

PourvoiN° A1325467

assemblée plénière 23 octobre 2015

Décision attaquée : 12 septembre 2013 de la cour d'appel de Colmar

Sté A. Rosa Flussschiff Gmbh
C/
URSSAF d'Alsace

rapporteur : Laurent.Truchot

RAPPORT

**et proposition de rejet
non spécialement
motivé du moyen
unique du pourvoi
incident**

1 - Rappel des faits et de la procédure

a - Les faits

Les faits de la cause, tels qu'ils résultent de l'arrêt attaqué, sont les suivants.

La société A-Rosa Flussschiff¹ est une personne morale de droit allemand dont le siège se trouve à Rostock (Allemagne). Elle dispose d'une succursale à Coire (ou Chur) en Suisse, laquelle est inscrite au registre du commerce du Canton des Grisons (Confédération suisse).

Elle exploite notamment deux bateaux de croisière fluviale, dénommés " *Luna* " et " *Stella* ", entre Chalon-sur-Saône et Port-Saint-Louis-du-Rhône.

Le 7 juin 2007, la société A-Rosa a été soumise à un contrôle inopiné sur ces deux bateaux amarrés à Avignon, autorisé par le procureur de la République d'Avignon et diligenté conjointement par l'inspection du travail, la gendarmerie fluviale, les services fiscaux et l'URSSAF du Vaucluse.

Un inspecteur de l'URSSAF du Vaucluse a procédé à la vérification de la période courant du 1^{er} avril 2005 au 30 septembre 2007.

Le 22 octobre 2007, après régularisation de la situation de certains salariés occupant des fonctions techniques de navigation, l'URSSAF du Vaucluse a adressé à la société A-Rosa une lettre d'observations relative aux salariés occupant des

¹ La société A-Rosa.

fonctions hôtelières, laquelle conduisait à un rappel de cotisations sociales d'un montant de 1 755 040 €.

Par lettre recommandée du 26 février 2008, l'URSSAF du Bas-Rhin, chargée du recouvrement des cotisations dues par des entreprises étrangères n'ayant pas d'établissement en France, a adressé à la société A-Rosa une mise en demeure de payer la somme totale de 2 024 123 €.

Le 2 avril 2008, la société A-Rosa a formé une réclamation et, le 7 juillet 2008, en l'absence de décision de la commission de recours amiable du Bas-Rhin dans le délai d'un mois, introduit un recours contentieux en contestant le redressement sur la forme et sur le fond.

Le tribunal des affaires de sécurité sociale du Bas-Rhin a statué sur le recours par jugement du 9 février 2011.

Il a rejeté la demande de nullité de la procédure de redressement au motif que la mise en demeure avait permis à la société A-Rosa de connaître la nature, l'étendue et la cause de son obligation, ainsi que les voies de recours, qu'elle avait d'ailleurs exercées.

Sur le fond, le tribunal a rappelé que l'article 14, paragraphe 1 du règlement (CEE) n° 1408/71 du 14 juin 1971² permet aux travailleurs détachés au sein de l'Espace économique européen ou en Suisse de rester affiliés à leur régime de protection sociale d'origine sans avoir à cotiser auprès du régime de l'Etat d'accueil, sous réserve de l'établissement d'un formulaire E101.

Après avoir relevé que *“l'article L. 1262-3 du code du travail prévoit qu'un employeur ne peut se prévaloir des dispositions applicables au détachement de salariés lorsque son activité est entièrement orientée vers le territoire national ou lorsqu'elle est réalisée dans des locaux ou avec des infrastructures situées sur le territoire national à partir desquelles elle est exercée de façon habituelle, stable et continue”*, le tribunal a constaté que tel était le cas en l'espèce.

Le tribunal a considéré que *“s'il est vrai que le certificat E. 101 délivré par l'institution désignée par l'autorité compétente d'un Etat membre lie les institutions de sécurité sociale des autres Etats membres, l'institution émettrice est tenue de réexaminer le bien-fondé du certificat, en cas de doute sur l'exactitude des faits sur lesquels repose le certificat, ou sur l'appréciation juridique de ces faits ”* ajoutant que *“le fait que pour certains salariés, ou pour tous,*

² Règlement du Conseil 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 (JO L 149, 5.7.1971, p. 2) (le règlement n° 1408/71).

l'employeur produise le formulaire E. 101, ne peut, en conséquence, être justificatif d'une annulation du présent redressement".

Il a enfin considéré que la société A-Rosa ne pouvait invoquer l'absence de fondement du recours à la procédure de taxation forfaitaire.

Le Tribunal a donc :

- débouté la société A-Rosa de sa demande ;
- condamné la société A-Rosa à payer à l'URSSAF du Bas-Rhin la somme de 2 024 123,00 euros, sous réserve des majorations de retard complémentaires restant à décompter ;
- débouté "la société A-Rosa" de sa demande de condamnation au paiement de l'amende prévue à l'article R. 144-10 du code de la sécurité sociale ;
- rappelé que la procédure devant le tribunal des affaires de sécurité sociale est gratuite et sans frais ;
- condamné la société A-Rosa à verser à l'URSSAF du Bas-Rhin la somme de 1 500,00 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
- dit qu'appel pouvait être interjeté dans le délai d'un mois de la notification de la présente décision.

Par l'arrêt attaqué, la cour d'appel de Colmar a infirmé le jugement déféré, annulé le redressement en ce qui concerne les majorations de retard et condamné la société A-Rosa à payer à l'URSSAF d'Alsace la somme de 1 755 040 euros à titre de rappel de cotisations, déboutant les parties du surplus de leurs prétentions et dispensant la société A-Rosa du paiement du droit prévu à l'article R. 144-10 du code de la sécurité sociale.

La cour d'appel, dans un premier temps, par des motifs non contestés, a jugé que la société A-Rosa n'était pas fondée à demander l'annulation du redressement litigieux pour irrégularité de forme.

Elle a, dans un deuxième temps, statué sur les contestations du bien-fondé de ce redressement.

Après avoir rappelé que "le versement de cotisations de sécurité sociale est soumis à un principe de territorialité", tel qu'il résulte des articles L. 311-2 du code de la sécurité sociale et 13, paragraphe 2, sous a) du règlement n° 1408/71, la cour d'appel a, d'abord, considéré que ce principe s'appliquait "à la situation des personnels d'hôtellerie

dont la vérification diligentée par l'inspecteur de l'URSSAF du Vaucluse a[vait] révélé la présence comme étant employés par la société A Rosa Flussschiff sur ses bateaux de croisière fluviale en France”.

Elle a ensuite estimé qu'il incombait “ à l'employeur de justifier des exceptions lui permettant de se soustraire au principe de territorialité et de contester le bien fondé du redressement qui a[vait] été opéré “.

La cour d'appel a enfin examiné quatre exceptions au principe de territorialité invoquées par la société A-Rosa.

S'agissant de l'exception de l'article 14, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 1408/71³, elle a considéré que la société A-Rosa ne pouvait bénéficier de ce régime dérogatoire appliqué aux détachements de personnes pour les motifs suivants :

La société A-Rosa “ ne démontre pas avoir employé les salariés en cause ailleurs que sur le territoire français. 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.

Sans établir la matérialité de détachements de travailleurs qu'elle aurait employés à l'étranger, la société appelante se limite aux effets attachés à des formulaires dits certificats E 101. Elle souligne qu'en application du règlement européen 987/2009 du 16 septembre 2009 relatif à la coordination des systèmes de sécurité sociale et applicable à la Suisse, ces documents établis par l'institution d'un Etat membre 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, et qu'en cas de doute sur leur validité, il appartient à l'institution d'un Etat membre de demander leur retrait à l'institution émettrice avec saisine, en cas de désaccord, de la commission administrative ad hoc.

La Cour de Justice de l'Union Européenne a confirmé que le certificat E 101 lie l'institution compétente de l'Etat membre dans lequel le travailleur se rend (arrêt du 30 mars 2009 Barry Banks, Théâtre Royal de la Monnaie) et qu'il emporte présomption de régularité de l'affiliation dans l'Etat de l'institution émettrice.

³ Aux termes de ce texte, relatif au détachement de travailleurs salariés, “ la règle énoncée à l'article 13 paragraphe 2 point a) est appliquée compte tenu des exceptions et particularités suivantes :
1) a) la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un Etat membre au service d'une entreprise dont elle relève normalement et qui est détachée par cette entreprise sur le territoire d'un autre Etat membre afin d'y effectuer un travail pour le compte de celle-ci, demeure soumise à la législation du premier Etat membre, à condition que la durée prévisible de ce travail n'excède par douze mois et qu'elle ne soit pas envoyée en remplacement d'une autre personne parvenue au terme de la période de son détachement “.

La société appelante ne verse cependant aux débats que deux lots de certificats E 101, qu'elle a certes obtenus de l'institution helvétique SVA mais qu'elle se dispense de mettre précisément en relation avec les emplois auxquels elle admet avoir affecté des salariés de nationalités étrangères sur ses bateaux Luna et Stella.

En outre, il doit être observé que dans le premier lot (annexe 29) délivré le 6 septembre 2007 en cours de contrôle pour l'année 2007, comme dans le second lot (annexe 46) délivré a posteriori le 14 mai 2012 pour les années 2005 et 2006, en dépit de la rubrique invitant à préciser le nom du navire du détachement allégué, aucune indication n'a été portée. Il s'ensuit que sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur la validité des certificats E 101, la société appelante ne peut se prévaloir de ces documents dans les circonstances du contrôle auquel elle a été soumise.

Au surplus, les seuls certificats E 101 produits ont été délivrés au visa exprès exclusif de l'article 14. 2) a) dudit règlement européen 1408/71. Il ne peuvent emporter application de l'exception prévue à l'article 14. 1) a) du même règlement que revendique la société appelante”.

S'agissant de l'exception de l'article 14, paragraphe 2, sous a), i), du règlement n° 1408/71⁴, dont elle a constaté que ce texte avait été visé dans les certificats E. 101 délivrés à la société A-Rosa, la cour d'appel a jugé que cette dernière ne pouvait bénéficier du régime dérogatoire prévu par cette disposition en matière de transports internationaux de personnes. Elle en a ainsi décidé par les motifs suivants :

“ D'une part (...) les seules attestations E 101 produites ne sont pas mises en relation avec les emplois effectivement occupés à bord des navires Luna et Stella, et le nom de ces bateaux n'est pas même indiqué.

D'autre part et au surplus, la société appelante ne rapporte pas avoir employé les personnels en cause en dehors des fonctions hôtelières sur ses navires Luna et Stella. Comme elle le précise, elle n'exploitait ces deux navires de croisière que sur le Rhône et la Saône du mois d'avril au mois de novembre, et elle les maintenait à l'amarre à Lyon en période hivernale.

⁴ Aux termes de ce texte, relatif aux travailleurs salariés d'entreprises de transports internationaux employés par une succursale ou une représentation permanente de cette entreprise et exerçant leur activité sur le territoire de plusieurs Etats membres, “la personne qui exerce normalement une activité salariée sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres est soumise à la législation déterminée comme suit : a) la personne qui fait partie du personnel roulant ou navigant d'une entreprise effectuant, pour le compte d'autrui ou pour son propre compte, des transports internationaux de passagers ou de marchandises par voies ferroviaire, routière, aérienne ou batelière et ayant son siège sur le territoire d'un Etat membre est soumise à la législation de ce dernier Etat. Toutefois : i) la personne occupée par une succursale ou une représentation permanente que ladite entreprise possède sur le territoire d'un Etat membre autre que celui où l'entreprise a son siège est soumise à la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel cette succursale ou représentation permanente se trouve”.

Il s'ensuit que même si la clientèle a pu être démarchée à l'étranger et avoir contracté avec la société appelante en dehors du territoire français, les transports de personnes par voie fluviale, auxquels les personnels en cause ont été affectés, n'ont été réalisés qu'à l'intérieur des frontières nationales et ils n'ont pas de caractère international.

La société appelante s'est certes fait délivrer des certificats E 101 au visa de l'article 14.2) a) i) du règlement européen 1408/71 étant observé qu'elle a veillé à ne préciser ni les lieux d'exécution des prestations de travail, ni les bateaux d'affectation. Elle s'est ainsi réservée la faculté d'employer les personnels recrutés à des transports internationaux, notamment sur les navires qu'elle déclare par ailleurs exploiter sur le Rhin et sur le Danube, et il n'y a pas lieu de mettre en doute la validité des certificats E 101 qui sont produits aux débats.

Mais, dès lors que les personnels en cause n'ont été en définitive employés que pour des croisières en France”, le régime de l'article 14, paragraphe 2, sous a), i), du règlement n° 1408/71 n'était pas applicable.

S'agissant de l'invocation, par la société A-Rosa, du principe de la libre prestation des services, tel qu'il est consacré par les articles 49 et 50 du Traité instituant la Communauté européenne⁵, la cour d'appel écarte toute atteinte à ce principe, pour les motifs suivants :

“En l'espèce, il a été constaté que les personnels visés par le contrôle avaient été spécialement et exclusivement recrutés pour des prestations exécutées uniquement en France, à bord des bateaux Luna et Rosa en empruntant le Rhône et la Saône entre Port-Saint-Louis-du-Rhône et Chalon-sur-Saône.

Au surplus, la société appelante ne justifie d'aucune disposition la contraignant aux affiliations, qu'après le début du contrôle engagé le 7 juin 2007, elle a souscrit auprès de la Caisse suisse SVA, alors qu'aucun des salariés en cause n'a la nationalité de la Confédération Helvétique, qu'aucun n'est domicilié dans cet Etat, et qu'aucun n'y a fourni une prestation de travail”.

S'agissant du moyen invoqué par la société A-Rosa selon lequel le droit français ne serait pas applicable dès lors qu'elle n'aurait pas d'établissement sur le territoire français, qu'elle aurait payé des cotisations à l'URSSAF du Bas-Rhin pour ses salariés de nationalité française et que ses salariés de nationalité étrangère auraient été pris en charge par la sécurité sociale suisse, il est écarté par la cour d'appel pour les motifs suivants :

“ D'une part, le redressement ne concerne pas les salariés de nationalité française, tous affectés à des fonctions techniques de navigation, pour certains desquels la société

⁵ Ci-après Traité CE. Articles devenus, à compter du 1^{er} décembre 2009, date d'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, les articles 56 et 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

appelante était à jour de ses cotisations à l'URSSAF du Bas-Rhin alors chargée du recouvrement des sommes dues par les entreprises n'ayant pas d'établissement en France, étant précisé que pour les autres, elle a été admise à régulariser sa situation.

D'autre part, concernant les salariés de nationalités étrangères, tous affectés à des emplois à caractère hôtelier, la société appelante ne justifie d'aucune disposition la contraignant à les affilier à un régime suisse de sécurité sociale.

Si, après l'engagement du contrôle débuté le 7 juin 2007, la société appelante a souhaité faire profiter ses salariés d'un régime suisse de sécurité sociale, comme le montrent les attestations E 101 délivrées le 6 septembre 2007 pour l'année 2007, et le 14 mai 2012 pour les années 2005 et 2006, au demeurant après l'appel interjeté le 10 mars 2011, cette démarche volontaire ne la dispense pas de ses obligations au regard du régime français de sécurité sociale auquel les salariés en cause devaient être soumis en vertu du principe de territorialité de l'article 13. 2) a) du règlement européen du 14 juin 1971".

La cour d'appel s'est, dans un troisième temps, prononcée sur les contestations du montant du redressement.

Elle a, d'une part, écarté, par des motifs non contestés, les moyens par lesquels la société A-Rosa contestait le recours à la taxation forfaitaire prévue à l'article R. 242-5 du code de la sécurité sociale ainsi que les calculs opérés.

Elle a, d'autre part, statué, pour les accueillir, sur les moyens invoqués par la société A-Rosa et pris de la contestation des taux de majoration qui lui avaient été appliqués, en vertu de l'article R. 243-18 du code de la sécurité sociale, et du caractère erroné du taux de 2% par trimestre ou fraction de trimestre figurant dans l'annexe à la mise en demeure. Les motifs de l'arrêt sur ce point sont les suivants :

"Pour la période de contrôle en cause, les dispositions de l'article R.243-18 du code de sécurité sociale ont été modifiées par le décret 2007-546 du 11 avril 2007 avec effet au 1er janvier 2008. Jusqu'à cette date, il était appliqué une majoration de retard de 10 % du montant des cotisations, augmentée de 2 % du montant des cotisations dues par trimestre ou fraction de trimestre écoulé après l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la limite d'exigibilité des cotisations. Depuis le 1er janvier 2008, une majoration de retard de 5 % est appliquée aux cotisations qui n'ont pas été versées aux dates limites d'exigibilité, à laquelle est ajoutée une majoration complémentaire de 0,4 % par mois au fraction de mois écoulé à compter de la date d'exigibilité.

Or l'URSSAF intimée n'indique pas les taux des majorations de retard qu'elle a notifiés à la société appelante. Ni dans la mise en demeure du 26 février 2008, ni même dans ses observations devant la Cour, l'URSSAF ne justifie des calculs opérés pour réclamer des majorations totales de 269 083 €, ni des taux qu'elle a entendus appliquer.

Dès lors que la société appelante a été laissée dans l'ignorance des bases de calcul des majorations, et qu'un doute persiste sur le fondement réglementaire des taux appliqués, le redressement doit être annulé quant aux majorations de retard".

Elle a, enfin, statué, par des motifs non contestés, sur les demandes accessoires, écartant les dispositions applicables en matière de recours dilatoire ou abusif en matière de recouvrement de cotisations ou de majorations et laissant à chaque partie la charge de ses frais irrépétibles, en application de l'article 700 du code de procédure civile.

b - La procédure

L'arrêt attaqué a été notifié par le greffe le 12 septembre 2013.

La société A-Rosa a formé un pourvoi le 21 octobre 2013.

Le mémoire ampliatif de la société A-Rosa a été déposé le 18 avril 2014 et signifié le 16 mai 2014, une somme de 3 000 euros étant demandée au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Le mémoire en défense et un pourvoi incident de l'URSSAF d'Alsace ont été déposés et notifiés le 16 juillet 2014, une somme de 5 000 euros étant demandée au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Un mémoire en réponse au pourvoi incident a été déposé et notifié le 14 novembre 2014.

Un autre mémoire a été déposé le 17 mars 2015 par la société A-Rosa.

La Sozialversicherunganstalt des Kantons Graubunden (Institut d'assurances sociales du canton des Grisons) n'a pas constitué avocat.

Par arrêt du 13 mai 2015, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a ordonné le renvoi en assemblée plénière des présents pourvois.

La procédure devant la Cour de cassation paraît régulière, eu égard aux dispositions des articles 1023 et 978 du code de procédure civile.

2 - Analyse succincte des moyens

La société A-Rosa a formé le **pourvoi principal**, composé d'un moyen unique, divisé en dix branches, par lequel elle fait grief à l'arrêt de la condamner à payer à l'URSSAF d'Alsace la somme de 1 755 040 euros à titre de rappel de cotisations sociales.

Première branche : violation des articles 13 et 14 paragraphe 2, sous a), i) du règlement n° 1408/71, et 11 et 12 bis paragraphes 1 a) et 2 a) du règlement

n° 574/72 pris pour son application⁶, et de la Décision n° 381 [181] de la commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants⁷ du 13 décembre 2000 et de l'article 5 du règlement CE n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009.

En vertu du principe d'unicité de la législation en matière de sécurité sociale, énoncé par l'article 13 du règlement n° 1408/71, les personnes auxquelles ce règlement est applicable ne sont soumises à la législation que d'un Etat membre.

Selon le règlement n° 574/72, la personne qui exerce son activité sur le territoire de deux ou plusieurs États membres informe de cette situation l'institution désignée par l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel elle réside, laquelle lui remet un certificat E 101 attestant qu'elle est soumise à sa législation.

Aussi longtemps que le certificat E 101 n'est pas retiré ou déclaré invalide, l'institution compétente de l'État membre dans lequel sont détachés les travailleurs doit tenir compte du fait que ces derniers sont déjà soumis à la législation de sécurité sociale de l'État où l'entreprise qui les emploie est établie et cette institution ne saurait, par conséquent, soumettre les travailleurs en question à son propre régime de sécurité sociale.

Il en résulte qu'une juridiction de l'Etat membre d'accueil de ces 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 des articles 14, paragraphe 1 et 2 du règlement n° 1408/71.

La société A-Rosa ayant versé aux débats des certificats E. 101 délivrés par l'administration suisse et ces certificats n'ayant pas été retirés, ils attestaient de l'affiliation des salariés concernés au régime de sécurité sociale suisse, ce qui, au regard du principe de territorialité, interdisait à l'URSSAF de les assujettir également au régime de sécurité sociale français.

En décidant que les salariés visés par ces certificats devaient être assujettis à ce dernier régime, la cour d'appel aurait donc violé les textes susvisés.

Deuxième branche : dénaturation des termes du litige, en violation de l'article 4 du code de procédure civile.

⁶ Règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 (JO L. 074, 27.3.1972, p.1).

⁷ La Commission administrative.

Les parties ne contestaient pas que les certificats E. 101 délivrés par l'administration suisse et versés aux débats par la société A-Rosa concernaient les salariés de nationalité étrangère affectés sur les bateaux Luna et Stella de cette société.

La cour d'appel n'aurait donc pu, sans dénaturer les termes du litige, retenir, pour écarter la force probante des certificats E. 101 qu'elle produisait, que la société A-Rosa ne mettait pas précisément ces certificats " *en relation avec les emplois auxquels elle admet[tait] avoir affecté des salariés de nationalité étrangère sur ses bateaux Luna et Stella* ".

Troisième branche : violation de l'article 16 du code de procédure civile.

La cour d'appel aurait reproché d'office à la société A-Rosa, pour refuser de faire application des certificats E. 101, de ne pas les avoir mis " *en relation avec les emplois auxquels elle admet[tait] avoir affecté des salariés de nationalité étrangère sur ses bateaux Luna et Stella* ", sans inviter préalablement les parties à fournir leurs explications sur ce point.

Quatrième branche : dénaturation des certificats E. 101 produits par la société A-Rosa et de la lettre d'observations du 22 octobre 2007, en violation de l'article 1134 du code civil.

En retenant que la société A-Rosa n'avait pas mis les certificats E. 101 " *en relation avec les emplois auxquels elle admet[tait] avoir affecté des salariés de nationalité étrangère sur ses bateaux Luna et Stella* ", alors que les salariés visés dans ces certificats étaient pour les deux tiers ceux listés dans la lettre d'observations du 22 octobre 2007, pour lesquels la société A-Rosa avait fait l'objet d'un redressement, la cour d'appel aurait dénaturé les certificats E 101 et la lettre d'observations en cause.

Cinquième branche : dénaturation des conclusions d'appel de la société A-Rosa, en violation de l'article 4 du code de procédure civile.

En se fondant, pour refuser de faire application des certificats E 101 délivrés au visa exprès de l'article 14, paragraphe 2, sous a), i), du règlement n° 1408/71 rattachant les salariés concernés au régime de sécurité sociale suisse, sur la circonstance selon laquelle « *les seuls certificats E 101 produits ont été délivrés au visa exprès exclusif de l'article 14. 2) a) dudit règlement européen 1408/71. Ils ne peuvent emporter application de l'exception prévue à l'article 14.1) a) du même règlement que revendique la société appelante* », alors que la société A-Rosa se prévalait en appel des dispositions de l'article 14, paragraphe 2, sous a), i), de ce règlement et non de son article 14, paragraphe 1, sous a), pour justifier le rattachement des salariés au régime de sécurité sociale suisse, la cour d'appel aurait dénaturé les conclusions d'appel de la société A-Rosa.

Sixième branche : violation des articles 13 et 14, paragraphe 2, sous a) du règlement n° 1408/71, et 12 bis, paragraphes 1, sous a), et 2, sous a) et b) du règlement n° 574/72.

En se fondant, pour écarter les certificats E 101 visant l'article 14, paragraphe 2, sous a), i), sur la circonstance selon laquelle la société A-Rosa s'était également prévalu des dispositions de l'article 14, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 1408/71, alors que cette circonstance était inopérante et n'était pas de nature à priver ces certificats de leur valeur légale, la cour d'appel aurait violé les textes susvisés.

Septième branche : violation des articles 13 et 14, paragraphe 2, sous a) du règlement n° 1408/71, et 12 bis, paragraphes 1, sous a), et 2, sous a) et b) du règlement n° 574/72.

En se fondant sur le motif inopérant selon lequel les certificats E 101 versés aux débats ne mentionnaient pas le nom des bateaux concernés, alors que cette exigence n'était pas impérative, le formulaire, rédigé par l'administration, devant viser les « *noms(s) ou raisons (s) sociale (s) de l'entreprise ou du navire* », la cour d'appel aurait violé les textes susvisés.

Huitième branche : violation des articles 13 et 14, paragraphe 2, sous a) du règlement n° 1408/71, et 12 bis, paragraphes 1, sous a), et 2, sous a) et b) du règlement n° 574/72, de la décision n° 381 [181] de la commission administrative du 13 décembre 2000 et l'article 5 du règlement CE n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 ensemble l'article L. 311-2 du code de la sécurité sociale.

Une juridiction de l'État membre d'accueil 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 entre l'entreprise qui détache un travailleur et le travailleur détaché.

En conséquence, en décidant que, « *dès 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* », remettant ainsi en cause la validité des certificats E 101, en ce qui concerne l'attestation des éléments sur la base desquels ils ont été délivrés, notamment l'existence d'un lien organique entre la succursale suisse de la société A-Rosa et le personnel des bateaux "Luna" et "Stella", la cour d'appel aurait violé les textes susvisés.

Neuvième branche : violation de l'article 14, paragraphe 2, sous a), i), du règlement n° 1408/71, ensemble l'article L. 311-2 du code de la sécurité sociale.

En vertu de l'article 14, paragraphe 2, sous a), i), du règlement n° 1408/71, le personnel navigant des entreprises de transport internationaux est soumis à la législation déterminée comme suit « i) *la personne occupée par une succursale ou une représentation permanente que ladite entreprise possède sur le territoire d'un État membre autre que celui où elle a son siège est soumise à la législation de l'État membre sur le territoire duquel cette succursale ou représentation permanente se trouve* ».

Travaillant pour une entreprise de transport fluvial réalisant des transports internationaux et étant rattaché à la succursale suisse de cette société, le personnel navigant des bateaux "Luna" et "Stella" aurait dû être rattaché à la législation de l'État membre sur le territoire sur lequel cette succursale se trouvait, c'est-à-dire la Suisse, et non à la législation de l'Etat d'accueil, comme l'a décidé la cour d'appel en violation des dispositions de l'article 14, paragraphe 2, sous a), i), du règlement n° 1408/71.

Dixième branche : violation des articles 49 et 50 du Traité CE, ensemble l'article L. 311-2 du code de la sécurité sociale.

En vertu de l'article 49 du Traité CE⁸ « *les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation* ». Sont les destinataires de prestations de service les touristes qui se rendent dans un État membre pour bénéficier d'un service (CJCE, 31 janvier 1984, Luisi et Carbone, affaire 286/82).

En l'espèce, la société A-Rosa n'ayant aucun établissement en France, effectuant une prestation de service de tourisme au profit de clients résidant dans d'autres États membres et cotisant pour ses salariés auprès des organismes de sécurité sociale suisses, par application du principe de droit communautaire de liberté de prestation de service et en l'absence de nécessité impérieuse, ne pouvait se voir imposer, contrairement à ce que la cour d'appel a décidé, le paiement en France des charges sociales dues par les entreprises nationales.

L'URSSAF d'Alsace a relevé **pourvoi incident**. Par ce pourvoi, composé d'un moyen unique divisé en trois branches, elle fait grief à l'arrêt d'annuler le redressement litigieux en ce qui concerne les majorations de retard appliquées à la société A-Rosa.

Première branche : violation de l'article 16 du code de procédure civile.

Alors que la société A-Rosa reconnaissait que le taux de majorations applicable en cas de travail dissimulé était, depuis le 1^{er} janvier 2008, de 10 % (article R.243-18

⁸ Devenu, à compter du 1^{er} décembre 2009, date d'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, article 56 du TFUE.

al. 3), mais reprochait à l'URSSAF de ne pas avoir détaillé ses calculs dans la mise en demeure, la cour d'appel aurait relevé d'office le moyen pris du changement de taux applicable à compter de cette date, qui, au demeurant, ne concernait pas les hypothèses de travail dissimulé, sans avoir invité les parties à présenter leurs observations sur ce moyen.

Deuxième branche : dénaturation, par omission, des termes de la mise en demeure délivrée le 26 février 2008 par l'URSSAF à la société A-Rosa.

Alors que la mise en demeure du 26 février 2008 contenait un tableau mentionnant année par année le montant des cotisations et majorations réclamées et précisait, à la fin du document, le montant des majorations applicables, à savoir : « *majoration de 10 % des cotisations non acquittées à la date limite de versement, augmentée de 2 % par trimestre ou fraction de trimestre si le retard est supérieur à 3 mois (article R. 243-18 du code de la sécurité sociale)* », la cour d'appel a retenu que l'URSSAF n'avait pas indiqué les taux de majorations appliqués « *dans la mise en demeure du 26 février 2008* ».

Troisième branche : violation de l'article L. 244-2 du code de la sécurité sociale.

La mise en demeure prévue à l'article L. 244-2 du code de la sécurité sociale est régulière dès lors qu'elle permet à l'employeur destinataire de connaître la nature, la cause et l'étendue de son obligation.

Serait valable la mise en demeure qui fait référence à la notification du redressement notifié le 22 octobre 2007 « *conformément à l'article R. 243-59 du code de la sécurité sociale* », contient la mention « *contrôle - chefs de recouvrement notifiés le 22/10/2007* » et précise le montant des cotisations et majorations dues pour chacune des années concernées, sans avoir à préciser le mode de calcul de ces cotisations et majorations.

En jugeant que l'absence d'indication des calculs opérés et des taux appliqués pour chiffrer les majorations de retard justifiait la nullité du redressement quant aux majorations de retard, la cour d'appel aurait violé le texte susvisé.

3 - Identification des points de droit faisant difficulté à juger

Il résulte de l'arrêt attaqué que la société A-Rosa a une succursale en Suisse et se prévalait, en application de l'article 14 du règlement n° 1408/71, de la législation de la Confédération suisse.

Les questions de droit posées par le pourvoi principal ne peuvent donc être abordées sans que soit préalablement rappelée l'existence de l'accord entre la

Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, signé à Luxembourg le 21 juin 1999⁹.

En vertu de l'article 8 de cet accord, " *les parties contractantes règlent, conformément à l'annexe II, la coordination des systèmes de sécurité sociale dans le but d'assurer notamment : (...) la détermination de la législation applicable (...)* ".

L'annexe II, relative à la coordination des systèmes de sécurité sociale, prévoit à son article 1^{er} :

"1. Les parties contractantes conviennent d'appliquer entre elles, dans le domaine de la coordination des systèmes de sécurité sociale, les actes communautaires auxquels il est fait référence tels qu'en vigueur à la date de la signature de l'accord et tels que modifiés par la section A de la présente annexe ou des règles équivalentes à ceux-ci.

2. [Les termes] 'Etat(s) membre(s)' figurant dans les actes auxquels il est fait référence à la section A de la présente annexe [sont considérés] renvoyer, en plus des Etats couverts par les actes communautaires en question, à la Suisse ".

La section A de cette annexe fait notamment référence au règlement n° 1408/71, qui est donc applicable à la Confédération suisse dans les mêmes conditions que si cet Etat était membre de l'Union européenne.

Le pourvoi principal soulève les trois questions suivantes :

- Quelle est la législation de sécurité sociale applicable aux travailleurs salariés, membres du personnel navigant d'une entreprise effectuant des transports internationaux de passagers par voie batelière sur le territoire d'un Etat membre et ayant son siège sur le territoire d'un autre Etat membre, qui sont employés par une succursale de cette entreprise située sur le territoire d'un troisième Etat membre ou Etat assimilé ? (neuvième branche du moyen unique)

- La juridiction de l'Etat membre d'accueil de travailleurs salariés, membres du personnel navigant de l'entreprise précédemment décrite, saisie d'un recours formé par cette entreprise contre un redressement de cotisations sociales, peut-elle vérifier la validité d'un certificat, anciennement dénommé E. 101¹⁰, délivré conformément aux

⁹ Accord, approuvé au nom de la Commission européenne par la décision 2002/309/CE, Euratom du Conseil et de la Commission concernant l'accord de coopération scientifique et technologique, du 4 avril 2002, relative à la conclusion de sept accords avec la Confédération suisse (JO L. 114, p. 1).

¹⁰ Le certificat E. 101 est devenu l'attestation A1 à la suite de l'entrée en vigueur, à compter du 1^{er} mai 2010, des règlements (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (JO L 166 du 30. 4. 2004, p. 1-123), dont l'article 90 a

articles 11, paragraphe 1, et 12 bis, paragraphe 1 bis¹¹, du règlement n° 574/72, au moyen desquels l'institution désignée par l'autorité compétente de l'Etat membre dont la législation reste applicable atteste que le travailleur en cause est soumis à cette législation ? (première et huitième branches du moyen unique)

- L'entreprise établie sur le territoire d'un Etat membre, qui effectue des prestations de service sur le territoire d'un autre Etat membre et acquitte des cotisations sociales auprès de l'institution compétente du premier Etat membre, peut-elle être tenue d'acquitter des cotisations de même nature auprès de l'institution compétente du second Etat membre sans qu'une telle obligation porte atteinte au principe de la libre prestation des services ? (dixième branche du moyen unique)

Le pourvoi incident, par la troisième branche de son moyen unique, pose la question de savoir si l'article L. 244-2 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction applicable en la cause, impose à l'URSSAF de préciser, dans la mise en demeure de payer les cotisations de sécurité sociale adressée à l'employeur, les calculs opérés et les taux appliqués pour évaluer les majorations de retard estimées dues.

Les première et deuxième branches du moyen unique du même pourvoi, pris, respectivement, d'une violation du principe de la contradiction et d'une dénaturation des écritures de la procédure, sont purement disciplinaires.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Avant d'examiner les différentes questions posées par les pourvois, relatives au régime de sécurité sociale national applicable en la cause (II), au pouvoir d'appréciation, par le juge de l'Etat membre d'accueil, de la validité d'un certificat E. 101 (III), à l'application, en l'espèce, du régime de la libre prestation des services (IV) et d'exposer les raisons pour lesquelles il est proposé de rejeter, par une décision non spécialement motivée, le moyen unique du pourvoi incident, pris en ses trois branches (V), il convient de rappeler le cadre juridique, législatif et jurisprudentiel du litige à l'origine des présents pourvois (I).

I - Cadre juridique : travail dissimulé et détermination de la législation de sécurité sociale applicable

abrogé le règlement n° 1408/71, et n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement n° 883/2004 (JO L 284 du 30. 10. 2009, p. 1-42).

¹¹ Ce paragraphe a été inséré à l'article 12 bis du règlement n° 574/72 par l'article 2 du règlement (CE) n° 647/2005 du Parlement européen et du Conseil du 13 avril 2005 modifiant le règlement n° 1408/71 et le règlement n° 574/72 (JO L. 117 du 4. 5. 2005). Il est entré en vigueur le 5 mai 2005. Bien que n'étant pas visé par les diverses branches du moyen unique du pourvoi principal, il apparaît applicable, eu égard à sa date d'entrée en vigueur et à son champ d'application, aux faits de l'espèce.

Le litige oppose la société A-Rosa, entreprise de transports internationaux qui exerce en France une partie de son activité, à l'URSSAF d'Alsace, organisme de protection sociale français compétent. Il lui est reproché des faits de travail dissimulé des membres du personnel navigant de cette entreprise chargés de l'hôtellerie sur deux bateaux lui appartenant, l'URSSAF ayant considéré que ces salariés n'avaient pas été régulièrement affiliés au régime de sécurité sociale français, alors qu'ils travaillent exclusivement sur le territoire de cet Etat membre¹². Un rappel de cotisations sociales a donc été opéré.

On rappellera que l'infraction de travail dissimulé, lequel est interdit par l'article L. 324-9 du code du travail, applicable en l'espèce, figure au nombre des infractions constitutives de travail illégal. Le travail dissimulé est défini et exercé dans les conditions prévues par l'article L. 324-10 du même code, qui distingue la dissimulation d'activité et la dissimulation d'emploi salarié¹³.

¹² Lettre d'observations du 22 octobre 2007 de l'URSSAF de Vaucluse, notamment pages 2 à 5.

¹³ **Article L. 324-9** : " *Le travail totalement ou partiellement dissimulé, défini et exercé dans les conditions prévues par l'article L. 324-10, est interdit ainsi que la publicité, par quelque moyen que ce soit, tendant à favoriser, en toute connaissance de cause, le travail dissimulé. Il est également interdit d'avoir recours sciemment, directement ou par personne interposée, aux services de celui qui exerce un travail dissimulé.*

Toutefois, sont exclus des interdictions ci-dessus les travaux d'urgence dont l'exécution immédiate est nécessaire pour prévenir les accidents imminents ou organiser les mesures de sauvetage".

Article L. 324-10 : " *Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'activité l'exercice à but lucratif d'une activité de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services ou l'accomplissement d'actes de commerce par toute personne physique ou morale qui, se soustrayant intentionnellement à ses obligations :*

a) N'a pas requis son immatriculation au répertoire des métiers ou, dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, au registre des entreprises ou au registre du commerce et des sociétés, lorsque celle-ci est obligatoire, ou a poursuivi son activité après refus d'immatriculation, ou postérieurement à une radiation ;

b) Ou n'a pas procédé aux déclarations qui doivent être faites aux organismes de protection sociale ou à l'administration fiscale en vertu des dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait, pour tout employeur, de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de l'une des formalités prévues aux articles L. 143-3 et L. 320.

La mention sur le bulletin de paie d'un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué constitue, si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord conclu en application du chapitre II du titre Ier du livre II du présent code, une dissimulation d'emploi salarié".

Ces deux textes ont été abrogés le 1^{er} mai 2008 et remplacés, à compter de cette date, par les articles L. 8221-1, L. 8221-3 et L. 8221-5 du code du travail.

L'appréciation du bien-fondé du reproche, adressé par l'URSSAF d'Alsace à la société A-Rosa, de ne pas avoir affilié des membres de son personnel au régime de sécurité sociale français et, partant, du rejet par la cour d'appel du recours formé à l'encontre du redressement litigieux, dépend du contenu des règles déterminant la loi applicable en matière de sécurité sociale, lesquelles sont fixées par les règlements n° 1408/71 et 574/72.

Bien qu'abrogé par l'article 90 du règlement n° 883/2004, le règlement n° 1408/71 est applicable aux faits à l'origine des présents pourvois, son abrogation ayant pris en effet le 1^{er} mai 2010, soit postérieurement aux faits. Il en est de même du règlement n° 574/72, abrogé par l'article 96 du règlement n° 987/2009.

Ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne l'a rappelé, les dispositions du titre II du règlement n° 1408/71, intitulé "*détermination de la législation applicable*", constituent un système complet et uniforme de règles de conflits de loi dont le but est de soumettre les travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de l'Union au régime de la sécurité sociale d'un seul État membre, de sorte que les cumuls de législations nationales applicables et les complications qui peuvent en résulter soient évités¹⁴.

L'article 13 de ce règlement a ainsi posé deux principes. Selon le paragraphe 1^{er} de ce texte, les personnes auxquelles le règlement n° 1408/71 est applicable "*ne sont soumises qu'à la législation d'un seul État membre*". Selon son paragraphe 2, la législation applicable est la loi nationale du lieu de travail (*lex loci laboris*)¹⁵.

Ce dernier principe connaît plusieurs exceptions. L'existence de ces exceptions est justifiée, selon la Cour de justice, par le fait que, "*dans certaines situations particulières, l'application pure et simple de la règle générale visée à l'article 13, paragraphe 2, sous a), du règlement [n° 1408/71] risquerait non pas d'éviter mais, au contraire, de créer, tant pour le travailleur que pour l'employeur et les organismes de sécurité sociale, des complications administratives dont l'effet pourrait être d'entraver l'exercice de la libre circulation des personnes couvertes par ledit règlement*"¹⁶.

Au nombre de ces exceptions figurent les deux régimes suivants, dont les conditions d'application ont été examinées dans l'arrêt attaqué, le pourvoi principal n'invoquant le bénéfice que du second :

¹⁴ Arrêt du 4 octobre 2012, Format, C-115/11, point 29 et la jurisprudence citée.

¹⁵ JJ. Dupeyroux et autres, "*Droit de la sécurité sociale*", précis Dalloz, 18^{ème} édition, point 512.

¹⁶ Arrêt Format, précité, point 31.

- selon l'article 14, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71, les travailleurs détachés restent soumis, à certaines conditions, à la législation de leur Etat d'origine¹⁷ ;

- selon l'article 14, paragraphe 2, sous a), i), de ce règlement, les travailleurs qui exercent leur activité salariée sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres et qui font partie du personnel navigant d'une entreprise effectuant des transports internationaux de passagers par voie batelière et ayant son siège sur le territoire d'un Etat membre, sont soumis, lorsqu'ils sont occupés par une succursale que cette entreprise possède sur le territoire d'un Etat membre autre que celui où elle a son siège, à la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel se trouve cette succursale¹⁸.

Il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne que " l'article 14, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 1408/71 a notamment pour objet de promouvoir la libre prestation des services au bénéfice des entreprises qui en font usage en envoyant des travailleurs dans d'autres États membres que celui dans lequel elles sont établies " et que celle-ci " vise à surmonter les obstacles susceptibles d'entraver la libre circulation des travailleurs et également à favoriser l'interpénétration économique en

¹⁷ **Article 14, paragraphe 1** (souligné par le rapporteur) : "La règle énoncée à l'article 13 paragraphe 2 point a) est appliquée compte tenu des exceptions et particularités suivantes :

1)

a) **la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un État membre au service d'une entreprise dont elle relève normalement et qui est détachée par cette entreprise sur le territoire d'un autre État membre afin d'y effectuer un travail pour le compte de celle-ci, demeure soumise à la législation du premier État membre**, à condition que la durée prévisible de ce travail n'excède pas douze mois et qu'elle ne soit pas envoyée en remplacement d'une autre personne parvenue au terme de la période de son détachement ;

b) si la durée du travail à effectuer se prolonge en raison de circonstances imprévisibles au-delà de la durée primitivement prévue et vient à excéder douze mois, la législation du premier État membre demeure applicable jusqu'à l'achèvement de ce travail, à condition que l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel l'intéressé est détaché ou l'organisme désigné par cette autorité ait donné son accord; cet accord doit être sollicité avant la fin de la période initiale de douze mois. Toutefois, cet accord ne peut être donné pour une période excédant douze mois".

¹⁸ **Article 14, paragraphe 2, sous a), i)** : " La règle énoncée à l'article 13 paragraphe 2 point a) est appliquée compte tenu des exceptions et particularités suivantes :

2) la personne qui exerce normalement une activité salariée sur le territoire de deux ou plusieurs États membres est soumise à la législation déterminée comme suit :

a) la personne qui fait partie du personnel roulant ou navigant d'une entreprise effectuant, pour le compte d'autrui ou pour son propre compte, des transports internationaux de passagers ou de marchandises par voies ferroviaire, routière, aérienne ou batelière et ayant son siège sur le territoire d'un État membre est soumise à la législation de ce dernier État. Toutefois :

i) la personne occupée par une succursale ou une représentation permanente que ladite entreprise possède sur le territoire d'un État membre autre que celui où elle a son siège est soumise à la législation de l'État membre sur le territoire duquel cette succursale ou représentation permanente se trouve. "

*évitant les complications administratives, en particulier pour les travailleurs et les entreprises*¹⁹.

En l'espèce, la société A-Rosa soutient qu'elle n'a jamais revendiqué, devant la cour d'appel, le bénéfice de l'exception prévue par l'article 14, paragraphe 1, sous a), relative aux travailleurs détachés²⁰, invoquant le seul article 14, paragraphe 2, sous a), i), et que les certificats E. 101 litigieux ne visaient que ce dernier texte, ce que ne conteste pas la défenderesse au pourvoi²¹.

La Cour de justice s'est prononcée sur l'article 14, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1408/71 pour préciser, au sujet de la première phrase de ce texte, qu'elle était une "*disposition indicative du système de ce règlement en ce qui concerne les personnes exerçant un travail de nature essentiellement itinérante qui se déroule dans des conditions telles que son exercice ne peut pas être rattaché à un lieu en particulier, en vertu de laquelle la législation de l'État membre du siège de l'employeur est applicable à ces personnes*"²².

Il résulte de l'arrêt attaqué que, pour justifier l'applicabilité de la législation de sécurité sociale suisse aux membres du personnel en cause, la société A-Rosa s'est prévaluée de certificats E. 101.

Selon que l'article 14, paragraphe 1, sous a) ou l'article 14, paragraphe 2, sous a), i), du règlement n° 1408/71 est invoqué au soutien de l'applicabilité d'une législation nationale de sécurité sociale donnée, le certificat E. 101 est délivré en application de l'article 11, paragraphe 1, ou de l'article 12 bis, paragraphe 1 bis, du règlement n° 574/72²³.

¹⁹ Arrêt du 10 février 2000, Fitzwilliam (FTS), C-202/97, point 28.

²⁰ Cinquième branche du moyen unique du pourvoi principal.

²¹ La cour d'appel a, au demeurant, constaté que "*les seuls certificats E. 101 ont été délivrés au visa exprès exclusif de l'article 14, paragraphe 2, sous a, du (...) règlement [n° 1408/71]*".

²² Arrêt du 19 mars 2015, Kik, C-266/13, point 59.

²³ **Article 11, paragraphe 1** : "*Formalités en cas de détachement d'un travailleur salarié en application de l'article 14 paragraphe 1 et de l'article 14 ter paragraphe 1 du règlement en cas d'accords conclus en application de l'article 17 du règlement*

1. *L'institution désignée par l'autorité compétente de l'État membre dont la législation reste applicable délivre un certificat attestant que le travailleur salarié demeure soumis à cette législation et indiquant jusqu'à quelle date:*

a) *à la demande du travailleur salarié ou de son employeur dans les cas visés à l'article 14 paragraphe 1 et à l'article 14 ter paragraphe 1 du règlement;*

II - Sur le régime de sécurité sociale national applicable (neuvième branche du moyen unique du pourvoi principal)

Par l'arrêt attaqué, la cour d'appel a considéré que le régime français de sécurité sociale était applicable en la cause, ce qui l'a conduit à rejeter le recours formé par la société A-Rosa contre le redressement de cotisations sociales dirigé contre elle.

Pour statuer ainsi, la cour d'appel écarte chacun des griefs reprochés au redressement. L'un des raisonnements articulés par la cour d'appel au soutien de sa décision consiste à relever que les conditions prévues par l'article 14, paragraphe 2, sous a), i), du règlement n° 1408/71, dont la société A-Rosa soutient qu'il constituait le seul fondement de l'affiliation des membres de son personnel à la loi de sécurité sociale suisse, exclusive de toute autre affiliation, n'étaient pas toutes satisfaites.

La cour d'appel relève, en effet, que *“la société appelante ne rapporte pas avoir employé les personnels en cause en dehors des fonctions hôtelières sur ses navires Luna et Stella. Comme elle le précise, elle n'exploitait ces deux navires de croisière que sur le Rhône et la Saône du mois d'avril au mois de novembre, et elle les maintenait à l'amarre à Lyon en période hivernale”*. Elle en déduit que, *“même si la clientèle a pu être démarchée à l'étranger et avoir contracté avec la société appelante en dehors du territoire français, les transports de personnes par voie fluviale, auxquels les personnels en cause ont été affectés, n'ont été réalisés qu'à l'intérieur des frontières nationales et ils n'ont pas de caractère international”*, concluant que *“dès lors que les personnels en cause n'ont été en définitive employés que pour des croisières en France”²⁴*.

En d'autres termes, les membres du personnel de la société A-Rosa concernés par le redressement litigieux exerçaient leur activité sur le seul territoire français.

Or, l'article 14, paragraphe 2, sous a), i), subordonne l'application au travailleur concerné de la législation de sécurité sociale de l'Etat membre ou assimilé sur le

b) en cas d'application de l'article 17 du règlement”.

Article 12 bis, paragraphe 1 bis : *“ Règles applicables en ce qui concerne les personnes visées à l'article 14, paragraphes 2 et 3, à l'article 14 bis, paragraphes 2 à 4, et à l'article 14 quater du règlement qui exercent normalement une activité salariée ou non salariée sur le territoire de deux ou plusieurs États membres*

Si, conformément aux dispositions de l'article 14, paragraphe 2, point a), du règlement, une personne qui fait partie du personnel roulant ou navigant d'une entreprise effectuant des transports internationaux est soumise à la législation de l'État membre sur le territoire duquel se trouve, selon le cas, soit le siège ou le domicile de l'entreprise, soit la succursale ou la représentation permanente qui l'occupe, soit le lieu où elle réside et est occupée de manière prépondérante, l'institution désignée par l'autorité compétente de l'État membre concerné lui remet un certificat attestant qu'elle est soumise à sa législation”.

²⁴ Souligné par le rapporteur.

territoire duquel se trouve la succursale de son employeur à la condition que ce travailleur “*exerce normalement une activité salariée sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres*”.

Interprétant la notion de “*personne qui exerce normalement une activité salariée sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres*”, au sens de l’article 14, paragraphe 2, la Cour de justice a dit pour droit, dans un arrêt récent, que “*si l’exercice d’une activité salariée sur le territoire d’un seul Etat membre constitue le régime normal de la personne concernée, celle-ci ne peut relever du champ d’application de l’article 14, paragraphe 2*”²⁵.

A défaut d’application de l’exception prévue par l’article 14, paragraphe 2, sous a), i), la règle, prévue par l’article 13, paragraphe 1, sous a), selon laquelle la législation applicable est la loi nationale du lieu du travail des salariés concernés, doit retrouver sa valeur de principe²⁶.

A s’en tenir à ce syllogisme, le régime de sécurité sociale français serait en l’espèce applicable, ainsi que la cour d’appel l’a constaté.

Un tel raisonnement pourrait cependant se heurter à la force obligatoire conférée aux certificats E. 101 par la Cour de justice qui, aux termes d’une jurisprudence constante, semble dénier à toute autorité nationale de l’Etat membre d’accueil, fût-il un juge, le droit de remettre en cause la validité de ces documents²⁷.

III - Sur l’appréciation par le juge national de la validité d’un certificat E. 101 délivré, conformément aux articles 11, paragraphe 1, et 12 bis, paragraphe 1 bis, du règlement n° 574/72, par l’institution désignée par l’autorité compétente de l’Etat membre concerné (première et huitième branches du moyen unique du pourvoi principal)

Finalité et caractéristiques du certificat E. 101

²⁵ Arrêt Format, précité, point 40. Sur cet arrêt, voir, L. Driguez, “*Législation applicable aux travailleurs dans plusieurs Etats membres*”, Europe n° 12, décembre 2012, comm. 490.

²⁶ Ibid., point 50.

²⁷ Dans son avis du 8 avril 2015, rendu dans la présente affaire, l’avocat général M. de Monteynard a considéré que “*la jurisprudence communautaire est désormais fixée quant à la portée qu’il convient de donner à ce formulaire*”.

Le certificat visé par les articles 11, paragraphe 1 et 12 bis, paragraphe 1 bis, est le certificat E 101²⁸.

La Commission administrative, instituée auprès de la Commission européenne par l'article 80 du règlement n° 1408/71 et qui exerce la mission d'interprétation de ce règlement prévue par l'article 81, a pris une décision destinée à interpréter diverses dispositions, dont l'article 14, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71²⁹, à l'occasion de laquelle elle aborde les caractéristiques du certificat E. 101.

Le préambule de cette décision en éclaire les dispositions. Il prévoit ce qui suit :

“(14) Il est nécessaire de pouvoir effectuer, au cours du détachement, tous les contrôles, notamment quant au versement des cotisations et quant au maintien du lien organique, permettant d'éviter une utilisation abusive des dispositions précitées, et d'organiser une information adéquate des instances administratives, des employeurs et des travailleurs.

(15) Notamment, le travailleur et l'employeur doivent être dûment informés des conditions auxquelles le maintien du travailleur détaché à la législation du pays d'envoi est subordonné.

(16) L'attestation (formulaire E 101), quoique devant de préférence être délivrée a priori, peut avoir un effet rétroactif.

²⁸ Arrêt FTS du 10 février 2000, précité, point 10. Le certificat E. 101 est un formulaire-type. La consultation de l'un des certificats E. 101 figurant dans les productions de la présente affaire permet d'acquérir une connaissance précise de l'ensemble des caractéristiques de ce document, en particulier de chacune de ses rubriques. Voir, toutefois, B. de Pauw, qui déplore que *“ les institutions compétentes ne respectent pas toujours scrupuleusement les modalités d'émission du formulaire E. 101 ”*, précisant que *“ ce ne sont pas moins de 12 versions différentes qui circulent actuellement, les E. 101 incomplets ne se comptent plus (pas d'article coché, date d'entrée en service non mentionnée, aucune indication sur qui verse le salaire et les cotisations de Sécurité sociale, etc.), quand ces E. 101 ne sont pas tout bonnement erronés (détachements en application des dispositions de l'article 14, 1, a pour une durée de dix ans, ou de l'article 14, 2, b, alors que le lieu de résidence est situé dans un autre Etat membre qui est également le lieu d'emploi, etc.) ”*, *“Détachement intra-communautaire et formulaire E. 101 : la créativité du juge face au pouvoir de l'Administration ”*, Droit social 2010, p. 96.

²⁹ Décision n° 181 du 13 décembre 2000 concernant l'interprétation des articles 14, paragraphe 1, 14 bis, paragraphe 1, et 14 ter, paragraphes 1 et 2, du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil relatifs à la législation applicable aux travailleurs salariés détachés et aux travailleurs non salariés qui exercent temporairement une activité en dehors de l'Etat compétent (JO L. 329/73 du 14. 12. 2001). Selon la jurisprudence de la Cour de justice, *“ une décision de la commission administrative, tout en étant susceptible de fournir une aide aux institutions de sécurité sociale chargées d'appliquer le droit communautaire dans ce domaine, n'est pas de nature à obliger ces institutions à suivre certaines méthodes ou à adopter certaines interprétations lorsqu'elles procèdent à l'application des règles communautaires ”* (Voir, par exemple, arrêts du 5 décembre 1967, 19/67, p. 445, du 14 mai 1981, Romano, C-98/80, point 20 et FTS, précité, point 32).

(17) Il y a lieu de préciser les effets juridiques de cette attestation visée par les articles 11 et 11 bis, du règlement (CEE) n° 574/72 et, partant, les contours du devoir de coopération entre institutions”.

Les dispositions de la décision n° 181 consacrées au certificat E. 101 sont les suivantes :

“ 6. Le formulaire E 101 doit de préférence être délivré avant le début de la période concernée; toutefois il peut aussi être délivré au cours de cette période, même après son expiration, auquel cas il peut avoir un effet rétroactif.

7. Le devoir de coopération auquel se réfère le point 5 d) de la présente décision impose également à :

a) l'institution compétente de l'État d'envoi de procéder à une appréciation correcte des faits pertinents pour l'application des articles 14, paragraphe 1, 14 bis, paragraphe 1, et 14 ter, paragraphes 1 et 2, du règlement (CEE) n° 1408/71 et 11, et 11 bis, du règlement (CEE) n° 574/72 et, partant, de garantir que les mentions figurant dans le formulaire E 101 soient bien complétées ;

b) l'institution compétente de l'État d'emploi et de tout autre État membre de se considérer comme liée par le formulaire E 101 aussi longtemps qu'il n'aura pas été retiré ou déclaré invalide par l'institution compétente de l'État d'envoi ;

c) l'institution compétente de l'État d'envoi de reconsidérer le bien-fondé de la délivrance de ce formulaire et, le cas échéant, de retirer ledit formulaire lorsque l'institution de l'État d'emploi émet des doutes sur l'exactitude des faits à la base dudit formulaire”.

Ces considérations, quoique consacrées au certificat E. 101 délivré conformément à d'autres dispositions que l'article 14, paragraphe 2, sous a), i) , notamment à l'article 14, paragraphe 1, sous a), paraissent pouvoir être transposées au premier de ces textes.

Il convient, en outre, de rappeler les termes de la jurisprudence constante de la Cour de justice sur la finalité et l'objet du certificat E 101, élaborée principalement au sujet des travailleurs détachés, au sens de l'article 14, paragraphe 1, sous a), mais qui paraît, elle aussi, transposable aux membres du personnel navigant d'une entreprise de transports internationaux, au sens des articles 14, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1408/71 et 12 bis, paragraphe 1 bis, du règlement n° 574/72.

Selon la Cour, *“le maintien d'un lien organique 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, est l'une des conditions requises pour que s'applique l'article 14, paragraphe 1, sous a), du règlement 1408/71 (voir, en ce sens, arrêt FTS, précité,*

point 24). La déclaration contenue dans le certificat E 101 a pour base l'existence d'un tel lien³⁰.

Le certificat E 101 " vise - à l'instar de la réglementation de droit matériel prévue à l'article 14, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 1408/71 - à faciliter la libre circulation des travailleurs et la libre prestation des services.

Dans ledit certificat, l'institution compétente de l'État membre où l'entreprise de travail temporaire est établie déclare que son propre régime de sécurité sociale restera applicable aux travailleurs détachés pendant la période de détachement. Ce faisant, en raison du principe selon lequel les travailleurs doivent être affiliés à un seul régime de sécurité sociale, ce certificat implique nécessairement que le régime de l'autre État membre n'est pas susceptible de s'appliquer.

Toutefois, la force probante du certificat E 101 se limite à la constatation par l'institution compétente de la législation applicable, mais n'est pas de nature à porter atteinte à la liberté des États membres en matière d'organisation de leur propre régime de protection sociale ni à la réglementation par ces derniers des conditions d'affiliation aux divers régimes de sécurité sociale, lesquelles continuent de relever, ainsi que le soutient le gouvernement français, de la seule compétence de l'État membre concerné.

Le principe de coopération loyale, énoncé à l'article 5 du traité CE (devenu article 10 CE), impose à l'institution compétente de procéder à une appréciation correcte des faits pertinents pour l'application des règles relatives à la détermination de la législation applicable en matière de sécurité sociale et, partant, de garantir l'exactitude des mentions figurant dans le certificat E 101³¹.

Il résulte de ces éléments que le certificat E. 101 a pour seule fonction de prouver à l'institution compétente de l'Etat membre dans lequel est détaché le travailleur salarié ou des Etats membres dans lesquels celui-ci exerce son activité, que ce dernier reste soumis au régime de sécurité sociale de l'Etat membre dans lequel son employeur est établi, et qu'en conséquence, le régime des Etats membres d'accueil n'est pas applicable.

La question se pose cependant de savoir quelle est la portée des règles de l'article 11, paragraphe 1, sous a) et de l'article 12 bis, paragraphe 1 bis du règlement n° 574/72, selon lesquelles l'institution désignée par l'autorité compétente de l'Etat membre dont la législation reste applicable³² délivre un certificat attestant que le travailleur salarié demeure soumis à cette législation.

³⁰ Arrêt du 26 janvier 2006, Herbosch Kiere, C-2/05, point 19.

³¹ Arrêt FTS, précité, points 48 à 51, souligné par le rapporteur.

³² La référence à l'autorité compétente de l'Etat membre "dont la législation reste applicable" n'a pas été reprise dans le second de ces textes, celui-ci faisant référence, de manière plus neutre, à l'autorité compétente de l'Etat membre "concerné".

C'est en fonction de ces éléments qu'il sera possible de déterminer si le certificat E. 101 délivré par l'institution nationale compétente s'impose en toute circonstance ou si l'autorité d'un Etat membre d'accueil telle qu'un juge peut, dans certains cas, apprécier la validité de ce document et remettre ainsi en cause l'applicabilité de la loi nationale de sécurité sociale initialement désignée.

Ainsi qu'il a été précédemment rappelé, le certificat E. 101 remplit une fonction exclusive de preuve de la constatation par l'institution compétente de la législation applicable. Cette fonction vise à permettre d'assurer le respect de la règle énoncée par l'article 13 du règlement n° 1408/71, selon laquelle les personnes auxquelles le règlement est applicable ne sont soumises à la législation que d'un seul Etat membre. Il résulte tant de la formulation des articles 11, paragraphe 1, sous a), et 12 bis, paragraphe 1 bis, du règlement n° 574/72 que de la nature de cet acte en droit de l'Union une force obligatoire en droit interne.

C'est le sens de la jurisprudence constante de la Cour de justice, en matière de certificat E. 101 délivré en application de l'article 14, paragraphe 1, sous a), ainsi qu'il résulte des termes suivants de l'arrêt *Herbosch Kiere*, précité³³ :

“Le principe de coopération loyale, énoncé à l'article 10 CE, impose à l'institution émettrice de procéder à une appréciation correcte des faits pertinents pour l'application des règles relatives à la détermination de la législation applicable en matière de sécurité sociale et, partant, de garantir l'exactitude des mentions figurant dans le certificat E. 101 (arrêt FTS, précité, point 51).

*En ce qui concerne les institutions compétentes de l'Etat membre dans lequel sont détachés les travailleurs, il résulte des obligations de coopération découlant de l'article 10 CE que ces obligations ne seraient pas respectées – et **les objectifs des articles 14, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 1408/71 et 11, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 574/72 seraient méconnus – si les institutions dudit Etat membre considéraient qu'elles ne sont pas liées par les mentions du certificat et soumettaient ces travailleurs également à leur propre régime de sécurité sociale** (voir arrêt FTS, précité, point 52).*

*Par conséquent, **le certificat E 101, dans la mesure où il crée une présomption de régularité de l'affiliation des travailleurs détachés au régime de sécurité sociale de l'Etat membre où est établie l'entreprise qui a détaché ces travailleurs, s'impose à l'institution compétente de l'Etat membre dans lequel sont détachés ces travailleurs** (voir, en ce sens, arrêt FTS, précité, point 53).*

*La solution inverse serait **de nature à porter atteinte au principe de l'affiliation des travailleurs salariés à un seul régime de sécurité sociale, ainsi qu'à la prévisibilité du régime applicable et, partant, à la sécurité juridique**. En effet, dans des cas où le régime applicable serait difficile à déterminer, chacune des institutions compétentes des deux Etats*

³³ Points 22 à 33, souligné par le rapporteur.

membres concernés serait portée à considérer, au détriment des travailleurs concernés, que son propre régime de sécurité sociale leur est applicable (voir arrêt FTS, précité, point 54).

Dès lors, aussi longtemps que le certificat E 101 n'est pas retiré ou déclaré invalide, l'institution compétente de l'État membre dans lequel sont détachés les travailleurs doit tenir compte du fait que ces derniers sont déjà soumis à la législation de sécurité sociale de l'État où l'entreprise qui les emploie est établie et cette institution ne saurait, par conséquent, soumettre les travailleurs en question à son propre régime de sécurité sociale (voir arrêt FTS, précité, point 55)''.

Toutefois, il incombe à l'institution compétente de l'État membre qui a délivré ce certificat de reconsidérer le bien-fondé de cette délivrance et, le cas échéant, de retirer le certificat lorsque l'institution compétente de l'État membre dans lequel sont détachés les travailleurs émet des doutes quant à l'exactitude des faits qui sont à la base dudit certificat et, partant, des mentions qui y figurent, notamment parce que celles-ci ne correspondent pas aux exigences de l'article 14, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 1408/71 (voir arrêt FTS, précité, point 56).

Dans l'occurrence où les institutions concernées ne parviendraient pas à se mettre d'accord notamment sur l'appréciation des faits propres à une situation spécifique et, par conséquent, sur la question de savoir si celle-ci relève de l'article 14, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 1408/71, il leur est loisible d'en appeler à la commission administrative (voir arrêt FTS, précité, point 57).

Si cette dernière ne parvient pas à concilier les points de vue des institutions compétentes au sujet de la législation applicable en l'espèce, il est à tout le moins loisible à l'État membre sur le territoire duquel sont détachés les travailleurs concernés et ce, sans préjudice des éventuelles voies de recours de nature juridictionnelle existant dans l'État membre dont relève l'institution émettrice, d'engager une procédure en manquement, conformément à l'article 227 CE, aux fins de permettre à la Cour d'examiner, à l'occasion d'un tel recours, la question de la législation applicable auxdits travailleurs et, partant, l'exactitude des mentions figurant dans le certificat E 101 (voir arrêt FTS, précité, point 58).

S'il était admis que l'institution nationale compétente puisse, en saisissant une juridiction de l'État membre d'accueil du travailleur détaché dont elle relève, faire déclarer invalide un certificat E 101, le système fondé sur la coopération loyale entre les institutions compétentes des États membres risquerait d'être compromis.

Aussi longtemps qu'il n'est pas retiré ou déclaré invalide, le certificat E 101 s'impose dans l'ordre juridique interne de l'État membre dans lequel sont détachés les travailleurs concernés et, partant, lie ses institutions.

Il en découle qu'une juridiction de l'État membre d'accueil n'est pas habilitée à vérifier la validité d'un certificat E 101 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 entre l'entreprise qui détache un travailleur et le travailleur détaché''.

La Cour de justice ne reconnaît donc pas au juge de l'Etat membre d'accueil du travailleurs détaché le droit de remettre en cause les mentions du certificat E. 101 dont

il résulterait une affiliation irrégulière au régime de sécurité sociale de l'Etat membre d'origine. Cette jurisprudence repose sur plusieurs fondements.

Fondements de la force obligatoire du certificat E. 101

L'obligation, pour l'institution compétente de l'Etat membre d'établissement (ou, si cette jurisprudence lui est transposable, dans l'Etat membre dans lequel se trouve la succursale de l'entreprise qui exerce une activité de transports internationaux), de délivrer un certificat E. 101 reflétant exactement la situation du travailleur concerné au regard des critères fixés par les dispositions pertinentes du titre II du règlement n° 1408/71 est fondée, selon la Cour de justice, sur le principe de coopération loyale, énoncé à l'article 10 du Traité CE.

C'est le même fondement juridique qui justifie l'obligation pour les institutions compétentes de l'Etat membre dans lequel sont détachés les travailleurs (ou, si cette jurisprudence leur est transposable, pour celles des Etats membres dans lesquels les travailleurs sont employés par une entreprise de transports internationaux), de ne pas remettre en cause 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.

On rappellera que le principe de coopération loyale, aujourd'hui énoncé par l'article 4, paragraphe 3, du Traité sur l'Union européenne³⁴, impose aux Etats membres de faire preuve de loyauté à l'égard des obligations nées des Traités. Cette loyauté se traduit par l'obligation d'adopter un comportement positif : celui de relayer au mieux l'action de l'Union européenne, soit en prenant des mesures générales ou particulières, soit en facilitant à cette dernière l'accomplissement de sa mission. Elle impose également aux Etats membres un devoir d'abstention : ne prendre aucune mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des buts du traité³⁵.

C'est de ce dernier type de devoirs que relève l'obligation pour l'autorité compétente de l'Etat membre d'accueil de respecter les données mentionnées sur les certificats E. 101, ainsi que des conséquences qu'elle en tire quant à la législation

³⁴ **Article 4, paragraphe 3** : *“En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités.*

Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union.

Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union”.

³⁵ I. Pingel (dir), *“ De Rome à Lisbonne. Commentaire article par article des Traités UE et CE “*, *“Article 10 CE “*, II p. 293 par I. Pingel, Helbing & Lichtenhahn, Dalloz, Bruylant, 2010, 2^{ème} édition

nationale applicable. Ainsi que cela a été relevé, les règlements n° 1408/71 et 574/72, par le respect du principe de coopération loyale qu'ils impliquent, doivent permettre de favoriser la simplification administrative sans laquelle la libre circulation des personnes, qui est l'une des libertés fondamentales de l'Union européenne, serait affectée³⁶.

Les autres justifications de la force contraignante attachée aux certificats E. 101 tiennent à la nécessité de garantir le principe de l'affiliation des travailleurs salariés à un seul régime de sécurité sociale, ainsi qu'à la prévisibilité du régime applicable et, partant, à la sécurité juridique des travailleurs et de leurs employeurs.

La Cour de justice souligne que, si le régime applicable était difficile à déterminer, chacune des institutions compétentes des États membres concernés serait portée à considérer, au détriment des travailleurs concernés, que son propre régime de sécurité sociale leur est applicable

La jurisprudence de la Cour de justice, dont on verra qu'elle fait l'objet de nombreuses critiques, ne laisse cependant pas les institutions compétentes des États membres d'accueil, en cas de litige, sans moyens d'action.

Mode de règlement des litiges relatifs aux certificats E. 101

Il résulte des points 27 à 29 de l'arrêt *Herbosch Kiere*, précité³⁷, que l'institution compétente de l'État membre qui a délivré le certificat E. 101 peut reconsidérer le bien-fondé de cette délivrance, car il dispose du droit de retirer le certificat en cas de doutes exprimés par l'institution compétente de l'État membre dans lequel sont détachés les travailleurs sur l'exactitude des faits sur lesquels est fondé le certificat et, en conséquence, des mentions de ce document.

La Cour de justice vise précisément le cas dans lequel les mentions du certificat, et donc les faits qu'elles relatent, ne correspondraient pas "*aux exigences de l'article 14, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 1408/71*"³⁸, c'est-à-dire aux conditions prescrites par ce texte dont dépend la détermination de la loi nationale applicable.

Dans une telle hypothèse, les institutions compétentes doivent "*se mettre d'accord notamment sur l'appréciation des faits propres à une situation spécifique*"³⁹, formule qui peut sans doute désigner les conditions de détermination de la loi applicable. En cas de

³⁶ Ph. Gosseries, *Journal des tribunaux du travail*, 2000, p. 307-308, point 4.

³⁷ 4^{ème} à 6^{ème} paragraphes de la page 25 du présent rapport.

³⁸ Arrêt *Herbosch Kiere*, précité, point 27.

³⁹ *Ibid.*, point 28.

désaccord, ces institutions disposent de la faculté de saisir la commission administrative, laquelle s'efforcera de concilier leurs points de vue au sujet de la législation applicable⁴⁰.

En cas d'échec de la mission de conciliation confiée à la Commission administrative, l'Etat membre d'accueil peut engager une procédure en manquement devant la Cour de justice contre l'Etat membre de l'institution émettrice.

La Cour de justice reconnaît également à l'institution compétente de l'Etat membre d'accueil le droit d'exercer les voies de recours juridictionnelles existant dans l'Etat membre dont relève l'institution émettrice pour faire rectifier les mentions et les faits inexacts⁴¹.

Il convient d'observer que, dans l'arrêt *Format*, précité, la Cour de justice a rappelé le pouvoir de retrait ainsi reconnu à l'institution émettrice, mais en précisant qu'il était fondé sur la remise en cause des " *exigences du titre II du règlement n° 1408/71*"⁴².

La procédure de remise en cause de la validité des certificats E. 101 a ainsi été étendue à l'ensemble des dispositions du règlement n° 1408/71 relatives à la détermination de la loi applicable, confirmant ainsi que les certificats E. 101 délivrés sur le fondement de l'article 14, paragraphe 2, sous a), i), de ce règlement sont justiciables de la méthode définie par la Cour de justice et bénéficient sans doute également des mêmes garanties d'incontestabilité que celles qui sont accordées aux certificats E. 101 délivrés sur le fondement de l'article 14, paragraphe 1, sous a).

Il est important de signaler que la jurisprudence de la Cour de justice relative à la force obligatoire du certificat E. 101, devenu attestation A1, et à la procédure de conciliation entre institutions compétentes et de recours à la Commission administrative, a été reprise aux articles 5 et 6 du règlement 883/2004, précité, et, s'agissant de cette dernière procédure, améliorée par l'énoncé de définitions plus précises des obligations de chacune de ces institutions et la fixation de délais de réponse et de traitement des demandes que l'une d'elles peut adresser à l'autre.

⁴⁰ Ibid., points 28 et 29.

⁴¹ Ibid., point 29.

⁴² Point 47.

La Commission administrative a, en outre, adopté une décision, entrée en vigueur le 1^{er} mai 2010⁴³, qui complète les articles 5 et 6, précités, en précisant la procédure de dialogue et de conciliation à suivre en cas de doute sur la validité de la nouvelle attestation A1.

Ce nouveau dispositif légal n'étant toutefois pas applicable aux faits de la présente espèce, il convient de les examiner à la lumière de la jurisprudence précédemment décrite de la Cour de justice.

Cette jurisprudence, qui attribue au certificat E. 101 l'effet d'une présomption de régularité de l'affiliation des travailleurs concernés au régime de sécurité sociale de l'État membre d'origine et qui fixe la procédure à suivre en cas de divergence d'appréciation entre l'institution compétente de l'État membre d'accueil et l'institution émettrice, a été diversement appréciée par la doctrine.

Appréciation par la doctrine de la jurisprudence de la Cour de justice relative au certificat E. 101

Ainsi qu'il a été dit, la fonction du certificat E. 101, selon la Cour de justice, est de prouver à l'autorité compétente de l'État membre d'accueil l'affiliation du travailleurs concerné au système de sécurité sociale de son État membre d'origine, sans que cette présomption d'affiliation puisse être remise en cause autrement qu'en recourant à la procédure de conciliation entre institutions compétentes et de recours à la Commission administrative.

Plusieurs auteurs ont fait observer qu'une telle portée conférée au certificat E. 101, qui va jusqu'à exclure toute appréciation de sa validité par le juge national de l'État membre d'emploi, était de nature à favoriser la fraude et ce qu'il est convenu de qualifier de "*dumping social*".

La critique est généralement dirigée contre l'effet cumulé de l'article 14, paragraphe 1, sous a), instituant une exception, en cas de détachement⁴⁴, au principe

⁴³ Décision A1 du 12 juin 2009 concernant l'établissement d'une procédure de dialogue et de conciliation relative à la validité des documents, à la détermination de la législation applicable et au service des prestations au titre du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil (JO C. 106 du 24. 04. 2010).

⁴⁴ Ainsi que l'explique P. Rodière, "*l'exception se justifie avant tout pour des raisons d'ordre administratif. Pourquoi modifier une affiliation, dès l'instant où le travailleur n'a été détaché qu'à titre temporaire (pour une durée qui au total ne doit en principe pas excéder 24 mois [la durée initiale de douze mois a en effet été doublée depuis que la présente procédure a été engagée (note du rapporteur)]) et doit normalement exercer son activité sur le territoire où son employeur est établi ? Le maintien de l'affiliation favorise la libre circulation des travailleurs en écartant un obstacle de nature à la gêner (CJCE 12 déc. 1970, Manpower, aff. 35/70, Rec. p. 1251, motif 10)*" (RTD Eur., 2003, p. 529 "Chronique de droit social

de l'application de la législation nationale de sécurité sociale de l'Etat membre d'emploi, et du recours au certificat E. 101 pour établir l'affiliation au régime de l'Etat membre d'origine.

M. Rodière a fait valoir que la règle de l'article 14, paragraphe 1, sous a), se justifiait, mais qu'il pouvait être " *tendant de la détourner, compte tenu des disparités importantes du coût des charges sociales se constatant d'un Etat membre à l'autre. Un employeur peut avoir la tentation d'établir son entreprise dans un pays à faibles charges sociales et de procéder à du détachement ou à de la mise à disposition systématique de personnel dans un Etat à cotisations sociales élevées, comptant ainsi profiter de la différence des charges*"⁴⁵. Selon un autre auteur, la technique du détachement " *sert de levier pour abaisser le coût du travail et donner un avantage concurrentiel décisif. Le détachement se mue alors en instrument d'une stratégie économique*"⁴⁶.

On rappellera qu'en l'espèce, la société A-Rosa conteste avoir voulu se placer sous le régime du détachement, tel que prévu par l'article 14, paragraphe 1, sous a). Elle a cependant revendiqué le régime applicable en cas d'exercice d'activités salariées sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres, tel que prévu par l'article 14, paragraphe 2.

Indépendamment de toute appréciation, à cet égard, sur les faits de la présente espèce, il peut être observé que le risque d'un recours à des pratiques de " *dumping social*" est aussi concevable sous un régime que sous un autre. Il en est ainsi, en particulier, lorsqu'un employeur se prévaut du régime désignant la loi de sécurité sociale plus favorable de l'Etat membre sur le territoire duquel il a son siège, qu'il peut, au demeurant, avoir choisi à dessein, pour employer des salariés sur le territoire de plusieurs Etats membres dont la législation est connue pour générer de fortes charges sociales.

Contre de telles pratiques, le dispositif élaboré par la Cour de justice est souvent considéré comme insatisfaisant.

M. de Pauw expose que " *sur le terrain, les services d'inspection sont (...) souvent confrontés à des personnes qui ne sont pas en possession d'un formulaire E. 101 et qui n'entreprennent les démarches auprès de l'institution compétente qu'après avoir fait l'objet*

communautaire ; Coordination des droits nationaux, loi applicable, compétence juridictionnelle"; point 18.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ J.Ph. Lhernould, " *Les entreprises face à la coordination européenne des régimes nationaux de Sécurité sociale : l'autre côté du miroir*", Droit social 2007, p. 225, point 15.

*d'une enquête. Et, bien évidemment, cette institution étrangère délivre le formulaire, en n'étant pas au courant d'éventuels problèmes ou de fraudes mis à jour par l'inspection*⁴⁷.

A ce titre, on déplore que le juge de l'Etat membre d'emploi, pourtant *"institutionnellement indépendant et impartial"*⁴⁸, se voit imposer l'effet obligatoire du certificat E. 101, alors que *"la nécessité d'une interprétation contraignante des différentes conditions de détachement ou des conditions afférentes aux règles d'occupation dans différents Etats membres est perçue comme primordiale sur le terrain"* et que les institutions des Etats membres d'origine sont préservées, lesquelles *"du moment que des cotisations sont acquittées, se montrent peu rigoureuses dans le contrôle des conditions de détachement"*⁴⁹.

Un autre auteur a considéré qu'il avait été constaté *" que les institutions émettrices procèdent souvent aisément à la délivrance d'un certificat E. 101 ou le délivrent après un contrôle sommaire du respect des conditions, en contrôlant, par exemple, uniquement si les cotisations de sécurité sociale ont été acquittées pour les travailleurs concernés dans le pays d'envoi ; en outre, ces déclarations ont souvent été insuffisamment complétées notamment sans mention de la disposition précise du règlement 1408/71 sur la base de laquelle elles ont été émises"*⁵⁰.

M. Rodière estime que *" l'Etat d'accueil est désarmé, a été désarmé. L'obligation de coopération loyale et le principe de bonne foi le conduisent à devoir se confier entièrement aux institutions de l'Etat d'origine, sous réserve de la médiation de la commission administrative et d'une lointaine et improbable intervention du juge communautaire. Les pratiques de contournement et de pure et simple violation des dispositions du droit de l'Union relatives au détachement sont légion et on demande à l'Etat dont les entreprises ont ces pratiques et qui peut y trouver lui-même intérêt, de se charger des contrôles nécessaires : naïveté, cynisme ?"*⁵¹.

Commentant l'arrêt *Herbosch Kiere*, précité, M. Lhernould considère que *"la confiance entre administrations nationales est donc mise à rude épreuve car la responsabilité du déclenchement du mécanisme du détachement, à travers la délivrance du E. 101, pèse*

⁴⁷ B. de Pauw, article précité note 28.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ H. Verschueren, *"Sécurité sociale et détachement au sein de l'Union européenne. L'affaire Herbosch Kiere : une occasion manquée dans la lutte contre le dumping social transfrontalier et la fraude sociale"*, Revue belge de sécurité sociale. 2006, p. 405.

⁵¹ P. Rodière, *" Le détachement des travailleurs de l'Union européenne : une zone d'affrontements "*, Semaine sociale Lamy, 2014, p. 1629.

*intégralement sur l'institution compétente de l'Etat d'origine. C'est à cette dernière de s'assurer que les conditions du détachement sont réunies*⁵².

M. Lyon-Caen se demande si *"cette situation n'a pas été recherchée par les institutions communautaires : en vérité, que pourrait annoncer cet appel à la confiance mutuelle ? Un Etat membre, celui du pays d'établissement de l'entreprise prestataire, peu enclin à contrôler et peu armé pour contrôler une activité exécutée hors de son territoire, un autre Etat membre, celui du pays d'exécution de la prestation, paralysé pour incompetence de ses autorités et, entre eux, des entreprises libérées, dotées de pouvoirs plus vigoureux que les Etats*⁵³.

Selon M. Priestley, *"le certificat de détachement E. 101 (...) est délivré par les autorités de Sécurité sociale du pays d'établissement du prestataire sur la base du statut sous lequel ce dernier y est déclaré et de ses déclarations (éventuellement vérifiées, pas toujours) sur les conditions d'exercice de son activité dans ce pays et de celles des salariés qu'il veut détacher. En revanche, par hypothèse, l'institution de Sécurité sociale du pays d'établissement ne peut rien savoir des conditions réelles d'intervention du prestataire et de ses salariés éventuels dans le pays d'exécution de la prestation au moment où elle leur délivre le certificat de détachement. Elle ignore aussi la plupart du temps, ce qu'on ne saurait lui reprocher, les règles du pays d'accueil relatives à la qualification d'une relation d'emploi"*⁵⁴.

Le même auteur ajoute que *"le bon sens et l'efficacité de la lutte contre la fraude aux catégories d'emploi du pays d'accueil auraient donc voulu que les autorités de contrôle et le juge du pays d'accueil puissent, le cas échéant et au vu des conditions réelles d'emploi des salariés détachés sur leur territoire, requalifier la relation d'emploi entre l'utilisateur et le prestataire ou ses salariés et en tirer immédiatement toutes les conséquences juridiques. C'est précisément ce que ne permet pas la CJCE"*⁵⁵.

M. Guiomard observe que *"la quête de solutions administratives aux problèmes soulevés par la coordination a cependant conduit les autorités européennes et spécialement la Cour de justice de l'Union européenne à accorder une portée excessive à ces certificats"*⁵⁶.

⁵² J. Ph. Lhernould, " *Législation applicable aux travailleurs détachés, du difficile apprentissage de la confiance entre administrations nationales* ", RJS 2006, p. 366.

⁵³ A. Lyon-Caen, " *Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services* ", Dr. soc. 2005, p. 503.

⁵⁴ T. Priestley " *Justice sociale et libéralisation du commerce international. L'expérience européenne du marché international des services est-elle un exemple à suivre ?* ", Droit social, 2009, p. 1151.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ F. Guiomard, " *Les conditions du détachement d'un travailleur à l'intérieur de l'Union européenne peuvent-elles être contestées dans le pays d'emploi ?* "; Revue de droit du travail 2013, p. 283.

Evoquant *“la limitation des voies contentieuses en présence d’un certificat d’affiliation”*, dont il considère qu’elle *“est tout d’abord un frein à l’action des travailleurs mobiles eux-même”*, M. Guiomard estime que les voies de recours que constituent, selon la jurisprudence de la Cour de justice, le recours en manquement et la saisine de la Commission administrative *“semblent illusoires”*⁵⁷. Selon cet auteur, *“le recours en manquement concerne les rapports entre Etats et paraît inconcevable pour de simples questions d’octroi d’un formulaire de détachement à des personnes déterminées”*. Et *“pour ce qui est du recours devant la Commission administrative, celui-ci est pratiquement inconnu, la Commission n’ayant pas le statut d’une juridiction, les règles de procédure n’étant pas précisées. Il n’a d’ailleurs jusqu’à ce jour jamais été exercé par les Etats”*. M. Guiomard poursuit en ces termes : *“l’exercice de voies d’action devant les juridictions de l’Etat qui a délivré le certificat paraît tout aussi problématique. La Cour de justice a en effet forgé, sans pouvoir s’appuyer sur aucun instrument, une règle de conflit de juridiction d’une très grande généralité qu’on pourrait formuler ainsi : la validité d’un certificat d’affiliation ne peut faire l’objet d’une contestation que devant la juridiction de l’Etat dans lequel ce certificat a été émis. Cette règle souffre d’une excessive généralité, en ce qu’elle ne permet aucune distinction selon la qualité de la personne qui peut être amenée à engager un tel recours”*⁵⁸.

Citant M. Mavridis, M. Guiomard relève 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”*.

M. de Pauw explique que si, en prononçant l’interdiction pour un Etat membre d’ignorer purement et simplement les certificats E. 101 délivrés par un autre Etat membre et de procéder unilatéralement à un assujettissement à son propre régime de sécurité sociale, *“la Cour a rendu un arrêt acceptable”*, au motif que l’institution compétente de l’Etat membre où est exercé l’activité temporaire est une partie impliquée et n’offre dès lors pas les garanties nécessaires quant à l’objectivité et au caractère contradictoire de la procédure, *“il est néanmoins regrettable que la Cour ne propose aucune procédure fonctionnelle lorsque les Etats membres ne parviennent pas à se mettre d’accord ou, comme cela se produit fréquemment, lorsque l’institution émettrice ne réagit tout simplement pas aux questions et remarques qui lui sont adressées”*⁵⁹.

Pour M. Mavridis, *“une chose est certaine : la procédure proposée par la Cour, selon laquelle en cas de contestation d’un formulaire E 101, les autres Etats membres concernés peuvent en appeler à la commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants et engager, le cas échéant, une procédure en manquement devant la Cour, paraît pratiquement irréalisable. D’un côté, ladite commission décide à l’unanimité, ce qui réduit à néant les chances d’une éventuelle décision, compte tenu des intérêts opposés des Etats*

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ B. de Pauw, article précité note 28.

membres. De l'autre côté, le recours en manquement entre Etats membres reste très exceptionnel et ses conséquences sont parfois lourdes sur le plan diplomatique. On imagine donc difficilement qu'un Etat membre engage une telle procédure pour contester la véracité du formulaire E 101⁶⁰.

Le même auteur suggère à la Cour d'infléchir sa jurisprudence relative à la force contraignante du certificat E. 101 en s'inspirant de l'un de ses précédents concernant les certificats d'état civil. Il cite l'arrêt Dafeki, aux termes duquel "*dans les procédures visant à déterminer les droits aux prestations sociales d'un travailleur migrant ressortissant communautaire, les institutions nationales compétentes en matière de sécurité sociale et les juridictions nationales d'un Etat membre sont tenues de respecter les certificats et actes analogues relatifs à l'état des personnes qui émanent des autorités compétentes des autres Etats membres, à moins que leur exactitude ne soit sérieusement ébranlée par des indices concrets se rapportant au cas individuel en cause*"⁶¹, formant le voeu" que la Cour s'inspire de cet arrêt pour l'appliquer aux certificats relatifs au détachement des travailleurs dans l'Union européenne⁶².

La jurisprudence des autres Etats membres

Justifiées ou non, ces critiques ne peuvent qu'alimenter et enrichir une réflexion au sein des institutions de l'Union européenne, Cour de justice comprise.

Les Cours suprêmes des Etats membres qui se sont prononcées sur la portée du certificat E. 101, quant à elles, ont raisonné d'une manière très orthodoxe.

La Cour de cassation belge a retenu le caractère obligatoire du certificat E. 101 à l'égard du juge de l'Etat membre d'emploi du salarié détaché, considérant que ce juge n'avait pas compétence pour en apprécier la valeur probante. Elle a décidé que "*le juge de l'Etat membre de l'emploi n'[était] 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*"⁶³.

La Cour fédérale de justice allemande a jugé qu'un certificat E 101 était opposable aux juridictions pénales, quand bien même sa délivrance aurait été

⁶⁰ P. Mavridis, "*Détachement des travailleurs dans l'Union européenne : le juge national arbitre ou soumis au principe du pays d'origine*"; Revue de droit du travail, 2006, p. 264.

⁶¹ Arrêt du 2 décembre 1997, Dafeki, C-336/94.

⁶² Article précité.

⁶³ Cour de cassation (Belgique), arrêt du 2 juin 2003, F-200030602-13.

provoquée par des manœuvres dolosives⁶⁴. Selon la revue Reflets publiée par la Cour de justice, la Cour fédérale a estimé qu' " *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 État 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*"⁶⁵.

La jurisprudence des juridictions françaises

La jurisprudence française se caractérise par une grande hétérogénéité des solutions et des raisonnements élaborés.

La Cour de cassation a, dans des circonstances particulières, approuvé une cour d'appel d'avoir écarté des certificats E. 101. Elle a ainsi jugé, au sujet de travailleurs salariés ressortissants d'Etats tiers, que seuls les ressortissants de l'un des Etats membres entraient dans le champ d'application du règlement n° 1408/71 dont l'article 14 prévoit le détachement d'un travailleur salarié, de sorte que l'employeur de ces travailleurs ne pouvaient se prévaloir de ces certificats⁶⁶.

Dans un arrêt du 28 mai 2014, la Cour de cassation s'est prononcée sur les conséquences du défaut de production du certificat E. 101 en cas de détachement invoqué de travailleurs salariés. Elle a considéré que c'était dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation de la valeur et de la portée des faits et éléments de preuve soumis à son examen qu'une cour d'appel, qui avait notamment relevé qu'une situation de détachement devait donner lieu à l'établissement d'un formulaire attestant l'affiliation de l'intéressé à la législation sociale du pays d'origine et que la société ayant fait l'objet d'un redressement de cotisations sociales ne produisait pas ces documents ni ne justifiait de cette absence, avait pu déduire de ces éléments qu'elle ne justifiait pas du détachement de ses trois salariés⁶⁷.

La même Cour a eu l'occasion de statuer sur un litige dans lequel l'organisme social français avait eu recours à la procédure administrative préconisée par la Cour de justice en se rapprochant de l'institution compétente de l'Etat membre qui avait délivré le certificat E. 101. Cette institution avait invalidé les certificats E. 101 litigieux.

⁶⁴ Bundesgerichtshof, arrêt du 24 octobre 2006, 1 StR 44/06.

⁶⁵ Reflets n° 1/2007, Jurisprudence, pages 8 et 9.

⁶⁶ Civ. 2^{ème}, 17 janvier 2007, pourvoi n° 05-17.302.

⁶⁷ Civ. 2^{ème}, pourvoi n° 13-16.918.

L'arrêt attaqué a été cassé pour défaut de base légale au motif que la cour d'appel avait rejeté le recours dirigé contre le redressement de cotisations sociales contesté sans rechercher si les conditions de l'une des dispositions du règlement n° 1408/71 qui avait été invoquées n'était pas réunies⁶⁸.

Dans un arrêt du 4 décembre 2008, la Cour de cassation a semblé accorder au certificat E. 101 une certaine force probante, même si elle a paru exiger davantage que la seule production de ce document et abandonner aux juges du fond le pouvoir d'apprécier la portée de la valeur probatoire du certificat E. 101. Elle considère, en effet, *“qu'après avoir relevé que la société produisait non seulement les formulaires E 101 délivrés par l'organisme de protection sociale de Lituanie à ses salariés lituaniens travaillant en France mais aussi les documents contractuels relatifs aux travaux effectués, la cour d'appel, appréciant la valeur et la portée des éléments produits, a estimé, sans inverser la charge de la preuve, que les cotisations dont le remboursement était réclamé avaient été payées pour l'emploi de ces salariés”*⁶⁹.

Plus récemment, elle a prêté une moins grande valeur probante au certificat E. 101 en cassant un arrêt qui, bien qu'ayant constaté l'existence de tels documents attestant du lien d'un salarié avec un autre Etat membre que la France, avait validé le redressement litigieux. La cassation est fondée, non sur la production de certificats E. 101, mais sur la constatation que le salarié concerné résidait dans l'autre Etat membre, où il avait une activité salariée et était assujéti à la législation de sécurité sociale du même Etat. En outre, l'arrêt attaqué est cassé pour cet autre motif *“ qu'il appartenait à l'URSSAF, à l'issue du contrôle, d'aviser les institutions de coordination de l'Union européenne “*, laissant supposer que les certificats E. 101 litigieux étaient douteux, puisqu'ils auraient pu être retirés conformément à la procédure administrative préconisée par la Cour de justice⁷⁰.

C'est toutefois la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui a suscité, notamment dans la doctrine, une polémique conduisant à s'interroger, autant que sur cette jurisprudence elle-même, sur la portée de celle de la Cour de justice dans des situations dénoncées comme caractérisant des comportements de *“ dumping social “*.

Dans un premier arrêt du 11 mars 2014⁷¹, la Cour de cassation, saisie de moyens invoquant la force contraignante du certificat E. 101 à l'égard de

⁶⁸ Civ. 2^{ème}, 2 octobre 2008, pourvoi n° 07-18.286.

⁶⁹ Civ. 2^{ème}, pourvoi n° 07-18.292.

⁷⁰ Civ. 2^{ème}, 16 décembre 2011, n° 10-26878 Bull. 2011, II, n° 232.

⁷¹ Extraits. n° 11-88.420 Bull Crim 2014, n° 74. Souligné par le rapporteur.

l'administration et du juge et le défaut de compétence de ce dernier pour se prononcer sur sa validité, a statué dans les termes suivants :

“ Attenué que, pour confirmer le jugement entrepris sur la culpabilité et déclarer établis à l'égard de la prévenue **les délits de travail dissimulé par dissimulation d'activité et de salariés**, en les limitant à la période du 1er août 2004 au 13 décembre 2006, l'arrêt, par motifs propres et adoptés, relève qu'à compter du 1er août 2004, **date à laquelle son activité a présenté sur le territoire national les caractéristiques d'habitude, de stabilité et de continuité**, la société easyJet, qui, selon les propres déclarations de ses organes, avait choisi de mettre en oeuvre en France un nouveau modèle d'exploitation et s'était dotée à l'aéroport d'Orly de comptoirs et de bureaux, a développé à partir de cette base, devenue un lieu de prise d'ordres, **une activité de transport aérien à caractère permanent**, démontrée tant par l'implantation dans l'aéroport de locaux constituant les lieux exclusifs de prise et de fin de service du personnel navigant, que par la proposition à la clientèle, au moyen d'une importante publicité, de vols réguliers pour un nombre croissant de destinations, **et par le recrutement de salariés majoritairement français et résidant en France, de fait affectés de manière durable à ladite base aéroportuaire malgré les termes de leur contrat de travail présentant comme des salariés détachés** ; que les juges ajoutent qu'au regard de ces éléments, il apparaît que **les membres du personnel navigant de la société easyJet avaient en France le centre effectif de leur activité professionnelle**, à partir duquel ils s'acquittaient de l'essentiel de leurs obligations à l'égard de la compagnie aérienne ; qu'ils en déduisent **qu'au regard des critères retenus par le droit communautaire et du principe du libre établissement défini à l'article 52 du Traité instituant la Communauté économique européenne modifié, la société easyJet, qui était en fait établie en France, aurait dû se soumettre aux formalités d'immatriculation sur le territoire national et aux déclarations fiscales et sociales attachées à l'exercice d'une activité économique sur ce même territoire** ; qu'ils en déduisent encore **qu'en application des règles du droit du travail et du règlement (CEE) n° 1408/71 du 14 juin 1971, en vigueur à la date des faits, prévoyant, en son article 14 b relatif à l'application des régimes de sécurité sociale, que le personnel navigant des entreprises de transports internationaux de passagers par voie aérienne est soumis à la législation de l'Etat où l'entreprise a son siège sauf si le travailleur est occupé de manière prépondérante sur l'Etat membre où il réside, ce qui était le cas en l'espèce**, la société prévenue aurait dû procéder à la déclaration nominative préalable à l'embauche de ses salariés affectés à la base d'Orly ; qu'ils en concluent que les éléments constitutifs des infractions reprochées sont réunis à la charge de la personne morale poursuivie, qui, en faisant incomplètement recueillir des renseignements auprès du seul centre des non-résidents britanniques et en ne faisant pas procéder aux consultations utiles auprès des autorités françaises compétentes, s'est abstenue en connaissance de cause de satisfaire à ses obligations légales ;

Attenué qu'en l'état de ces motifs, exempts d'insuffisance comme de contradiction et déduits de son appréciation souveraine des faits ainsi que des circonstances de la cause, **la cour d'appel a justifié sa décision, dès lors qu'ayant exactement retenu que l'activité de la société easyJet relevait sur le territoire national des règles applicables au droit d'établissement, exclusives des dispositions relatives au détachement transnational, et non de la liberté de prestation de services au sens des articles 52 et suivants du Traité de Rome**, elle a caractérisé en tous leurs éléments tant matériels qu'intentionnels, les délits de travail dissimulé reprochés ; qu'il n'importe que, postérieurement aux faits en cause, un

accord dérogatoire ait pu être conclu au cours de l'année 2007 sur le fondement de l'article 17 du règlement (CEE) n° 1408/71 du 14 juin 1971 entre les autorités françaises et britanniques et suivi de la délivrance, corrélatrice à cet accord, des certificats invoqués”.

Dans un second arrêt du même jour⁷², la Cour de cassation s'est prononcée dans les termes suivants :

“ Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué, du procès-verbal de l'inspection du travail, fondement de la poursuite, et des pièces de procédure que la société Vueling Airlines, ayant son siège social à Barcelone, mais inscrite au registre du commerce et des sociétés de Bobigny en raison de l'ouverture d'un établissement à l'aéroport Charles de Gaulle à Roissy, a employé, de mai 2007 à mai 2008, **plusieurs dizaines de salariés navigants, commerciaux ou techniques, ayant le statut de détachés, et titulaires d'un certificat E 101 attestant que le salarié était maintenu pendant la période de détachement au régime de sécurité sociale de son pays d'origine**, en l'espèce l'Espagne ; que l'inspection du travail a considéré que la société Vueling Airlines employait les salariés sur une base d'exploitation au sens de l'article R. 330-2-1 du code de l'aviation civile et qu'elle ne pouvait, dès lors, et selon l'article L. 1262-3 du code du travail, se prévaloir des dispositions applicables au détachement, son activité étant entièrement orientée vers le territoire national et étant réalisée dans des locaux ou avec des infrastructures situés sur ce territoire à partir desquels elle était exercée de façon habituelle, stable et continue ; qu'un procès-verbal a été établi pour travail dissimulé et que des poursuites ont été exercées de ce chef ; que le tribunal a prononcé la relaxe de la prévenue ; que le procureur de la République ainsi que les parties civiles ont relevé appel de cette décision ;

Attendu que, pour infirmer ce jugement et déclarer la société Vueling Airlines coupable de travail dissimulé par dissimulation d'activité pour avoir omis de déclarer ses salariés aux organismes de protection sociale français, les juges du second degré relèvent que la prévenue exerçait son activité en France dans le cadre d'une succursale ou d'un établissement et en tout cas d'une base d'exploitation au sens de l'article R. 330-2-1 du code de l'aviation civile, en employant trois salariés au sol, titulaires d'un contrat à durée indéterminée, et des dizaines de navigants recrutés en Espagne, présentés comme détachés en France, employés par contrats à durée déterminée et immatriculés au régime de protection sociale espagnol ; que les juges ajoutent que la succursale ouverte en France était dirigée par un directeur de pays, ayant le statut de cadre dirigeant, au sens de l'article L. 3111-2 du code du travail, assisté d'un chef de base, et que, dans ces conditions, l'employeur ne pouvait, aux termes de l'article L. 1262-3 dudit code, se prévaloir des dispositions applicables au détachement ; que les juges observent que **la délivrance de certificats d'affiliation E 101 par l'autorité de protection sociale espagnole ne saurait valoir présomption de la validité des détachements des salariés en cause et interdire au juge pénal français de constater la violation intentionnelle des dispositions légales applicables en France, la société Vueling Airlines ayant, d'évidence, volontairement méconnu ces règles pour se placer sous un régime social et fiscal moins lourd et plus permissif** ;

⁷² Extraits. n° 12-81.461 Bull Crim 2014, n° 75. Souligné par le rapporteur.

Attendu qu'en cet état la cour d'appel a justifié sa décision, dès lors **qu'en l'absence de détachement de salariés entrant dans les prévisions de l'article 14, § 1, a du règlement (CEE) n° 1408/71 du 14 juin 1971, en vigueur à la date des faits poursuivis, la société Vueling Airlines, dont l'activité, entièrement orientée vers le territoire national, réalisée de façon habituelle, stable et continue dans des locaux ou avec des infrastructures situées sur ce territoire relevait du droit d'établissement au sens des dispositions de l'article L. 1262-3 du code du travail et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, ne pouvait se prévaloir des certificats, dits formulaires E 101, qu'elle invoquait**, et que se trouvait constituée à son encontre, conformément aux dispositions d'ordre public de l'article L. 8221-3, 2°, du code susvisé, l'infraction de travail dissimulé faute d'avoir procédé en France, pour ses salariés, personnels navigants techniques et commerciaux occupés à l'établissement de Roissy, aux déclarations devant être faites aux organismes de protection sociale”.

Le contenu normatif de cette jurisprudence est sans équivoque et peut être résumé par la proposition suivante : l'entreprise exerçant une activité sur le territoire d'un Etat membre, en recourant à des travailleurs salariés détachés dans cet Etat, ne peut se prévaloir de certificats E. 101 attestant l'affiliation de ces travailleurs au régime de sécurité sociale d'un autre Etat membre et relève dès lors du régime de sécurité sociale de l'Etat membre d'emploi lorsque, son activité étant entièrement orientée vers le territoire de cet Etat et réalisée de façon habituelle, stable et continue dans des locaux ou avec des infrastructures situées sur ce territoire, elle relève du régime du droit d'établissement, exclusif de celui de la libre prestation des services.

Il convient de rappeler qu'il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne que le ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne qui, de façon stable et continue, exerce une activité dans un autre Etat membre où, à partir d'un domicile professionnel, il s'adresse, entre autres, aux ressortissants de cet Etat, relève des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement et non de celui relatif aux services⁷³.

Or, aux termes de l'article 43, alinéa 2, du Traité CE⁷⁴, “**la liberté d'établissement** comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, **dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants**”⁷⁵.

⁷³ Voir, par exemple, arrêts du 30 novembre 1995, Gebhard, C-55/94 et du 11 décembre 2003, Schnitzer, C-215/01.

⁷⁴ Devenu article 49, alinéa 2, du TFUE.

⁷⁵ Souligné par le rapporteur.

Pour être applicable, au contraire, la libre prestation des services, telle que prévue par l'article 49 du même traité, suppose que le ressortissant qui s'en prévaut soit établi dans un Etat membre autre que celui du destinataire de la prestation.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a donc considéré que les sociétés poursuivies étaient établies sur le territoire de l'Etat membre dans lequel elles exerçaient leur activité et s'adressaient à leur clientèle, destinataire des prestations de service qu'elles offraient.

La doctrine s'est montrée plus divisée à l'égard de ces deux arrêts, qui écartent sur le fondement de la liberté d'établissement les certificats E. 101 produits, qu'elle ne l'était au sujet de la jurisprudence de la Cour de justice relative à ce type de document.

L'un des commentateurs a cru pouvoir déceler une répartition claire des opinions entre la *“doctrine travailliste [qui] a approuvé la chambre criminelle”*, et *“les spécialistes du droit européen de la sécurité sociale [qui] ont en revanche été unanimes dans la critique”*⁷⁶.

Saluant des *“décisions courageuses”*, Mme Muller expose que *“le contexte juridique européen (...) ne saurait être examiné sous le seul prisme des règlements européens de sécurité sociale”*. Selon elle, *“le respect des règles de droit du travail établies par la directive (CE) n° 96/71 ne nécessite pas le recours aux règles établies par les règlements de coordination des régimes de sécurité sociale. Aucun article substantiel de la nouvelle directive ne fait référence à des critères qui seraient définis dans les règlements. L'article 4, qui fournit des éléments servant à qualifier le détachement, ne tire aucune conséquence juridique de l'absence ou de la présence du formulaire A1 qui atteste de la régularité de l'affiliation des salariés détachés dans l'Etat d'envoi”*. Mme Muller ajoute que la Cour de justice a accepté de *“positionner les législations anti-dumping dans le champ des raisons impérieuses d'intérêt général [et que] ce “label “ permet de justifier une restriction à la libre prestation des services inscrite dans les traités, alors à plus forte raison permet-il aussi de contrecarrer le principe de coopération loyale entre organismes de sécurité sociale et le principe de présomption de conformité des certificats A. 101/A1”*. Regrettant que *“les modalités de délivrance [des certificats E. 101] sont très éloignées des procédures écrites”*, Mme Muller se demande pourquoi *“continuer à respecter scrupuleusement une présomption attachée à un document délivré dans des conditions douteuses”*⁷⁷.

M. Lyon-Caen partage cet avis. Il considère que *“les détachements spéculatifs jouent avant tout sur leurs différences et sur l'incroyable facilité avec laquelle il est possible d'obtenir un certificat d'affiliation dans un Etat membre, opposable sans réelle contestation*

⁷⁶ J. Ph. Lhernould, *“Certificat E. 101/A1 : il est indispensable de saisir la Cour de justice de l'Union européenne. A propos de l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, 28 octobre 2014”*, Droit social 2014, p. 1050.

⁷⁷ F. Muller, *“Face aux abus et contournements, la directive d'exécution de la directive détachement est-elle à la hauteur ?”*, Droit social 2014, 788.

*possible dans les autres Etats. La chambre criminelle de la Cour de cassation a récemment montré que l'arme pénale du travail dissimulé était utilisable et n'était pas paralysée par la production de certificats obtenus abusivement (...). Il faut l'écouter*⁷⁸.

A contraire, la doctrine de droit européen a dénoncé, dans des termes divers, mais vivement réprobateurs⁷⁹, une violation du droit de l'Union.

M. Fillon constate qu'est "*laissée totalement inappliquée une jurisprudence constante de la Cour de justice sur la valeur juridique [des] certificats [E. 101], jurisprudence inaugurée par l'arrêt Fitzwilliam*⁸⁰. Evoquant les arrêts Banks⁸¹ et Herbosch Kiere, qui ont suivi, M. Fillon souligne que "*cette jurisprudence s'applique à toutes les situations où la détermination de la législation applicable donne lieu à l'émission de certificats E. 101 et pas seulement pour des détachements*" ajoutant que "*l'arrêt Format (...) concernant une personne présumée salariée sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres a permis aussi à la Cour de justice de préciser encore les obligations de l'institution émettrice*" et conclut en se demandant comment il serait possible d'envisager "*en dépit de l'autorité de la chose jugée qui s'attache à ces deux affaires (sous réserve de la cassation partielle concernant la première), que la jurisprudence de la Cour de justice puisse trouver in fine application*".

Parmi les objections qu'il formule à l'encontre de l'arrêt du 11 mars 2014⁸², M. Icard relève "*l'invocation des articles R. 330-2-1 du code de l'aviation civile et L. 1262-3 du code du travail qui ne concernent au sens strict que les règles travaillistes du détachement et non les règles applicables en matière de protection sociale*⁸³. Il se demande si "*ces règles internes restreignant l'application du règlement européen ne sont (...) pas incompatibles avec l'idée même de coordination des législations sociales inhérentes au règlement et, partant, contraires à l'esprit comme à la lettre du règlement ?*". Enfin, M. Icard indique que "*ces règles internes et donc la solution retenue dans cet arrêt, se heurtent à la présomption de validité qui s'attache à la délivrance du certificat E. 101 (A1 désormais) que ne peut en principe remettre*

⁷⁸ A. Lyon-Caen, "*Quelle est l'inspiration de la loi n° 2014-790 du 11 juillet 2014 "visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale" ?*", Recueil Dalloz 2014, p. 1816.

⁷⁹ J.C. Fillon, "*EasyJet et Vueling : un trou d'air dans l'application du droit européen*"; Liaisons sociales Europe n° 350 ; J. Ph. Lhernould, "*Une compagnie aérienne peut-elle détacher des navigants en France ? L'étonnante leçon anti-européenne de la chambre criminelle à propos du formulaire E.101*", RJS 2014, p. 307 ; N. Chavrier, "*Affaire EasyJet et Vueling. Une atteinte grave à la primauté du droit de l'Union européenne*", Semaine sociale Lamy 2014, p. 1641.

⁸⁰ Article précité. Arrêt FTS, précité.

⁸¹ Arrêt du 30 mars 2000, C-178/97.

⁸² Arrêt précité du 11 mars 2014, Bull. 2014 n° 75.

⁸³ J. Icard, "*Travail dissimulé et détachement européen*", Cahiers sociaux, 1^{er} avril 2014 n° 262, p. 255.

en cause l'institution sociale de l'Etat d'accueil, cette dernière ne pouvant qu'émettre des doutes sur la validité et demander à l'Etat d'origine de réexaminer le bien-fondé de la délivrance du formulaire". Il ajoute que "cette interprétation est très protectrice de la logique interne et peu respectueuse de la logique européenne. La question n'est pas ici l'opportunité de la solution retenue dans cette affaire par la Cour de cassation qui ne fait aucun doute puisqu'elle vise à évincer les pratiques évidentes de dumping social mais de questionner sa compatibilité au droit européen".

Pour M. Chavrier, *"non seulement la chambre criminelle a adopté un raisonnement placé uniquement sur le terrain du droit français mais elle semble avoir sciemment ignoré le droit de l'Union européenne"*⁸⁴. Il considère qu' *"à la lecture des décisions de la chambre criminelle du 11 mars 2014, il apparaît que ni la primauté du droit de l'Union ni la procédure de conciliation n'ont été respectées"*.

M. Lhernould relève que l'arrêt du 11 mars 2014 relatif à la société Vueling⁸⁵ *"a pour résultat de violer un principe fondamental du droit de l'Union"*, en l'espèce le principe de coopération loyale, et *"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 E. 101"*⁸⁶. Il considère que *"la référence à l'article L. 1262-3 du code du travail dans la décision de la chambre criminelle pose du reste une double difficulté : cette disposition de droit du travail ne devrait pas interférer avec les solutions applicables en matière de sécurité sociale ; sa compatibilité avec le droit de l'Union prête à discussion puisqu'il ordonne, en méconnaissance des règles de conflit de lois posées par le règlement 593/2008, l'application intégrale du droit français du travail lorsque l'activité est entièrement orientée vers le territoire français"*.

Dans un autre article, M. Lhernould, constatant que certaines cours d'appel, telles que la cour d'appel d'Aix-en-Provence, se sont conformées à la jurisprudence de la chambre criminelle, fait observer que *"les juridictions pénales sont soumises aux mêmes exigences que les autres juridictions internes en ce qui concerne le droit de l'Union européenne"*⁸⁷. Il relève qu' *"en s'affranchissant des E. 101, les juges nationaux s'ouvrent la voie pour juger que la loi française de sécurité sociale est applicable, ce qui revient à nier le sens même des formulaires en question qui ont pour finalité d'attester de la législation de sécurité sociale applicable à son détenteur et d'exclure, ce faisant, l'application de la législation de sécurité sociale de tout autre Etat membre"*. Observant une *"contamination du raisonnement judiciaire"*, il suggère de saisir la Cour de justice *"pour qu'elle rappelle les*

⁸⁴ N. Chavrier, article précité note 79.

⁸⁵ Arrêt précité du 11 mars 2014, Bull. 2014 n° 75.

⁸⁶ J. Ph. Lhernould, article *" Une compagnie aérienne peut-elle détacher des navigants en France ? L' étonnante leçon anti-européenne de la chambre criminelle à propos du formulaire E. 101 "*, précité.

⁸⁷ Article *" Certificat E. 101/A1 : il est indispensable de saisir la Cour de justice de l'Union européenne. A propos de l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, 28 octobre 2014 "*, précité note 76.

solutions applicables et, si besoin, les précise”, soulignant qu’ “il ne s’agit pas d’un combat idéologique - pour ou contre les compagnies low cost, pour ou contre la circulation transnationale de main-d’oeuvre. Il s’agit de déterminer, pour ce qui concerne la lutte légitime contre la fraude sociale et les éventuels abus, ce que le droit permet et ce qu’il interdit”⁸⁸.

Plusieurs juridictions du fond se sont, logiquement, conformées à l’orientation définie par la chambre criminelle⁸⁹.

Les éléments de fait caractérisant les litiges soumis à la chambre criminelle, qui peuvent susciter l’interrogation quant à l’établissement de l’entreprise en cause sur le territoire de l’Etat d’accueil, révèlent, de ce point de vue, une certaine proximité avec le présent litige⁹⁰. Même si le contexte est en l’espèce purement civil et les motifs propres de l’arrêt attaqué sur la base desquels la cour d’appel n’a pas conféré pleine efficacité aux certificats E. 101 litigieux obéissent à une logique différente de celle suivie par la chambre criminelle : une partie substantielle du raisonnement de l’arrêt attaqué est, en effet, fondée sur le nombre insuffisant des certificats E. 101, le défaut de mention du nom des bateaux et des lieux d’exécution des prestations, ainsi que sur la constatation de l’absence d’exercice, par les salariés concernés, de leur activité sur le territoire de plusieurs Etats membres⁹¹.

C’est au regard de l’ensemble des éléments législatifs, jurisprudentiels et doctrinaux précédemment décrits que l’assemblée plénière se prononcera sur les mérites des griefs du pourvoi principal relatifs à la valeur des certificats E. 101 litigieux.

A cette fin, il convient de rappeler les motifs de l’arrêt attaqué dont la cour d’appel a déduit que le régime de sécurité sociale auquel les travailleurs concernés étaient affiliés n’était pas celui qui résultait des certificats E. 101 produits par la société A-Rosa.

Les données du litige constatées par l’arrêt attaqué

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Dans son article “ *La sévérité du droit social applicable aux compagnies aériennes : le vent se lève ...* ” (Revue de droit des transports n° 1, janvier 2014, étude 2), M. Cailloux-Meurice cite, outre la cour d’appel de Paris, les tribunaux correctionnels de Bobigny, de Créteil et d’Aix-en-Provence.

⁹⁰ Il résulte de l’arrêt attaqué que les bateaux et les salariés en cause de la société A-Rosa sont affectés à des missions exclusivement localisées sur le territoire français.

⁹¹ Il est fait référence aux motifs propres, car les motifs du jugement, quant à eux, sont au contraire très proches de ceux approuvés par la chambre criminelle, en ce que le tribunal des affaires de sécurité sociale a jugé que l’activité en France de la société A-Rosa présentait un caractère habituel, stable et continu, au sens de l’article L. 1262-3 du code du travail, et que cette constatation l’a emporté sur le caractère obligatoire des certificats E. 101.

Examinant les certificats E. 101 produits au soutien de la demande, la cour d'appel rappelle la règle énoncée par la Cour de justice selon laquelle *“le certificat E. 101 lie l'institution compétente de l'Etat membre dans lequel le travailleur se rend (arrêt du 30 mars 2000, Théâtre Royal de la Monnaie) et qu'il emporte présomption de régularité de l'affiliation dans l'Etat de l'institution émettrice”*.

Elle constate que la société A-Rosa *“ne verse que deux lots de certificats E. 101 (...) qu'elle se dispense de mettre précisément en relation avec les emplois auxquels elle admet avoir affecté des salariés de nationalités étrangères sur ses bateaux Luna et Stella”*.

La cour d'appel se livre ensuite à une autre constatation, souveraine et en tout cas non contestée⁹², sur le contenu des certificats E. 101 produits par la société A-Rosa, en relevant qu'*“en dépit de la rubrique invitant à préciser le nom du navire du détachement allégué, aucune indication n'a été portée”*.

La cour d'appel en déduit, statuant, à ce stade, sur l'exception de l'article 14, paragraphe 1, sous a), relative à la législation applicable aux salariés détachés, que, *“sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur la validité des certificats E. 101, la société appelante ne peut se prévaloir de ces documents dans les circonstances du contrôle auquel elle a été soumise”*.

Plus loin dans l'arrêt, statuant cette fois sur l'exception de l'article 14, paragraphe 2, sous a), i), relative à la législation applicable aux salariés employés par la succursale d'une entreprise de transports internationaux, elle constate, une nouvelle fois, que *“le nom de ces bateaux n'est pas même indiqué”*. Elle ajoute que la société a veillé *“à ne préciser ni les lieux d'exécution des prestations de travail, ni les bateaux d'affectation”* et qu'elle *“s'est ainsi réservé la faculté d'employer les personnels recrutés à des transports internationaux, notamment sur les navires qu'elle déclaré par ailleurs exploiter sur le Rhin et sur le Danube”*. La cour d'appel considère, là encore, qu'*“il n'y a pas lieu de mettre en doute la validité des certificats E. 101 qui sont produits aux débats”*, mais, constatant que *“les personnels en cause n'ont été en définitive employés que pour des croisières en France”*, décide que la société A-Rosa *“ne peut bénéficier du régime dérogatoire prévu en matière de transports internationaux de personnes”*.

Il ressort de ces motifs de l'arrêt attaqué que la cour d'appel a considéré qu'elle ne disposait pas, qu'il s'agisse du régime de l'exception de détachement ou du régime de l'exception de transports internationaux, du droit de remettre en cause la validité des certificats E. 101 versés aux débats.

⁹² Selon la septième branche du moyen unique du pourvoi principal, la constatation du défaut d'indication du nom du bateau a, en revanche, été considérée comme inopérante.

Il en résulte également que, pour des raisons tenant au caractère incomplet de ces documents, tenant au défaut de mention du nom du bateau et des lieux d'exécution des activités salariées des travailleurs en cause, elle a estimé que la législation de sécurité sociale qui était attestée par les certificats E. 101 n'était pas la législation applicable en l'espèce.

L'assemblée plénière pourrait être amenée à trancher la question de savoir si la constatation par la cour d'appel du caractère incomplet d'un certificat E. 101, en ce qui concerne, d'une part, la partie de la rubrique 3.3 de ce certificat relative au nom du "navire" et, d'autre part, les lieux d'exécution des activités, constitue une appréciation de la validité de ce document qui doit être considérée comme prohibée en application de la jurisprudence de la Cour de justice.

On rappellera que, selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, la remise en cause du bien-fondé d'un certificat E. 101 ou son retrait, qui incombe à la seule institution à l'origine de sa délivrance, suppose une remise en cause de l'exactitude des faits qui sont à la base de ce document ou des exigences du titre II du règlement n° 1408/71⁹³.

En l'espèce, le régime de sécurité sociale attesté par les certificats E. 101 litigieux n'a pas été écarté au motif que les mentions des certificats étaient erronées.

La cour d'appel a constaté le caractère incomplet des certificats E. 101, paraissant indiquer que ces documents ne permettaient pas de contrôler l'existence des conditions fixées par chacun des deux régimes d'exception pour l'application du régime de sécurité sociale de l'Etat d'origine.

Elle ne semble toutefois en déduire l'absence d'application de l'exception invoquée qu'en ce qui concerne l'exception de détachement de l'article 14, paragraphe 1, sous a).

S'agissant de l'exception d'exécution d'un travail salarié sur le territoire de plusieurs Etats membres, prévue par l'article 14, paragraphe 2, l'arrêt affirme ne pas remettre en cause la validité des certificats E. 101, mais constate que "*les personnels en cause n'[ayant] 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*".

La constatation souveraine de l'exercice sur le seul sol français de l'activité salariée des travailleurs en cause, de nature à exclure l'application de l'article 14, paragraphe 2, sous a), i), a donc conduit la cour d'appel à déclarer seul applicable au litige le régime français de sécurité sociale.

⁹³ Arrêt Format, précité, point 47 et la jurisprudence citée.

Il appartiendra à l'assemblée plénière de dire si, en procédant à de telles constatations, résultant d'éléments extérieurs aux certificats E. 101, ceux-ci étant muets sur les lieux d'exécution des prestations de travail, alors que l'exercice d'une activité salariée sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres constituait une condition de la détermination, en vertu de l'article 14, paragraphe 2, de la législation applicable, la cour d'appel s'est également livrée à une appréciation de validité de ces documents contraire à la jurisprudence de la Cour de justice.

En d'autres termes, c'est la question de l'appréciation de la régularité des certificats E. 101, non en raison de l'inexactitude de leurs mentions, mais du silence qu'ils gardent sur certains éléments constitutifs du régime de conflit de lois applicable, et de la prise en compte d'éléments extérieurs aux certificats E. 101 pour déterminer la loi applicable en présence de ces certificats, qu'il conviendra de trancher.

Dans son avis, précité, l'avocat général M. de Monteynard a conclu à la cassation de l'arrêt attaqué, sur le fondement de la première branche du moyen unique, estimant qu'il "*parai[ssait] difficile de passer outre l'arrêt [Herbosch] Kiere*", ajoutant qu' "*il pourrait naturellement en être différemment si les formulaires exhibés étaient des faux, forgés pour l'occasion*".

M. de Monteynard a cependant réservé l'hypothèse dans laquelle l'arrêt serait justifié, "*pour les travailleurs non munis d'E. 101*", par la constatation, par les juges du fond, "*que la société Rosa n'est pas parvenue à produire pour chacun des travailleurs qu'elle emploie un formulaire adéquat*".

Il importe, en outre, de relever qu'il ne résulte pas des éléments du dossier que l'URSSAF de Vaucluse ou d'Alsace ait entrepris de se rapprocher de l'organisme de protection sociale suisse, ni, par conséquent, de saisir la Commission administrative, pour obtenir le retrait des certificats E. 101 litigieux.

La société A-Rosa rappelle qu'elle avait fait valoir, devant la cour d'appel, que la procédure diligentée par l'URSSAF ne pouvait palier l'absence de mise en oeuvre de la procédure de contestation des certificats E. 101 ou l'éventuel échec de son action. Elle soutenait que, eu égard à la présomption de régularité dont bénéficiait ces documents, il appartenait à l'URSSAF, en cas de doute sur l'exactitude des faits sur lesquels repose le certificat, de saisir l'organisme de sécurité sociale qui avait délivré ces mêmes formulaires, afin de reconsidérer le bien-fondé de cette délivrance et d'en solliciter le cas échéant, le retrait. Or, elle indiquait qu'aucun des organismes intervenant à la procédure n'avait obtenu le retrait des formulaires.

Il y a lieu de rappeler que la Cour de cassation s'est déjà prononcée sur la question de la mise en oeuvre de la procédure de conciliation et de recours à la Commission administrative. Dans l'arrêt du 16 décembre 2011, précité, elle a validé un redressement de cotisations sociales au motif que la cour d'appel avait constaté que

la personne concernée était assujettie à la législation de sécurité sociale italienne, ajoutant, en se référant ainsi sans doute aux certificats E. 101 produits devant les juges du fond, “ *qu’il appartenait à l’URSSAF, à l’issue du contrôle, d’aviser les institutions de coordination de l’Union européenne*”⁹⁴.

Enfin, il ne semble pas non plus, en l’espèce, que l’URSSAF ait agi pour obtenir, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, l’introduction d’une procédure en manquement devant cette dernière contre l’Etat membre de l’institution émettrice ou exercé les voies de recours juridictionnelles existant dans l’Etat membre dont relève l’institution émettrice pour obtenir le changement du régime de sécurité sociale initialement désigné.

IV - Sur l’application du régime de la libre prestation des services (dixième branche du moyen unique du pourvoi principal)

La société A-Rosa soutient aussi que le régime de la libre prestation des services, telle qu’elle est régie par les articles 49 et 50 du Traité CE, lui est applicable.

A l’appui de ce moyen, dont il résulte qu’en l’absence de nécessité impérieuse, le régime français de sécurité sociale ne pouvait lui être imposé, elle invoque trois éléments de fait :

- l’absence d’établissement en France de sa part ;
- la réalisation de prestations de service de tourisme au profit de clients résidant dans d’autres Etats membres ;
- le paiement de cotisations pour ses salariés auprès des organismes de sécurité sociale suisses.

La société A-Rosa considère donc que, n’étant pas installée sur le territoire français, mais en Allemagne et, pour sa succursale, en Suisse, elle n’était pas soumise, au titre des prestations de service qu’elle proposait, au principe de la liberté d’établissement. Elle relevait du régime de la libre prestation de services, qui interdit “*les restrictions à la libre prestation des services à l’intérieur de l’Union (...) à l’égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation*”⁹⁵.

⁹⁴ n° 10-26.878 Bull. 2011, II, n° 232.

⁹⁵ Article 49 du Traité CE.

Elle invoque à cet effet les arrêts Seco et Guiot de la Cour de justice⁹⁶, dont il y a lieu de rappeler les termes.

Dans l'arrêt Seco, la Cour de justice a dit pour droit que "*le droit communautaire fait obstacle à ce qu'un État membre oblige un employeur, **établi dans un autre État membre et exécutant temporairement, par le moyen de travailleurs ressortissants de pays tiers, des travaux dans le premier État**, à verser la part patronale des cotisations de sécurité sociale du chef de ces travailleurs, **alors que cet employeur est déjà redevable de cotisations comparables du chef des mêmes travailleurs et pour les mêmes périodes d'activité, en vertu de la législation de son État d'établissement**, et que les cotisations versées dans l'État où s'effectue cette prestation n'ouvrent droit à aucun avantage social pour ces travailleurs. Une telle obligation ne serait pas non plus justifiée au cas où elle aurait pour objet de compenser les avantages économiques que l'employeur aurait pu tirer de l'inobservation de la réglementation en matière de salaire social minimum de l'État où s'effectue la prestation*"⁹⁷.

Confirmant l'orientation initiale suivie par l'arrêt Seco, précité, la Cour de justice, dans l'arrêt Guiot, a dit pour droit que "*les articles 59 et 60 du traité CE s'opposent à ce qu'un État membre oblige une entreprise, **établie dans un autre État membre et exécutant temporairement des travaux dans le premier État**, à verser des cotisations patronales au titre de « timbres-fidélité » et de « timbres-intempéries » **du chef des travailleurs qui ont été affectés à la réalisation de ces travaux, alors que cette entreprise est déjà redevable de cotisations comparables, du chef des mêmes travailleurs et pour les mêmes périodes d'activité, dans l'État où elle est établie***"⁹⁸.

Au moyen invoqué devant elle et fondé sur l'application du régime de la prestation des services, la cour d'appel a répondu que "*les personnels visés par le contrôle avaient été spécialement et exclusivement recrutés pour des prestations exécutées uniquement en France "et que la société A-Rosa" ne justif[iait] d'aucune disposition la contraignant aux affiliations qu'après le début du contrôle (...) elle a souscrit auprès de la Caisse suisse SVA alors qu'aucun des salariés en cause n'a la nationalité de la Confédération helvétique, qu'aucun n'est domicilié dans cet Etat, et qu'aucun n'y a fourni une prestation de travail". affilier [les salariés en cause] à un régime suisse de sécurité sociale". Elle ajoute que la "démarche volontaire" effectuée par la société A-Rosa, après le début du contrôle de l'administration, destinée à "faire profiter ses salariés d'un régime suisse de sécurité sociale (...) ne la dispens[ait] pas de ses obligations au regard du régime français de sécurité sociale auquel les salariés en cause devaient être soumis en vertu du principe de territorialité de l'article 13, paragraphe 2), sous a) du règlement européen du 14 juin 1971 "*.

⁹⁶ Arrêts du 3 février 1982, 62/81 et 63/81, et du 28 mars 1996, C-272/94.

⁹⁷ Souligné par le rapporteur.

⁹⁸ Souligné par le rapporteur.

Le présent grief, dont il convient d'observer qu'il ne repose pas sur les règles de droit dérivé que constituent les dispositions du règlement n° 1408/71, mais sur les règles du droit primaire que sont celles du régime de la libre prestation des services institué par le traité, nécessite, en conséquence, que soit examinée la question de l'articulation entre le traité et le règlement n° 1408/71.

Ce règlement a été adopté en vertu de l'article 51 du Traité instituant la Communauté économique européenne⁹⁹, qui donne compétence au Parlement européen et au Conseil d'adopter, dans le domaine de la sécurité sociale, les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs.

La libre prestation des services, comme la liberté d'établissement, s'applique au contraire aux activités indépendantes.

La question de l'applicabilité combinée de ces divers régimes peut cependant se poser lorsque, comme en l'espèce, la société qui se prévaut de l'une des deux libertés précitée est employeur de travailleurs salariés.

Quels que soient les champs d'application respectifs de ces régimes juridiques, le présent grief est cependant de nature à remettre en cause la compatibilité du règlement n° 1408/71 avec les règles de l'article 49, précité.

Certes, s'il était décidé, au titre de précédents griefs, qu'en vertu de l'article 14, paragraphe 2, sous a, i), du règlement n° 1408/71, le régime de sécurité sociale français devait s'effacer au profit du seul régime suisse, l'invocation du régime de la libre prestation des services ne serait pas nécessaire. La question de la légalité du règlement ne se poserait donc pas.

En revanche, si cette disposition du règlement n° 1408/71 devait être interprétée comme désignant la loi française, le postulat, sur lequel repose la dixième branche, selon lequel la libre prestation des services s'oppose, en l'espèce, à l'application du régime français de sécurité sociale, susciterait une interrogation sur la compatibilité du système mis en place par le règlement n° 1408/71 et les dispositions pertinentes du traité.

A ce stade, on relèvera que la société A-Rosa ne soutient pas que le règlement n° 1408/71 est contraire au principe fondamental de la libre prestation de services. Il convient d'ajouter que, si tel était le cas ou si le traitement du moyen imposait d'examiner cette question et si elle éprouvait un doute sur la validité sur ce point du

⁹⁹ Devenu article 42 du Traité CE, puis article 48 du TFUE.

règlement n° 1408/71, la Cour de cassation ne serait pas compétente pour le constater elle-même¹⁰⁰. Elle devrait se tourner vers la Cour de justice pour la saisir d'une question préjudicielle.

Au demeurant, la Cour de justice s'est déjà prononcée sur les rapports existant entre le règlement n° 1408/71 et les libertés fondamentales du droit de l'Union.

Il résulte de sa jurisprudence que les disparités entre les régimes nationaux de sécurité sociale constituent une source de restrictions à la liberté de circulation des personnes consacrée par les articles 18¹⁰¹, 39¹⁰², 43¹⁰³ et 49¹⁰⁴ du Traité CE¹⁰⁵. La Cour relève que l'article 42 du même traité prévoit, d'ailleurs, en vue de garantir l'exercice effectif du droit à la libre circulation des travailleurs, l'obligation pour le Conseil d'adopter des mesures à cet effet dans le domaine de la sécurité sociale¹⁰⁶.

La Cour de justice a également dit pour droit, dans un arrêt portant sur un litige relatif à des travailleurs non salariés, “ *qu'en soumettant à une seule législation sociale, pour l'intégralité de leurs revenus, les travailleurs indépendants exerçant une activité professionnelle non salariée dans plusieurs États membres, le règlement n° 1408/71 poursuit un objectif général, qui est d'assurer la libre circulation des travailleurs salariés et non salariés dans la Communauté, tout en respectant les caractéristiques propres des différentes législations nationales, et vise à garantir au mieux l'égalité de traitement de tous les travailleurs occupés sur le territoire d'un État membre ainsi qu'à ne pas pénaliser les travailleurs qui exercent leur droit à la libre circulation*”. Elle a ajouté, dans le même arrêt, que l'application des articles 13 et suivants de ce règlement¹⁰⁷ n'était pas susceptible, dans le cas précis qui lui était soumis¹⁰⁸, de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés

¹⁰⁰ Arrêt de la Cour de justice du 22 octobre 1987, Foto-Frost (C-314/85).

¹⁰¹ Droit de libre circulation et de séjour des citoyens de l'Union.

¹⁰² Principe de la libre circulation des travailleurs.

¹⁰³ Principe de la liberté d'établissement.

¹⁰⁴ Principe de la libre prestation des services.

¹⁰⁵ Ordonnance du 20 octobre 2000, Vogler, C-242/99, point 22.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Cette énumération générale vise l'ensemble des textes du titre II du règlement n° 1408/71 relatifs à la détermination de la législation applicable.

¹⁰⁸ Il s'agissait de déterminer l'assiette imposable d'une cotisation sociale perçue par un Etat membre sur les revenus de travailleurs indépendants exerçant leurs activités sur le territoire de deux Etats membres.

fondamentales garanties par le traité, mais contribuait, au contraire à faciliter l'exercice de ces dernières¹⁰⁹.

S'agissant de l'invocation, par la société A-Rosa, des arrêts Seco et Guiot, il peut être relevé que cette jurisprudence ne semble pas avoir trait à des litiges portant sur la détermination de la loi applicable en matière de sécurité sociale. La loi applicable y était une donnée constante des litiges, tout comme le paiement par l'employeur de cotisations sociales auprès de l'institution compétente de l'un des Etats membres en cause. Cette dernière obligation n'était pas, en elle-même, contestée. Se pose donc la question du caractère transposable de ces arrêts au présent litige, où la loi applicable en matière de sécurité sociale est, tout comme le paiement de cotisations sociales déjà réalisé, non un fait constant, mais le problème de droit que le juge de l'Etat d'accueil doit trancher.

V - Sur la proposition de rejet non spécialement motivé du moyen unique du pourvoi incident, en application de l'article 1014 du code de procédure civile

Ainsi qu'il ressort des éléments qui suivent, le moyen unique du pourvoi incident ne paraît pas recevable, en sa troisième branche, ni manifestement de nature à entraîner la cassation, en ses deux premières branches.

Troisième branche du moyen unique du pourvoi incident : le moyen, nouveau et mélangé de fait, est irrecevable.

Il résulte tant de l'arrêt attaqué que des conclusions d'appel de la société A-Rosa que cette dernière contestait le taux des majorations qui lui avaient été appliquées en vertu de l'article R. 243-18 du code de la sécurité sociale et reprochait à l'URSSAF d'Alsace de ne pas avoir justifié les calculs à l'origine des majorations d'un montant total de 269 083 euros qui lui étaient demandées¹¹⁰.

Or, l'URSSAF d'Alsace n'a pas présenté d'argumentation en défense portant sur la question du taux et du calcul des majorations dans la mise en demeure.

Pour considérer que "*la motivation de la mise en demeure*" était suffisante, l'URSSAF d'Alsace s'est bornée à exposer que "*les textes réglementaires n'imposent à la mise en demeure aucune forme particulière autre que celle d'être adressée par lettre recommandée*" et conclut que "*dans le cas présent, la mise en demeure adressée à l'employeur précise outre le montant des cotisations redressées, les années du redressement et mentionne qu'elles sont réclamées à la suite d'un contrôle chefs de redressement communiqués le 22/10/2007 "au titre du régime général"*".

¹⁰⁹ Arrêt du 26 mai 2005, Allard, C-249/04, points 31 et 32.

¹¹⁰ Conclusions d'appel, page 48.

Elle n'a donc pas soutenu, comme elle le fait par le présent moyen, que la mise en demeure du 26 février 2008 était régulière, en ce qui concerne les majorations applicables en vertu de l'article R. 243-18 du code de la sécurité sociale, dès lors qu'elle permettait à l'employeur en cause de connaître la nature, la cause et l'étendue de son obligation.

L'URSSAF d'Alsace n'a pas non plus fait valoir que la mise en demeure était valable, quant aux majorations réclamées, dès lors qu'elle faisait référence au redressement notifié le 22 octobre 2007 "*conformément à l'article R. 243-59 du code de la sécurité sociale*", qu'elle portait la mention "*contrôle - chefs de recouvrement notifiés le 22/10/2007*" et qu'elle précisait le montant des majorations dues pour chacune des années concernées, sans avoir à préciser le mode de calcul de ces majorations.

Le moyen est donc nouveau. Il est en outre mélangé de fait, dès lors qu'en invoquant la mention "*contrôle - chefs de recouvrement notifiés le 22/10/2007*", il se réfère à des considérations de fait qui ne résultent pas des énonciations des juges du fond et impliquerait, en tout état de cause, sur ce point comme à l'égard du redressement notifié le 22 octobre 2007, l'examen du contenu tant de la mise en demeure du 26 février 2008 que de la lettre d'observations du 22 octobre 2007.

Première branche du même moyen : le moyen critique un motif surabondant.

A supposer même que la cour d'appel ait relevé d'office le moyen pris du changement de taux applicable à compter du 1^{er} janvier 2008, ce moyen est dirigé contre un motif surabondant, dès lors que, par les motifs vainement critiqués par la troisième branche, dont elle a déduit que la société A-Rosa "*a[vait] été laissée dans l'ignorance des bases de calcul des majorations*", la décision critiquée se trouve légalement justifiée sur ce point.

Deuxième branche du même moyen : la dénaturation alléguée ne peut être retenue, car l'écrit en cause, ambigu, appelait une interprétation.

C'est, en effet, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'interprétation de la portée de la mise en demeure litigieuse, rendue nécessaire par la mention, dans l'annexe de la mise en demeure et non dans la mise en demeure elle-même, du taux de majoration "*des cotisations non acquittées à la date limite de versement*", et par l'éventualité que les taux de majoration n'aient été ainsi mentionnés que dans l'hypothèse d'un défaut de paiement à venir et non pour informer le redevable du mode d'évaluation des majorations déjà arrêtés, que la cour d'appel a retenu que l'URSSAF n'avait pas indiqué "*les taux des majorations de retard qu'elle a[vait] notifiés à la société appelante*".

Nombre de projet(s) préparé(s) : trois projets sont proposés.