *Desquenne & Giral*, [62 et 63/81](#), point 14 ; CJCE, 9 août 1994, *Vander Elst / Office des migrations internationales*, [C-43/93](#), point 23)²¹.

Afin de garantir une protection minimale du travailleur détaché²², **la directive n° 96/71 du 16 décembre 1996**, proposée le 28 juin 1991, **a dans ce contexte eu pour objet de définir "(...) un "noyau dur" de règles protectrices, clairement définies, dev[ant] être observé par le prestataire de services, nonobstant la durée du détachement du travailleur"** (considérant 14).

Applicable à la situation litigieuse du détachement dans le cadre d'une prestation de services opérée par l'employeur dans un Etat membre²³, le texte prévoit en particulier :

²⁰ L'article 56 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après "TFUE") interdit les restrictions à la prestation des services à l'égard des ressortissants des États membres de l'UE établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation. Avec certaines exceptions (mentionnées aux articles 51, 52 et 346 du TFUE), le prestataire du service peut temporairement exercer son activité dans l'État membre où le service est fourni, dans les mêmes conditions que celles imposées par cet État membre à ses propres ressortissants.

²¹ Ce contrairement à l'application de la législation du pays d'origine, en principe retenue en matière d'obligations contractuelles (article 8, § 2, du règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 dit "Rome I").

²² Voir considérant 13 de la directive : "*considérant que les législations des États membres doivent être coordonnées de manière à prévoir un noyau de règles impératives de protection minimale que doivent observer, dans le pays d'accueil, les employeurs qui détachent des travailleurs en vue d'effectuer un travail à titre temporaire sur le territoire de l'État membre de la prestation ; qu'une telle coordination ne peut être assurée que par le droit communautaire*".

²³ Article 1^{er}, § 3, a).

- la garantie pour le travailleur, sous réserve qu'elles soient plus favorables que celles résultant de son contrat de travail (article 3, § 7)²⁴, du **bénéfice des normes législatives**, réglementaires, administratives ou conventionnelles **de l'Etat d'exécution** de la prestation relatives aux conditions de travail, portant notamment **sur la durée minimale des congés annuels payés**, les taux de salaire minimal, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires, ainsi que **la sécurité, la santé et l'hygiène au travail** (article 3, § 1, b), c) et e)) ;

- le **principe d'égalité de traitement** entre les entreprises nationales et les entreprises visées par le détachement, en ce sens qu'elles sont *"soumises, au lieu d'activité ou dans le secteur concernés, aux mêmes obligations, en ce qui concerne les matières énumérées au paragraphe 1 premier alinéa, (...) et (...) se voient imposer lesdites obligations avec les mêmes effets"* (article 3, § 8, *in fine*) ;

- la faculté pour l'Etat d'accueil d'imposer à ses entreprises nationales et à celles d'autres Etats membres, *"d'une façon égale", "des conditions de travail et d'emploi concernant des matières autres que celles visées au paragraphe 1 premier alinéa, dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public"* (article 3, § 10).

2.1.2. Toutefois, afin d'éviter que l'Etat d'accueil ne fasse obstacle à la libre prestation de services en imposant aux employeurs détachant des salariés sur son territoire des charges non réellement justifiées par l'octroi de droits sociaux supplémentaires, **la CJUE a subordonné l'application de la loi du pays d'accueil à une comparaison avec la loi du pays d'origine.**

2.1.2.1. Dans un arrêt *Arblade* de 1999, la Cour de justice a jugé qu'il s'agit de **vérifier si le salarié bénéficie dans l'Etat d'origine d'une protection sociale essentiellement comparable** et si les cotisations dans l'Etat d'exécution de la prestation ont pour contrepartie **une protection additionnelle** :

*"Il y a lieu d'accepter que l'intérêt général lié à la protection sociale des travailleurs du secteur de la construction et au contrôle du respect de celle-ci, à cause de conditions spécifiques à ce secteur, puisse constituer une raison impérieuse justifiant que soient imposées à un employeur établi dans un autre Etat membre qui effectue une prestation de services dans l'Etat membre d'accueil des obligations susceptibles de constituer des restrictions à la libre prestation des services. Tel n'est toutefois pas le cas lorsque les travailleurs de l'employeur en question qui exécutent temporairement des travaux dans l'Etat membre d'accueil jouissent de la même protection, ou d'une protection essentiellement comparable, en vertu des obligations auxquelles l'employeur est déjà soumis dans son Etat membre d'établissement (voir, en ce sens, arrêt Guiot, précité, points 16 et 17)" (CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, [C-369/96](#) et [C-376/96](#), point 51).*

La même Cour ajoute : *"Il appartient donc au juge national de vérifier, d'une part, si les cotisations exigées dans l'Etat membre d'accueil ouvrent droit à un avantage social pour les travailleurs en question et, d'autre part, si les travailleurs jouissent dans l'Etat membre d'établissement, en vertu des cotisations patronales déjà versées par l'employeur dans cet Etat, d'une protection essentiellement comparable à celle prévue par la réglementation de l'Etat membre où s'effectue la prestation de services."*

²⁴ Sur ce point, la libre prestation de service ne s'oppose pas à l'obligation faite à l'employeur de tenir à la disposition des autorités de l'Etat d'accueil, pendant la période de détachement, une copie de documents équivalant aux documents sociaux ou de travail requis par le droit interne de celui-ci et à l'envoi de ces documents à l'Etat de détachement au terme de cette période (CJUE, 7 octobre 2010, *Dos Santos Palhota*, [C-515/08](#)).

Ce n'est que dans le cas où les cotisations patronales au fonds de l'État membre d'accueil assureraient aux travailleurs un avantage susceptible de leur donner une réelle protection additionnelle dont ils ne bénéficieraient pas autrement que leur versement pourrait être justifié, et ce uniquement au cas où ces mêmes cotisations seraient exigées de tout prestataire de services opérant sur le territoire national dans le secteur concerné" (Ibid., points 53 et 54).

Dans une affaire *Finalarte* relative comme en l'espèce au droit aux congés payés des travailleurs détachés, la CJCE précise que cet examen de comparaison doit **déterminer s'ils bénéficient d'une réelle protection additionnelle de ces droits dans l'Etat d'exécution de la prestation**, ce que peuvent conférer en théorie les caisses de congés payés en permettant le passage au service d'une entreprise du même Etat sans perte de droits, et **mettre en balance les charges imposées à l'employeur par la réglementation nationale avec le surcroît de protection sociale conféré au salarié par rapport à la réglementation de l'Etat d'origine**, y compris en ce qui concerne les modalités de paiement des droits :

"Ainsi que M. l'avocat général l'a relevé aux points 82 à 107 de ses conclusions, il est possible d'identifier des avantages potentiels que la réglementation allemande pourrait conférer aux travailleurs détachés par des prestataires de services établis hors d'Allemagne.

En particulier, il se peut que, en vertu de la réglementation allemande, le travailleur ait droit à des jours de congé plus nombreux et à une indemnité par jour plus élevée qu'en vertu de la législation de l'État membre d'établissement de son employeur. En outre, il semble que le régime des caisses de congés payés en cause au principal présente des avantages pour les travailleurs souhaitant passer au service d'une entreprise établie en Allemagne, étant donné qu'il leur permet de conserver leurs droits aux congés.

Il appartient à la juridiction de renvoi d'examiner si de tels avantages potentiels confèrent aux travailleurs détachés une réelle protection additionnelle. Un tel examen doit tenir compte, en premier lieu, de la protection concernant les congés payés dont bénéficient déjà les travailleurs en vertu de la réglementation de l'État membre d'établissement de leur employeur. En effet, la réglementation en cause au principal ne peut pas être considérée comme conférant une réelle protection additionnelle aux travailleurs détachés si ceux-ci jouissent de la même protection ou d'une protection essentiellement comparable en vertu de la réglementation de l'État membre d'établissement de leur employeur.

En deuxième lieu, aux fins de cet examen, la juridiction de renvoi doit déterminer si, dans la pratique, il est courant que les travailleurs qui sont détachés en Allemagne afin d'exécuter un projet défini quittent leur employeur afin de passer au service d'une entreprise établie en Allemagne.

À cet égard, il convient de rappeler que, comme relevé au point 22 du présent arrêt, les travailleurs envoyés temporairement dans un autre État membre en vue d'y effectuer une prestation de services ne sont pas à considérer comme faisant partie du marché de l'emploi de cet État.

En troisième lieu, il importe que la juridiction de renvoi vérifie que, de retour sur le territoire de l'État membre d'établissement de leur employeur, les travailleurs concernés sont réellement en mesure de faire valoir leurs droits d'obtenir le versement des indemnités de congés auprès de la caisse, compte tenu notamment des formalités qu'ils doivent accomplir, de la langue qu'ils doivent utiliser et des modalités de paiement.

Dans l'hypothèse où la juridiction de renvoi considérerait que la réglementation en cause au principal poursuit effectivement un objectif d'intérêt général consistant en la protection des travailleurs employés par des prestataires de services établis hors d'Allemagne, il lui incomberait également d'apprécier si ladite réglementation est proportionnée à la réalisation de cet objectif, en tenant compte de tous les éléments pertinents.

À cet effet, devraient être mis en balance, d'une part, les charges administratives et économiques qui s'imposent aux prestataires de services en vertu de cette réglementation et, d'autre part, le surcroît de protection sociale qu'elle confère aux travailleurs par rapport à ce que garantit la réglementation de l'État membre d'établissement de leur employeur" (CJCE, 25 octobre 2001, *Finalarte e.a.*, [C-49/98](#), points 43 à 50 ; dans le même sens, en matière de salaire minimum : CJCE, 24 janvier 2002, *Portugaia Construções Lda*, [C-164/99](#), points 21 à 30).

Pour apprécier l'équivalence des régimes de protection, le juge est tenu de procéder à une comparaison d'ensemble des deux situations, en prenant en compte tous les éléments qui concourent à la protection du droit en cause. La Cour a ainsi précisé, concernant la rémunération minimale prévue par l'Etat de détachement, qu'*"En effet, l'objectif de l'État membre d'accueil d'assurer aux employés de tels prestataires de services le même niveau de protection sociale que celui s'appliquant sur son territoire aux travailleurs du même secteur peut être considéré comme étant réalisé si tous les travailleurs concernés bénéficient d'une situation équivalente dans son ensemble au regard des rémunérations, de la fiscalité et des charges sociales dans l'État membre d'accueil et dans l'État membre d'établissement"* (CJCE, 15 mars 2001, *Mazzoleni et ISA*, [C-165/98](#), point 35 ; dans le même sens, pour une prise en compte de l'ensemble de l'ensemble des éléments de rémunérations, y compris les majorations et suppléments, versés au salarié détaché : CJCE, 15 avril 2005, *Commission / Allemagne*, [C-341/02](#), points 38 à 44²⁵).

²⁵ Pour une validation, sur le fondement de la directive 96/71 (contrairement aux précédents arrêts cités), de la proportionnalité de l'obligation pour l'employeur de se porter caution du sous-traitant pour le paiement de la rémunération minimale et des cotisations afférentes, en vertu de la loi du pays d'accueil, aux objectifs de protection des travailleurs et de prévention d'une concurrence déloyale des entreprises rémunérant leurs travailleurs à un niveau inférieur au salaire minimal : *"Il résulte, ensuite, d'une jurisprudence constante que, lorsqu'une réglementation telle que l'article 1^{er} bis de l'AEntG, à supposer qu'elle constitue une restriction à la libre prestation des services, s'applique à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'État membre d'accueil, elle peut être justifiée lorsqu'elle répond à des raisons impérieuses d'intérêt général dans la mesure où cet intérêt n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi et pour autant qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (voir, en ce sens, arrêt Portugaia Construções, précité, point 19 et jurisprudence citée)"* (CJCE, 12 octobre 2004, *Wolff & Müller*, [C-60/03](#), point 34 ; voir aussi points 39 à 45).

2.1.2.2. Après une période pendant laquelle la Cour de justice a davantage insisté sur la proportionnalité de l'atteinte à la libre prestation de services²⁶, elle est revenue, sous l'empire de la directive modificative n° 2018/957 du 28 juin 2018 ayant rendu obligatoire l'application de *“toutes les conditions de travail et d'emploi”* de l'Etat d'accueil aux détachements de plus de douze mois²⁷, à une **conception prenant en compte l'ensemble des droits sociaux en vigueur dans le pays d'accueil, qui ne doivent pas être substantiellement différents de ceux du pays d'origine.**

En réponse à deux recours intentés par la Hongrie et la Pologne contre ce texte, la CJUE a en effet précisé par deux arrêts importants du 8 décembre 2020 que :

- l'objectif des directives de 1996 et de 2018 est de garantir une libre prestation de services équitable sans différences substantielles de conditions de travail, en “rend[ant] les conditions de travail et d'emploi des travailleurs détachés les plus proches possibles de celles des travailleurs employés par des entreprises établies dans l'État membre d'accueil” (CJUE, 8 décembre 2020, *Hongrie / Parlement et Conseil*, [C-620/18](#), point 52 ; CJUE, 8 décembre 2020, *Pologne / Parlement et Conseil*, [C-626/18](#), point 57²⁸) ;

- un détachement de plus de douze mois - comme tel semble être le cas en l'espèce au regard de la période des déclarations et cotisations réclamées - *“(…) justif[i]e que ces travailleurs détachés de longue durée bénéficient de la quasi-totalité des conditions de travail et d'emploi applicables dans [l']État membre [d'accueil]”* (CJUE, 8 décembre 2020, *Hongrie / Parlement et Conseil*, [C-620/18](#), point 155) ;

²⁶ Voir CJUE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, [C-341/05](#) et CJCE, 3 avril 2008, *Rüffert*, [C-346/06](#) : interdiction, en vertu de la libre prestation de services, de contraindre l'employeur à adhérer à une convention collective en vigueur dans l'Etat d'accueil contenant des clauses salariales plus favorables.

²⁷ Voir nouvel article 3, § 1 bis, créé par la directive n° 2018/957 du 28 juin 2018 : *“Lorsque la durée effective d'un détachement est supérieure à douze mois, les États membres veillent à ce que, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, les entreprises visées à l'article 1^{er}, paragraphe 1, garantissent aux travailleurs qui sont détachés sur leur territoire, sur le fondement de l'égalité de traitement, outre les conditions de travail et d'emploi visées au paragraphe 1 du présent article, toutes les conditions de travail et d'emploi applicables qui sont fixées dans l'État membre sur le territoire duquel le travail est exécuté :*

— par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives, et/ou

— par des conventions collectives ou des sentences arbitrales déclarées d'application générale ou qui s'appliquent à un autre titre conformément au paragraphe 8.

Le premier alinéa du présent paragraphe ne s'applique pas aux matières suivantes :

a) les procédures, formalités et conditions régissant la conclusion et la fin du contrat de travail, y compris les clauses de non-concurrence ;

b) les régimes complémentaires de retraite professionnels.

Lorsque le prestataire de services soumet une notification motivée, l'État membre dans lequel le service est fourni porte à dix-huit mois la période visée au premier alinéa (...).”

²⁸ Dans cette même affaire *Pologne / Parlement* ([C-626/18](#)), la Cour de justice précise que *“le législateur de l'Union a pu raisonnablement considérer comme étant approprié que, pendant cette période, la rémunération que perçoivent [les] travailleurs [détachés] soit (...) celle qui est fixée par les dispositions obligatoires de l'État membre d'accueil, afin de leur permettre de couvrir le coût de la vie dans cet État membre et non, contrairement à ce que soutient la République de Pologne, une rémunération qui leur permettrait de couvrir le coût de la vie dans leur pays de résidence habituelle”* (point 118).

- les deux directives étant des instruments de coordination des législations des Etats membres en matière de conditions de travail et d'emploi, "(...) les prestataires de services qui détachent des travailleurs dans un Etat membre autre que celui dans lequel ils sont établis sont soumis non seulement à la réglementation de leur Etat membre d'origine, mais également à celle de l'Etat membre d'accueil de ces travailleurs" (CJUE, 8 décembre 2020, Pologne / Parlement et Conseil, [C-626/18](#), point 102).

2.1.3. L'évolution du droit interne reflète la même progression vers l'équivalence des droits sociaux du salarié d'une entreprise de l'Union européenne détaché en France.

Après une première prise en compte par la loi du 20 décembre 1993, en des termes généraux²⁹, du risque de distorsions de concurrence lié à des différences de régimes et de charges sociaux trop importantes entre salariés opérant sur le territoire national, **la loi n° 2005-882 du 2 août 2005** en faveur des petites et moyennes entreprises **a imposé** aux entreprises extérieures détachant leurs salariés en France **le respect du "noyau dur" de règles prévu par la directive n° 91/71** du 16 décembre 1996.

L'article L. 1262-4, 7°, du code du travail invoqué par le pourvoi, reprenant l'article L. 342-3 du même code introduit par cette loi pour "*sécuriser les relations entre les employeurs et leurs salariés et de lutter plus efficacement contre les fraudes*" et "(...) *protéger les entreprises françaises contre une concurrence déloyale, représentant ce que l'on appelle du dumping social*"³⁰, dispose ainsi, dans sa version issue de la loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 applicable en l'espèce, que :

"Les employeurs détachant temporairement des salariés sur le territoire national sont soumis aux dispositions légales et aux stipulations conventionnelles applicables aux salariés employés par les entreprises de la même branche d'activité établies en France, en matière de législation du travail, pour ce qui concerne les matières suivantes : (...)

7° Conditions d'assujettissement aux caisses de congés et intempéries".

Ce texte **emporte application des dispositions réglementaires du code du travail relatives aux professions du bâtiment, notamment** de son article D. 3141-12 alinéa 1^{er} (issu du décret n° 2009-493 du 29 avril 2009) relatif à l'obligation des entreprises de ce secteur détachant des salariés en France d'adhérer à une caisse de congés payés et **de son article D. 3141-26** (dans sa version issue du décret n° 2008-244 du 7 mars 2008 applicable en l'espèce) relatif à la règle d'équivalence des droits sociaux pouvant justifier, par exception, une dérogation à cette obligation.

²⁹ Voir ancien article L. 341-5 du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 : "*Sous réserve des traités et accords internationaux, lorsqu'une entreprise non établie en France effectue sur le territoire national une prestation de services, les salariés qu'elle détache temporairement pour l'accomplissement de cette prestation sont soumis aux dispositions législatives, réglementaires et conventionnelles applicables aux salariés employés par les entreprises de la même branche, établies en France, en matière de sécurité sociale, de régimes complémentaires interprofessionnels ou professionnels relevant du titre III du livre VII du code de la sécurité sociale, de rémunération, de durée du travail et de conditions de travail, dans les limites et selon des modalités déterminées par décret*".

³⁰ Explications du ministre des petites et moyennes entreprises, du commerce, de l'artisanat et des professions libérales sur l'amendement gouvernemental [n° 436](#) (déposé le 13 juin 2005), instaurant un article 50 bis au projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises (texte n° 297 déposé au Sénat le 13 avril 2005), lors de la [séance du 16 juin 2005](#) en première lecture au Sénat.

Il peut être relevé que l'administration du travail dans une circulaire de 2008 en vigueur sur la période litigieuse considère, selon une approche institutionnelle de la règle d'équivalence, que "L'existence d'un système de caisses de congés comparable à celui qui existe en France tend à établir l'existence d'un régime équivalent"³¹.

S'agissant en outre des **détachements de longue durée supérieurs à un an** - ce qui semble être le cas en l'espèce au regard de la période des déclarations de salaires et appointements litigieuse³² -, l'article L. 1262-4, II, inséré dans le code du travail par l'ordonnance n° 2019-116 du 20 février 2019 transposant la directive n° 2018/957 du 28 juin 2018 précitée, prévoit la soumission des salariés détachés à l'ensemble des dispositions du code du travail français, à l'exception de certaines³³ parmi lesquelles ne figurent pas **l'article L. 3141-32 du code du travail relatif aux caisses de congés payés, dont les dispositions réglementaires afférentes sur l'affiliation obligatoire aux caisses ci-dessus rappelées sont donc applicables à ces salariés.**

2.2. La condition d'équivalence du bénéfice des droits à congés, exonératoire de l'obligation d'affiliation aux caisses, doit être appréciée de manière qualitative

2.2.1. Le régime juridique du détachement de salariés dans l'Union européenne se caractérise de longue date par un conflit entre le principe de libre prestation de services, qui suppose la levée de toute entrave à l'exercice de l'activité d'une entreprise dans un autre Etat membre, et la protection des travailleurs, qui implique l'application à leur égard du standard de droits sociaux le plus élevé en évitant la concurrence d'une main d'œuvre peu rémunérée et protégée, parfois employée en toute illégalité.

³¹ Circulaire [DGT 2008/17](#) du 5 octobre 2008 relative au détachement transnational de travailleurs en France dans le cadre d'une prestation de services : "- La recherche d'un système de caisses de congés payés équivalent :

L'existence d'un système de caisses de congés comparable à celui qui existe en France tend à établir l'existence d'un régime équivalent. Dans ce cas, la justification de l'affiliation à une institution équivalente peut par exemple se faire :

- par la production des bulletins de paie délivrés aux salariés ou du registre des congés

- par la production des récépissés de versement de cotisations délivrés par l'organisme

Pour bénéficier de ce cas de dispense, les entreprises devront par ailleurs justifier être à jour du paiement régulier de leurs cotisations à l'organisme compétent dans le pays où elles sont établies, pendant la durée du détachement (D.3141-27).

A défaut de dispositif équivalent dans le pays d'établissement de l'employeur, l'affiliation en France reste obligatoire⁵

[note 5 : voir arrêt Cass. crim, 10 mai 2006, n° 045-81.902, sanctionnant une entreprise de bâtiment portugaise pour n'avoir pas affilié ses salariés détachés à la caisse des congés payés en France, alors qu'il n'existe aucun régime garantissant des droits équivalents au Portugal) ” (p. 10).

³² De février 2013 à janvier 2015, bien que cette nouvelle version du texte ne soit pas applicable en l'espèce *ratione temporis*.

³³ En substance, les règles relatives : - à la conclusion, à l'exécution, à la rupture et au transfert de contrat de travail ;

- à la modification du contrat de travail pour motif économique ;

- à la mobilité volontaire sécurisée ;

- au contrat à durée déterminée, au contrat de chantier ou d'opération, au contrat de mission à l'exportation;

- aux titres simplifiés de travail.

Conscients de cet enjeu, **le législateur et le juge européen ont œuvré avec constance en faveur de la définition d'un socle de droits sociaux minimum et, lorsqu'elle est plus favorable, de l'application de la loi du pays d'accueil.** La CJUE a en effet posé dès 1982 un premier jalon à cet équilibre en admettant le principe de l'application de la législation sociale du lieu de détachement, repris par la directive de 1996, initiée peu après l'arrêt confirmatif *Rush Portuguesa* de 1990. Quelques années après l'élargissement de l'Union à douze nouveaux pays, pour la plupart de l'Est de l'Europe, entériné en 2003 et en 2006³⁴, l'effectivité de ce cadre a été renforcée par la directive d'exécution 2014/67 du 15 mai 2014, qui a accru les contrôles pesant sur l'employeur notamment en matière de rémunération et de temps de travail, puis par la directive de révision n° 2018/957 du 28 juin 2018, qui a élargi le noyau dur des droits sociaux du salarié détaché, pleinement assimilé au travailleur national en cas de détachement de longue durée.

2.2.2. Pour garantir la continuité des droits du salarié et éviter les restrictions indues à la liberté de circulation, **la Cour de justice a cependant lié l'application de la loi du pays d'exécution à un test de comparaison** des niveaux de protection offerts par chacune des deux lois nationales, prenant en compte non seulement l'ensemble des droits sociaux en vigueur dans les deux Etats concernés mais **visant également au rapprochement le plus complet, à l'aune du standard le plus élevé, des conditions de travail et d'emploi des travailleurs** détachés et des salariés de l'Etat d'exécution de la prestation.

S'il est vrai que le "noyau dur" de droits sociaux de la directive n° 96/71 (article 3, § 1) ne vise pas explicitement **l'adhésion par l'employeur à une caisse de congés payés**, un tel dispositif - lorsqu'il existe - **garantit l'effectivité du socle de droits de droits sociaux visé par ce texte**, en particulier le financement de la durée minimale des congés annuels payés (alinéa b)) ainsi que la sécurité, la santé et l'hygiène au travail (alinéa e)). En effet, le système des caisses de congés payés, en vigueur en France et dans plusieurs Etats membres de l'Union européenne, permet le paiement avec reprise d'ancienneté des droits à congés du salarié connaissant des ruptures d'activité successives et palie l'éventuelle carence de l'employeur vis-à-vis du salarié en poste, voire celle de la caisse elle-même au moyen d'un mécanisme de surcompensation, en répartissant équitablement la charge du financement entre les entreprises cotisantes en fonction de leur masse salariale.

Compte tenu de la place prééminente du droit au congés payés dans la hiérarchie des droits sociaux en droit de l'Union européenne, **il paraît peu envisageable de refuser de lui appliquer les standards de protection reconnus par la directive à d'autres droits connexes ou d'un niveau équivalent.** En toute hypothèse, l'article L. 1262-4, 7°, du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2012-1404 du 12 décembre 2012 applicable en l'espèce, impose expressément aux employeurs détachant leurs salariés en France de respecter les conditions d'assujettissement aux caisses de congés payés et intempéries nationales.

³⁴ Dans un premier temps : Chypre, République tchèque, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, République slovaque et Slovénie, décidé lors du Conseil européen de Copenhague de décembre 2002, le traité d'adhésion ayant été signé à Athènes le 16 avril 2003, à effet au 1^{er} mai 2004. Le 1^{er} janvier 2007, la Bulgarie et la Roumanie ont intégré l'Union européenne (traité d'adhésion du 25 avril 2005, entériné au Conseil européen des 14 et 15 décembre 2006).

Dans ce contexte, **la règle d'équivalence de l'article D. 3141-26** du code du travail, permettant à l'employeur d'un autre Etat membre de l'Union européenne détachant des salariés en France de déroger au principe de l'adhésion obligatoire, **ne saurait être comprise comme visant, selon une acception strictement comptable, le seul nombre de congés payés prévus ou versés mais davantage comme l'équivalence qualitative des droits sociaux et de leur garantie effective** en vertu de la législation de chacun des deux Etats membres concernés. Seule une protection additionnelle ou supérieure du régime de congés payés en vigueur dans l'Etat d'origine du salarié ne peut ainsi justifier que celui-ci soit privé des garanties attachées à l'affiliation de son employeur à une caisse de congés payés dans l'Etat d'exécution de la prestation de services.

Il peut à cet égard être relevé que la Pologne, dont le droit accorde au salarié un nombre de congés payés de 20 ou 26 jours selon que son ancienneté dépasse 10 ans ou non³⁵, inférieur aux 30 jours ouvrables potentiellement reconnus aux salariés en France (deux jours et demi par mois de travail effectif sur cinq semaines), ne comporte pas un tel système de caisse de compensation, de sorte que **les conditions de bénéfice des congés payés dans cet Etat membre ne peuvent être considérées comme au moins équivalentes** à celles prévues par la législation française au sens de l'article D. 3141-26 précité.

2.2.3. En outre, plusieurs raisons supplémentaires confirment la nécessité d'une conception qualitative de la règle litigieuse :

- **la lettre de l'article D. 3141-26 du code du travail** ne vise pas seulement les "droits à congés payés" des salariés détachés mais les conditions dans lesquelles ces salariés en bénéficient, ce qui **renvoie à une appréhension globale plus large que le seul nombre de congés payés prévu par la législation de chaque Etat membre**; tel est d'ailleurs le sens de la législation postérieure à la présente espèce, la directive n° 2018/957 et à sa suite l'ordonnance n° 2019-116 du 20 février 2019 ayant prévu l'application au salarié détaché pendant plus de douze mois du principe de l'affiliation obligatoire aux caisses de congés payés nationales ;

- la directive 96/71 (considérants 13 et 14) vise la coordination des législations nationales autour d'un noyau dur de prescription minimales laissant toute marge de manœuvre aux Etats membres pour aller au-delà ; **une interprétation strictement quantitative de la règle d'équivalence précitée serait peu cohérente avec un système de coordination des systèmes sociaux**, au regard de la diversité du nombre de congés payés accordés par les droits nationaux ;

³⁵ Selon [EURES](#), organisme de la Commission européenne : *"Le travailleur a droit à ses premiers congés payés (d'une durée équivalente à un douzième des congés disponibles après une année de travail) à la fin de son premier mois de travail. Après l'écoulement de chaque année civile de travail, il a droit à de nouveaux congés. Le salarié a droit à 20 jours de congés payés s'il est employé depuis moins de 10 ans et à 26 jours de congés payés lorsque son ancienneté est de 10 ans minimum. Les périodes d'emploi prises en compte dans le calcul des congés payés incluent les périodes d'études secondaires"*.

- la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 dont procède l'article D. 3141-26 du code du travail vise expressément, en transposant la directive n° 96/71, à lutter contre le *dumping social* et la concurrence jugée déloyale des Etats membres dont la législation sociale est la moins protectrice ; **l'application au salarié détaché en France de la législation d'un Etat membre ne comportant pas les garanties protectrices d'une caisse de congés payés irait à l'encontre de l'intention du législateur**, en plaçant les travailleurs de l'Etat d'exécution dans des conditions d'emploi moins favorables que les salariés détachés moins protégés - moins coûteux et donc économiquement plus "attractifs" à l'embauche - et en alignant les standards sociaux sur le moins disant du marché européen du travail ;

- **l'objectif de protection du salarié détaché**, particulièrement exposé au risque de fraude³⁶, poursuivi tant par la législation européenne que nationale, **paraît mieux atteint dans la durée grâce aux garanties prévues attachées à un système de caisse de congés payés** pour le bénéfice effectif de ses droits que par la promesse d'un nombre de jours de congés déterminé ; l'article D. 3141-27 subordonne d'ailleurs la dérogation à l'adhésion obligatoire en France, en cas d'affiliation à une institution équivalente dans le pays d'origine, au fait que l'employeur soit effectivement à jour de ses cotisations sur toute la durée du détachement.

3. En l'espèce, la cour d'appel a réduit à tort l'équivalence des droits au décompte du nombre de jours de congés payés versés (3.1), sans prendre en compte les conditions de bénéfice des droits à congés par le salarié dans chacun des Etats membres concernés (3.2).

3.1. En l'espèce, pour rejeter la demande de la caisse en versement de transmission de la déclaration de salaires et appointements de février 2013 à janvier 2015 et en paiement d'un arriéré de cotisations, **la cour d'appel a interprété la règle d'exemption de l'article D. 3141-26 du code du travail comme étant seulement fondée sur les droits à congés payés accordés** au salarié détaché, rejetant toute idée d'une comparaison entre les régimes généraux de congés payés en vigueur dans chacun des deux Etats concernés par l'opération :

"[L']interprétation [de la caisse] de l'article [D.]3141-26 du code du travail n'est pas conforme à la lettre du texte qui prévoit que *l'entreprise employant des travailleurs détachés peut se dispenser d'adhérer à la caisse des congés payés si elle démontre que, pour la période de détachement, elle a accordé à ses salariés des droits à congés payés au moins équivalents à ceux prévus par la législation française.*

³⁶ Voir sur ce point le [rapport d'information n° 527](#) (2012-2013), déposé au Sénat le 18 avril 2013 : "L'absence de procédure de contrôle réellement efficace, faute de coopération ordonnée entre Etats membres, contribue dans le même temps à banaliser la fraude. La Direction générale du travail relève ainsi deux types de fraude :

- La fraude simple, qui consiste en fait en un manquement aux principes de la directive, et en particulier du noyau dur : défaut de déclaration de détachement, défaut de certificat d'affiliation au régime de sécurité sociale, non-paiement des salaires et des heures supplémentaires, dépassement de la durée légale de travail.
- La fraude complexe qui recoupe tous les montages frauduleux : travail illégal, absence intentionnelle de non-déclaration des accidents du travail, abus de vulnérabilité par des conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine, esclavage moderne, trafic d'êtres humains.

La gravité de la fraude peut être accentuée par les manquements observés en matière d'hygiène et de sécurité, de surveillance médicale et de prévention des risques professionnels.

De façon générale, il existe une véritable « prime à l'obstacle » en faveur des entreprises étrangères : plus la situation du travailleur détaché et de l'entreprise à laquelle il est rattaché est complexe, moins son coût est élevé et plus la possibilité de faire respecter le droit social du pays d'accueil est délicate à mettre en œuvre (...)" (p. 19-20).

Il en résulte que ce sont les conditions objectives de traitement des salariés détachés qui doivent être examinées et non les systèmes de congés payés en vigueur dans chaque état.

Dès lors, il est inopérant pour la solution du litige de rechercher si le système des congés payés français est supérieur au système polonais” (p. 6).

Selon la même approche purement quantitative, elle a retenu en sus la circonstance selon laquelle l’employeur avait dans les faits accordé aux salariés détachés des droits à congés équivalents à ceux prévus par la législation française :

“Dans le cas présent, ainsi que le premier juge l’a constaté à juste titre, la société (...) verse aux débats les dossiers d’un certain nombre de ses salariés détachés (...) qui établissent qu’elle leur a effectivement accordé, pendant le temps de leur détachement sur le sol français, des droits à congés équivalents à ceux prévus par la législation française.

Dès lors, la société (...) justifie qu’elle n’avait pas l’obligation de s’affilier à la [caisse] de sorte qu’elle ne saurait être redevable de cotisations” (p. 6).

3.2. Or, il a été démontré plus haut que **la règle d’équivalence de l’article D. 3141-26 du code du travail**, autorisant l’employeur d’un autre Etat membre de l’Union européenne à se dispenser de l’obligation d’adhésion aux caisses de congés payés françaises **porte** non sur le seul nombre de congés payés prévu ou effectivement versé en application de la législation de chacun des Etats concernés mais **sur le système de congés payés dans son ensemble**, en ce inclus les garanties du paiement effectif de ces droits par un dispositif tel qu’une caisse de compensation, lequel doit conférer au salarié dans l’Etat d’origine, pour permettre la non-affiliation de l’employeur dans l’Etat d’exécution, une réelle protection additionnelle.

En retenant une lecture purement quantitative de ce texte, la cour d’appel a donc, comme le soutient la première branche du moyen, violé l’article D. 3141-26 du code du travail ainsi que les articles L. 1262-4 7° et D. 3141-12 du même code, et, tel que l’affirme la seconde branche du même moyen, privé sa décision de base légale au regard des deux premiers de ces textes, exposant ainsi son arrêt à la **cassation**.

PROPOSITION

Cassation.