

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE DU 8 DÉCEMBRE 2017 A 14 HEURES

Arrêt n° 635 du 22 décembre 2017

CONSEILLER-RAPPORTEUR :M. Laurent TRUCHOT

PROCUREUR GÉNÉRAL :M. Jean-Claude MARIN

POURVOI N° : A 13-25.467

La société A. Rosa Flusschiff GmbH
(ayant pour avocat la SCP Célice, Soltner, Texidor et Perier

C/

L'URSSAF d'Alsace et autre, venant aux droits de L'URSSAF du BAS-RHIN
(ayant pour avocat la SCP Gatineau et Fattaccini)

ARRÊT ATTAQUÉ : - Arrêt rendu le 12 septembre 2013 par la cour d'appel de Colmar.

AVIS
de Monsieur le Procureur Général
Jean-Claude MARIN

Par arrêt du 6 novembre 2015, l'Assemblée plénière de la Cour a décidé de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après Cour de justice) une question préjudicielle concernant les effets attachés au certificat E 101 lorsqu'il est délivré dans des conditions manifestement erronées à un travailleur détaché, (attestant ainsi de son affiliation au régime de sécurité sociale de l'État dans lequel son employeur est établi ou possède une succursale).

Car le certificat E101 (aujourd'hui A1), prévu par les règlements n° 1408/71 et n° 574/72 modifiés relatifs 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, crée une présomption de régularité de l'affiliation des travailleurs détachés au régime de sécurité sociale de l'État membre où est établi l'employeur, présomption que la jurisprudence européenne n'a cessé de renforcer.

L'équilibre des règles instituées par le droit de l'Union en cette matière repose sur les principes de confiance et de reconnaissance mutuelle entre les États membres. Il suppose que soit mise en place une collaboration efficace et loyale entre administrations nationales.

L'institution compétente de l'État membre d'établissement de l'entreprise qui détache un salarié doit s'assurer, avant de délivrer le certificat d'affiliation, que les conditions du détachement sont réunies.

Pourtant, la pratique démontre que bon nombre d'États membres délivrent, parfois très a posteriori, des certificats E101 pour des salariés se trouvant dans des situations manifestement irrégulières.

1- La question préjudicielle

En l'espèce, et sans qu'il y ait lieu de reprendre intégralement les faits de l'affaire Rosa Flusschiff, les conditions de l'activité de certains travailleurs salariés de cette société, pourtant titulaires de certificats E101 dont certains délivrés au cours de la procédure judiciaire, n'apparaissent manifestement pas entrer dans le champ d'application matériel des règles dérogatoires du détachement de l'article 14 §2 du règlement n° 1408/71 modifié. La question de l'affiliation de ces personnes au régime de sécurité sociale français était donc discutée devant les juridictions du fond.

Dans le sens des conclusions que j'avais développées, vous avez donc interrogé par voie préjudicielle la Cour de justice sur le point de savoir si « *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 ?* »

En d'autres termes, il s'agissait de savoir si l'effet attaché à ce certificat pouvait, dans de telles circonstances, être écarté et autoriser l'administration ou le juge de l'État d'accueil à remettre en cause sa validité, ouvrant une brèche dans un dispositif complexe et, redisons le, peu satisfaisant au regard des situations concrètes observées en France.

2- L'arrêt de la Cour de justice du 27 avril 2017¹

La Cour de justice a reformulé la question de la manière suivante :

« 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 interprétée 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 » (point 34 de l'arrêt).

Suivant les conclusions de l'avocat général Saugmandsgaard Øe présentées le 12 janvier 2017, la Cour de justice n'a pas entendu faire évoluer sa jurisprudence, réaffirmant que le caractère contraignant du certificat E 101 et la compétence exclusive de l'institution émettrice quant à sa validité ne pouvaient être remis en cause même en cas d'irrégularité manifeste et que les institutions de l'État d'accueil devaient observer la procédure de dialogue entre États membres prévue par les règlements, sans pouvoir unilatéralement se prononcer sur la validité du certificat et de l'affiliation du travailleur détaché.

Elle rappelle ainsi sa jurisprudence, selon laquelle « *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* ».

Elle ajoute que « *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*

¹ CJUE. 27 avril.2017, C-620/15, A-Rosa Flusschiff.

invalide un certificat E 101, le système fondé sur la coopération loyale entre les institutions compétentes des États membres risquerait d'être compromis ».

Elle n'admet ainsi aucune remise en cause par la circonstance que les travailleurs concernés ne travaillent que dans un seul État membre et n'entrent donc pas dans le champ de l'article 14, paragraphe 2, sous a), i) du règlement n° 1408/71 modifié, en vertu duquel les certificats E101 litigieux ont été délivrés.

Elle relève par ailleurs que « *le règlement n° 987/2009, actuellement en vigueur, a codifié [cette] jurisprudence, en consacrant le caractère contraignant du certificat E 101 et la compétence exclusive de l'institution émettrice quant à l'appréciation de la validité dudit certificat, et en reprenant explicitement la procédure remise en cause par le gouvernement français et par l'URSSAF en tant que moyen pour résoudre les différends portant tant sur l'exactitude des documents établis par l'institution compétente d'un État membre que sur la détermination de la législation applicable au travailleur concerné ».*

En conséquence, la Cour de justice a dit pour droit que « ***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 ».***

La décision de la Cour de justice n'est pas une surprise. Il est vrai que l'arrêt attaqué n'établissait pas directement l'existence d'une fraude de l'entreprise. Mais l'ampleur du phénomène en la matière, documentée de façon très précise², et l'inquiétude grandissante des opinions publiques sur ces questions commandaient de saisir la Cour de justice de l'Union des difficultés résultant de pratiques de véritable dumping social que la France n'est pas le seul pays à connaître.

La doctrine dans son ensemble ne semble d'ailleurs pas avoir critiqué ce renvoi préjudiciel. Si certains auteurs³ ont pu raisonnablement douter de l'issue du renvoi

² Not. J-P Lhernould et Y.Jorens, *Procédures related to the granting of portable document A1: an overview of country practises*: FRESCO, mai 2014.

³ Claire Morin, Sem. Jur. Entr et aff n°10, 10 mars 2016, 1146; Emeric Jeanssen, Sem. Jur. Social, n°50, décembre 2015, 1454.

préjudiciel et eussent préféré que la Cour posât une question préjudicielle sur la responsabilité du donneur d'ordre⁴, ils n'en n'ont pas moins compris la démarche, qui « *devait précisément donner à la Cour de justice l'occasion de faire évoluer sa jurisprudence sur la portée des formulaires E101 et A1*⁵ ».

3- L'examen du pourvoi

Rien de tel donc. La Cour de justice réaffirme que la délivrance du certificat E101 ou A1 crée une présomption de régularité de l'affiliation du salarié détaché telle que l'a explicitée la jurisprudence issue notamment des arrêts *FTS*⁶, *Banks e.a.*⁷, et *Herbosch Kiere*⁸.

L'Urssaf d'Alsace, qui avait vainement saisi l'institution émettrice suisse d'une demande de retrait des certificats E101 contestés, aurait dû saisir la commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale installée auprès de la Commission européenne puis, éventuellement, user de la voie contentieuse devant les tribunaux nationaux de l'État d'établissement ou devant la Cour de justice dans le cadre d'une action en manquement.

La procédure administrative n'ayant pas été suivie, les certificats délivrés étaient présumés réguliers et les instances judiciaires en cours devaient s'interrompre.

➤3-a- Rappel de la jurisprudence de la Cour de justice

Dans l'arrêt *FTS* précité, la Cour de justice a affirmé qu'en présence de certificats E101, les autorités judiciaires ou administratives nationales ne sont pas autorisées à sanctionner elles-mêmes les abus.

Plus explicitement dans l'arrêt *Banks e.a.* précité, il est affirmé que, quel que soit le fondement juridique de la délivrance du certificat E101, celui-ci a force probante jusqu'à retrait ou annulation par l'institution émettrice et peut être délivré a posteriori, avec un effet rétroactif.

⁴ Pourvois n°14-10.182 et n°14-10.193.

⁵ Sécurité sociale des travailleurs migrants -Portée des formulaires A1, Laetitia Driguez, Europe n°6, Juin 2017, comm.227.

⁶ CJCE, 10 février 2000, *FTS*, C-202/97.

⁷ CJCE .30 mars 2000, *Banks e.a.*, C-178/97.

⁸ CJCE. 26 janvier 2006, *Herbosch Kiere* C-2/05.

Enfin, dans l'arrêt *Herbosch Kiere* précité, la Cour de justice a énoncé que la force juridique du certificat E101 s'impose également au juge national de l'État membre d'accueil des travailleurs. Dans cet arrêt, la Cour a dit pour droit que :

« aussi longtemps qu'il n'est pas retiré ou déclaré invalide par les autorités de l'État membre l'ayant délivré, le certificat E 101, délivré conformément à l'article 11, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 574/72, lie l'institution compétente et les juridictions de l'État membre dans lequel sont détachés les travailleurs. Par conséquent, une juridiction de l'État membre d'accueil desdits travailleurs n'est pas habilitée à vérifier la validité d'un certificat E 101 en ce qui concerne l'attestation des éléments sur la base desquels un tel certificat a été délivré, notamment l'existence d'un lien organique, au sens de l'article 14, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 1408/71, lu en combinaison avec le point 1 de la décision n° 128, entre l'entreprise établie dans un État membre et les travailleurs qu'elle a détachés sur le territoire d'un autre État membre, pendant la durée du détachement de ces derniers » (cf. point 33 et dispositif).

Cette jurisprudence a été consacrée par la décision n° 181 de la commission administrative du 13 décembre 2000 et reprise par l'article 5 du règlement (CEE) n° 987/2009 du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale désormais applicable:

« Les documents établis par l'institution d'un État membre qui attestent de la situation d'une personne aux fins de l'application du règlement de base et du règlement d'application, ainsi que les pièces justificatives y afférentes, s'imposent aux institutions des autres États membres aussi longtemps qu'ils ne sont pas retirés ou déclarés invalides par l'État membre où ils ont été établis ».

La Cour de justice n'ayant pas souhaité déroger à cette jurisprudence, désormais intégré au droit de l'Union, il convient d'en faire application dans toute sa rigueur.

➤ **3-b-** Rappel des moyens

Dans son mémoire ampliatif, la société développe un moyen unique articulé en dix branches, faisant notamment grief à l'arrêt de violer les articles 13 et 14 paragraphe 2 a) i) du règlement communautaire n° 1408/71, et 11 et 12 bis paragraphes 1 a) et 2 a) du règlement communautaire 574/72 pris pour son application, la Décision n° 181 de la commission administrative du 13 décembre 2000, l'article 5 du règlement CE n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 et les articles 49 et 50 du Traité instituant la Communauté européenne, ensemble l'article L. 311-2 du code de la sécurité sociale, en décidant que les salariés visés par les certificats E101 devaient être assujettis au régime français de sécurité sociale.

Le pourvoi incident formé par l'Urssaf porte sur la motivation de l'arrêt qui a rejeté la demande de l'Urssaf de paiement des majorations de retard. Il n'y aura pas lieu de le développer.

➤3- c- Analyse

La cassation de l'arrêt attaqué du chef pris de la violation des règlements communautaires s'impose en effet.

L'interprétation de la Cour de justice, qui assure l'uniformité d'interprétation du droit de l'Union dans les États membres en application de l'article 267 TFUE⁹, répond à l'ensemble des moyens développés.

Les certificats E101 délivrés par l'autorité compétente suisse avaient force obligatoire aussi bien à l'égard des institutions de sécurité sociale qu'à l'égard des juridictions judiciaires, même si celles-ci avaient établi que les conditions d'exercice du travail ne remplissaient pas les exigences de 14 paragraphe 2, sous a), i, du règlement n° 1408/71.

Certes, l'Urssaf soutient qu'il ne s'agit pas seulement d'un recours erroné aux règles du détachement mais bien d'une mise en oeuvre abusive, voire frauduleuse, de la procédure instituée par le règlement n° 574/72 concernant la délivrance des certificats E101. La décision de la Cour de justice du 27 avril 2017 serait sans incidence sur les certificats E 101 obtenus frauduleusement.

L'admettre reviendrait à reconnaître que la question préjudicielle n'était pas complète. Surtout, puisque vous avez estimé que la fraude n'était pas véritablement dans le débat devant les juridictions du fond, un tel moyen, mélangé de fait et de droit, serait irrecevable.

La violation de l'article 12 bis, point 1 bis, du règlement n° 574/72 fixant les modalités d'application du règlement n° 1408/71 est établie (première branche du moyen).

4- Conclusion

La décision rendue n'est pas pleinement satisfaisante en ce qu'« *elle néglige la réalité des dysfonctionnements des administrations sociales qui émettent les formulaires A1¹⁰* ». Elle fait prévaloir sur les réglementations sociales, les politiques économiques et sur les questions de loyauté concurrentielle et de droits sociaux, la liberté de la prestation de service.

La doctrine souligne les réactions qui se sont organisées face aux pratiques déviantes, soit de nature juridique, par le recours au juge, soit de nature politique par la voie de

⁹ CJCE, 27 mars 1963, 28/62 à 30/62, Da Costa.

¹⁰ Sécurité sociale des travailleurs migrants -Portée des formulaires A1, Laetitia Driguez, Europe n°6, juin 2017, comm.227.

protocoles tripartites entre l'État et les organisations professionnelles et syndicales ou par la voie d'accords bilatéraux entre États membres¹¹.

Cependant deux ouvertures sont peut-être encore envisageables. Il est possible d'espérer encore un infléchissement de la Cour de justice à l'occasion d'une affaire actuellement pendante (aff. C-359/16. Ömer Altun e.a.) dans laquelle la fraude de l'entreprise semble caractérisée et qui a suscité une question préjudicielle posée par la Cour de cassation belge.

Parallèlement, la révision de la directive détachement, dans le sens de l'amélioration des conditions de rémunération et de travail des travailleurs détachés, peut laisser espérer, si elle vient à bout des nombreuses réticences, que la tentation de la fraude au détachement au sein de l'Union sera moindre.

Avis de cassation sur la première branche du moyen.

¹¹ F.Muller, *Face aux abus et contournements, la directive d'exécution de la directive détachement est-elle à la hauteur?* Dr social n°10/2014, pp.788-801.