

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE DU 23 OCTOBRE 2015 A 14 HEURES

CONSEILLER-RAPPORTEUR : M. Laurent TRUCHOT

PROCUREUR GÉNÉRAL : M. Jean-Claude MARIN

POURVOIN^o : A 13-25.467

La société A. Rosa Flusschiff GmbH,
(ayant pour avocats la SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor)

c/

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

POURVOIN^o : H 14-10.182

La caisse de mutualité sociale agricole (CMSA) de la Gironde
(ayant pour avocats la SCP Vincent et Ohl)

c/

La société Cardarelli
(ayant pour avocats la SCP Gatineau et Fattaccini)

POURVOIN^o : U 14-10.193

La caisse de mutualité sociale agricole (CMSA) de la Gironde
(ayant pour avocats la SCP Vincent et Ohl)

c/

La société Jean et fils
(ayant pour avocats la SCP Gatineau et Fattaccini)

ARRÊTS ATTAQUÉS : - Arrêt rendu le 12 septembre 2013 par la cour d'appel de Colmar - Pourvoi formé le 21 octobre 2013 - Arrêt rendu le 21 novembre 2013 par la Cour d'appel de Bordeaux - Pourvoi formé le 6 janvier 2014 - Arrêt rendu le 21 novembre 2013 par la Cour d'appel de Bordeaux - Pourvoi formé le 6 janvier 2014

AVIS
de Monsieur le Procureur Général
Jean-Claude MARIN

Les trois pourvois qui sont examinés par l'Assemblée plénière de la Cour portent sur la force probante des certificats E101 dont sont porteurs les travailleurs étrangers détachés en France et qui attestent de leur affiliation au régime de sécurité sociale du pays d'établissement de leur entreprise.

Il conviendra plus précisément d'examiner les deux questions suivantes:

-Le certificat E101 est-il l'unique document propre à attester de la régularité de la situation sociale du cocontractant étranger au regard du règlement CEE no 1408/71 du 14 juin 1971, au sens de l'article D.8222-7 du code du travail, qui précise les pièces et documents que le donneur d'ordre doit se faire remettre de son cocontractant établi à l'étranger, lors de la conclusion du contrat et tous les six mois jusqu'à la fin de l'exécution de celui-ci?

-L'Etat d'accueil d'un travailleur détaché titulaire d'un certificat E101 peut-il sanctionner la fraude lorsqu'il établit que le détachement de ce travailleur est manifestement irrégulier au regard du droit du travail?

La compréhension des questions posées par ces pourvois (II) conduit à rappeler le cadre économique et juridique du détachement des travailleurs au sein de l'Union européenne, lequel fait naître de nombreuses difficultés (I).

I-Le cadre économique et juridique du détachement:

Le droit de l'Union autorise les détachements de travailleurs en vue de permettre l'exercice de la libre prestation de services mais cette mobilité des travailleurs s'accompagne de nombreuses fraudes (A). Or, la lutte nécessaire contre cette nouvelle fraude sociale d'ampleur s'inscrit dans un cadre de droit communautaire contraint et contesté (B).

A- Le principe de la libre prestation des services inscrit à l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) suppose le développement de détachements dans les Etats membres de salariés étrangers par des entreprises étrangères, développement dont il convient de cerner les cadres juridiques et économiques.

1-Le cadre juridique du détachement:

1-1- les règles de droit du travail applicables au détachement:

Le travailleur détaché est celui qui est envoyé pour une durée limitée effectuer son travail, pour le compte de son employeur, sur le territoire d'un État membre de l'Union autre que l'État où il travaille habituellement.

Le détachement peut prendre différentes formes: exécution d'une prestation de services, mobilité intra-groupe ou réalisation d'une opération pour son propre compte.

-Au plan communautaire:

Le détachement est le fruit d'une construction jurisprudentielle¹ et a été réglementé par la Directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services², qui établit un socle de conditions de travail et d'emploi clairement définies, garantissant une protection minimale de ces travailleurs, qui doivent être respectées par le prestataire de services dans l'État membre d'accueil.

Cette Directive pose le **principe d'application du droit du travail du pays d'accueil, la *lex loci labori***.

Le « noyau dur » qui s'impose aux entreprises qui détachent leur salarié dans un autre Etat membre comprend ainsi, notamment, les règles relatives :

- Aux périodes maximales de travail et aux périodes minimales de repos ;
- A la durée minimale des congés annuels payés ;
- Aux taux de salaire minimum ;
- A la sécurité, la santé et l'hygiène au travail.

La Directive 96/71/CE ne précise pas la nature des entreprises qui peuvent procéder à des détachements et n'impose pas expressément à ces entreprises d'exercer une activité substantielle au sein du pays d'origine.

La CJUE exige que les entreprises exercent "normalement des activités dans l'Etat membre d'établissement" mais ajoute, de façon très souple, qu'il suffit que l'entreprise ait "des activités significatives" dans cet Etat. Elle dresse une liste non exhaustive de critères qui doivent permettre d'établir la réalité des liens avec l'Etat d'origine (lieu du siège de l'entreprise, effectif du personnel administratif dans les deux Etats, lieu de recrutement, de conclusion du contrat de travail, chiffre d'affaires réalisés dans l'Etat membre d'établissement et dans l'Etat d'accueil, etc.)³

¹ -les arrêts Webb (17 décembre 1981) puis Seco et Dequenne et Giral (3 février 1982) reconnaissent la possibilité d'imposer les minimas salariaux de l'État d'accueil, légaux ou conventionnels, aux travailleurs détachés ; l'arrêt *Rush Portuguesa* (27 mars 1990) distingue libre prestation de service et libre circulation des travailleurs et juge que la sous-traitance relève de la libre-prestation de service.

² Transposée par les Etats membres au plus tard le 16 décembre 1999

³ CJUE, 10 fev 2000, aff C-202-97, Fitzwilliam Executive Search Ltd;

La Directive 96/71 aborde la question des contrôles de façon limitée, contrôles qui reposent sur une coopération administrative entre Etats membres.

La Directive 2014/67 du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la Directive 96/71 a entendu renforcer les conditions de la mise en œuvre et le suivi du détachement, afin d'améliorer la sécurité juridique. Elle s'articule autour de 5 axes:

- *mieux caractériser les situations de détachement;
- *améliorer l'accès à l'information;
- *renforcer la coopération administrative entre les Etats membres;
- *garantir aux Etats membres la possibilité de contrôler les situations de détachement;
- *sanctionner effectivement le non-respect des règles.

Ainsi, l'article 4 de la Directive prévoit que les autorités compétentes procèdent à une évaluation globale de tous les éléments de fait qui sont jugés nécessaires lors des vérifications et des contrôles et lorsqu'elles ont des raisons de penser qu'un travailleur ne peut être considéré comme étant détaché au sens de la Directive 96/71.

Les autorités compétentes des Etats d'établissement des entreprises ayant détaché un travailleur, saisies d'une demande d'information sur ce travailleur, doivent répondre dans les deux semaines (voire en 24 heures en cas d'urgence).

La Directive 2014/67 prévoit aussi les mesures que peut imposer l'Etat membre d'accueil à une entreprise étrangère détachant des travailleurs sur son territoire:

- *obligation pour une entreprise de déclarer un détachement, au plus tard au début de la prestation. Cette déclaration n'équivaut pas à une demande d'autorisation préalable, qui n'est pas compatible avec le principe de la libre prestation de service;
- *obligation de conserver ou de fournir pendant toute la durée du détachement le contrat de travail, les fiches de paie, les relevés d'heures, les preuves du paiement des salaires;
- *obligation de désigner toute la durée du détachement un correspondant chargé de négocier au nom de l'employeur avec les partenaires sociaux de l'Etat d'accueil.

La Directive prévoit également l'amélioration de l'accessibilité des informations par la création d'une source unique d'informations par État membre. Chaque État membre devrait prévoir un site internet national officiel unique.

-Au plan national:

La France régit le détachement aux articles L. 1261-1 et s. du code du travail, *“sous réserve, le cas échéant, de celles des traités, conventions ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés et publiés, et notamment des traités instituant les communautés européennes ainsi que de celles des actes des autorités de ces communautés pris pour l'application de ces traités”*⁴.

⁴Article L1261-1 du code du travail

Particulièrement concernée, la France s'est ainsi empressée de transposer la Directive 2014/67 en adoptant la Loi n°2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, dite Loi Savary, suivie du décret d'application n°2015-364 du 30 mars 2015 relatif à la lutte contre les fraudes au détachement de travailleurs et à la lutte contre le travail illégal, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2015, qui imposent de nouvelles obligations et sanctions tant à l'employeur qu'au donneur d'ordre ou maître d'ouvrage.

Enfin, la Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite "Loi Macron", comporte une section 5 consacrée à la lutte contre la prestation de services internationale illégale. Parmi les mesures adoptées, figure la mise en place d'une carte d'identification professionnelle pour les salariés du BTP qui devrait contenir toutes les informations relatives au salarié, à son employeur, le cas échéant à son entreprise utilisatrice et à l'organisme ayant délivré la carte.

Modifié par cette dernière Loi (article 280), l'article L1262-3 dispose que *"Un employeur ne peut se prévaloir des dispositions applicables au détachement de salariés lorsqu'il exerce, dans l'Etat dans lequel il est établi, des activités relevant uniquement de la gestion interne ou administrative, ou lorsque son activité est réalisée sur le territoire national de façon habituelle, stable et continue. Il ne peut notamment se prévaloir de ces dispositions lorsque son activité comporte la recherche et la prospection d'une clientèle ou le recrutement de salariés sur ce territoire.*

Dans ces situations, l'employeur est assujéti aux dispositions du code du travail applicables aux entreprises établies sur le territoire national."

1-2-les règles d'affiliation en matière de sécurité sociale:

Le droit communautaire institue un régime de coordination des législations nationales en matière de sécurité sociale.

Le règlement no1408/71 du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté et le règlement n°574/72 du 21 mars 1972 [en] fixant les modalités d'application, applicables aux pourvois examinés, ont posé les principes du rattachement à la loi de l'Etat d'emploi du travailleur exerçant des activités dans des pays membres différents et de l'unicité de la législation applicable (article 13 du règlement 1408/71). Le règlement n° 883/2004 du 28 avril 2004 a repris l'ensemble de ces dispositions.

Des règles particulières prévoient cependant que le salarié détaché par son entreprise pour une période dont la durée prévisible n'excède pas douze mois pour travailler sur le territoire d'un autre Etat membre demeure assujéti au régime de protection sociale de l'Etat du siège social de sa société. (article 14 -1-a).

De même, l'article 14 -2- a envisage la situation du personnel roulant ou naviguant d'une entreprise effectuant des transports internationaux de passagers ou de marchandises par voie ferroviaire, routière, aérienne ou batelière, qui est soumis à la législation de sécurité sociale de l'Etat membre où la société qui l'emploie a son siège,

à moins que le salarié ne soit employé de manière prépondérante sur le territoire de l'Etat membre où il réside.

Enfin, deux ou plusieurs États membres, les autorités compétentes de ces États ou les organismes désignés par ces autorités peuvent prévoir d'un commun accord, dans l'intérêt de certaines catégories de personnes ou de certaines personnes, des exceptions aux dispositions des articles 13 à 16 (art 17).

Le règlement 1408/71 a donc eu pour objectif d'éviter le cumul des législations applicables par application d'un système uniforme et complet de règles de conflit de lois et ainsi de faciliter la libre circulation des travailleurs et la libre prestation de services.

Afin d'attester de son affiliation au régime de sécurité sociale, le travailleur détaché dispose d'un certificat E101 (désormais certificat A1) délivré par les institutions de l'Etat d'établissement en application de l'article 11 du règlement n°574/72 du 21 mars 1972 et attestant de son affiliation au régime de sécurité sociale de ce pays.

La protection du travailleur et la sécurité juridique sont les fondements initiaux de cette attestation, avant tout délivrée à l'attention du travailleur auquel il ne pourra être demandé de payer des cotisations sociales dans un autre Etat membre.

Le règlement 1408/71, modifié et mis à jour à de nombreuses reprises afin de tenir compte non seulement des développements intervenus au niveau communautaire, y compris des arrêts de la Cour de justice, mais également des modifications apportées aux législations nationales, a été remplacé à compter du 1er mai 2010 par le règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, qui a modernisé les règles de coordination des régimes nationaux de sécurité sociale des États membres en précisant les mesures et les procédures de mise en oeuvre nécessaires et en veillant à leur simplification au bénéfice de tous les acteurs concernés.

Il réaffirme la nécessité de soumettre les personnes qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté au régime de la sécurité sociale d'un seul État membre, afin d'éviter les cumuls de législations nationales applicables et les complications qui peuvent en résulter, et confirme le principe du rattachement de l'intéressé à la législation de l'État membre dans lequel il exerce son activité salariée ou non salariée, sauf exception.

Le règlement d'application n° 987/2009 du 16 septembre 2009 fixe les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004.

Il convient de relever d'ores et déjà que seul le règlement n°1408/71 s'applique aux pourvois qui vont être examinés.

2- Le cadre économique du détachement:

L'opinion publique s'émeut régulièrement de ce que cette nouvelle forme de mobilité des travailleurs s'accompagne de fraudes qui peuvent s'apparenter à de véritables pratiques de dumping social.

La difficulté est grande de distinguer la fraude de la mise en concurrence, à la baisse, des systèmes législatifs nationaux qui n'a rien de contraire au droit de l'Union.

Des entrepreneurs choisissent ainsi leur pays d'implantation en fonction du faible coût des cotisations sociales et développent, en détachant leurs salariés, des activités dans des pays qui leur procurent un avantage concurrentiel parfois très important par rapport aux entreprises locales. Ainsi une entreprise française du BTP économise, de la façon la plus légale qui soit, 30% en faisant appel à un travailleur polonais plutôt que français.

L'« *Analyse des déclarations de détachement des entreprises prestataires de services en France en 2012* »⁵ publiée en septembre 2013 par le ministère du travail, de l'emploi et de la santé démontre s'il en était besoin l'importance du détachement en France.

La France est au sein de l'Union le deuxième pays d'accueil de travailleurs détachés. Depuis 2006, le nombre de travailleurs détachés régulièrement en France est passé de 37 924 salariés à plus de 156 000 en 2012 et ne cesse de progresser. La France se classe ainsi derrière l'Allemagne (avec 311 000 travailleurs détachés en 2011) et devant la Belgique (125 000).

230 000 travailleurs détachés auraient été déclarés aux autorités françaises en 2014⁶ et ils seraient plus de 300 000 si l'on tient compte des travailleurs détachés provenant de pays hors UE.

En 2012, les déclarations de détachements en France ont couvert plus de 5,7 millions de jours détachés, soit 25 000 Equivalents Temps Pleins (ETP) environ. Le nombre de déclarations a progressé de plus de 32% de 2011 à 2012 et le nombre de jours d'emploi détachés de 16%.

Les trois secteurs les plus concernés par ces prestations restent inchangés par rapport aux années précédentes : Bâtiment et travaux publics (35% soit 63 659 travailleurs détachés en 2011 contre 5 865 en 2008, dans un secteur qui a enregistré la destruction de 40 000 emplois en 2013), Entreprises de Travail Temporaire (27%) et Industrie (15%). Mais aussi Agriculture (13%), Tourisme (1%), Spectacles (1%) et Mobilité intra groupe (3%).

⁵ Analyse des déclarations de détachement des entreprises prestataires de services en France en 2012 -Septembre 2013- Ministère du travail, de l'emploi et de la santé.

⁶ *Le Monde*, 11 février 2015

Même si les zones frontalières restent prioritairement concernées avec la réception de la moitié des déclarations, la prestation de services internationale tend à se diffuser sur l'ensemble du territoire français où 14 départements ont reçu plus de 1 000 déclarations en 2012, contre 8 départements en 2011.

Le Luxembourg reste le premier pays pourvoyeur de travailleurs détachés. Avec une situation paradoxale : nombre de salariés détachés depuis le Luxembourg sont en fait des Français travaillant pour des agences d'intérim locales. 12 500 Français ont été ainsi détachés en France en 2013, majoritairement en Lorraine et en Alsace.

Luxembourg, Pologne et Allemagne effectuent près de la moitié des déclarations reçues en France, les autres déclarations provenant de la Roumanie, du Portugal, l'Espagne, la Belgique, l'Italie et la Slovaquie, pays auxquels se sont ajoutés la Bulgarie, la Hongrie et le Royaume-Uni.

Parmi les travailleurs détachés en France, les polonais représentent la première nationalité, devant les portugais et les roumains.

Mais les services de contrôle mettent en évidence des cas de prestations en cascade entre entreprises qui relativisent les analyses par pays d'origine des déclarations. On observe aussi des opérations de montages de plus en plus imbriqués, des cas de délivrance de cartes de résident, de permis de travail et de cartes de sécurité sociale par les autorités d'un Etat à des travailleurs intérimaires qui n'ont pas la nationalité de cet Etat et qui sont mis à la disposition d'un Etat tiers.

Le rapport d'information du sénateur Bocquet du 18 avril 2013⁷ sur les normes européennes en matière de détachement des travailleurs met en exergue, depuis les élargissements de 2004 et 2007, la pratique et l'émergence progressive d'un salariat "low cost", à bas coût, au risque de créer des tensions sur le marché du travail.

Il évalue par ailleurs le nombre de travailleurs détachés irrégulièrement en France entre 230 000 et 300 000. Soit, selon une estimation de la Cour des comptes, une perte de recettes sociales qui atteindrait 380 M€, sous l'hypothèse que ces emplois reviendraient, en l'absence de fraude, à des travailleurs non-détachés rémunérés au SMIC⁸.

La très grande difficulté d'établir un taux moyen de non déclaration pour l'ensemble du territoire et pour tout type de prestations a conduit le Ministère du travail à ne pas l'évaluer en 2011 et 2012⁹ (L'estimation en 2010 avait reconduit le taux établi en 2009 de un salarié non déclaré sur deux à un salarié non déclaré sur trois).

⁷Rapport d'information sur les normes européennes en matière de détachement des travailleurs, par M. Éric BOCQUET, Sénateur. 18 avril 2013. p10.

⁸Cour des comptes: La lutte contre les fraudes aux cotisations sociales: des enjeux sous-estimés, une action à intensifier-19 septembre 2014.p131.

⁹Analyse des déclarations de détachement des entreprises prestataires de services en France en 2012 -Septembre 2013- Ministère du travail, de l'emploi et de la santé.

Mais les mécanismes de fraudes sont bien connus. La Direction générale du travail recense les fraudes des plus simples aux plus complexes : défaut de déclaration de détachement, défaut de certificat A1 (ex-E101), non-paiement des salaires, dépassement des durées légales de travail et non-paiement des heures supplémentaires, travail illégal, non-déclaration des accidents du travail. Ces infractions peuvent être sanctionnées sans difficulté particulière.

Plus complexes sont les contrôles des montages frauduleux, délocalisations fictives (entreprises immatriculées dans un autre pays de l'espace économique européen sans exercice d'activité économique dans le pays d'accueil), créations de "coquille vide" (création d'une entreprise dans un pays de l'EEE sans activité puis détachement de salariés en France), fausses sous-traitances ou fraudes à l'établissement (entreprise étrangère avec activité stable et continue en France sans déclaration d'établissement en France).

Dés lors, il est impératif pour les Etats membres d'accueil de lutter efficacement contre cette forme de délinquance.

B- La lutte nécessaire contre cette nouvelle fraude sociale s'inscrit dans un cadre de droit communautaire contraint et contesté:

La jurisprudence récente de la chambre criminelle de la Cour de cassation, désireuse de sanctionner la fraude (2), se heurte à une jurisprudence communautaire, désormais inscrite dans les textes, sur la valeur probante du certificat E101(1).

1- La jurisprudence communautaire:

La Cour de justice de l'Union Européenne s'est en effet prononcée à plusieurs reprises sur la force probante du certificat E101 dont doit être titulaire le travailleur détaché et qui atteste de son affiliation au régime de sécurité sociale de l'Etat d'établissement de son entreprise.

Ainsi, la Cour considère de façon constante que **la délivrance de ce certificat crée une présomption de régularité de l'affiliation du salarié détaché.**

1-1-Dans l'affaire *Fitzwilliam Executive Search Ltd* du 10 fev 2000¹⁰, qui opposait une entreprise de travail temporaire irlandaise à une institution néerlandaise de protection sociale, la Cour de justice s'est notamment prononcée sur les conditions de procédure en matière de détachement.

En l'espèce, l'entreprise de travail temporaire avait mis à disposition d'horticulteurs néerlandais des salariés irlandais, recrutés en Irlande, et titulaires d'un certificat E101 attestant de leur affiliation au régime irlandais de sécurité sociale dans le cadre du détachement. L'institution néerlandaise de protection sociale contestait les conditions d'application du régime irlandais au motif que le volume d'activité de l'entreprise de travail temporaire était plus important sur le territoire néerlandais que sur le territoire irlandais.

¹⁰ aff C-202-97

L'arrêt dispose qu'en présence de certificats E101, les autorités judiciaires ou administratives ne sont pas autorisées par la Cour de justice à sanctionner elles-mêmes les abus. Si, saisie d'une demande de retrait, l'institution émettrice confirme la validité du E101, les autorités compétentes de l'Etat d'accueil peuvent alors saisir la commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale installée auprès de la Commission européenne puis user de la voie contentieuse devant les tribunaux nationaux de l'Etat d'établissement ou devant la Cour de justice dans le cadre d'une action en manquement.

1-2-Cette position en terme de procédure a été confirmée plus explicitement encore par l'arrêt Banks¹¹ du 30 mars 2000. En l'espèce, le litige opposait des artistes du spectacle britanniques, non salariés en Grande Bretagne, à un théâtre belge pour lequel ils avaient temporairement exercé une activité salariée. Les autorités belges avaient considéré ces artistes, bien que titulaires de certificats E101, comme des salariés devant être affiliés au régime de sécurité sociale belge.

La Cour de justice désapprouve la position des autorités belges et affirme 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.**

Elle observe aussi que le règlement de coordination n'imposant aucun délai pour la délivrance du formulaire E101, celui-ci peut être délivré a posteriori, même si elle estime préférable que la délivrance intervienne avant le début de la période de détachement concernée, et qu'ainsi il peut avoir un effet rétroactif.

1-3- La Cour de justice a enfin rendu un arrêt Herbosch Kiere¹² le 26 janvier 2006 dans le même sens, qui énonce de surcroît que **la force juridique du E101 s'impose également au juge national de l'Etat membre d'accueil des travailleurs.**

En l'espèce, une entreprise de travail temporaire irlandaise avait envoyé des intérimaires en Belgique pour réaliser des travaux de BTP. Or, en dépit des certificats E 101 délivrés par les autorités irlandaises, l'inspection du travail belge avait contesté l'existence d'un détachement, au motif que les salariés irlandais étaient en réalité sous l'autorité de l'entreprise belge, ce qui entraînait paiement des cotisations sociales en Belgique. Le juge national avait écarté ces certificats, ce que la Cour de justice n'a pas admis.

¹¹ aff. C-178/97, 30 mars 2000, *Banks et autre c/ Théâtre Royal de la Monnaie et autres*

¹² aff. 2/05, 26 janvier 2006, *Rijksdienst voor Sociale Zekerheid c/ Herbosch Kiere NV..* Sommaire:

Le certificat E 101, délivré conformément à l'article 11, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 574/72, fixant les modalités d'application du règlement n° 1408/71, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement n° 2001/83, tel que modifié par le règlement n° 2195/91, lie l'institution compétente et les juridictions de l'État membre dans lequel sont détachés les travailleurs, aussi longtemps qu'il n'est pas retiré ou déclaré invalide par les autorités de l'État membre l'ayant délivré. 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, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement n° 2001/83, tel que modifié par le règlement n° 2195/91, lu en combinaison avec le point 1 de la décision n° 128 de la commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants, du 17 octobre 1985, concernant l'application des articles 14, paragraphe 1, sous a), et 14 ter, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71, 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 disp.)

1-4-Cette jurisprudence a été depuis intégrée dans l'article 5 du règlement (CEE) no987/2009 du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, ainsi rédigé :
“*Les documents établis par l'institution d'un Etat 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 Etats membres aussi longtemps qu'ils ne sont pas retirés ou déclarés invalides par l'Etat membre où ils ont été établis.*”

1-5- Outre le fait que la jurisprudence communautaire confère au certificat E101 une autorité considérable, le règlement des litiges doit passer par un dialogue entre les autorités administratives, solution critiquée par la doctrine.

Les conséquences en cas de fraude avérée sont considérables car elles conduisent à écarter la voie du contrôle judiciaire dans le pays d'emploi dans les hypothèses où les certificats E101 sont produits.

La force juridique du E101 crée en réalité une présomption de régularité du détachement, qui, s'imposant donc au juge, exclut tout contrôle judiciaire.

Devant l'ampleur de la fraude, la primauté des solutions administratives en cas de contestation de la validité de certificats E101 a été critiquée par une grande partie de la **doctrine**.

De telles voies de recours semblent en effet “*illusoirs*”¹³, tandis que “*la privation du contrôle des conditions du détachement par le juge sur le territoire duquel celui-ci s'effectue ... conduit à rendre en pratique impossible le contrôle judiciaire, l'institution qui délivre les certificats étant privée de toute possibilité d'exercer un contrôle sur les conditions du détachement*”¹⁴.

Les autorités compétentes des Etats d'établissement des entreprises qui détachent des travailleurs ne seraient pas en mesure de délivrer et éventuellement de retirer un certificat E101 en pleine connaissance de cause.

Et les Etats d'accueil des travailleurs seraient les mieux à même de contrôler la régularité des conditions du détachement.

C'est pourquoi “*Il serait nécessaire d'ouvrir davantage la voie à des contentieux dans les pays d'emploi, afin de faciliter les actions des organismes de sécurité sociale, des syndicats ou des*

¹³B. de Pauw , « *Détachement intra-communautaire et formulaire E 101 : la créativité du juge face au pouvoir de l'administration* », *Dr. soc.* 2010. 96.

¹⁴P. Mavridis, « *Détachement des travailleurs dans l'Union européenne : le juge national, arbitre ou soumis du principe du pays d'origine ?* », *comm. sur l'arrêt Kiere de la CJUE, Journal des tribunaux du travail (Bruxelles)*, 2006, p. 225.).

autorités nationales qui constituent les meilleurs moyens de contrôle des stratégies de dumping social.”¹⁵

2-La position de la Chambre criminelle de la Cour de cassation:

C'est dans le sens exprimé par une partie de la doctrine que la **Chambre criminelle** a rendu le 11 mars 2014 deux arrêts¹⁶ condamnant pour travail dissimulé les sociétés de transport aérien britannique Easyjet et espagnole Vueling Airlines au titre de leurs bases d'exploitation situées sur le territoire français, **rejetant pour ces salariés le statut de travailleurs détachés alors qu'ils étaient titulaires de certificats E101.**

2-1- concernant la société Easyjet:

*“Justifie sa décision la cour d'appel qui, pour condamner une société anglaise de transports aériens de passagers du chef, notamment, de travail dissimulé par dissimulation d'activité et de salariés, par suite d'un défaut d'immatriculation ainsi que de déclarations fiscales et sociales attachées à l'exercice d'une activité économique en France et d'un défaut de déclarations nominatives de salariés préalables à l'embauche, retient, après avoir constaté que ladite société avait développé sur le territoire national une activité habituelle, stable et continue, que cette **activité relève des règles relatives au droit d'établissement, exclusives des dispositions applicables au détachement transnational**, et non de la liberté de prestation de services au sens des articles 52 et suivants du Traité instituant la Communauté économique européenne modifié, et en déduit qu'en application des règles du droit du travail et du Règlement (CEE) no 1408/71 du 14 juin 1971 en vigueur à la date des faits, la société aurait dû procéder aux formalités requises.*

*Pour s'exonérer de sa responsabilité, la personne morale prévenue ne saurait utilement invoquer la circonstance que, **postérieurement aux agissements poursuivis, elle a conclu, sur le fondement de l'article 17 du Règlement (CEE) no 1408/71 du 14 juin 1971, un accord dérogatoire ayant maintenu l'affiliation des salariés concernés au régime de sécurité sociale étranger** et entraîné la délivrance de certificats E 106 et E 101 de nature à s'imposer aux administrations et juridictions des Etats membres de la Communauté.”*

Les salariés de la compagnie britannique avaient en France une activité habituelle, stable et continue relevant des règles relatives au droit d'établissement imposant notamment le paiement de cotisations sociales en France. Ils avaient pourtant obtenus postérieurement aux faits poursuivis des certificats E101 de l'administration britannique, avec l'accord de l'administration française.

2-2-concernant la société Vueling Airlines:

“Doit être rejeté, sans qu'il y ait lieu de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, le pourvoi formé par une société étrangère de transports aériens condamnée pour avoir omis de déclarer aux organismes de protection sociale les salariés, par

¹⁵F.Guionard, RDT 2013,p.283

¹⁶ pourvois n°11.88 420 et n°12.81 461

elle employés sur le sol français, qui étaient immatriculés au régime de protection sociale espagnol et présentés comme des travailleurs détachés, dès lors qu'en l'absence d'un détachement de salariés entrant dans les prévisions de l'article 14, § 1, a du Règlement (CEE) no 1408/71, en vigueur à la date des faits poursuivis, la société, dont l'activité en France était exercée dans le cadre d'une base d'exploitation telle que définie par l'article R. 330-2-1 du code de l'aviation civile, sous la direction d'un cadre dirigeant au sens de l'article L. 3111-2 du code du travail et **relevait du droit d'établissement au sens des dispositions de l'article L.1262-3 du même code et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'union européenne, ne pouvait se prévaloir des certificats délivrés par l'autorité étrangère en cas de détachement de travailleurs au sein de l'Union européenne**, dits formulaires E 101, et que se trouvait caractérisée à son encontre en tous ses éléments constitutifs l'infraction de travail dissimulé prévue par les dispositions, d'ordre public, de l'article L. 3221-3 2o de ce code”.

2-3- analyse et critique:

Les arrêts de la chambre criminelle reposent sur une stricte application du droit du travail.

Constatant que les sociétés poursuivies ont développé en France une activité habituelle, stable et continue, la chambre criminelle fait application des règles relatives à l'exercice de la liberté d'établissement, exclusives des règles relatives à l'exercice de la liberté de la prestation de services, pour en déduire qu'il y a travail dissimulé. Elle dénie toute force juridique aux certificats E101 produits, y compris ceux délivrés par accord conclu postérieurement au contrôle avec le Cleiss.

Toutefois, ces arrêts posent de sérieuses interrogations sur leur compatibilité avec le droit et la jurisprudence communautaires en matière de sécurité sociale¹⁷ et ont été à leur tour largement critiqués par la doctrine.

Ainsi, le Pr J-P Lhernould écrit ¹⁸: *“A deux reprises, la Cour de justice a indiqué que les formulaires E101 bénéficiaient d'une présomption très forte de conformité: ils s'imposent aussi bien à l'institution compétente de l'Etat membre dans lequel sont détachés les travailleurs qu'aux juridictions de cet Etat, qui ne sont pas habilitées à en vérifier la validité. Aucune distinction n'est opérée à cet égard entre les juridictions civiles et criminelles. (...) La méthode suivie en l'espèce par la chambre criminelle a d'ailleurs pour conséquence que des cotisations sociales pourraient être payées simultanément et pour la même activité dans deux Etats membres. Or un tel cumul est strictement prohibé par l'article 13 du Règlement 1408/71 et l'article 11§1 du Règlement 883/2004. (...)il y aurait violation du principe de coopération découlant de l'article 10 CE. De ce point de vue, l'arrêt de la chambre criminelle a pour résultat de violer un principe fondamental du droit de l'Union.*

Cette décision paraît également témoigner de la méconnaissance des procédures administratives de dialogue mises en place par les règlements de coordination lorsqu'une contestation s'élève autour d'un formulaire E101.(...)

Cette procédure exclusivement administrative de résolution des litiges, dont le principe est posé par l'article 76§6 du Règlement 883/2004, a été formalisée par l'article 5 du Règlement 987/2009 qui rappelle, en préambule, que “les documents établis par l'institution d'un Etat

¹⁷ arrêts Fitzwilliam, Banks et Herbosch Kiere précités

¹⁸J-P Lhernould, RJS 5/14, 441

... 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 Etats membres aussi longtemps qu'ils ne sont pas retirés ou déclarés invalides par l'Etat membre où ils ont été établis." (...) En l'espèce, les autorités françaises de sécurité sociale auraient du être sollicitées pour demander aux autorités espagnoles le retrait du formulaire. (...) La décision de la commission administrative A1 du 12 juin 2009 détaille la procédure de dialogue et de conciliation relative à la validité des documents, à la détermination de la législation applicable et au service de prestations.(...)"

*

*

*

II-L'examen des pourvois:

Les pourvois H14-10.182, *CMSA de la Gironde c/ société Cardarelli*, et U14-10.193, *CMSA de la Gironde c/ société Jean et fils*, qui posent une question de droit commune, seront examinées dans un premier temps (A). La deuxième partie (B) traitera du pourvoi A13-25.467, *société A. Rosa Flusschiff c/l'urssaf d'Alsace*.

A- Première question de droit : Le certificat E101 est-il l'unique document propre à attester de la régularité de la situation sociale du cocontractant étranger au regard du règlement CEE no 1408/71 du 14 juin 1971, au sens de l'article D.8222-7 du code du travail?

Préalable: l'article L 8222-2 du code du travail qui prévoit la solidarité financière du donneur d'ordre a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité transmise par le Conseil d'Etat par décision du 5 juin 2015. Le Conseil constitutionnel a, le 31 juillet 2015, déclaré le deuxième alinéa de l'article L8222-2 du code du travail conforme à la Constitution, sous la réserve énoncée au considérant 14 que la disposition contestée ne saurait interdire au donneur d'ordre de contester la régularité de la procédure, le bien fondé et l'exigibilité des impôts, taxes et cotisations obligatoires ainsi que des pénalités et majorations y afférentes¹⁹.

1- Les faits et la procédure:

1-1- Examen du pourvoi H14-10.182, *CMSA de la Gironde c/ société Cardarelli*:

Au cours des années 2007 à 2009, la société Cardarelli a confié à la société portugaise Vigma Lda, la réalisation de prestations viticoles en sous-traitance. La société Vigma Lda a fourni à son donneur d'ordre un certain nombre de documents parmi lesquels ne figuraient pas les certificats E101 des travailleurs détachés.

La société portugaise a fait l'objet d'un contrôle qui a permis de relever plusieurs infractions pénales.

Le tribunal correctionnel de Bordeaux a par jugement du 17 mai 2010 déclaré le gérant de la société Vigma Lda coupable, pour certains de ses salariés, du délit de travail

¹⁹Décision n°2015-479 QPC du 31 juillet 2015.

dissimulé par dissimulation d'activité, pour ne pas avoir déclaré en France son établissement secondaire auprès des organismes sociaux et fiscaux, et coupable d'emploi d'un étranger non muni d'une autorisation de travail salarié.

Pour les autres salariés, le tribunal a relaxé le gérant "à défaut d'investigations concluantes quant à la situation respective de ces différents salariés au regard du droit portugais et du droit européen auprès de l'administration portugaise", la société Vigma, invoquant le droit communautaire pour ce personnel qu'elle soutenait avoir régulièrement déclaré dans son pays d'origine.

A la suite de cette condamnation, la caisse de mutualité sociale agricole de la Gironde a entendu mettre en oeuvre la solidarité financière du donneur d'ordre prévue à l'article L 8222-2 du code du travail et a adressé le 25 mars 2011 à la société Cardarelli une mise en demeure de payer la somme de 80.547,93 euros, correspondant aux cotisations dont elle était solidairement redevable.

La société a contesté ce redressement devant la commission de recours amiable puis a saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale de la Gironde, lequel, par jugement du 5 avril 2013 a annulé le redressement et la mise en demeure.

Sur appel formé par la caisse, par arrêt du 21 novembre 2013, la cour d'appel de Bordeaux a confirmé le jugement en toutes ses dispositions. C'est l'arrêt attaqué par la caisse.

1-2-Examen du pourvoi U14-10.193, *CMSA de la Gironde c/ société Jean et fils*:

La société Jean et fils a aussi confié à la société portugaise Vigma Lda la réalisation de prestations viticoles en sous-traitance de 2007 à 2009. La société Vigma Lda a fourni à son donneur d'ordre un certain nombre de documents parmi lesquels ne figuraient pas les certificats E101 des travailleurs détachés.

A la suite du jugement correctionnel précité condamnant le gérant de la société portugaise, la caisse de mutualité sociale agricole de la Gironde a adressé à la société Jean et fils une lettre d'observations, le 15 novembre 2010, concernant la mise en oeuvre de la solidarité financière prévue à l'article L. 8222-2 du code du travail, suivie, le 22 mars 2011, d'une mise en demeure de payer la somme de 58.133,25 euros, correspondant aux cotisations dont la société Jean était solidairement redevable.

La société Jean a contesté ce redressement devant la commission de recours amiable puis a saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale de la Gironde, lequel, par jugement du 5 avril 2013 a annulé le redressement et la mise en demeure.

Sur appel formé par la caisse, par arrêt du 21 novembre 2013, la cour d'appel de Bordeaux a confirmé le jugement en toutes ses dispositions. C'est l'arrêt attaqué par la caisse.

2 - Analyse succincte des moyens:

Le moyen, unique, soulevé par la caisse est identique dans les deux affaires:

La caisse fait grief à l'arrêt d'annuler le redressement et la mise en demeure et de rejeter sa demande en paiement au titre de la solidarité financière prévue à l'article L.8222-2 du code du travail, alors que le formulaire E101 est le "document attestant la régularité de la situation sociale du cocontractant au regard du règlement (CEE) no1408/71 du 14 juin 1971 ou d'une convention internationale de sécurité sociale", au sens de l'article D. 8222-7 du code du travail et qu'en retenant que le donneur d'ordre devait se faire remettre tout document pertinent et en jugeant suffisante la production de divers documents, autres que le formulaire E101, la cour d'appel aurait violé l'article D.8222-7 du code du travail et les articles 14 du règlement (CEE) no 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 et 11 du règlement (CEE) no 574/72 du Conseil du 21 mars 1972, interprétés par la décision no181 de la commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants du 13 décembre 2000.

3- La discussion:

3-1-Le texte en cause:

L'article D. 8222-7 (ancien article R. 324-7) du code du travail dispose, dans sa version applicable à l'espèce, que:

*“La personne qui contracte, lorsqu'elle n'est pas un particulier répondant aux conditions fixées par l'article D. 8222-6, est considérée comme ayant procédé aux vérifications imposées par l'article L. 8222-4 (ancien L. 324-14-2) si elle se fait remettre par son cocontractant établi ou domicilié à l'étranger, **lors de la conclusion du contrat et tous les six mois jusqu'à la fin de son exécution** :*

1o Dans tous les cas, les documents suivants : (...)

*b) **Un document attestant la régularité de la situation sociale du cocontractant au regard du règlement (CEE) no 1408/71 du 14 juin 1971** ou d'une convention internationale de sécurité sociale ou, à défaut, une attestation de fourniture de déclarations sociales émanant de l'organisme français de protection sociale chargé du recouvrement des cotisations sociales incombant au cocontractant et datant de moins de six mois ;(...)*”

La sanction du non-respect de cette disposition est la mise en oeuvre possible de la solidarité financière du donneur d'ordre prévue à l'article L 8222-2 du code du travail.

3-2-La question soulevée:

La question posée par les deux pourvois porte, lorsque le cocontractant est établi ou domicilié au sein de l'Union européenne, sur la nature du document dont le donneur d'ordre doit disposer au moment de la conclusion du contrat pour ne pas voir sa responsabilité solidaire éventuellement engagée.

La cour d'appel a jugé que le donneur d'ordre devait se faire remettre tout document *“pertinent”* pour prouver la régularité de la situation sociale du cocontractant au regard

du règlement n°1408/71 et, dans les deux espèces, elle a admis comme étant suffisante la production d'autres documents que le formulaire E101.

Ce faisant, la cour d'appel n'exclut pas que ce document puisse être le certificat E101, qui, en cas de détachement du travailleur, atteste précisément de son affiliation à un régime de sécurité sociale.

Mais ce document **doit**-il être le certificat E101 du travailleur détaché comme le soutien la caisse?

L'article D. 8222-7 dans sa version applicable précise que le donneur d'ordre se fait remettre le document dés la conclusion du contrat.

La question de savoir si le certificat de détachement européen E101 est, pour le donneur d'ordre, l'unique document propre à attester de la régularité de la situation sociale du cocontractant étranger au regard du règlement no 1408/71 au sens de l'article D.8222-7 du code du travail, revient à déterminer si l'on doit exiger de l'employeur étranger et des salariés qu'ils soient détenteurs du formulaire E101 (ou A1) dés le début du détachement.

3-3-discussion:

La modification de l'article D.8222-7 du code du travail à compter du 1^{er} janvier 2012 et l'examen de la jurisprudence communautaire ne permettent pas d'affirmer que le E101 est l'unique document visé par le 1°, b) de ce texte.

-l'article D8222-7 modifié:

Afin d'améliorer les informations dont disposent les donneurs d'ordre pour s'assurer du respect du droit du travail par leurs sous-traitants, le décret n° 2011-1601 du 21 novembre 2011, relatif au contenu et aux modalités de délivrance de l'attestation prévue aux articles L.8222-1 et L. 8222-4 du code du travail et L. 243-15 du code de la sécurité sociale, a modifié les articles D. 8222-5 et D. 8222-7 du code du travail et créé l'article D. 243-15 du code de la sécurité sociale.

La circulaire interministérielle DSS/SD/5C n° 2012-186 du 16 novembre 2012 relative à l'attestation de vigilance est venue en préciser les termes.

« La LFSS pour 2011 et le décret du 21 novembre 2011 ont simplifié l'obligation de vigilance, tout en la sécurisant, le donneur d'ordre ou maître d'ouvrage ne pouvant plus se contenter de déclarations sur l'honneur. »²⁰

Le b du 1° de l'article D. 8222-7, applicable à compter du 1er janvier 2012, est désormais ainsi rédigé:

²⁰Mme Cerf-Hollender, Répertoire Dalloz de droit du travail, « Travail dissimulé », décembre 2012, n° 90 et s.

« b) **Un document attestant de la régularité de la situation sociale du cocontractant** au regard du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004 ou d'une convention internationale de sécurité sociale **et, lorsque la législation du pays de domiciliation le prévoit, un document émanant de l'organisme gérant le régime social obligatoire et mentionnant que le cocontractant est à jour de ses déclarations sociales et du paiement des cotisations afférentes, ou un document équivalent** ou, à défaut, une attestation de fourniture des déclarations sociales et de paiement des cotisations et contributions de sécurité sociale prévue à l'article L. 243-15 du code de la sécurité sociale. **Dans ce dernier cas, elle doit s'assurer de l'authenticité de cette attestation auprès de l'organisme chargé du recouvrement des cotisations et contributions sociales.** »

Le donneur d'ordre doit donc désormais procéder à des vérifications plus nombreuses à l'égard du cocontractant.

Le texte exige la production conjointe d'un document attestant la régularité de la situation sociale du cocontractant et d'une attestation de régularité des déclarations et du paiement des cotisations et contributions de sécurité sociale.

La question demeure donc d'une éventuelle articulation avec l'attestation A1. Seule la circulaire du 16 novembre 2012 prévoit, dans le paragraphe « VI – *Les obligations particulières lorsque le sous-traitant ou le prestataire n'est pas établi en France* », que le document attestant de la régularité de la situation sociale du cocontractant au regard du règlement n° 883/2004 est désormais le formulaire A1.

“Dans un souci d'harmonisation des obligations à la charge des sous-traitants ou prestataires établis en France et de ceux établis à l'étranger, l'article D.8222-7 du code du travail a été modifié.(...)”

Droits et obligations du sous-traitant ou du prestataire:

Il est établi que le sous-traitant ou le prestataire établi à l'étranger remette au donneur d'ordre établi en France:

-Dans l'hypothèse d'un détachement, soit l'attestation A1 prévue par le règlement européen n°883/2004, soit l'attestation prévue par l'accord bilatéral de sécurité sociale, accompagnée, lorsque la législation du pays de domiciliation le prévoit, d'un document émanant de l'organisme gérant le régime social obligatoire mentionnant que le sous-traitant ou le prestataire est à jour de ses obligations sociales de déclaration et de paiement des cotisations ou un document équivalent.(...)

Il devra produire le formulaire A1 dans le cas d'un détachement et, lorsque la législation du pays de domiciliation le prévoit, un document émanant de l'organisme gérant le régime social obligatoire mentionnant que le sous-traitant ou le prestataire est à jour de ses obligations sociales de déclaration et de paiement des cotisations ou un document équivalent.”

Bien que l'article D.8222-7 reprenne les termes de “*document attestant de la régularité de la situation sociale du cocontractant au regard du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004*”, **le droit français exigerait donc depuis le 1^{er} janvier 2012 la remise du certificat A1 au donneur d'ordre.**

En tout état de cause, on ne saurait déduire de l'évolution de l'article D.8222-7 du code du travail qu' à la date des faits, qui sont antérieurs à 2009, le “document attestant la régularité de la situation sociale du cocontractant au regard du règlement (CEE) no 1408/71 du 14 juin 1971” visait uniquement le certificat E101.

-La jurisprudence communautaire:

La question de la compatibilité de l'exigence du certificat E101 dès la conclusion du contrat avec la jurisprudence communautaire semble plus pertinente au regard de la notion d'entrave à la liberté de la prestation de services au sein de l'Union et de la notion d'intérêt général²¹.

L'exigence ab initio du formulaire E101 est certes incontestablement protectrice des intérêts des salariés et du donneur d'ordre, et protectrice de l'intérêt général puisqu'elle peut constituer un obstacle à certains types de fraude. La directive d'exécution 2014/67 affirme en ce sens que l'insuffisance du certificat concernant la législation applicable en matière de sécurité sociale que prévoit le règlement no 883/2004 peut être un élément indiquant que la situation ne devrait pas être caractérisée comme étant un détachement temporaire dans un État membre autre que celui dans lequel le travailleur concerné travaille habituellement dans le cadre de la prestation de services.

L'arrêt de la CJUE (troisième chambre) "*De Clercq*"²² du 3 décembre 2014 est venu récemment réaffirmer que les restrictions à la libre prestation de services sont admises par la Cour de justice s'il existe une raison impérieuse d'intérêt général qui ne soit pas déjà sauvegardée, propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et que la mesure restrictive soit proportionnée, c'est à dire qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

Dans cette affaire, la juridiction de renvoi belge demandait, en substance, si les articles 56 TFUE et 57 TFUE, ainsi que l'article 3, paragraphes 1 et 10, de la directive 96/71 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation d'un État membre en vertu de laquelle le destinataire de services réalisés par les travailleurs salariés détachés d'un prestataire de services établi dans un autre État membre est tenu de déclarer aux autorités compétentes, avant le début de l'occupation de ces travailleurs, les données d'identification de ces derniers lorsqu'ils ne sont pas en mesure de présenter la preuve de la déclaration que leur employeur aurait dû effectuer auprès des autorités compétentes de cet État membre d'accueil avant le début de ladite prestation.

Les gouvernements belge, danois et français faisaient valoir que la réglementation nationale en cause ne pouvait être qualifiée d'entrave à la libre prestation des services et que, en tout état de cause, cette réglementation était, d'une part, justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général tenant notamment à la protection des travailleurs, à la prévention de la concurrence déloyale et à la lutte contre la fraude et, d'autre part, nécessaire à la réalisation de ces objectifs.

²¹Cette notion sera abordée à nouveau ci-après dans le cadre d'une étude sur la notion de fraude.

²²Affaire C-315/13

La Cour dit pour droit:

“Les articles 56 TFUE et 57 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu’ils ne s’opposent pas à une réglementation d’un État membre telle que celle en cause au principal, en vertu de laquelle le destinataire de services réalisés par les travailleurs salariés détachés d’un prestataire de services établi dans un autre État membre est tenu de déclarer aux autorités compétentes, avant le début de l’occupation de ces travailleurs, les données d’identification de ces derniers lorsqu’ils ne sont pas en mesure de présenter la preuve de la déclaration que leur employeur aurait dû effectuer auprès des autorités compétentes de cet État membre d’accueil avant le début de ladite prestation dès lors qu’une telle réglementation peut être justifiée au titre de la protection d’une raison impérieuse d’intérêt général, telle que la protection des travailleurs ou la lutte contre la fraude sociale, à condition qu’il soit établi qu’elle est propre à garantir la réalisation du ou des objectifs légitimes poursuivis et qu’elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour les atteindre, ce qu’il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.”

En l’espèce, si l’objectif de protection de l’intérêt général semble acquis, la question du caractère proportionné au but recherché se pose dès lors que la preuve par d’autres moyens, sous réserve de l’appréciation des juges du fond, peut être pertinente et donc suffisante.

En ce sens, la Directive d'exécution 2014/67²³ énonce que *“de telles exigences et mesures ne peuvent être imposées que si les autorités compétentes ne peuvent s’acquitter efficacement de leur mission de surveillance sans les informations requises et/ou si des mesures moins restrictives ne permettraient pas d’atteindre les objectifs des mesures nationales de contrôle jugées nécessaires.”*

Enfin, comment concilier cette exigence avec l’arrêt *Banks* du 30 mars 2000 déjà cité, qui admet que la déclaration auprès de l’institution émettrice puisse aussi être effectuée au cours de la période d’activité, voire après son expiration, et qui admet donc que le certificat E101 soit délivré postérieurement au début de la prestation?

En d’autres termes, le donneur d’ordre verrait sa responsabilité financière engagée en cas de défaut de certificat E101 lors de la conclusion du contrat, alors que la société serait autorisée à ne pas déclarer dès le début de l’activité les détachements auprès de l’institution émettrice de l’Etat dans lequel elle est établie.

Dans ces conditions, le donneur d’ordre refusera de signer le contrat. Là encore, cette exigence *ab initio* du certificat d’affiliation sera incontestablement perçue par la Cour de justice comme une restriction disproportionnée à la liberté de la prestation de services.

La jurisprudence communautaire ne paraît donc pas permettre la production du E101 dès le début de la prestation et la question de la légalité de la circulaire n° 2012-186 au regard du droit communautaire se trouve posée.

La cour d’appel de Bordeaux n’a pas violé l’article D.8222-7 du code du travail et les articles 14 du règlement (CEE) no 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 et 11 du règlement (CEE) no 574/72 du Conseil du 21 mars 1972.

²³Considérant 23

Mon avis sera donc au REJET.

Si vous estimiez cependant que devant l'ampleur des fraudes, l'intérêt général devait prévaloir et que l'exigence du certificat E101(ou A1) dès le début de la prestation est une mesure adaptée et proportionnée au but recherché, une question préjudicielle pourrait être posée à la Cour de justice de l'Union européenne en ces termes:

L'obligation faite à l'employeur de disposer dès la conclusion du contrat des certificats E101 (ou A1) des salariés détachés qu'il emploie est-elle compatible avec l'article 56 du TFUE?

*

*

*

B- Seconde question de droit posée par le pourvoi A13-25.467, société A. Rosa Flusschiff c/l'urssaf d'Alsace: l'Etat d'accueil d'un travailleur détaché titulaire d'un certificat E101 peut-il sanctionner la fraude manifeste lorsqu'il établit que le détachement de ce travailleur est irrégulier?

1- Les faits et la procédure:

La société allemande Rosa Flusschiff exploite chaque année du mois d'avril au mois de novembre deux navires de croisière amarrés en Avignon sur lesquels elle emploie notamment 90 travailleurs ressortissants communautaires, embauchés sous contrat de travail de droit suisse.

Un contrôle de l'URSSAF du Vaucluse portant sur la période courant du 1^{er} avril 2005 au 30 septembre 2007 a établi que le personnel, saisonnier, était affecté de manière permanente en France, qu'aucune déclaration d'embauche ni déclaration sociale n'avait été effectuée et que les heures de travail dépassaient le temps de travail autorisé par la loi française. La société allemande a fourni en cours de contrôle un premier lot de certificats E101 délivré le 6 septembre 2007 et couvrant l'année 2007.

L'Urssaf du Vaucluse a reproché à la société allemande de ne pas avoir assujéti à cotisations de sécurité sociale en France les salaires versés à ses travailleurs étrangers.

La gestion du dossier ayant été transmise à l'Urssaf du Bas-Rhin, celle-ci a adressé une mise en demeure le 26 février 2008, reçue le 4 mars 2008, au siège social de la société Rosa Flusschiff en Allemagne.

Après un rejet implicite de la Commission de recours amiable, la société Rosa Flusschiff a saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale de Strasbourg, qui, par jugement du 9 février 2011, l'a déboutée de l'intégralité de ses demandes et l'a condamnée à payer à l'Urssaf la somme de 2 024 123 euros, outre 1.500 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

La société allemande a produit après ce jugement un second lot de certificats E101 délivré le 14 mai 2012 pour les années 2005 et 2006.

Par un arrêt du 12 septembre 2013, la cour d'appel de Colmar a confirmé le jugement entrepris, ne l'infirmant qu'en ce qui concerne les majorations de retard et a condamné la société Rosa Flussschiff à verser à l'URSSAF la somme de 1.755.040 € à titre de rappel de cotisations. C'est l'arrêt attaqué par la société allemande.

2 - L'analyse succincte des moyens :

-Dans son mémoire ampliatif, la société développe un moyen unique en dix branches, faisant grief à l'arrêt de violer les articles 13 et 14 paragraphe 2 a) i) du règlement communautaire no 1408/71, et 11 et 12 bis paragraphes 1 a) et 2 a) du règlement communautaire 574/72 pris pour son application, la Décision no 381 de la commission administrative du 13 décembre 2000, l'article 5 du règlement CE no 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 portera sur la motivation de l'arrêt qui a rejeté la demande de l'URSSAF de paiement des majorations de retard. Il ne paraît pas mériter de développements particuliers.

3- La discussion sur le pourvoi principal:

Il convient de rappeler au préalable que la Suisse est liée à la Communauté européenne par un accord conclu le 21 juin 1999 et entré en vigueur le 1^{er} juin 2002, qui prévoit notamment la coordination des systèmes de sécurité sociale (art 8 et annexe II). Le règlement communautaire n° 1408/71 était donc applicable aux situations de détachement par une entreprise suisse dans un Etat membre.

3-1- L'évolution de la jurisprudence communautaire et des Etats membres:

3-1-1: un fondement inchangé:

Le titre II du règlement 1408/71, titre relatif à la détermination de la législation applicable, a un caractère impératif.

L'équilibre des règles qu'il institue et de la jurisprudence communautaire en cette matière repose sur les principes de confiance et de reconnaissance mutuelle entre les Etats membres et suppose que soit mise en place une collaboration efficace et loyale entre administrations nationales.

La responsabilité du déclenchement du mécanisme du détachement, à travers la délivrance du certificat E101 ou A1, pèse intégralement sur l'institution compétente de l'Etat d'établissement de l'entreprise qui détache un salarié, institution qui doit s'assurer que les conditions du détachement sont réunies.

Pourtant, la pratique démontre que bon nombre d'Etats délivrent avec une extrême facilité des certificats E101 qui viennent apporter une présomption de régularité à des situations manifestement irrégulières. Des sociétés contrôlées produisent a posteriori sans peine des certificats qui viennent valider des fraudes. C'est le cas en l'espèce.

Or, ni le règlement n° 987/2009 ni la jurisprudence communautaire ne prévoient d'exceptions permettant aux Etats d'écarter des certificats E101.

3-1-2-Confrontées à des questions similaires à celles qui nous intéressent aujourd'hui, deux Cours suprêmes au sein de l'Union européenne se sont prononcées sur la portée du certificat E101 dans la droite ligne des arrêts précités.

-La Cour de cassation belge²⁴ a retenu le caractère obligatoire de la force juridique du certificat à l'égard du juge du pays d'emploi du salarié détaché, considérant que le juge n'a pas compétence pour en apprécier la valeur probante.

A l'occasion d'un pourvoi de l'Office national de sécurité sociale formé contre un arrêt de la Cour du travail d'Anvers du 26 octobre 2001, au visa de la jurisprudence de la CJCE, la Haute juridiction a rejeté le pourvoi au motif que :

« le juge de l'Etat membre de l'emploi n'est pas compétent pour apprécier la validité et la véracité du certificat [E101] délivré en application de l'article 11.1.a), du règlement n° 574/72 par l'institution compétente de l'Etat membre ayant détaché le travailleur ; »

-En Allemagne, la Cour fédérale de justice²⁵ a consacré l'opposabilité du certificat E101 aux juridictions pénales.

Elle a jugé, dans un arrêt du 24 octobre 2006, qu'un certificat de détachement E101 est opposable aux juridictions pénales quand bien même sa délivrance aurait été provoquée par des manœuvres dolosives.

La revue Reflets²⁶, publiée par la Cour de justice de l'Union européenne, rapporte que la haute juridiction pénale allemande a jugé que : *« un tel certificat est opposable aux juridictions pénales lorsqu'il ressort des éléments sur la base desquels il a été délivré, notamment qu'il existe un lien organique, pendant la durée de ce détachement, entre l'entreprise établie dans l'autre Etat membre et les travailleurs détachés sur le territoire allemand.*

En conséquence, toute poursuite pénale engagée sur la base de faits se trouvant en contradiction avec les éléments attestés par le certificat E 101, serait, selon le BGH, contraire au droit communautaire. »

²⁴Cour de cassation, arrêt du 2 juin 2003, F-200030602-13

²⁵Bundesgerichtshof, arrêt du 24 octobre 2006, 1 StR 44/062

²⁶Reflets n°1/2007, Jurisprudence, p8 et 9.

3-1-3- Enfin, la CJUE (2^{ème} chambre) a rendu le 9 septembre 2015 un arrêt²⁷ portant sur les questions préjudicielles posées par la Cour suprême des Pays-Bas et la cour d'appel de Bois-le-Duc (Pays-Bas) relatives à la portée de certificats E101.

Dans cet arrêt, la Cour dit pour droit que:

"1) L'article 7, paragraphe 2, sous a), 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, ainsi que les articles 10 quater à 11 bis, 12 bis et 12 ter du règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement n° 1408/71, dans leur version modifiée et mise à jour par le règlement (CE) n° 118/97 du Conseil, du 2 décembre 1996, tels que modifiés par le règlement (CE) n° 647/2005 du Parlement européen et du Conseil, du 13 avril 2005, doivent être interprétés en ce sens qu'un certificat délivré par l'institution compétente d'un État membre, sous la forme d'un certificat E 101, afin d'attester qu'un travailleur est soumis à la législation sociale de cet État membre, alors que ce travailleur relève de l'accord concernant la sécurité sociale des bateliers rhénans, adopté par la Conférence gouvernementale chargée de réviser l'accord du 13 février 1961 concernant la sécurité sociale des bateliers rhénans, signé à Genève le 30 novembre 1979, ne s'impose pas aux institutions des autres États membres. Le fait que l'institution émettrice n'avait pas l'intention de délivrer un véritable certificat E101, mais a utilisé le formulaire-type de ce certificat pour des raisons administratives est sans pertinence à cet égard."

La motivation de la Cour est la suivante:

"45 Il importe à cet égard de rappeler que l'article 7, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1408/71 prévoit que, nonobstant les dispositions de l'article 6 de ce règlement, selon lesquelles ce dernier se substitue en principe à toute convention de sécurité sociale liant soit exclusivement des États membres, soit au moins deux États membres et un ou plusieurs autres États, les dispositions de l'accord des bateliers rhénans concernant la sécurité sociale de ces derniers restent applicables.

"46 Il en découle que les bateliers rhénans relèvent non pas du champ d'application du règlement n° 1408/71, mais de celui de l'accord des bateliers rhénans, de sorte que la détermination de la législation en matière de sécurité sociale qui leur est applicable s'effectue non pas conformément au titre II dudit règlement, mais conformément audit accord.

"47 Dans ces conditions, un certificat délivré par une institution d'un État membre, afin d'attester la soumission d'un travailleur ayant la qualité de batelier rhénan à la législation de cet État membre, tel que les certificats en cause au principal, ne saurait être considéré comme étant un certificat E 101, même s'il en revêt la forme et indépendamment de la question de savoir s'il a été délivré par l'institution désignée par l'autorité compétente d'un État membre au sens du règlement n° 1408/71 pour délivrer ce type de certificat.

"48 Par conséquent, une telle attestation ne saurait produire les effets propres au certificat E101, parmi lesquels figure l'effet contraignant à l'égard des institutions des États membres autres que celui dont relève l'institution qui a délivré un tel certificat."

Pour la première fois, la Cour de justice reconnaît qu'un certificat E101 délivré ne s'impose pas. Mais elle le reconnaît dans le cas très particulier des bateliers rhénans qui ne relèvent pas du champ d'application du règlement n° 1408/71.

²⁷"X contre Inspecteur van Rijksbelastingdienst (C-72/14) et T. A. van Dijk contre Staatssecretaris van Financiën (C-197/14)"

L'avocat général dans ses conclusions distinguait lui-même selon que le travailleur relevait ou pas de ce règlement pour en déduire que dès lors que ce texte a vocation à s'appliquer, le certificat E101 a vocation à s'imposer.

Il faut donc renoncer à voir dans cet arrêt un assouplissement de la jurisprudence communautaire.

Cependant, force est de constater que la jurisprudence communautaire ne s'est pas prononcée explicitement sur des cas de fraude avérée. Or, au regard de la jurisprudence communautaire relative à cette notion, le constat d'une fraude au détachement ne pourrait-il pas permettre aux juridictions nationales d'écarter le certificat E101 qui n'établit qu'une présomption simple de régularité de la situation du travailleur?

3-2-La notion de fraude en droit communautaire²⁸:

Dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, la notion de fraude est utilisée dans le domaine des justifications aux restrictions que les États membres peuvent apporter aux libertés protégées par le droit de l'Union européenne. L'objectif de lutte contre la fraude pourrait ainsi justifier, dans certains cas précis, une entrave faite à ces libertés par les États membres.

Ces justifications sont généralement classées en deux catégories :

*Celles prévues par les textes européens. Concernant les libertés de circulation et d'établissement, il est par exemple possible de déroger à ces libertés pour des activités participant à l'autorité publique d'un État ou pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique²⁹.

*Les dérogations jurisprudentielles, dont fait partie la notion d'exigences impératives d'intérêt général. Cette notion est, à l'origine, issue de l'arrêt dit *des Cassis de Dijon*³⁰ où la Cour de Justice a considéré qu'il était possible de justifier une entrave à une liberté par des exigences impératives d'intérêt général « *tenant notamment à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs* ». Cette création prétorienne d'un nouveau moyen de justification s'analyse comme la contrepartie de l'extension par la Cour de son contrôle aux mesures nationales indistinctement applicables et non plus seulement aux mesures discriminatoires³¹.

²⁸ Etude réalisée par Martin Drago sous la direction de Fabrice Burgaud, auditeur, chef du Bureau du droit européen, SDER, Cour de cassation.

²⁹ Articles 51 et 52 de la version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

³⁰ CJCE, arrêt du 20 février 1979, Rewe-Zentral dit « Cassis de Dijon », C-120/78

³¹ Brunessen Bertrand, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général », Europe n°1, Janvier 2012, étude 1. ; Guy Canivet, Laurence Idot, Denys Simon, « Lamy procédures communautaires », Lamy, Janvier 2005, 152-45

De la liberté de circulation des marchandises, cette notion s'est étendue aux autres libertés de l'Union européenne³² tout en gagnant de nouveaux domaines dont, notamment, celui de la protection des travailleurs.

Néanmoins sa classification fait débat dans la doctrine³³. Il semble qu'il y ait en réalité deux notions de fraude distinctes³⁴.

Il y aurait d'une part une notion de fraude, confondue avec celle de l'abus de droit, qui serait une catégorie de justification parallèle aux exigences impératives d'intérêt général³⁵ (3-2-1).

Il existerait d'autre part une autre notion de fraude qui ferait partie des exigences impératives d'intérêt général. La Cour de Justice a notamment développé la notion de lutte contre la fraude sociale, soit en la rattachant à d'autres objectifs plus généraux, comme la protection des travailleurs ou l'équilibre des comptes sociaux³⁶, soit en la reconnaissant comme une exigence impérative d'intérêt général en tant que telle (3-2-2).

3-2-1- La notion de fraude comme catégorie de justification à la restriction d'une liberté de l'Union européenne :

Dans ce cadre précis, la notion de fraude est constamment mêlée à la notion d'abus de droit, au point qu' apparaît une certaine confusion entre ces deux notions³⁷, ce qui fait l'objet de critiques : « *Cette confusion résulte sans doute du manque de rigueur de la Cour dans son usage, assez libre, des concepts de "fraude" et d'"abus". Le vocabulaire de la Cour n'est guère fixé*³⁸ »

³² Brunessen Bertrand, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général », Europe n°1, Janvier 2012, étude 1

³³ Raluca Nicoleta Ionescu, « L'abus de droit en droit communautaire », Thèse pour le doctorat en droit, Université Toulouse I, 2009

³⁴ Brunessen Bertrand, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général », Europe n°1, Janvier 2012, étude 1

³⁵ Guy Canivet, Laurence Idot, Denys Simon, « Lamy procédures communautaires », Lamy, Janvier 2005, 152-60

³⁶ Valérie Michel, « Prestation de services, lutte contre la fraude, la concurrence déloyale et protection des travailleurs », commentaire de l'arrêt de la CJUE du 19 décembre 2012, Commission c. Belgique, C-577/10, Europe n°2, Février 2013, comm. 79

³⁷ Pierre Rodière, « Le détachement de travailleurs dans l'UE : une zone d'affrontements : Première partie », Semaine Sociale Lamy, 2014, 1628 ; Emmanuel Claudel, Chronique, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », commentaire de l'arrêt de Grande chambre du 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes, C-196/04, Journal de droit international (Clunet) n°2, Avril 2007, 4

³⁸ Alexandre Defossez, « Commentaire et proposition de révision de l'article 3 de la directive relative à l'exécution de la directive détachement », Revue trimestrielle de droit européen, 2013, p. 53

Cette catégorie de justification apparaît en premier lieu dans l'arrêt *Van Binsbergen* du 3 décembre 1974 concernant la liberté de prestation de services. La Cour de justice y énonce que :

« On ne saurait dénier à un État membre le droit de prendre des dispositions destinées à empêcher que la liberté garantie par l'article 59 soit utilisée par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, en vue de se soustraire aux règles professionnelles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de cet État, une telle situation pouvant être justiciable du chapitre relatif au droit d'établissement et non celui des prestations de service ³⁹».

Cette exception se retrouve dans la jurisprudence de la Cour de justice dans plusieurs domaines, que ce soit dans la libre circulation des marchandises⁴⁰, dans la liberté d'établissement, en droit social⁴¹ (*« il y a lieu d'observer que de tels abus ne sont pas couverts par les dispositions communautaires en cause »*) ou encore dans le domaine de la diffusion télévisuelle⁴².

Dans le domaine de la sécurité sociale, la Cour de Justice énonce dans l'arrêt *Paletta* du 2 mai 1996 un principe à portée générale qui sera repris par la suite⁴³: *« Il y a lieu de rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour, les intéressés ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir du droit communautaire »*⁴⁴.

Ainsi dans l'arrêt *Centros* du 9 mars 1999⁴⁵:

« Un État membre est en droit de prendre des mesures destinées à empêcher que, à la faveur des facilités créées en vertu du traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale et que les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes communautaires ».

Cette notion aurait été depuis érigée en principe général de droit communautaire⁴⁶, même si cette qualification fait encore débat⁴⁷.

³⁹ arrêt du 3 décembre 1974, Van Binsbergen, C-CJCE,

⁴⁰ arrêt du 10 janvier 1985, Leclerc, C-229/83

⁴¹ CJCE, arrêt du 21 juin 1988, Lair, C-39/86

⁴² CJCE, arrêt du 5 octobre 1994, TV 10 SA, C-23/93

⁴³ CJCE, arrêt du 12 mai 1998, Kefalas, C-367/96

⁴⁴ arrêt du 2 mai 1996, Paletta CJCE,

⁴⁵ arrêt du 9 mars 1999, Centros Ltd, C-212/97CJCE,

⁴⁶ Raluca Nicoleta Ionescu, « L'abus de droit en droit communautaire », Thèse pour le doctorat en droit, Université Toulouse I, 2009 (page 364)

⁴⁷ Guy Canivet, Laurence Idot, Denys Simon, « Lamy procédures communautaires », Lamy, Janvier 2005

Dans la continuité de ces arrêts, la Cour, a dans plusieurs domaines, explicité cette notion qu'elle qualifie de plus en plus « d'abus de droit »⁴⁸ et ce encore récemment en Grande chambre⁴⁹ :

*« La constatation de l'existence d'une pratique abusive requiert la réunion d'un élément objectif et d'un élément subjectif »*⁵⁰.

Concernant l'élément objectif, *« il doit ressortir d'un ensemble de circonstances objectives que, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation de l'Union, l'objectif poursuivi par cette réglementation n'a pas été atteint »*.

Concernant l'élément subjectif, *« il doit résulter d'un ensemble d'éléments objectifs que le but essentiel des opérations en cause est l'obtention d'un avantage indu. En effet, l'interdiction de pratiques abusives n'est pas pertinente lorsque les opérations en cause sont susceptibles d'avoir une justification autre que la simple obtention d'un avantage »*, sachant que *« l'existence d'un tel élément se rattachant à l'intention des opérateurs peut être établie, notamment, par la preuve du caractère purement artificiel des opérations »*.

Mais l'utilisation de ce principe est encadrée par la Cour. Il ne peut donner lieu à une mesure d'ordre général, ne doit se fonder que sur des éléments objectifs et le but poursuivi par les dispositions communautaires en cause doit être pris en considération:

*« Toutefois, si, dans de telles circonstances, les juridictions nationales peuvent, au cas par cas, en se fondant sur des éléments objectifs, tenir compte du comportement abusif ou frauduleux des personnes concernées pour leur refuser, le cas échéant, le bénéfice des dispositions du droit communautaire invoquées, elles doivent également, dans l'appréciation d'un tel comportement, prendre en considération les objectifs poursuivis par les dispositions communautaires en cause »*⁵¹.

C'est ce que Pierre Rodière souligne quand il énonce que : *« La Cour de justice marque une opposition de principe à ce que des mesures de portée générale soient prises par les États membres, si ces mesures présument l'existence de pratiques frauduleuses ou abusives. La fraude et l'abus ne se présument pas »*⁵².

C'est donc l'utilité même de cette notion comme catégorie de justification à une restriction apportée à une liberté communautaire qui est souvent remise en cause⁵³.

⁴⁸Denys Simon, « Abus de droit », Europe n°10, Octobre 2014, comm. 391

⁴⁹ CJUE, arrêt du 10 avril 2014, Torresi, C-58/13 et C-59/13

⁵⁰ CJUE, arrêt du 13 mars 2014, SICES, C-155/13 (point 29)

⁵¹ CJCE, 9 mars 1999, Centros Ltd contre Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, C-212/97 (point 25)

⁵²Pierre Rodière, « Le détachement de travailleurs dans l'UE : une zone d'affrontements : Première partie », Semaine Sociale Lamy, 2014, 1628

⁵³Brunessen Bertrand, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général », Europe n°1, Janvier 2012, étude 1

La raison étant que «*la mise en concurrence, à la baisse -loi du marché-, des systèmes législatifs nationaux n'a rien de contraire au droit de l'Union ; bien au contraire*»⁵⁴.

La Cour de Justice, dans de nombreux arrêts, a ainsi «*montré son intention claire de faire prévaloir le principe de libre circulation*», particulièrement dans le domaine de la liberté d'établissement, prouvant que le «*forum shopping*» professionnel «*n'est pas constitutif d'un abus de droit*»⁵⁵, comme c'est le cas dans l'arrêt dit «*Inspire Art*» :

«*Le fait, pour un ressortissant d'un État membre qui souhaite créer une société, de choisir de la constituer dans l'État membre dont les règles de droit des sociétés lui paraissent les moins contraignantes et de créer ensuite des succursales dans d'autres États membres est inhérent à l'exercice, dans un marché unique, de la liberté d'établissement garantie par le traité*»⁵⁶.

La caractérisation de la fraude ou de l'abus de droit apparaît ainsi assez rare dans la jurisprudence de l'Union européenne car elle ne prévaut que difficilement sur les libertés communautaires⁵⁷, représentant ainsi parfois une limite «*plus théorique que concrète*», particulièrement en ce qui concerne la liberté d'établissement⁵⁸.

3-2-2- La notion de fraude, comme faisant partie des exigences impératives d'intérêt général

Parallèlement, la Cour de justice a développé la notion de «*lutte contre la fraude*» relevant des exigences impératives d'intérêt général et dont elle «*cherche, semble-t-il, à maintenir l'autonomie par rapport à sa jurisprudence plus ancienne relevant de l'abus de droit*»⁵⁹.

En effet, rapidement, la notion d'exigences impératives d'intérêt général a gagné de nouveaux domaines, comme la protection des travailleurs⁶⁰ ou le risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale⁶¹.

⁵⁴Pierre Rodière, « Le détachement de travailleurs dans l'UE : une zone d'affrontements : Première partie », Semaine Sociale Lamy, 2014, 1628

⁵⁵ Denys Simon, « Abus de droit », Europe n°10, Octobre 2014, comm. 391

⁵⁶ CJCE, arrêt du 30 décembre 2003, Inspire Art, C-167/01

⁵⁷ Emmanuelle Claudel, « Libre établissement et abus de droit », commentaire de l'arrêt de Grande chambre de la CJUE du 17 juillet 2014, Torresi, C-58/13 et C-59/13, Journal de droit international (Clunet), Avril 2015, 4

⁵⁸ Michel Menjuq, « Droit international et européen des sociétés », Montchrestien, 3ème édition, 2011 (page 140)

⁵⁹ Nathalie de Grove-Valdeyron, « Prestation de services », Répertoire de droit européen, Dalloz, dernière mise à jour en juin 2015

⁶⁰ Louis Dubouis, Claude Blumann, « Droit matériel de l'Union européenne », Montchrestien, 4ème édition, 2006

⁶¹ Brunessen Bertrand, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général », Europe n°1, Janvier 2012, étude 1

Si la Cour a développé la notion de lutte contre la fraude dans le domaine des jeux de hasard⁶², elle semble tendre aujourd'hui à développer une notion de lutte contre la fraude sociale.

- La reconnaissance de l'objectif de lutte contre la fraude sociale, rattaché à d'autres exigences impératives d'intérêt général

Parmi les raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier une restriction à la liberté de prestation des services figurent notamment la protection des travailleurs⁶³, la prévention de la concurrence déloyale de la part d'entreprises rémunérant leurs travailleurs détachés à un niveau inférieur à celui correspondant au salaire minimal, en ce que cet objectif intègre un objectif de protection des travailleurs au moyen de la lutte contre le dumping social⁶⁴, ainsi que la lutte contre la fraude, notamment sociale, et la prévention des abus, en particulier la lutte contre le travail dissimulé, dans la mesure où cet objectif peut se rattacher notamment à l'objectif de protection de l'équilibre financier des régimes de sécurité sociale⁶⁵.

Dans le cadre particulier du détachement des travailleurs, la Cour de Justice de l'Union européenne qualifie la «lutte contre la fraude, notamment sociale» de raison impérieuse d'intérêt général⁶⁶, *en la rattachant* aux notions plus générales de préservation des équilibres financiers des régimes de sécurité sociale, de prévention de la concurrence déloyale et de protection des travailleurs:

«[...] l'objectif de lutte contre la fraude, notamment sociale, et de prévention des abus, en particulier la détection des cas de faux indépendants et la lutte contre le travail dissimulé, peut se rattacher non seulement à l'objectif de protection de l'équilibre financier des régimes de sécurité sociale, mais également aux objectifs de prévention de la concurrence déloyale et du dumping social ainsi que de protection des travailleurs, y compris des prestataires de services indépendants».

Il y aurait ainsi, dans cet arrêt, une certaine réticence de la part de la Cour à «reconnaître que la lutte contre la fraude constitue, en matière de fraude sociale, une justification autonome comme il en est dans la jurisprudence relative aux jeux de hasard»⁶⁷.

- Vers une possible reconnaissance de la notion de lutte contre la fraude sociale comme exigence impérative d'intérêt général indépendante.

⁶² CJUE, 3 juin 2010, Sporting Exchange, C-203/08

⁶³ CJUE, 7 octobre 2010, dos Santos Palhota, C:2010:589

⁶⁴ CJUE, 12 octobre 2004, Wolff & Müller, C-60/03

⁶⁵ CJUE, 3 avril 2008, Ruffert, C-346/06

⁶⁶ CJUE, 12 décembre 2012, Commission c/ Belgique, C-577/10

⁶⁷ Valérie Michel, « CJ Prestation de services, lutte contre la fraude, la concurrence déloyale et protection des travailleurs », commentaire de l'arrêt de la CJUE du 19 décembre 2012, Commission c. Belgique, C-577/10, Europe n°2, Février 2013, comm. 79

L'arrêt de la Cour de Justice *de Clercq* du 3 décembre 2014⁶⁸, déjà cité, est un exemple récent, dans le cadre d'un détachement de travailleurs, de qualification par la Cour de la lutte contre la fraude "notamment sociale" comme raison impérieuse d'intérêt général.

Selon certains auteurs, cet arrêt annoncerait une autonomisation de la notion de la «lutte contre la fraude» :

«[...] la Cour de justice va retenir que cette restriction est justifiée et proportionnée au but poursuivi et que la protection des travailleurs et la lutte contre la fraude sociale est bien une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une restriction à la libre circulation»⁶⁹.

Ou encore:

«L'objectif tenant à la lutte contre la fraude tend ainsi à s'autonomiser en matière de libre prestation de service bien qu'il soit encore lié à la protection des travailleurs»⁷⁰.

Il convient enfin de rappeler qu'en tant qu'exigence impérieuse d'intérêt général, la notion est soumise aux mêmes limites que les autres types d'exigences impératives d'intérêt général. Cela signifie que la restriction apportée à la liberté doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre, que l'intérêt en cause ne doit pas être déjà sauvegardé par les règles imposées au prestataire dans son État d'origine et enfin, que la restriction ne peut concerner que des mesures indistinctement applicables⁷¹.

La notion de fraude dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne semble être encore aujourd'hui en construction, soit qu'elle soit confondue avec celle d'abus de droit -mais ne prévalant que rarement sur les libertés communautaires -, soit qu'elle fasse partie des exigences impératives d'intérêt général - mais n'ayant pas encore d'indépendance par rapport à d'autres notions.

Il est intéressant de constater que, pour certains auteurs, la notion de fraude ne se concevant que par rapport à l'objectif poursuivi par la réglementation européenne, la réponse ne pourra venir que de la réglementation de l'Union⁷².

Concernant le détachement des travailleurs, l'arrêt de la Cour de Justice du 3 décembre 2014 confirmant l'existence d'un principe de lutte contre la fraude sociale s'inscrit ainsi «dans la lignée de la directive d'exécution qui permet aux États de renforcer leurs mesures de contrôle et leurs sanctions à l'égard des prestataires et des destinataires des prestations».

⁶⁸ CJUE, du 3 décembre 2014, *De Clercq e.a.*, C-315/13

⁶⁹ Nicolas Chavrier, Léonie Chabaud, « Fraude au détachement, la France en fait-elle trop ? », *Jurisprudence Sociale Lamy*, 2015, 390

⁷⁰ Aude Bouveresse, «Détachement des travailleurs», commentaire de l'arrêt de la CJUE du 3 décembre 2014, *Edgard Jan De Clercq et a.*, C-315-13, *Europe* n°2, Février 2015, comm. 66

⁷¹ Nathalie de Grove-Valdeyron, « Prestation de services », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, dernière mise à jour en juin 2015

⁷² Emmanuelle Claudel, « Libre établissement et abus de droit », commentaire de l'arrêt de Grande chambre de la CJUE du 17 juillet 2014, *Torresi*, C-58/13 et C-59/13, *Journal de droit international (Clunet)*, Avril 2015, 4

En conclusion, on peut se demander si l'arrêt attaqué ne pourrait être l'occasion de poser une question préjudicielle à la Cour de justice abordant cette question délicate.

3-3- L'arrêt attaqué :

La lecture de l'arrêt attaqué (page 6) nous apprend que la société allemande a remis deux lots de certificats E101, l'un délivré le 6 septembre 2007 en cours de contrôle pour l'année 2007, le second délivré, pour les années 2005 et 2006, le 14 mai 2012, soit bien après le jugement du tribunal des affaires de sécurité sociale de Strasbourg du 9 février 2011 qui l'a condamnée.

Doit-on, dans de telles conditions, admettre la régularité de documents délivrés six et sept ans après les faits? Car quel contrôle peut avoir exercé l'institution émettrice suisse dans un tel délai?

De plus, ces certificats ne mentionnent pas le nom du navire sur lequel travaillent les salariés concernés. Si l'on peut admettre que la société allemande ait besoin de souplesse dans la gestion de son personnel, quel contrôle a pu être exercé par l'institution suisse de la réalité des détachements litigieux?

La cour d'appel a enfin jugé que les salariés n'étaient pas détachés en constatant que *“Les contrats de travail que l'inspecteur du recouvrement de l'Urssaf du Vaucluse a pu examiner, et qui sont versés aux débats, révèlent qu'au contraire, les personnels ont été spécialement et exclusivement recrutés pour des prestations saisonnières sur les bateaux Luna et Stella, lesquels n'ont été exploités qu'en France.”*

“Dés lors que les personnels en cause n'ont été en définitive employés que pour des croisières en France, la société appelante ne peut bénéficier du régime dérogatoire prévu en matière de transports internationaux de personnes.”

En termes de droit du travail, l'analyse de la situation de fait exercée par la cour d'appel selon les critères admis par la Directive d'exécution 2014/67 est exacte. Et comme la chambre criminelle, elle fait prévaloir le droit du travail sur le droit de la sécurité sociale pour écarter les certificats E101.

3-4-En conclusion:

Dés lors que, parmi les raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier une restriction à la liberté de prestation des services figurent notamment la protection des travailleurs, la lutte contre la fraude sociale et la prévention des abus, en particulier la lutte contre le travail dissimulé, dans un objectif de protection de l'équilibre financier des régimes de sécurité sociale [...], le certificat E101 établi plusieurs années après les détachements et portant sur une situation manifestement irrégulière s'impose-t-il encore aux institutions de l'Etat d'accueil?

L'efficacité de la lutte contre la fraude peut-elle s'exonérer dans certaines circonstances du contrôle judiciaire, moins illusoire qu'un règlement du litige par la voie administrative.

Surtout, l'intérêt du travailleur n'est-il pas que sa situation soit régularisée? Peu importe que celle-ci le soit par la voie judiciaire ou administrative. Dans les deux cas, lorsqu'il

est établi que la législation applicable n'est pas celle de l'État membre dans lequel l'affiliation provisoire a eu lieu, l'institution reconnue comme compétente sera réputée l'être rétroactivement, au plus tard à partir de la date de l'affiliation provisoire.

Ce dossier sera donc l'occasion de vous inviter, avec la doctrine, à poser une question préjudicielle à la Cour de justice.

Force est de constater que la "porte est étroite", ce qui pourrait vous conduire à casser l'arrêt attaqué dans la droite ligne de la jurisprudence communautaire.

Mais l'ampleur de la fraude sociale de cette nature et l'inquiétude grandissante⁷³ sur ces questions ne commandent-elles pas de saisir la Cour de justice des difficultés des États et de la nécessité de renforcer la lutte contre un phénomène de dumping social.

La question pourrait être ainsi rédigée:

"La protection de l'intérêt général, qui comprend notamment la protection des travailleurs et la nécessaire lutte contre la fraude sociale, autorise-t-elle les juridictions d'un Etat membre d'accueil de travailleurs détachés titulaires de certificats E101 à écarter ces certificats lorsqu'ils ont été obtenus plusieurs années après la fin de ces détachements et que la fraude est avérée, les circonstances de fait établissant que l'employeur ne pouvait bénéficier du régime dérogatoire prévu en matière de transports internationaux de personnes."

⁷³En ce sens, l'avis du 22 septembre 2015 du Conseil économique et social sur les travailleurs détachés (Les Echos-21 septembre 2015)