

# Le certificat de détachement est-il devenu un obstacle à la lutte contre le travail dissimulé et le dumping social du fait des entreprises étrangères ?

À propos de l'arrêt *A-Rosa Flussschiff GmbH* de la CJUE (1)

par Hervé GUICHAOUA, Directeur du travail

## PLAN

- I. La saisine et la décision de la CJUE
- II. La portée de la décision de la CJUE au regard de la lutte contre le travail dissimulé et le dumping social

**Le dévoiement du recours au certificat de détachement (2) pour faire travailler à moindre coût des salariés, dit détachés (3), sur le territoire français est une pratique courante et ancienne (4). Le certificat de détachement est utilisé de longue date, au travers de divers montages juridiques et commerciaux transnationaux, par les entreprises étrangères et leurs donneurs d'ordre établis en France, pour s'affranchir du paiement des cotisations et des contributions sociales et pratiquer du dumping social (5). Le souci de la protection sociale la plus appropriée du salarié en mobilité internationale, conformément à l'esprit des textes communautaires de coordination de sécurité sociale qui ont créé le certificat de détachement, n'est pas, dans le cadre de ces fraudes, l'objectif de la détention par ces entreprises et donneurs d'ordre du certificat de détachement (6) dans l'Etat d'accueil et d'emploi. La finalité originelle de ce document administratif est ainsi sensiblement détournée et dénaturée par ces opérateurs économiques.**

La possession du certificat de détachement a notamment pour effet de dispenser l'employeur du salarié en mobilité internationale de verser les cotisations et contributions de sécurité sociale et d'assurance chômage dans l'Etat d'accueil et d'emploi de ce salarié, puisque ces cotisations et contributions restent payées par l'employeur dans l'Etat d'origine ou d'envoi dans lequel le salarié travaille habituellement. Avec le certificat de détachement, l'entreprise étrangère et son donneur d'ordre justifient, en cas de contrôle, que le salarié est resté maintenu au régime de protection sociale de cet Etat pendant la durée de son activité professionnelle transnationale,

avec dispense de cotiser dans l'Etat d'accueil et d'emploi.

Ce constat de fraude sociale et économique structurelle serait un moindre mal, si ces fraudes étaient marginales ou de peu d'importance et si le juge français disposait de toute latitude pour constater ces manquements à la législation sociale commis sur le territoire français, afin qu'il puisse ordonner le paiement des cotisations et des contributions sociales éludées (7) et faire ainsi respecter l'ordre public.

Mais, en la matière, l'appréciation souveraine du juge français du respect de l'ordre public est sensi-

(1) Affaire C-620/15 du 27 avril 2017, dont les principaux extraits sont reproduits ci-après.

(2) L'appellation adéquate de ce document est « le certificat attestant de la législation applicable dans les situations visées par les règlements communautaires de coordination de sécurité sociale ».

(3) Qui en réalité ne le sont juridiquement pas.

(4) Dès l'entrée de l'Espagne et du Portugal dans l'Union européenne, des pratiques de fausse sous-traitance internationale sont immédiatement apparues, dont l'objectif était de ne pas payer de cotisations sociales en France grâce au certificat de détachement ; le premier arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation relatif à une fraude transnationale de cette nature date du 16 janvier 1996 (n°95-80.772), pour des constats opérés par l'inspection du travail en 1992.

(5) F. Muller, La saga du A1 ou l'inertie au service de la fraude au détachement, Dr. Ouv. juillet 2016, p. 442 ; E. Fortis, Sanctionner

le détachement illicite : chaîne de responsabilité et partage du pouvoir de sanction, Dr. soc. juillet-août 2016 p. 640 ; E. Pataud, Détachement et fraude à la loi, RDT 2014 p. 23 ; H. Guichaoua, La fraude à la prestation de services et au détachement de salariés : panorama de la jurisprudence française, Dr. Ouv. août 2012, p. 543.

(6) Le certificat de détachement est demandé par l'entreprise étrangère, et non par le salarié, à l'institution de sécurité sociale dont il relève.

(7) A titre d'exemple, dans le dossier Ryanair, jugé par la cour d'appel d'Aix en Provence, le manque à gagner cumulé pour les ressources de l'Urssaf, de Pôle Emploi et la CRNP se chiffre à 7,5 millions d'euros ; ce manque à gagner est de 10 millions d'euros pour l'Urssaf dans le dossier de l'EPR de Flamanville jugé par la cour d'appel de Caen et de 8,8 millions d'euros dans le dossier EasyJet jugé par la Cour de cassation.

blement atténuée et contrariée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) qui, depuis 2000 (8), dénie à toute autorité judiciaire d'un Etat d'accueil et d'emploi d'un salarié dit détaché d'apprécier la validité du certificat de détachement que celui-ci possède. Selon la CJUE, le certificat est contraignant et opposable au juge de cet Etat, qui ne peut en principe l'écarter d'office et de sa propre initiative (9) ; le certificat de détachement est ainsi quasi sacralisé par le juge communautaire. Cette position de la CJUE est, bien entendu, parfaitement connue des entreprises étrangères et des donneurs d'ordre français, qui l'invoquent dès leur mise en cause devant les tribunaux.

La CJUE, saisie pour la première fois d'une question préjudicielle par la Cour de cassation sur la force et la valeur du certificat de détachement, vient de rendre l'arrêt *A-Rosa Flussschiff GmbH* confirmatif de sa jurisprudence datant de 2000 ; la CJUE rappelle la force contraignante et l'opposabilité du certificat de détachement au juge de l'Etat d'accueil et d'emploi, ainsi qu'aux autorités publiques de cet Etat, lorsque ce

document est détenu par un salarié détaché, au sens du droit de la sécurité sociale (10), par son employeur établi dans un autre Etat de l'Union européenne, de l'Espace économique européen ou en Suisse, afin de le faire travailler temporairement dans cet Etat d'accueil et d'emploi (I).

Le mécanisme du certificat de détachement et du maintien du salarié en mobilité temporaire au régime de protection sociale de l'Etat d'origine, est prévu par les textes communautaires de coordination de sécurité sociale depuis 1958 (11), dans un souci fort louable d'unicité et de continuité de la protection sociale du salarié en mobilité internationale. Cependant, les fraudes conséquentes à la prestation de services internationale et au détachement des salariés en mobilité, par l'utilisation biaisée des certificats de détachement, qui sont constatées sur le territoire français, nécessitent d'analyser la portée et les limites exactes de la décision de la CJUE à l'égard du dispositif juridique national de lutte contre le travail dissimulé et le dumping social, qui est une politique publique prioritaire de l'Etat (II).

## I. La saisine et la décision de la CJUE

a. La décision *A-Rosa Flussschiff GmbH* du 27 avril 2017 de la CJUE mérite d'être replacée dans son contexte. La CJUE a été saisie par la Cour de cassation, en formation plénière, d'une question préjudicielle datée du 6 novembre 2015 ainsi formulée : « *L'effet attaché au certificat E 101 (12) délivré, conformément aux articles 11, paragraphe 1, et 12 bis, paragraphe 1 bis, du règlement n° 574/72/CEE du 21 mars 1972 fixant les modalités d'application du règlement n° 1408/71/CEE du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leurs familles qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, par l'institution désignée par l'autorité de l'Etat membre dont*

*la législation de sécurité sociale demeure applicable à la situation du travailleur salarié, s'impose-t-il, d'une part, aux institutions et autorités de l'Etat d'accueil, d'autre part, aux juridictions du même Etat membre, lorsqu'il est constaté que les conditions de l'activité du travailleur salarié n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel des règles dérogatoires de l'article 14, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 1408/71 ? » (13).*

La saisine de la CJUE par la Cour de cassation est très ciblée. D'une part, elle ne porte que sur une question de sécurité sociale (14) relative à l'application de textes communautaires régissant la protection sociale du salarié en mobilité inter-

(8) CJUE, 10 février 2000, aff. C-202/97, *Fitzwilliam Executive Search*.

(9) La CJUE considère que seule l'institution de sécurité sociale qui a délivré le certificat de détachement peut le retirer et l'invalider à la demande de l'Etat d'accueil et d'emploi ; la question se pose d'ailleurs de savoir si le salarié indûment détaché peut directement saisir, aux mêmes fins, l'institution de sécurité sociale compétente.

(10) Le détachement est une notion qui a une double définition, au sens du droit du travail et au sens du droit de la sécurité sociale. Ces définitions, qui ne se recouvrent pas nécessairement, visent des situations juridiques différentes.

(11) Règlement n° 3 du Conseil du 29 septembre 1958 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants ; règlement (CEE) n° 1408/71 du 14 juin 1971, règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004 et règlement (CE) n° 987/2009 du 16 septembre 2009.

(12) Depuis le règlement (CE) 883/2004 du 29 avril 2004, le certificat de détachement E101 a été remplacé par le certificat de détachement A1 pour le salarié en mobilité travaillant dans un Etat de l'Union européenne ou en Suisse.

(13) Ass. Plén., 6 novembre 2017, n° 13-25467, les éléments de la procédure (rapport et avis) ainsi qu'une note explicative sont disp. sur le site de la Cour ; J. C. Fillon, *Valeur des certificats E101 désignant la législation applicable à des travailleurs d'entreprises établies dans un autre Etat de l'Union européenne*, Semaine Juridique édition Générale, janvier 2016, n° 1-2 p. 32 ; F. Muller, *prec.*

(14) Et non pas sur une question de législation du travail.

nationale, et d'autre part elle est circonscrite à l'hypothèse où il est constaté par l'Etat d'accueil et d'emploi, c'est-à-dire la France, que les conditions de l'activité de ce salarié officiellement détenteur d'un certificat de détachement ne sont pas matériellement et manifestement de nature à délivrer ce document, alors même que son employeur n'est pas établi en France.

Autrement énoncé, l'Etat d'accueil et d'emploi, malgré la présentation d'un certificat de détachement, a-t-il le droit de réclamer à l'employeur non établi en France le paiement des cotisations et contributions sociales pour le salarié qu'il fait travailler sur le territoire français, dès lors qu'une application normale et conforme des textes communautaires n'aurait pas dû conduire à la délivrance de ce certificat de détachement par l'institution de sécurité sociale de l'Etat d'origine ou d'envoi ?

En effet, en application des textes communautaires de coordination de sécurité sociale et des articles L.111-2-2 et L.311-2 du code de la sécurité sociale, le salarié est assujéti de plein droit à la législation de sécurité sociale de son lieu d'emploi ; ce n'est que par dérogation à ce principe que l'article 14 paragraphes 1 et 2 du règlement n° 1408/71 (15) autorise le maintien, sous condition, de certaines catégories de salariés, dont le salarié détaché au sens de la législation du travail et le salarié d'une compagnie de navigation fluviale, au régime de sécurité sociale de l'entreprise ou de l'établissement dont il relève dans un autre Etat membre que son lieu d'emploi.

Dans le cas présent, l'Urssaf réclamait les cotisations et contributions sociales à une entreprise de croisière fluviale de droit allemand, qui employait de façon saisonnière sur deux bateaux exploités en France, via son établissement suisse, 90 salariés exclusivement occupés sur ces bateaux, à des tâches hôtelières, et alors que ces salariés étaient munis de certificats de détachement délivrés par la Suisse. En effet, le paragraphe 2 de l'article 14 du règlement n° 1408/71 (16) contient lui-même une exception, invoquée par l'Urssaf, à la dérogation, et dans le cas d'espèce au maintien au régime suisse ; cette

exception permet de rattacher à la législation de l'Etat d'accueil et d'emploi, donc la France, le salarié d'une entreprise de croisière fluviale qui travaille de façon prépondérante dans cet Etat.

Or, les salariés du croisiériste allemand travaillaient, non pas de façon prépondérante, mais de façon exclusive dans l'Etat d'accueil, c'est-à-dire à bord de bateaux de croisière fluviale en France. L'Urssaf et le juge du fond, saisi uniquement au civil, ont considéré dès lors que les certificats de détachement n'auraient pas dû être délivrés, d'une part, parce que l'article 14 du Règlement n° 1408/71 ne prévoit pas cette hypothèse d'emploi exclusif dans l'Etat d'accueil et d'autre part, parce que les articles L.111-2-2 et L.311-2 du code de la sécurité sociale s'appliquent de plein droit à toute personne qui travaille (exclusivement) en France. L'entreprise allemande, via sa filiale suisse, avait été condamnée par le juge du fond, à verser 2024 123 euros (17) de cotisations, contributions sociales, majorations et pénalités en France, nonobstant la présence des certificats de détachement (18).

Au plan pénal, le défaut de déclarations sociales auprès des organismes de protection sociale français est susceptible de constituer le délit de travail dissimulé, en application du 2° de l'article L.8221-3 et du 3° de l'article L.8221-5 du code du travail (19).

**b. Saisie d'un pourvoi contre la décision d'appel, la Cour de cassation, prenant acte de la jurisprudence de la CJUE sur la valeur à conférer au certificat de détachement invoquée dans ce pourvoi, a décidé de surseoir à statuer et de saisir le juge communautaire d'une question préjudicielle portant sur l'opposabilité et le caractère contraignant d'un tel document dans l'Etat d'accueil et d'emploi, lorsqu'il est délivré hors les cas prévus par la législation communautaire de coordination de sécurité sociale à laquelle il se réfère.**

La CJUE considère (20) qu'aussi longtemps qu'il n'est pas retiré ou déclaré invalide par les autorités de l'Etat membre qui l'a délivré, le certificat de détachement E101 (21), qui atteste de l'application

(15) Dont il est question dans cette affaire, mais qui a été depuis remplacé par le règlement n° 883/2004 du 29 avril 2004 et par le règlement n° 987/2009 du 16 septembre 2009.

(16) Le règlement communautaire 1408/71 a été rendu applicable à la Suisse par la décision 2002/309/CE, Euratom, du Conseil et de la Commission du 4 avril 2002.

(17) Le manque à gagner pour les ressources de la sécurité sociale n'est pas négligeable.

(18) La situation soumise à la Cour de cassation n'est pas exceptionnelle et limitée à l'activité fluviale en France. A titre d'exemple, lors de foires expositions ou de salons, des exposants

établis à l'étranger recrutent en France des salariés (souvent des étudiants pour être interprètes) qu'ils munissent, à tort, de certificats de détachement délivrés par l'Etat de domiciliation de ces exposants.

(19) R. Salomon, Les dispositifs juridiques français de lutte contre le travail illégal, Dr. Ouv. juillet 2016, p. 204.

(20) décision du 10 février 2000 C-202/97 *Fitzwilliam Executive Search* ; décision du 30 mars 2000 C-178/97 *Barry Banks* et décision du 26 janvier 2006 C-2/05 *Herbosch Kiere*.

(21) Devenu le certificat de détachement A1 lors de l'entrée en vigueur du règlement n° 883/2004 du 29 avril 2004.

de la législation de ce dernier au salarié ainsi qu'à son employeur, lie l'autorité compétente et les juridictions de l'Etat membre dans lequel le salarié exerce son activité ; il en résulte que le certificat de détachement est opposable à l'Etat d'accueil et d'emploi et que les cotisations et contributions sociales restent dues dans l'Etat d'origine ou d'envoi (22).

En saisissant dans cette affaire la CJUE, la Cour de cassation s'est départie de sa jurisprudence traditionnelle à l'égard de la valeur juridique attachée par le juge français au certificat de détachement présenté par un employeur non établi en France ou par un salarié détaché au sens de la législation du travail ou au sens de la sécurité sociale, notamment en termes de paiement de cotisations et de contributions sociales.

En effet, depuis 1996 (23) la Cour de cassation (24) s'est prononcée à plusieurs reprises sur des affaires de fraude à la prestation de services internationale et au détachement de salarié, en validant la mise en cause, directe ou implicite, par le juge du fond, des certificats de détachement. Plusieurs de ses arrêts, qui portent précisément sur le régime juridique de la protection sociale applicable à des salariés détachés et rendus par la 2<sup>ème</sup> chambre civile spécialisée dans la protection sociale, sont postérieurs (25) aux décisions *Fitzwilliam*, *Barry Banks* et *Herbosch Kiere* de la CJUE. Par ailleurs, dans l'affaire *Vueling* (26), la Cour de cassation avait explicitement refusé de saisir la CJUE et avait confirmé la condamnation pénale prononcée pour travail dissimulé à l'encontre de la compagnie aérienne pour défaut de déclarations sociales en France, malgré les certificats de détachement.

La Cour de cassation aurait pu s'en tenir à cette jurisprudence ancienne, objet d'une critique soutenue d'une partie de la doctrine (27), et considérer que le juge français n'était pas lié par ce document administratif, dès lors que les conditions de fait de l'exercice de l'activité économique de l'employeur ou les condi-

tions d'emploi du salarié sur le territoire français ne relevaient ni de la prestation de services internationale, ni du détachement au sens de la législation du travail ou au sens de la sécurité sociale.

Dans l'affaire *A-Rosa Flussschiff GmbH*, objet de la question préjudicielle, les salariés employés en France sur les bateaux du croisiériste de droit allemand n'étaient pas juridiquement des salariés détachés au sens de la législation du travail, puisqu'ils travaillaient exclusivement en France, sans avoir été occupés préalablement hors de France pour le compte de cet employeur ; un salarié, qui n'est pas détaché au sens de la législation du travail, ne peut pas être en effet détaché au sens de la sécurité sociale, puisque la mobilité géographique transnationale de l'intéressé fait défaut. Par ailleurs, l'exercice d'une activité économique saisonnière pratiquée sur le territoire français par un opérateur économique quelconque, fut-il établi à l'étranger, nécessite la création d'un établissement en France, ce qui exclut le recours à la prestation de services, sauf à traiter différemment (28) en raison de leur seule nationalité, deux opérateurs économiques qui exercent de façon identique sur le territoire français une même activité à caractère saisonnier ; par suite, les salariés affectés au fonctionnement d'un établissement à activité saisonnière ne relèvent pas non plus du régime du détachement au sens de la législation du travail.

c. Bien que la Cour de cassation ait spécifiquement mentionné dans la saisine de la CJUE l'existence de nombreux litiges en raison de l'internationalisation de l'activité des entreprises et de l'adoption des stratégies d'optimisation fiscale et sociale, de nature à remettre en cause les principes de la libre circulation des travailleurs, de la libre prestation des services et l'existence d'une concurrence effective et non faussée dans le marché intérieur, le juge communautaire, dans sa décision *A-Rosa Flussschiff GmbH*, a confirmé l'opposabilité du certificat de détachement à l'Etat d'accueil et d'emploi.

(22) Dans l'affaire *A Rosa*, la sécurité sociale suisse a refusé de retirer les certificats de détachements, en réponse à la demande de l'Urssaf.

(23) Crim., 16 janvier 1996, n° 95-80.772.

(24) Les trois chambres intéressées (sociale, 2<sup>ème</sup> civile et criminelle) de la Cour de cassation ont examiné à de nombreuses reprises les affaires de fraudes à l'activité économique et à l'emploi salarié du fait des entreprises étrangères et de leurs donneurs d'ordre.

(25) Soc., 27 mars 1997, n° 98-18115 ; Civ. 2, 5 avril 2007, n° 05-21596 ; Civ. 2, 17 juin 2007, n° 05-17302 ; Civ. 2, 4 avril 2012, n° 11-14505 ; Civ. 2, 20 juin 2013, n° 11-28245.

(26) Crim., 11 mars 2014, n° 12-81461, Dr. Ouv. 2014, p.385 et nos obs. ; add. G. Finidori, *Évolution de la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation sur le travail illégal*, Dr. Ouv. juillet 2016, p.211.

(27) J.C. Fillon, *EasyJet et Vueling* : un trou d'air dans l'application du droit européen, LSE 2014 n° 350 p. 5. ; P. Lhernould, *Certificat E101/A1 : il est indispensable de saisir la Cour de justice de l'Union européenne*, Dr. soc. décembre 2014, p.1050. *Contra* : F. Muller, *La saga du A1 ou l'inertie au service de la fraude au détachement*, Dr. Ouv. juillet 2016 p.442 ; H. Guichaoua, *Une avancée remarquable dans la lutte contre le travail illégal et le dumping social du fait des entreprises étrangères*, Dr. Ouv. juin 2014, p.385. Voir également J. Icard, *Travail dissimulé et détachement européen*, Les Cahiers Sociaux avril 2014 p. 255.

(28) Sur le fondement de quels critères ?

## II. La portée de la décision de la CJUE au regard de la lutte contre le travail dissimulé et le dumping social

Pour apprécier l'exacte portée de la décision de la CJUE en droit interne, opérer la distinction entre le détachement au sens de la législation du travail et le détachement au sens de la sécurité sociale est juridiquement nécessaire. La décision de la CJUE se limite en effet à la sphère civile du détachement au sens des textes communautaires de coordination de sécurité sociale.

Le détachement au sens de la législation du travail correspond à l'envoi sur le territoire français, par un employeur établi hors de France, et pour accomplir une activité économique temporaire, d'un salarié qui va travailler pour son compte et sous sa subordination juridique. Le détachement au sens de la sécurité sociale est le maintien de ce salarié au régime de protection sociale d'un autre Etat (29) que la France, alors même qu'il y exerce une activité professionnelle. Le détachement au sens de la sécurité sociale se formalise et se prouve par la possession d'un certificat de détachement délivré par l'institution de sécurité sociale de cet autre Etat.

Le salarié détaché au sens de la sécurité sociale est nécessairement détaché au sens de la législation du travail ; mais à l'inverse, le salarié détaché au sens de la législation du travail n'est pas nécessairement détaché au sens de la sécurité sociale (30).

La possession d'un certificat de détachement par un salarié détaché dispense l'employeur non établi en France de s'immatriculer à la sécurité sociale et d'y verser les cotisations et contributions sociales ; cet employeur ne commet donc pas l'infraction de travail dissimulé par défaut de déclaration sociale en France, mentionnée au 2<sup>o</sup> de l'article L.8221-3 et au 3<sup>o</sup> de l'article L.8221-5 du code du travail. Dès lors, le juge français, en application de la décision du 27 avril 2017 de la CJUE, est-il désormais empêché, de façon absolue, de constater les manquements aux articles L.8221-3 et L.8221-5 du code du travail relatifs au travail dissimulé, ainsi qu'aux articles L.111-2-2 et L.311-2 du code de la sécurité sociale, tant que le certi-

ficat de détachement n'a pas été retiré ou invalidé par l'Etat d'origine ou d'envoi, et ceci, quelles que soient les conditions d'exercice de l'activité économique de l'entreprise étrangère ou les conditions d'emploi du salarié détaché en France ?

La distinction entre ces deux notions de détachement est essentielle pour bien qualifier les faits à incidence civile ou pénale, et donc le sort des demandes soumises au juge (31) ; elle permet de circonscrire la jurisprudence de la CJUE, en laissant, le cas échéant, la possibilité au juge de continuer à constater et à sanctionner, au plan pénal ou civil, le travail dissimulé et le dumping social, et d'en tirer les conséquences.

a. En premier lieu, la décision de la CJUE ne s'applique pas à tout employeur qui détache un salarié sur le territoire français, au sens de la législation du travail ; elle ne vise que l'employeur du salarié qui est détaché au sens de la sécurité sociale, c'est-à-dire du salarié matériellement muni d'un certificat de détachement. Par ailleurs, elle ne concerne que l'employeur du salarié non seulement muni d'un certificat de détachement, mais qui relève en outre, directement ou par capillarité, exclusivement des textes communautaires de coordination de sécurité sociale (32).

La décision de la CJUE ne concerne pas l'opposabilité du certificat de détachement détenu par un salarié dont l'employeur est établi dans un Etat tiers (33), et qui lui a été délivré en application d'une convention bilatérale de sécurité sociale signée avec la France (34) ; le respect de la bonne application de ces conventions bilatérales de sécurité sociale ne ressort pas de la compétence et de la jurisprudence de la CJUE. La décision du 27 avril 2017 de la CJUE ne s'applique pas non plus *a fortiori* au salarié d'un Etat tiers qui n'a pas signé de convention bilatérale de sécurité sociale avec la France. Ce salarié ne peut pas posséder un certificat de détachement ; il n'est pas détaché au sens de la sécurité sociale et il est

(29) Souvent celui de son employeur.

(30) Voir à ce propos, le dossier *Le détachement des travailleurs en France et dans l'Union européenne*, Dr. soc. juillet août 2016 p. 584 ; voir également les actes du colloque ENM INTEFP AFDT 11 décembre 2015 *Travail illégal et détachement de salariés*, Dr. Ouv., avril 2016, p. 181.

(31) Soc., 10 juin 2015, n° 13-27799, note J. P. Tricoit, La Semaine Juridique Edition sociale n° 39 du 22 septembre 2015 p. 41-1339.

(32) Salarié travaillant dans un Etat de l'Union européenne, de l'Espace économique européen ou en Suisse.

(33) Hors Union européenne, Espace économique européen et Suisse.

(34) La liste des 37 Etats-tiers signataires d'une convention bilatérale de sécurité sociale se trouve sur le site du Cleiss.

assujetti de plein droit au régime français de sécurité sociale, en application des articles L.111-2-2 et L.311-2 du code de la sécurité sociale.

**b.** La décision de la CJUE, qui interdit au juge français de demander à un employeur non établi en France d'y verser les cotisations sociales en raison de l'emploi détaché, ne vise que l'employeur et la relation contractuelle de travail mentionnés sur le certificat de détachement. La force contraignante du certificat de détachement ne vaut que pour son contenu et les mentions matérielles qui y sont portées ; elle ne va pas au-delà (35). Or, il est très fréquent, en raison des fraudes et des abus, que l'employeur réel du salarié sur le territoire français n'est pas celui, non établi en France, inscrit sur le certificat de détachement. L'employeur réel est établi en France. Le certificat de détachement présenté est alors *de facto* sans pertinence, puisque ce document concerne un autre employeur et une autre relation de travail que celle constatée et déployée en France. Le juge, pénal ou civil, peut donc, sans remettre en cause la validité intrinsèque du certificat de détachement et son contenu, considérer qu'il est sans objet ou hors sujet, puisque se référant à un autre employeur et à une relation de travail salariée non transnationale, étrangère à l'instance qui lui est soumise.

L'avocat général près la CJUE, qui a conclu dans l'affaire *A-Rosa*, a d'ailleurs plusieurs fois insisté que le fait que la question préjudicielle posée par la Cour de cassation ne se référât pas à une situation de fraude ou d'abus de droit (36).

Cette démarche trouve à s'appliquer dans tous les cas où la requalification contractuelle de l'activité économique de l'entreprise étrangère ou de la relation de travail du salarié permet d'identifier un employeur de fait du salarié établi sur le territoire français, qui n'est pas celui mentionné sur le certificat de détachement. Ainsi l'analyse de l'agent de contrôle, de l'organisme de protection sociale ou du juge ne porte pas sur l'application, pertinente ou non, des textes communautaires de coordination de sécurité sociale, mais sur les obligations sociales du véritable employeur français du salarié travaillant en France. Depuis l'arrêt *Société Générale* du 13 novembre 1996 (37), les critères de la subordination juridique

et du contrat de travail sont identiques en matière de législation du travail et de sécurité sociale.

**c.** La même analyse vaut en présence de l'emploi sous subordination juridique permanente d'un prétendu travailleur indépendant prestataire de services, par une entreprise établie en France. Cette entreprise, employeur de fait de ce travailleur et qui pratique, par voie de conséquence, de la dissimulation d'emploi salarié, n'est pas dispensée de payer les cotisations et contributions sociales, en arguant d'un certificat de détachement qui se rapporte à une situation de travail et à un statut sans relation avec l'emploi direct de ce salarié qui l'oblige.

De même, les présomptions de salariat posées par le code du travail ou le code rural, qui sont une particularité de la législation française, permettent au juge de considérer que les cotisations et contributions sociales sont dues en France par l'employeur direct et de droit de celui à qui s'applique l'une de ces présomptions, alors même qu'il serait titulaire d'un certificat de détachement en qualité de prétendu travailleur indépendant prestataire.

Si cette analyse à vocation à prospérer et conduit à identifier un employeur de fait ou de droit établi en France différent de celui inscrit sur le certificat de détachement, celui-ci sera redevable des cotisations et contributions sociales (38). La requalification par la voie pénale permet de condamner cet employeur de fait ou de droit pour travail dissimulé et d'accorder aux organismes de protection sociale des dommages intérêts pour le préjudice financier correspondant au montant des cotisations et contributions sociales éludées. La requalification par la voie civile permet aux organismes de protection sociale d'obtenir le paiement des cotisations et des contributions sociales, ainsi que le paiement de majorations et de pénalités. Les deux procédures pénale et civile de requalification judiciaire se cumulent.

**d.** Les fraudes ou les abus de droit structurels susceptibles de conduire, par la requalification contractuelle, au paiement des cotisations et contributions sociales en France, malgré la possession d'un certificat de détachement, sont essentiellement les suivantes :

(35) Dans ce sens, voir le paragraphe 35 des conclusions de l'avocat général dans l'affaire *A Rosa* (disp. sur le site de la Cour).

(36) Cf, notamment le paragraphe 85 de ses conclusions. Par ailleurs, la CJUE est saisie de deux autres affaires (C-356/15 et C-359/16) qui portent directement sur l'opposabilité du certificat de détachement lorsqu'il est obtenu ou invoqué de façon frauduleuse, et non pas lorsqu'il est délivré par erreur par l'institution de sécurité sociale, comme dans l'affaire *A-Rosa*.

(37) Soc., 13 novembre 1996, n°94-13187, note J.J. Dupeyroux, Dr. soc. 1996 p. 1067 ; note. J.C. Dossat, RDSS 1997 p. 847 ; note L. de La Pradelle, RPDS 1997, p. 90.

(38) La 2<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation a utilisée cette analyse dans l'affaire n° 11-14505 du 4 avril 2012 *Office du tourisme de Pamiers* et dans l'affaire n° 11-28245 du 20 juin 2013 *CL Jura*.

– la fraude à l'établissement en France (39), soit parce que l'entreprise étrangère déploie sur le territoire français une activité stable et continue, qui n'est qualifiable de prestation de services internationale, soit parce qu'elle n'exerce pas une activité significative dans son Etat de domiciliation (40). Les modalités d'exercice de l'activité économique de cet opérateur économique auraient dû le conduire à créer un établissement en France, avec assujettissement des salariés affectés à cette activité au régime français de sécurité sociale. L'employeur réel des salariés n'est pas l'entreprise de droit étranger mentionnée sur le certificat de détachement, mais l'établissement de fait en France. Cette analyse, fondée sur la législation du travail, qui caractérise l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'activité économique et par dissimulation d'emploi salarié (41), pouvait sans doute être valablement soutenue à titre principal devant le juge français pour requalifier l'activité saisonnière de croisière fluviale de la société *A-Rosa Flussschiff GmbH* de prestation de services en établissement.

– l'absence d'antériorité d'emploi du salarié dans l'Etat de domiciliation de son entreprise ou dans l'entreprise qui le fait travailler en France, soit parce qu'il est recruté en France, soit parce qu'il n'a pas travaillé préalablement dans cet Etat ou pour cet employeur. L'antériorité d'emploi du salarié hors de France est une condition substantielle du détachement au sens de la législation du travail, car elle caractérise la mobilité transnationale ; elle est prévue par l'article 2.1. de la directive du 16 décembre 1996 (42) et par l'article L.1261-3 du code du travail. L'absence d'antériorité d'emploi du salarié ou son rattachement fictif à une entité établie hors de France le soustrait au régime du détachement ; son employeur, établi en France ou hors de France, doit accomplir la déclaration préalable à l'embauche, remettre un bulletin de paie conforme au code du travail et verser les cotisations et contributions sociales en France ; à défaut l'infraction de dissimulation d'emploi salarié est constituée (43).

(39) Voir not. Crim., 27 juin 2012, n° 11-86683 ou Crim., 11 mars 2014, n° 11-88420, prec.

(40) Parfois, les deux conditions sont réunies, lorsque l'entreprise n'est qu'une simple boîte à lettres hors de France.

(41) Crim., 11 mars 2014, n° 11-88420, prec.

(42) Directive 96/71/CE du parlement européen et du conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

(43) Voir l'arrêt n° 11/04771 du 4 mars 2016 de la Cour d'appel de Paris qui requalifie en licenciement la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail d'un salarié indûment considéré comme son employeur établi hors de France. Note D. Chenu, Les Cahiers Sociaux mai 2016 p. 231.

– la fausse sous-traitance entre le donneur d'ordre établi en France et l'entreprise étrangère qui envoie des salariés travailler sur le territoire français dans le cadre d'une mise à disposition illégale au bénéfice de ce donneur d'ordre (44). Outre les infractions de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre qui en résultent, la jurisprudence considère que le donneur d'ordre pratique du travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, parce qu'il est l'employeur de fait de ces salariés mis à sa disposition et placés sous sa subordination juridique. L'employeur des salariés n'est pas l'entreprise sous-traitante de droit étranger mentionnée sur le certificat de détachement dès lors inopérant, mais l'entreprise française donneur d'ordre ; elle est en cette qualité redevable des cotisations et contributions sociales, sans pouvoir utilement invoquer un certificat de détachement intéressant un autre employeur juridiquement fictif (45).

– la fausse sous-traitance de la part du donneur d'ordre français qui recourt à des prétendus travailleurs indépendants (46) munis de certificats de détachement. Requalifié en employeur de fait en pratiquant de la dissimulation d'emploi salarié, le donneur d'ordre est redevable des cotisations et contributions sociales. Les mentions portées sur les certificats de détachement précisant que ces personnes ont la qualité de travailleur indépendant dans leur Etat de domiciliation ne correspondent pas à leur véritable statut d'activité sur le territoire français (47).

– le non-respect des présomptions de salariat posées par le code du travail, notamment pour l'artiste, le mannequin (48) et le bûcheron, que le bénéficiaire de leur travail présente comme des travailleurs indépendants établis hors de France et munis de certificats de détachement. La présomption de salariat peut être écartée pour l'artiste et le mannequin dans des conditions précisées par les articles L.7121-5 et L.7123-4-1 du code du travail et par trois décisions de la Cour de cassation ; à défaut, les cotisations et les contribu-

(44) Voir not. Crim., 30 mars 2016, n° 14-88519.

(45) Civ. 2, 20 juin 2013, n° 11-28245.

(46) Voir not. Crim., 9 décembre 2014, n° 13-87667.

(47) Comment en effet envisager que l'institution de sécurité sociale de l'Etat d'envoi du travailleur retire ou invalide le certificat de détachement sur le fondement des critères de la jurisprudence française ?

(48) Etablis dans l'Union européenne et l'Espace économique européen.

tions sociales sont dues en France par le bénéficiaire de leur travail, c'est-à-dire le producteur du spectacle pour l'artiste (49) et l'utilisateur pour le mannequin. La présomption de salariat peut être levée pour le bûcheron par la Mutualité sociale agricole, selon les modalités prévues à l'article L.722-23 du code rural ; à défaut, celui qui le fait travailler sur le territoire français est son employeur de droit, redevable des cotisations et contributions sociales. Les certificats de détachement mentionnant que ces personnes ont la qualité de travailleur indépendant dans leur Etat de domiciliation ne correspondent pas à leur statut d'activité sur le territoire français (50), qui résulte de l'application de présomptions de salariat qui sont d'ordre public.

– l'optimisation de la mobilité internationale intragroupe de la part de l'entreprise d'accueil en France qui fait travailler un ou plusieurs salariés mis à sa disposition, avec certificat de détachement, par une autre entité du groupe, établie à l'étranger. Cette mise à disposition correspond très souvent à du prêt de main-d'œuvre à but lucratif ; ce prêt opère un transfert de la subordination juridique vers l'entreprise d'accueil qui fournit le travail à ce salarié et qui l'encadre. Il en devient ainsi son employeur de fait à l'occasion de l'exercice de son activité professionnelle en France (51). Outre les infractions de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre qui résultent de cette mise à disposition à but lucratif (52), l'entreprise d'accueil et d'emploi pratique du travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié. L'employeur réel du salarié en mobilité n'est pas l'entité étrangère du groupe mentionnée sur le certificat de détachement qui est sans objet, mais l'entreprise française d'accueil ; elle est redevable des cotisations et contributions sociales.

– la mise à disposition illicite d'un salarié auprès d'une entreprise française, soit par une entreprise de travail temporaire ou une agence de mannequins établie hors de France, mais qui ne respecte pas la législation française relative à ces activités réglementées, soit par toute autre entreprise qui fait illégalement de l'intermédiation. Depuis les arrêts

*Sonocar et René X* (53), la Cour de cassation considère qu'une mise à disposition d'un salarié intérimaire en violation de la législation sur le travail temporaire constitue du marchandage et du prêt illicite de main-d'œuvre ; elle considère également que, dans ce cadre, l'utilisateur du salarié devient son employeur de fait, et notamment commet le délit de dissimulation d'emploi salarié (54). Cette analyse est susceptible de s'appliquer aux nombreux utilisateurs français qui recourent à des entreprises de travail temporaire établies à l'étranger, sans respecter la législation sur le travail temporaire. La même analyse vaut *a fortiori* lorsque la mise à disposition illicite n'est pas effectuée par une entreprise de travail temporaire et qu'elle relève d'un trafic de main-d'œuvre.

Dans ces différents cas de figure, l'employeur du salarié n'est pas celui qui est mentionné sur le certificat de détachement, mais l'utilisateur établi en France du salarié mis à sa disposition de façon illicite (55) ; à ce titre, il est redevable du paiement des cotisations et contributions sociales, sans pouvoir s'exonérer par un certificat de détachement qui mentionne un employeur erroné.

Enfin, il convient de mentionner que, dans deux arrêts peu commentés de la CJUE du 9 septembre 2015 (56), le juge communautaire relativise la force contraignante du certificat de détachement et considère qu'un certificat E101 délivré à tort à un salarié qui ne relève pas du règlement n°1408/71 ne s'impose pas aux autres Etats membres. Lorsque l'employeur de fait ou de droit établi en France emploie directement un salarié muni d'un certificat de détachement, alors que celui-ci n'est pas dans une situation de mobilité transnationale sur le territoire français relevant des règlements communautaires de coordination de sécurité sociale, cette jurisprudence appuierait et validerait la mise à l'écart de ce document sans objet.

Les fraudes et abus de droit structurels, ci-dessus évoqués, à l'activité économique et au détachement des salariés sur le territoire français du fait des entreprises étrangères et de leurs donneurs d'ordre,

(49) Crim., 12 octobre 2010, n°10-80283 ; Civ. 2, 4 avril 2012, n°11-14505 ; Civ., 2, 16 juin 2016, n°15-20098. Ces trois décisions, dont celle de la 2<sup>ème</sup> chambre civile, ont confirmé l'application de la présomption de salariat et le paiement des cotisations et contributions sociales en France.

(50) Comment en effet envisager que l'institution de sécurité sociale de l'Etat d'envoi du travailleur retire ou invalide le certificat de détachement sur le fondement de la législation et des critères de la jurisprudence française ?

(51) Voir not. Soc., 21 janvier 1976, n°74-40513 ; Soc., n°08-44480, 20 janvier 2010.

(52) Compte tenu de la définition large du but lucratif donnée par la chambre criminelle et la chambre sociale de la Cour de cassation. V. nos obs. « Mobilité intragroupe du salarié et marchandage : la logique d'un transfert de la subordination juridique non assumé », Dr. Ouv. 2016, p. 737.

(53) Crim., 22 mars 1983, n°82-91726 ; Crim., 23 octobre 1984, n°83-94718.

(54) Crim., 10 mai 2016, n°14-88194.

(55) Soc., 11 mars 2009, n°07-42616 ; Soc., 3 juin 2015, n°14-17705.

(56) CJUE, 9 septembre 2015, affaires jointes C 72/14 et C-197/14.

permettent sans doute de considérer que le certificat de détachement produit dans cet environnement est sans objet et non pertinent et ainsi de l'écartier, puisqu'il se rapporte à un autre employeur et à une autre relation de travail que celle déployée et constatée en France. Le juge de l'Etat d'accueil et d'emploi ne porte en conséquence aucune appréciation sur sa validité intrinsèque ou sur son contenu ; le certificat de détachement est sans relation avec le litige.

Ces fraudes et abus de droit ne sont pas marginaux, ni par leur nombre, ni par les montants des cotisations et de contributions sociales éludés. Le non-versement des cotisations et contributions sociales en France lors du détachement illicite de salariés est la cause principale du dumping social et de la concurrence déloyale, conjointement avec le non-respect des rémunérations minimales prévues par le code du travail et les conventions collectives étendues.

Le projet de révision des règlements communautaires de coordination de sécurité sociale de 2004 et de 2009 (57) reste dans la ligne de la jurisprudence de la CJUE ; il ne remet pas en cause, en l'état de sa rédaction et des discussions ouvertes à Bruxelles, la compétence exclusive de l'institution de sécurité sociale de l'Etat d'origine et d'envoi pour retirer ou invalider un certificat de détachement litigieux. Le

(57) Proposition modifiant le règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et le règlement n° 987/2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004.

projet de révision n'envisage pas en effet que l'Etat d'accueil et d'emploi puisse disposer d'un droit de regard ou de contrôle sur ce document administratif.

Force est donc de constater, qu'en l'état de la jurisprudence de la CJUE, que le meilleur outillage juridique pour lutter contre le travail dissimulé et le dumping social du fait des entreprises étrangères et de leurs donneurs d'ordre se trouve entre les mains du juge français, en application du droit interne. Celui-ci n'est sans doute pas démuné pour continuer à appréhender ces comportements de fraude et d'abus de droit, comme il le fait depuis plus de 20 ans, dès lors que la solution juridique du litige est nationale, lorsque la relation de travail n'est pas transnationale.

L'absence de relation de travail transnationale ne nécessite, ni une appréciation du certificat de détachement, document objectivement étranger au litige car se référant à une mobilité du salarié qui n'existe pas, ni l'évocation des textes communautaires de coordination de sécurité sociale. Il serait peu compréhensible que la construction de l'Europe sociale prive le juge français du contrôle d'une partie de l'ordre public, au profit d'un autre Etat, voire d'un organisme privé de sécurité sociale, alors que cet ordre public est manifestement troublé par des manquements avérés à la loi commis sur le territoire français (58).

**Hervé Guichaoua**

(58) Le contrôle de l'Urssaf à l'origine de l'affaire *A. Rosa* a été effectué en juin 2007 ; la mise en recouvrement des cotisations et contributions sociales a été engagée en octobre 2007. Près de 10 ans plus tard, l'Urssaf n'a toujours rien recouvré. Ce qui ne peut que susciter des interrogations sur l'effectivité de la lutte contre le dumping social, d'autant que cette situation n'est pas isolée sur le territoire français.

## **SÉCURITÉ SOCIALE** Travailleurs migrants – Législation applicable – art. 14§2 Règlement n° 1408/71 – Personnel navigant – Travailleurs détachés dans un autre État membre – Succursale suisse – Certificat E 101 (A1) – Force probatoire.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE (première chambre) 27 avril 2017  
A-Rosa Flussschiff GmbH contre URSSAF d'Alsace et a. (extraits)

(...)

Le litige au principal et les questions préjudicielles

22. A-Rosa, dont le siège est établi en Allemagne, exploite notamment deux bateaux de croisière naviguant sur le Rhône (France) et la Saône (France), à bord desquels travaillent respectivement 45 et 46 travailleurs saisonniers, ressortissants d'autres États membres que la France et exerçant des fonctions hôtelières. Les deux bateaux naviguent exclusivement sur les eaux intérieures françaises.

23. A-Rosa dispose d'une succursale située en Suisse dont l'activité consiste à gérer tout ce qui a trait à l'activité des bateaux, à la gestion, à l'administration ainsi qu'aux ressources humaines, c'est-à-dire au personnel employé sur ces bateaux. À cet égard, tous les contrats de travail des travailleurs saisonniers susmentionnés sont soumis au droit suisse.

24. À la suite d'un contrôle des deux bateaux, effectué le 7 juin 2007, l'URSSAF a relevé des irrégularités portant sur la couverture sociale des travailleurs

salariés accomplissant les activités hôtelières. Ce constat a donné lieu à un redressement, notifié à A-Rosa le 22 octobre 2007, à hauteur d'un montant de 2024 123 euros au titre d'arriérés de cotisations sociales au régime français de sécurité sociale, pour la période allant du 1<sup>er</sup> avril 2005 au 30 septembre 2007.

25. Lors de ces opérations de contrôle, A-Rosa a fourni un premier lot de certificats E 101, pour l'année 2007, délivrés par la caisse d'assurance sociale suisse, au titre de l'article 14, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1408/71.

(...)

33. Dans ces conditions, la Cour de cassation a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

*« L'effet attaché au certificat E 101 délivré, conformément à l'article 11, paragraphe 1, et à l'article 12 bis, point 1 bis, du règlement n° 574/72 [...], par l'institution désignée par l'autorité de l'État membre dont la législation de sécurité sociale demeure applicable à la situation du travailleur salarié, s'impose-t-il, d'une part, aux institutions et autorités de l'État [membre] d'accueil, [et], d'autre part, aux juridictions du même État membre, lorsqu'il est constaté que les conditions de l'activité du travailleur salarié n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel des règles dérogatoires de l'article 14, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 1408/71 ? »*

Sur la question préjudicielle

34. Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 12 bis, point 1 bis, du règlement n° 574/72 doit être interprété en ce sens qu'un certificat E 101 délivré par l'institution désignée par l'autorité compétente d'un État membre, au titre de l'article 14, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1408/71, lie tant les institutions de sécurité sociale de l'État membre dans lequel le travail est effectué que les juridictions de cet État membre, même lorsqu'il est constaté par celles-ci que les conditions de l'activité du travailleur concerné n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel de cette disposition du règlement n° 1408/71.

35. À titre liminaire, il convient de rappeler que, en vertu d'une jurisprudence constante de la Cour, dans le cadre de la procédure préjudicielle prévue à l'article 267 TFUE, fondée sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour, le juge national est seul compétent pour constater et apprécier les faits du litige au principal. Dans ce cadre, la Cour est uniquement habilitée à se prononcer sur l'interprétation ou la validité du droit de l'Union au regard de la situation factuelle et

juridique telle que décrite par la juridiction de renvoi, afin de donner à cette dernière les éléments utiles à la solution du litige dont elle est saisie (arrêt du 28 juillet 2016, Kratzer, C-423/15, EU :C :2016 :604, point 27).

36. Ainsi, c'est en partant de constatations effectuées par la juridiction de renvoi qu'il convient de répondre à la question posée par celle-ci, telle que reformulée au point 34 du présent arrêt, celui-ci ne préjugeant donc pas du point de savoir si les travailleurs concernés relèvent ou non du champ d'application de l'article 14 du règlement n° 1408/71 ni de la législation applicable auxdits travailleurs.

37. Il convient de rappeler que le certificat E 101 vise, à l'instar de la réglementation de droit matériel prévue à l'article 14, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1408/71, à faciliter la libre circulation des travailleurs et la libre prestation des services (voir, par analogie, arrêt du 26 janvier 2006, Herbosch Kiere, C2/05, EU :C :2006 :69, point 20 et jurisprudence citée).

38. Dans ledit certificat, l'institution compétente de l'État membre où l'entreprise qui emploie les travailleurs concernés est établie déclare que son propre régime de sécurité sociale restera applicable à ces derniers. Ce faisant, en raison du principe selon lequel les travailleurs doivent être affiliés à un seul régime de sécurité sociale, ce certificat implique nécessairement que le régime de l'autre État membre n'est pas susceptible de s'appliquer (arrêt du 26 janvier 2006, Herbosch Kiere, C2/05, EU :C :2006 :69, point 21 et jurisprudence citée).

39. À cet égard, il convient de relever que le principe de coopération loyale, énoncé à l'article 4, paragraphe 3, TUE, impose à l'institution émettrice de procéder à une appréciation correcte des faits pertinents pour l'application des règles relatives à la détermination de la législation applicable en matière de sécurité sociale et, partant, de garantir l'exactitude des mentions figurant dans le certificat E 101 (arrêt du 26 janvier 2006, Herbosch Kiere, C2/05, EU :C :2006 :69, point 22 et jurisprudence citée).

40. En ce qui concerne l'institution compétente de l'État membre dans lequel le travail est effectué, il résulte également des obligations de coopération découlant de l'article 4, paragraphe 3, TUE que celles-ci ne seraient pas respectées – et les objectifs de l'article 14, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1408/71 et de l'article 12 bis, point 1 bis, du règlement n° 574/72 seraient méconnus – si l'institution dudit État membre considérait qu'elle n'est pas liée par les mentions du certificat E 101 et soumettait ces travailleurs également à leur propre régime de sécurité sociale (voir, par analogie, arrêt du 30 mars 2000, Banks e.a., C178/97, EU :C :2000 :169, point 39 et jurisprudence citée).

41. Par conséquent, le certificat E 101, dans la mesure où il crée une présomption de régularité de l'affiliation du travailleur concerné au régime de sécurité sociale de l'État membre où est établie l'entreprise qui l'occupe, s'impose à l'institution compétente de l'État membre dans lequel ce travailleur effectue un travail (voir, en ce sens, arrêt du 30 mars 2000, *Banks e.a.*, C178/97, EU :C :2000 :169, point 40 et jurisprudence citée).

42. La solution inverse serait de nature à porter atteinte au principe de l'affiliation des travailleurs salariés à un seul régime de sécurité sociale, ainsi qu'à la prévisibilité du régime applicable et, partant, à la sécurité juridique. En effet, dans des cas où le régime applicable serait difficile à déterminer, chacune des institutions compétentes des deux États membres concernés serait portée à considérer, au détriment des travailleurs concernés, que son propre régime de sécurité sociale leur est applicable (arrêt du 26 janvier 2006, *Herbosch Kiere*, C2/05, EU :C :2006 :69, point 25 et jurisprudence citée).

43. Dès lors, aussi longtemps que le certificat E 101 n'est pas retiré ou déclaré invalide, l'institution compétente de l'État membre dans lequel le travailleur effectue un travail doit tenir compte du fait que ce dernier est déjà soumis à la législation de sécurité sociale de l'État membre où est établie l'entreprise qui l'emploie et cette institution ne saurait, par conséquent, soumettre le travailleur en question à son propre régime de sécurité sociale (arrêt du 30 mars 2000, *Banks e.a.*, C178/97, EU :C :2000 :169, point 42 et jurisprudence citée).

44. Toutefois, il incombe à l'institution compétente de l'État membre qui a établi le certificat E 101 de reconsidérer le bien-fondé de cette délivrance et, le cas échéant, de retirer ce certificat lorsque l'institution compétente de l'État membre dans lequel le travailleur effectue un travail émet des doutes quant à l'exactitude des faits qui sont à la base dudit certificat et, partant, des mentions qui y figurent, notamment parce que celles-ci ne correspondent pas aux exigences de l'article 14, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1408/71 (voir, par analogie, arrêt du 30 mars 2000, *Banks e.a.*, C178/97, EU :C :2000 :169, point 43 et jurisprudence citée).

45. Dans l'hypothèse où les institutions concernées ne parviendraient pas à se mettre d'accord notamment sur l'appréciation des faits propres à une situation spécifique et, par conséquent, sur la question de savoir si celle-ci relève de l'article 14, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1408/71, il leur est loisible d'en appeler à la commission administrative (voir, par analogie, arrêt du 26 janvier 2006, *Herbosch Kiere*, C2/05, EU :C :2006 :69, point 28 et jurisprudence citée).

46. Si cette dernière ne parvient pas à concilier les points de vue des institutions compétentes au sujet de la législation applicable en l'espèce, il est à tout le moins loisible à l'État membre sur le territoire duquel le travailleur concerné effectue un travail, et ce, sans préjudice des éventuelles voies de recours de nature juridictionnelle existant dans l'État membre dont relève l'institution émettrice, d'engager une procédure en manquement, conformément à l'article 259 TFUE, aux fins de permettre à la Cour d'examiner, à l'occasion d'un tel recours, la question de la législation applicable audit travailleur et, partant, l'exactitude des mentions figurant dans le certificat E 101 (arrêt du 10 février 2000, *FTS*, C202/97, EU :C :2000 :75, point 58).

47. S'il était admis que l'institution nationale compétente puisse, en saisissant une juridiction de l'État membre d'accueil du travailleur concerné dont elle relève, faire déclarer invalide un certificat E 101, le système fondé sur la coopération loyale entre les institutions compétentes des États membres risquerait d'être compromis (arrêt du 26 janvier 2006, *Herbosch Kiere*, C-2/05, EU :C :2006 :69, point 30).

48. Il ressort de ce qui précède que, aussi longtemps qu'il n'est pas retiré ou déclaré invalide, le certificat E 101 s'impose dans l'ordre juridique interne de l'État membre dans lequel le travailleur salarié se rend pour effectuer un travail et, partant, lie les institutions de cet État membre (voir, en ce sens, arrêt du 26 janvier 2006, *Herbosch Kiere*, C2/05, EU :C :2006 :69, point 31).

49. Il en découle qu'une juridiction de l'État membre d'accueil n'est pas habilitée à vérifier la validité d'un certificat E 101 au regard des éléments sur la base desquels il a été délivré (voir, en ce sens, arrêt du 26 janvier 2006, *Herbosch Kiere*, C2/05, EU :C :2006 :69, point 32).

50. La Cour a, par ailleurs, déjà jugé que, dans la mesure où le certificat E 101 s'impose à l'institution compétente de l'État membre d'accueil, rien ne justifierait que la personne qui fait appel aux services d'un travailleur puisse ne pas y donner suite. Si elle éprouve des doutes sur la validité du certificat, cette personne doit toutefois en informer l'institution en question (arrêt du 9 septembre 2015, *X et van Dijk*, C72/14 et C197/14, EU :C :2015 :564, point 42 et jurisprudence citée).

51. Dès lors, un certificat E 101 délivré par l'institution compétente d'un État membre, conformément à l'article 12 bis, point 1 bis, du règlement n° 574/72, alors que, selon les institutions et les juridictions de l'État membre dans lequel le travail est effectué, les travailleurs concernés ne relèvent pas du champ d'application de l'article 14, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1408/71, lie tant ces institutions et

ces juridictions que la personne qui fait appel aux services de ces travailleurs.

52. Le fait que les travailleurs concernés ne relèvent manifestement pas du champ d'application dudit article 14 ne modifie en rien les considérations qui précèdent.

(...)

Par ces motifs, la Cour (première chambre) dit pour droit :

L'article 12 bis, point 1 bis, du règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement (CE) n° 118/97

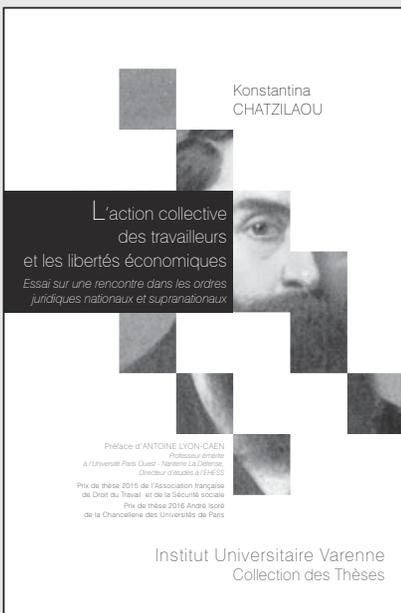
du Conseil, du 2 décembre 1996, tel que modifié par le règlement (CE) n° 647/2005 du Parlement européen et du Conseil, du 13 avril 2005, doit être interprété en ce sens qu'un certificat E 101 délivré par l'institution désignée par l'autorité compétente d'un État membre, au titre de l'article 14, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1408/71, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement n° 118/97, tel que modifié par le règlement (CE) n° 647/2005 du Parlement européen et du Conseil, du 13 avril 2005, lie tant les institutions de sécurité sociale de l'État membre dans lequel le travail est effectué que les juridictions de cet État membre, même lorsqu'il est constaté par celles-ci que les conditions de l'activité du travailleur concerné n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel de cette disposition du règlement n° 1408/71.

(R. Silva de Lapuerta, prés. - H. Saugmandsgaard Øe, av. gén.)

## L'ACTION COLLECTIVE DES TRAVAILLEURS ET LES LIBERTÉS ÉCONOMIQUES

Essai sur une rencontre dans les ordres juridiques nationaux et supranationaux

Konstantina Chatzilaou



L'action collective des travailleurs – qu'on désigne ordinairement en France par le terme de grève – fait l'objet d'un encadrement juridique diversifié au niveau national comme supranational. Les différents régimes de l'action collective se trouvent aujourd'hui confrontés aux libertés économiques garanties par le droit de l'Union européenne, au premier titre desquelles la liberté d'établissement et la libre prestation des services. C'est en 2007, à Luxembourg, que s'est joué le premier acte de cette confrontation, lorsque la Cour de justice de l'Union européenne eut à examiner, dans les affaires Viking et Laval, les circonstances d'une rencontre inédite : celle de l'action collective, telle que régie par les ordres juridiques nationaux, avec les libertés économiques. Dans un second temps et par contrecoup, les instances veillant au respect des textes élaborés au sein de l'Organisation internationale du Travail et du Conseil de l'Europe ont été le lieu d'une rencontre similaire : celle de l'action collective, telle que régie par les ordres juridiques de l'OIT et du Conseil de l'Europe, avec ces mêmes libertés économiques.

Cette thèse entend mettre en lumière les évolutions des régimes nationaux et supranationaux de l'action collective, à la suite de leur rencontre avec les libertés économiques. Pour ce faire, deux perspectives sont combinées. Dans une perspective historique, les droits nationaux et supranationaux de l'action collective sont étudiés pour en saisir la construction. À cette fin, l'outil employé est celui de la comparaison juridique, comparaison qui s'effectue à un double niveau, national (droit français et droit anglais) et supranational (droit de l'OIT et droit du Conseil de l'Europe). Dans une perspective plus dynamique, ce sont les interactions des régimes nationaux et supranationaux de l'action collective avec les libertés économiques garanties par le droit de l'Union européenne qui sont examinées, avec pour toile de fond la théorie du pluralisme juridique ordonné.

Editeur :  
Institut Universitaire Varenne  
Collection : Thèses  
ISBN : 978-2-37032-093-3  
570 pages – 2016 – 45 euros