



COUR DE CASSATION

**Avis de Mme Anne Berriat,
avocate générale (chambre sociale)**

Arrêt n° 428 du 31 mars 2021

Pourvoi n° X 16-16.713

Décision attaquée : arrêt du 4 mars 2016 de la cour d'appel de Paris

La société Vueling airlines

C/

M. A... X...

Par un jugement du 30 mars 2017, le tribunal de grande instance de Bobigny, saisi d'un litige opposant la caisse nationale de retraite complémentaire du personnel navigant (CNRCPN) à la société Vueling, avait posé à la Cour de justice de l'Union européenne deux questions préjudicielles.

La première portait sur l'effet contraignant des certificats E 101 lorsqu'ils ont été obtenus à la suite d'une fraude ou d'un abus de droit, définitivement constaté par une juridiction de l'État membre où le salarié exerce ou doit exercer son activité.

La seconde demandait, pour le cas où ces certificats conserveraient leur effet contraignant, s'ils faisaient « *obstacle à ce que des personnes victimes du préjudice qu'ils ont subi du fait du comportement de l'employeur, auteur de la fraude, en obtiennent réparation, sans que l'affiliation des salariés aux régimes désignés par le certificat E 101 soit remise en cause par l'action en responsabilité exercée contre l'employeur* ».

Pour sa part, afin de répondre au pourvoi de Monsieur X..., la chambre sociale de la Cour de cassation a, par un arrêt du 10 janvier 2018, sursis à statuer et renvoyé à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles suivantes :

1°) l'interprétation donnée par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt A Rosa Flussschiff, C-620/15 précité, à l'article 14, paragraphe 2, a), du règlement n° 1408/71/CEE, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement (CE) n° 118/97, tel que modifié par le règlement (CE) no 647/2005 du Parlement européen et du Conseil, du 13 avril 2005, s'applique-t-elle à un litige relatif à l'infraction de travail dissimulé dans lequel les certificats E101 ont été délivrés au titre de l'article 14, paragraphe 1, a), en application de l'article 11 paragraphe 1er, du règlement no 574/72/CE du 21 mars 1972 fixant les modalités d'application du règlement no 1408/71, alors que la situation relevait de l'article 14, paragraphe 2, a), i), pour des salariés exerçant leur activité sur le territoire de l'État membre dont ils sont ressortissants et sur lequel l'entreprise de transport aérien établie dans un autre État membre dispose d'une succursale et que la seule lecture du certificat E101 qui mentionne un aéroport comme lieu d'activité du salarié et une entreprise aérienne comme employeur permettait d'en déduire qu'il avait été obtenu de façon frauduleuse?

2°) dans l'affirmative, le principe de la primauté du droit de l'Union européenne doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'une juridiction nationale, tenue en application de son droit interne par l'autorité de la chose jugée par une juridiction pénale sur la juridiction civile, tire les conséquences d'une décision d'une juridiction pénale rendue de façon incompatible avec les règles du droit de l'Union européenne en condamnant civilement un employeur à des dommages et intérêts envers un salarié du seul fait de la condamnation pénale de cet employeur pour travail dissimulé?

Après avoir joint ces deux groupes de questions, la Cour de justice de l'Union européenne, par arrêt du 2 avril 2020 (C-370/17 et C-37/18) a dit pour droit que l'article 11, paragraphe 1, sous a), du règlement (CEE) n°574/72, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement n° 118/97, s'oppose à ce que les juridictions d'un État membre, saisies dans le cadre d'une procédure judiciaire diligentée contre un employeur pour des faits de nature à révéler une obtention ou une utilisation frauduleuses de certificats E 101 délivrés au titre de l'article 14, point 1, sous a), du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, ne peuvent constater l'existence d'une fraude et écarter en conséquence ces certificats qu'après s'être assurées :

– d'une part, que la procédure prévue à l'article 84 bis, paragraphe 3, de ce règlement a été promptement enclenchée et l'institution compétente de l'État membre d'émission a été mise en mesure de réexaminer le bien-fondé de la délivrance desdits certificats à la lumière des éléments

concrets soumis par l'institution compétente de l'État membre d'accueil qui donnent à penser que les mêmes certificats ont été obtenus ou invoqués de manière frauduleuse, et

– d'autre part, que l'institution compétente de l'État membre d'émission s'est abstenue de procéder à un tel réexamen et de prendre position, dans un délai raisonnable, sur ces éléments, le cas échéant, en annulant ou en retirant les certificats en cause.

Sur les autres questions, elle a répondu que l'article 11, paragraphe 1, du règlement n° 574/72, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement n° 118/97 et le principe de primauté du droit de l'Union s'opposent, dans le cas où un employeur a fait l'objet, dans l'État membre d'accueil, d'une condamnation pénale fondée sur un constat définitif de fraude opéré en méconnaissance de ce droit, à ce qu'une juridiction civile de cet État membre, tenue par le principe de droit national de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, mette à la charge de cet employeur, du seul fait de cette condamnation pénale, des dommages-intérêts destinés à indemniser les travailleurs ou un organisme de retraite de ce même État membre victimes de cette fraude.

Analyse de l'arrêt

La Cour relève que le 17 avril 2014, l'institution émettrice espagnole a, en réponse à la demande de l'Urssaf du 4 avril 2012, annulé les certificats E 101 (§31). Elle rappelle qu'« *en vertu d'un principe général du droit d'Union, les justiciables ne peuvent frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes de l'Union* » (§ 50) et constate que « *les institutions et les juridictions françaises compétentes ont raisonnablement pu être amenées à considérer qu'elles disposaient d'indices concrets donnant à penser que les certificats E 101 en cause au principal, délivrés par l'institution émettrice espagnole sur le fondement de l'article 14, point 1, sous a), du règlement n° 1408/71, avaient été obtenus ou invoqués de manière frauduleuse par Vueling, dès lors que le personnel navigant concerné de celle-ci relevait, en réalité, de la règle particulière prévue à l'article 14, point 2, sous a), i), de ce règlement et qu'il aurait dû, par suite, être soumis au régime de sécurité sociale français* » (§ 60).

Mais en application du principe de coopération loyale impliquant celui de confiance mutuelle et dans le but d'éviter toute entrave à l'unicité de la législation applicable en matière de sécurité sociale ainsi que d'assurer la prévisibilité du régime applicable et partant sa sécurité juridique, la Cour considère que la procédure de dialogue prévue à l'article 84 du règlement 1408/71 est un préalable obligatoire à toute constatation de fraude permettant à la juridiction de l'État membre d'accueil de tirer toute conséquence utile en ce qui concerne la validité des certificats E 101 (§62, 64, 70 et 71).

Bien que la fraude constatée par la Cour soit contraire à l'un des principes généraux du droit de l'Union, la juridiction de l'État membre d'accueil ne peut ignorer la procédure de concertation (§ 73 et 78). Elle est « *tendue de rechercher, au préalable, si la procédure prévue à l'article 84 bis, paragraphe 3, du règlement n° 1408/71 a été, en amont de sa saisine, enclenchée par l'institution compétente de l'État membre d'accueil par le biais d'une demande de réexamen et de retrait de ces certificats présentée à l'institution émettrice de ceux-ci, et, si tel n'a pas été le cas, de mettre en œuvre tous les moyens de droit à sa disposition afin d'assurer que l'institution compétente de l'État membre d'accueil enclenche cette procédure* » (§ 79). Dans son jugement sur l'existence d'une fraude, la juridiction de l'État membre d'accueil est donc dépendante de l'action passée ou à venir de l'autorité compétente de ce même État membre.

La Cour reprend ainsi la jurisprudence qu'elle a définie à partir des années 2000 en établissant la force probante des formulaires A1 à l'égard des institutions de l'État membre d'accueil¹, puis à l'égard de ses juridictions². Mais elle fixe une limite stricte à l'exception qu'elle avait formulée dans l'arrêt Altun³ pour les cas dans lesquels une fraude était constatée, en imposant une condition supplémentaire tenant à la promptitude avec laquelle l'autorité compétente de l'État membre d'accueil doit enclencher la procédure de dialogue.

La Cour examine ensuite les secondes questions posées par les deux juridictions, qu'elle analyse ainsi : « *les juridictions de renvoi demandent, en substance, si l'article 11, paragraphe 1, du règlement n° 574/72 et le principe de primauté du droit de l'Union doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent, dans le cas où un employeur a fait l'objet, dans l'État membre d'accueil, d'une condamnation pénale fondée sur un constat définitif de fraude opéré en méconnaissance de ce droit, à ce qu'une juridiction civile de cet État membre, tenue par le principe de droit national de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, mette à la charge de cet employeur, du seul fait de cette condamnation pénale, des dommages-intérêts destinés à indemniser les travailleurs ou un organisme de retraite de ce même État membre victimes de cette fraude* » (§ 87).

Elle y répond en jugeant que « *ni cette condamnation ni le constat définitif de fraude et les interprétations juridiques, opérés en méconnaissance [du droit de l'Union], sur lesquels ladite condamnation repose ne sauraient (...) permettre aux juridictions civiles de cet État membre de faire droit à des demandes de dommages-intérêts introduites par les travailleurs ou par un organisme de retraite dudit État membre victimes des agissements de cette société* » (§ 97).

Elle affirme ainsi, tout en reconnaissant l'importance du principe de l'autorité de la chose jugée, qu'une condamnation pénale prononcée en méconnaissance du droit de l'Union ne permet pas de fonder l'indemnisation des salariés ou d'un organisme de protection sociale.

Toutefois, cette réponse ne couvre pas entièrement le champ de la seconde question posée par le tribunal de grande instance de Bobigny. Car cette juridiction n'interrogeait pas la Cour sur le seul point de savoir si la condamnation pénale prononcée en méconnaissance du droit de l'Union, pouvait servir de fondement à l'indemnisation des victimes de la fraude. Elle la consultait plus largement sur la possibilité que celles-ci reçoivent une indemnisation, même lorsque le travailleur détaché demeure affilié à la sécurité sociale de l'État membre d'émission.

Par cet arrêt, la Cour de justice fixe les règles applicables aux institutions compétentes en matière de sécurité sociale, ainsi qu'aux juridictions saisies de la validité des certificats acquis ou obtenus par fraude, sans régler pour autant la situation des personnes victimes du comportement frauduleux de l'employeur.

Le préjudice subi par le travailleur détaché

Par son arrêt du 2 avril 2020, la CJUE a défini les modalités d'application des règlements de sécurité sociale sur lesquels la Cour de cassation l'avait interrogée, en faisant du dialogue entre autorités compétentes en matière de sécurité sociale un préalable à tout constat de fraude. Or ces autorités ont pour mission de veiller à la coordination des systèmes de sécurité sociale entre États membres

¹ CJCE, 10 févr. 2000, aff. C-202/97, FTS.

² CJCE, 26 janv. 2006, aff. C-2/05, Herbosch Kiere; CJUE, 27 avr. 2017, aff. C-620/15, A-Rosa.

³ CJUE, 6 févr. 2018, aff. C-359/16, Omer Altun.

afin d'éviter aux travailleurs concernés de devoir s'affilier auprès de plusieurs institutions compétentes en matière de sécurité sociale.

Ces derniers sont, pour la durée de leur détachement, placés sous un régime dérogatoire qui implique qu'ils soient affiliés, non dans l'État où ils travaillent, mais dans celui où est établi leur employeur et ce, en raison du caractère temporaire du détachement.

Ainsi, alors que le salarié d'un employeur établi en France bénéficiera de prestations d'assurance maladie, chômage, vieillesse réputées généreuses et sera protégé par les AGS contre le défaut de paiement des salaires en cas de liquidation judiciaire, le travailleur détaché disposera d'une couverture sociale correspondant aux droits ouverts par son affiliation dans l'État membre d'établissement de son employeur.

En cas de fraude au détachement, lorsque ces avantages sont inférieurs à ceux dont disposent les travailleurs de l'État d'exécution, cette situation devient contraire aux articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, au TFUE (article 18) et à l'article 4 du règlement n° 883/2004 qui stipule qu'*"en vertu du principe de l'égalité de traitement, les travailleurs se déplaçant à l'intérieur de la Communauté doivent bénéficier en matière de sécurité sociale, quel que soit l'État membre dont ils sont ressortissants, des droits aux prestations dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'État membre sur le territoire duquel ils résident, sans que les dispositions de droit interne puissent y faire obstacle"* (Soc., 26 sept. 1991, n° 89-10.335).

Comme le relève l'avocat général Monsieur Saugmandsgaard Øe dans ses conclusions devant la CJUE : « À cet égard, lorsqu'un employeur commet une fraude au moyen d'un certificat E 101, il prive le travailleur concerné des cotisations au régime de sécurité sociale auquel ce dernier devrait être affilié, conformément aux règles de conflit établies par le législateur de l'Union dans le règlement n° 1408/71. Pour autant que cette législation soit plus favorable que celle dans laquelle ce travailleur a été indûment maintenu du fait des manœuvres frauduleuses de l'employeur, il en résulte pour le premier un préjudice, dont il est en droit d'obtenir réparation. Ce serait, à mes yeux, un curieux retour des choses que la jurisprudence relative à l'effet contraignant du certificat E 101, dégagée par la Cour notamment pour protéger le droit à la libre circulation des travailleurs, puisse restreindre la possibilité d'une telle action en réparation. »

En l'espèce, le salarié a fait valoir devant la cour d'appel un préjudice de 3900 euros au titre de l'absence de cotisations sociales en France à la caisse de retraite du personnel navigant professionnel de l'aéronautique civile (CRPN). Cette somme correspond à la perte de droits à une retraite complémentaire pour une période de cotisation d'un an.

Il faut noter à cet égard que la mise au jour par les services de contrôle de la fraude au détachement dont les pilotes de Vueling étaient victimes est à l'origine de la rupture du contrat de travail et qu'une carrière complète donne lieu au versement d'une retraite complémentaire d'un montant compris entre 85 000 et 100 000 euros, au prix d'ailleurs d'un déficit structurel de la caisse⁴.

Cependant, la procédure de dialogue est indifférente au préjudice subi par le travailleur détaché et celui-ci ne dispose d'aucun pouvoir sur sa mise en œuvre, comme le relève l'avocat général dans ses conclusions⁵.

⁴ Source CRPN rapport d'activité 2019.

⁵ § 96 des conclusions de l'avocat général.

Le dialogue entre institutions compétentes en matière de sécurité sociale

Le dialogue s'engage à l'issue de contrôles effectués par les inspecteurs du travail, des URSSAF ou de la MSA pour le secteur agricole, ainsi que par les officiers de police ou de gendarmerie.

Sa mise en œuvre suppose qu'en cas d'irrégularité l'ensemble de ces corps de contrôle communique leurs informations aux URSSAF ou à la MSA. Celles-ci se mettent alors en relation avec le Cleiss⁶, qui analyse le dossier afin de déterminer si une fraude a été commise.

Si le Cleiss conclue à la fraude la MSA ou les URSSAF, sous la tutelle de l'ACOSS, lancent la première phase de dialogue avec les institutions compétentes en matière de sécurité sociale en adressant une demande d'éclaircissement, de retrait ou d'invalidation à l'organisme émetteur, tenu de leur répondre dans un délai de trois à six mois selon la complexité du dossier⁷. Elles en informent le Cleiss, qui assure le suivi de la demande de retrait auprès de son homologue dans l'État membre d'émission.

À défaut de réponse de l'institution compétente malgré plusieurs relances, si l'agent du contrôle réitère sa demande auprès du Cleiss, celui-ci avertit la direction de la sécurité sociale (DSS) dont la division des affaires communautaires et internationales (DACI) apprécie l'opportunité d'engager la seconde phase de dialogue en désignant des personnes contact auxquelles elle donne pour mission de trouver un accord avec l'autorité compétente de l'État d'émission dans un délai de six semaines⁸.

Soucieuse d'éviter tout discrédit auprès des autorités compétentes des autres États membres, l'autorité de tutelle n'engage cette seconde phase qu'après avoir vérifié le respect de la procédure de demande de retrait dans son formalisme et dans son argumentation. Elle attend des services une analyse précise de la situation de détachement au sens de la réglementation européenne de sécurité sociale.

D'autre part, elle n'estime cette seconde phase utile que lorsque les enjeux financiers sont importants, ou lorsque de nombreux salariés sont concernés, ou encore pour définir avec l'autorité compétente de l'État d'émission une position commune quant à l'application de la réglementation européenne, l'analyse d'une jurisprudence ou vis-à-vis d'un secteur particulier.

En l'absence d'accord, les autorités compétentes peuvent saisir la commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, qui confie la demande à son comité de conciliation. Celui-ci dispose de six mois pour les traiter mais en pratique prend souvent plusieurs années et butte parfois sur la difficulté à définir des notions telles que celle de siège d'exploitation ou d'activité préalable⁹. S'il parvient à une conciliation, celle-ci n'aura pas de caractère contraignant. En cas d'échec, l'État d'accueil peut enclencher contre l'État d'émission une procédure en manquement, en application de l'article 227 du Traité FUE.

Outre les multiples phases d'échange entre les agents de contrôle, leur autorité de tutelle, le Cleiss et la DSS, le délai de prescription pour recouvrer les cotisations, de trois ans en règle générale et cinq ans en cas d'infraction pour travail illégal, peut constituer un obstacle à la remise en cause de l'affiliation de travailleurs détachés.

⁶ Centre de liaisons européennes et internationales de sécurité sociale.

⁷ Schéma de la procédure de dialogue et de conciliation appliquée à la demande de retrait d'un formulaire (source : direction de la sécurité sociale, division affaires communautaires et internationales - DACI).

⁸ Source : Cleiss, note de procédure novembre 2020.

⁹ DSS/DACI/CL/2018-12-23 Pratique de la procédure de dialogue et de conciliation

De même, les difficultés rencontrées par la DSS pour rétablir les droits des assurés dans l'État devenu compétent et régler les compensations prévues par les règlements européens entre cotisations versées et à verser ainsi qu'entre prestations ont un caractère dissuasif lorsque, même en l'absence de prescription, la période à prendre en compte est longue.

Cette procédure conçue pour assurer l'unicité de la législation applicable et la coordination des régimes de sécurité sociale est donc trop lourde et trop lente pour être d'une application fréquente. Dans les faits, elle n'est engagée que lorsque des enjeux financiers ou une fraude d'ampleur nationale ont été identifiés.

Ainsi, de 2015 à 2020, seules neuf demandes de retrait ont été émises par la France. Elles concernent neuf sociétés dont le nombre de salariés varie d'une cinquantaine à plusieurs centaines. Aucune n'est allée plus loin que la phase de dialogue entre les administrations de tutelle, car la DACI considère que les échanges entre autorités compétentes sont plus efficaces que la procédure de conciliation¹⁰.

Or au cours de cette phase interfèrent éventuellement d'autres enjeux que ceux strictement attachés aux certificats contestés, de sorte que la demande de réexamen peut être abandonnée, alors même que des indices concordants de fraude sont réunis, sans considération pour les intérêts des travailleurs détachés.

Dans une telle situation les juridictions judiciaires, dépourvues de tout pouvoir d'injonction à l'égard tant des administrations que des organismes de sécurité sociale, ne sont pas en mesure de suivre la recommandation formulée par la CJUE dans son arrêt du 2 avril 2020 de « *mettre en œuvre tous les moyens de droit à leur disposition afin d'assurer que l'institution compétente de l'État membre d'accueil enclenche le dialogue avec son homologue de l'État membre d'envoi* ».

La préservation d'une possibilité de poursuites pénales

Dans une série de pourvois contre la condamnation de compagnies aériennes *low cost* pour travail dissimulé par défaut de déclaration préalable à l'embauche, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait d'abord tiré les conséquences des arrêts A-Rosa et Altun en jugeant le 18 septembre 2018 que, les certificats E 101 ne pouvant être écartés en l'absence de procédure de dialogue, il y avait lieu de relaxer les prévenues¹¹.

Puis par un arrêt du 8 janvier 2019 elle a transmis à la CJUE une question préjudicielle afin de savoir si ces certificats s'imposent aux juridictions d'un État membre en matière non seulement de sécurité sociale, mais également de droit du travail.

La CJUE a répondu que si les déclarations préalables à l'embauche ont pour objet de « *garantir l'efficacité des contrôles opérés par les autorités nationales compétentes afin d'assurer le respect des conditions d'emploi et de travail imposées par le droit du travail* » mais ne peuvent en aucun cas « *entraîner l'affiliation des travailleurs concernés à l'une ou à l'autre branche du régime de sécurité sociale* », alors l'article 11 du règlement n°574/72 ne fait pas obstacle à ce qu'elles fondent des poursuites pénales en matière de droit du travail. Elle juge donc que les certificats A1s'imposent aux juridictions des États membre « *uniquement en matière de sécurité sociale* »¹².

¹⁰ Source direction de la sécurité sociale (DACI).

¹¹ Crim. 18 septembre 2018, n° 13-88.631 P.

¹² Arrêt Bouyghes du 14 mai 2020 CJUE 14 mai 2020 C- 17/19.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a donc jugé que « *le délit de travail dissimulé tant par dissimulation de salariés que par dissimulation d'activité peut être établi, nonobstant la production de certificats E101 ou A1, lorsque les obligations déclaratives qui ont été omises ne sont pas seulement celles afférentes aux organismes de protection sociale (article L. 8221-3, 2°, du code du travail) ou aux salaires ou aux cotisations sociales (article L. 8221-5, 3°, du code du travail). Il en est ainsi par exemple, lorsqu'a été omise l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, dans le cas de la dissimulation d'activité*¹³. »

La société Vueling a été poursuivie pour dissimulation d'activité sur le fondement de l'article L. 8221-3, 2° punissant « *l'exercice à but lucratif d'une activité de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services (...) par toute personne qui, se soustrayant intentionnellement à ses obligations : (...) 2° (...) n'a pas procédé aux déclarations qui doivent être faites aux organismes de protection sociale ou à l'administration fiscale en vertu des dispositions légales en vigueur.* »

Il ne s'agit pas d'une omission de déclaration préalable à l'embauche, constitutive du délit par dissimulation d'emploi salarié, mais d'une absence de déclaration aux organismes de protection sociale¹⁴.

Par conséquent, dès lors que la CJUE a jugé impossible d'écarter les certificats E 101 et A 1, même obtenus par fraude, les salariés demeurent valablement affiliés dans l'État membre d'envoi et les éléments matériels de l'infraction ne sont pas réunis. L'indemnité forfaitaire à laquelle aurait donné droit la constatation de la fraude, pas plus que les sommes destinées à indemniser le salarié du préjudice lié à la faute de l'employeur, ne peuvent être mises à la charge de ce dernier.

Seul demeure le préjudice résultant de l'absence d'affiliation aux organismes français de protection sociale tels que les caisses de retraite complémentaires.

Il résulte de l'arrêt du 2 avril 2020 que les conditions extrêmement strictes définies par la CJUE avant toute constatation de fraude en matière de sécurité sociale ont pour objet, ainsi que l'explique la Cour dans les paragraphes 68 à 70, d'assurer l'unicité de la législation de sécurité sociale applicable, la coopération loyale, la confiance légitime, la prévisibilité et la sécurité juridique nécessaires à la mise en œuvre du détachement des travailleurs.

Mais l'arrêt Bouygues du 14 mai 2020 indique que l'impossibilité d'établir une fraude en matière de sécurité sociale ne fait pas obstacle aux poursuites pénales pour travail dissimulé. Et les deux arrêts laissent entière la question de l'indemnisation du préjudice subi par les travailleurs frauduleusement détachés, dès lors qu'elle n'est pas fondée sur une condamnation pénale contraire au droit de l'Union.

Un droit fondamental

L'article 19 TUE impose aux États membres d'établir « *les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union européenne* ». Dans le prolongement de cette disposition, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui a depuis le 1er décembre 2009 la même valeur que les

¹³ Crim. 12 janvier 2021, n° 17-82.553 P.

¹⁴ La lutte contre la fraude au détachement est désormais facilitée par l'introduction dans le code du travail de l'article L. 1262-2-1 qui impose à l'employeur l'obligation d'adresser à la DIRECCTE une déclaration préalable au détachement. Cette disposition, issue de la loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 a été adoptée en application de l'article 9 de la directive d'exécution n°2014/67.

traités constitutifs en vertu de l'article 6 TUE, accorde à « *toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés (...) un droit à un recours effectif devant un tribunal* ».

Il ressort de l'article 52 de la Charte que le sens et la portée des droits et libertés garantis par la Charte sont au moins équivalents à ceux conférés par la Convention européenne des droits de l'homme, et donc en l'espèce par les articles 6 relatif au droit à un procès équitable et 13 portant sur le droit au recours, tels que la Cour européenne des droits de l'homme les interprète.

L'arrêt du 20 septembre 2011 *Fouwels e.a./ Commission*, cité au rapport, juge qu' « *il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que l'article 13 de la CEDH prévoit qu'un individu qui, de manière plausible, se prétend victime d'une violation des droits reconnus dans la CEDH doit disposer d'un recours devant une instance nationale afin de voir statuer sur son grief et, s'il y a lieu, d'obtenir réparation* ».

Les modalités procédurales définies par les États membres ne doivent pas aboutir à « *rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union* »¹⁵. Une telle exigence correspond au principe d'effectivité réaffirmé à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux.

C'est pourquoi, si les travailleurs frauduleusement détachés ne disposaient que de la possibilité de saisir une juridiction de l'État d'émission pour obtenir l'indemnisation de leur préjudice il leur serait excessivement difficile d'exercer leurs droits.

Dans ses conclusions devant la CJUE, l'avocat général relevait que « *Certes, la Commission a fait valoir lors de l'audience, en réponse à une question de la Cour, que le travailleur pourrait tenter une action devant les juridictions de l'État membre d'envoi (soit celui de l'institution émettrice et celui où se trouve, en principe, le siège de l'employeur), lesquelles seraient pleinement compétentes pour écarter ou invalider le certificat E 101.*

À cet égard, j'admets que, de manière générale, le droit à un recours effectif ne garantit pas à un justiciable de pouvoir porter sa demande devant la juridiction de son choix. Ce qui importe, en principe, c'est qu'il existe quelque part un for, offrant les garanties liées au droit à un procès équitable, devant lequel ce justiciable puisse tenter son action.

Toutefois, j'estime qu'un travailleur, en tant que partie faible dans la relation de travail, doit bénéficier d'un accès facilité au juge pour faire valoir ses droits contre son employeur. Cette considération s'intègre, à mon sens, aux exigences imposées par le droit fondamental à un recours effectif.

Sur ce point, l'article 21 du règlement Bruxelles I bis est un référentiel pertinent. Conformément à cette disposition, le travailleur a certes le choix d'attirer son employeur devant les tribunaux de l'État membre où ce dernier a son siège. Toutefois, le législateur de l'Union a surtout permis au travailleur d'intenter son action devant le tribunal du lieu où il accomplit habituellement son travail, ce for étant considéré comme idoine, tant en termes de proximité avec le litige qu'au regard de l'impératif de protection du travailleur¹⁶.

¹⁵ CJUE, 15 avr. 2010, aff. C-542/08, CJUE, 18 déc. 2014, aff. C-640/13, Comm. c/ Royaume-Uni, pt 32.

¹⁶ Conclusions de l'avocat général sous l'arrêt du 2 avril 2020, points 97 à 100.

Ce règlement affirme au considérant n° 18 que « *S'agissant des contrats d'assurance, de consommation et de travail, il est opportun de protéger la partie la plus faible au moyen de règles de compétence plus favorables à ses intérêts que ne le sont les règles générales* ».

Il dispose, par conséquent, à l'article 21 qu' « *Un employeur domicilié sur le territoire d'un État membre peut être attrait: a) devant les juridictions de l'État membre où il a son domicile; ou b) dans un autre État membre: i) devant la juridiction du lieu où ou à partir duquel le travailleur accomplit habituellement son travail ou devant la juridiction du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail; ou ii) lorsque le travailleur n'accomplit pas ou n'a pas accompli habituellement son travail dans un même pays, devant la juridiction du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur.* ».

D'autre part, comme l'indique l'arrêt Arlewin, également cité au rapport, les juridictions du lieu d'origine du fait dommageable comme celles du lieu de réalisation du dommage sont compétentes pour juger de l'indemnisation d'un dommage. Par conséquent l'État dans lequel le dommage s'est réalisé qui ne permettrait pas à la personne qui l'a subi d'en saisir l'une de ses juridictions porterait atteinte au droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 de la CEDH¹⁷.

Il en résulte que le travailleur qui subit un préjudice en raison du caractère frauduleux de son détachement doit pouvoir exercer dans l'État membre où il travaille un recours contre l'employeur afin de faire reconnaître son droit à indemnisation.

Les éventuelles difficultés d'interprétation de ce droit peuvent faire l'objet d'un renvoi préjudiciel devant la CJUE, la Cour ayant rappelé que « *tout particulier dont les droits sont lésés par des mesures d'un État membre contraires au droit communautaire doit avoir la possibilité de rechercher la protection d'un juge compétent et que, pour sa part, ce juge doit avoir la liberté de se faire éclairer sur la portée des dispositions pertinentes de droit communautaire* »¹⁸.

La procédure

Le renvoi d'une question préjudicielle, qui doit être utile pour la solution du litige¹⁹, peut être ordonné d'office²⁰.

¹⁷ « 65. Under Article 1 of the Convention, Sweden “shall secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms” set out in the Convention. In this regard, the Court reiterates that both the applicant and X, the person against whom he brought the defamation proceedings, are Swedish nationals. Moreover, as will be further described in the following, there were strong connections between Sweden, on the one hand, and the television programme and the UK company responsible for the programme contents and involved in its broadcasts, on the other. These circumstances are sufficient to conclude that there was a prima facie obligation on the Swedish State to secure the applicant’s rights, including the right of access to court. Consequently, the possible access of the applicant to a court in a different country, namely the United Kingdom, does not affect Sweden’s responsibility as such under Article 1, but is rather a factor to consider in determining whether the lack of access to a court in Sweden, in the particular circumstances of the case, was proportionate under Article 6 ».

« 73. In these circumstances, the Court considers that the Swedish State had an obligation, under Article 6, to provide the applicant with an effective access to court. Instituting defamation proceedings before the British courts could not be said to have been a reasonable and practicable alternative for the applicant in this particular case, and the Swedish State therefore cannot escape responsibility under Article 6 with reference to this alternative. Instead, by bringing his case before the Swedish courts, the applicant tried the only viable option for an effective examination of his defamation claim. In dismissing the applicant’s action without an examination of the merits, the Swedish courts impaired the very essence of his right of access to court. In the Court’s view, the legal limitations on that access were too far-reaching and cannot, in the circumstances of the case, be considered proportionate. »

¹⁸ CJCE, 16 déc. 1981, aff. 244/80, Foglia c/ Novello point 26.

¹⁹ CJCE, ord., 26 janvier 1990, aff. C-286/88, Falciola.

²⁰ CJCE, 16 juin 1981, Maria Solonia et Francia Giglio, aff. 126-80.

Par les arrêts "Peterbroeck" et "Van Schijndel"²¹, la Cour de justice a de surcroît institué l'obligation pour le juge national, dès lors que son droit procédural interne lui en donne la faculté, de soulever d'office l'application du droit de l'Union lorsque sont en cause les normes fondamentales du droit de l'Union, telles que la liberté d'établissement²², la libre prestation des services²³ ou la libre circulation des capitaux²⁴. Le droit au recours reconnu par la Charte, qui appartient à la catégorie des droits fondamentaux, fait donc partie des normes dont le juge national est tenu de soulever d'office l'application dès lors que le travailleur concerné subit un préjudice résultant de la méconnaissance du droit de l'Union.

La juridiction qui statue en dernière instance se trouve placée en position de coopération imposée. La Cour de justice a rappelé dans un arrêt du 12 juin 2008 que *« ce n'est qu'en saisissant la Cour d'une demande de décision préjudicielle que peut être atteint l'objectif poursuivi [...] qui est d'assurer la bonne application et l'interprétation uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des États membres ainsi que de prévenir que s'établisse, dans l'État membre concerné, une jurisprudence nationale ne concordant pas avec les règles de ce droit. »*²⁵

Comme le relève le rapport, la CJUE est attentive au respect de cette coopération, ainsi qu'elle l'a jugé en affirmant que *« dans la mesure où il n'existe aucun recours juridictionnel contre la décision d'une juridiction nationale, cette dernière est, en principe, tenue de saisir la Cour au sens de l'article 267, troisième alinéa, TFUE dès lors qu'une question relative à l'interprétation du traité FUE est soulevée devant elle (arrêt du 15 mars 2017, Aquino, C-3/16, EU:C:2017:209, point 42) »*²⁶.

En l'espèce, s'il ne se présente pas comme un moyen, le point relatif au droit au recours a été soulevé par le salarié dans ses observations complémentaires, postérieures à l'arrêt du 2 avril 2020.

Il ne pouvait le faire avant car c'est bien le choix retenu par la CJUE de maintenir la validité des certificats E 101 et A1 lorsque la procédure de dialogue n'a pas été enclenchée rapidement, alors même qu'une fraude a été reconnue par l'État membre d'émission, qui impose de définir les conditions dans lesquelles le travailleur détaché pourra faire valoir son droit à indemnisation.

Ce droit résulte en effet de la constatation d'une fraude, qui tire profit des écarts entre les montants de cotisations sociales de l'État membre d'émission et de l'État membre d'accueil, auxquels correspondent des différences de prestations qui portent préjudice aux travailleurs détachés. Or le maintien de l'affiliation frauduleuse dans l'État membre d'émission laisse perdurer ce désavantage.

Dans cette situation la chambre pourrait soit constater que la question du droit au recours a été soulevée par le défendeur et se fonder sur ses observations pour saisir la CJUE d'une nouvelle question préjudicielle portant sur les voies ouvertes au travailleur frauduleusement détaché pour faire valoir son droit à indemnisation de son préjudice, soit soulever d'office ce moyen afin d'interroger la CJUE sur ce droit fondamental.

²¹ CJCE, 14 déc. 1995, aff. jtes C-312/93, C-430/93 et C-431/93.

²² CJCE, 21 sept. 1999, aff. C-307/97, Cie Saint-Gobain.

²³ CJCE, 11 avr. 2000, aff. jtes C-51/96 et C-191/97, Delième.

²⁴ CJCE, 14 mars 2000, aff. C-54/99, Église de Scientologie.

²⁵ CJCE, 12 juin 2008, aff. C-458/06, Gourmet Classic, paragraphe 32.

²⁶ CJUE, C-416/17, 4 octobre 2018.

Conclusion

Il ressort des pièces du dossier que la procédure de dialogue n'a pas été engagée dans des conditions qui, en application des règles définies par l'arrêt du 2 avril 2020, permettraient de modifier l'affiliation du salarié afin de le rattacher aux organismes français de sécurité sociale. La décision attaquée, par laquelle la cour d'appel constate que le salarié aurait dû être affilié en France et non en Espagne n'est donc pas conforme au droit de l'Union, ce qui vous conduira à la cassation.

Cependant, la CJUE rappelle que l'utilisation frauduleuse des normes de l'Union est contraire au droit de l'Union et constate que les institutions et les juridictions françaises compétentes disposaient d'indices concrets donnant à penser que les certificats E 101 avaient été obtenus et utilisés frauduleusement, ce que l'institution compétente espagnole a aussi reconnu.

Si, pour les raisons exposées par l'arrêt, cette fraude est sans conséquence sur la détermination de l'État membre d'affiliation du travailleur, il reste que le préjudice en résultant pour ce dernier devrait pouvoir, en application de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, être porté devant une juridiction afin qu'il en soit indemnisé.

C'est pourquoi il me paraît nécessaire à ce moment du litige de saisir la CJUE d'une nouvelle question préjudicielle portant sur la possibilité pour la juridiction nationale d'indemniser le salarié du préjudice résultant d'une fraude au droit de l'Union commise par l'employeur lors de son affiliation à la sécurité sociale et sur le respect des droits au recours et à l'accès à un tribunal.

Avis de sursis à statuer et de renvoi d'une question préjudicielle portant sur l'exercice du droit au recours par le salarié placé frauduleusement sous le statut de travailleur détaché.