

Arrêt n° 635 du 22 décembre 2017

N° A1325467

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

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

STE A. Rosa Flusschiff Gmbh
C/
URSSAF d'Alsace

Rapporteur : Laurent Truchot

RAPPORT
complémentaire

Le présent rapport complète le rapport déposé, le 29 septembre 2015, dans la présente affaire, auquel il est renvoyé pour le rappel des faits et de la procédure antérieure à l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 6 novembre 2015¹, des moyens des pourvois principal et incident, ainsi que pour l'identification des points de droit faisant difficulté à juger et des éléments de discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine antérieures au même arrêt. Il est également renvoyé au rapport du 29 décembre 2015 en ce qui concerne la proposition de rejet non spécialement motivé du moyen unique du pourvoi incident, en application de l'article 1014 du code de procédure civile.

I - Question préjudicielle et arrêt du 27 avril 2017

Par son arrêt du 6 novembre 2015, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a renvoyé à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle suivante :

“L'effet attaché au certificat E 101 délivré, conformément aux articles 11, paragraphe 1, et 12 bis, paragraphe 1 bis, du règlement n° 574/72/CEE du 21 mars 1972 fixant les modalités d'application du règlement n° 1408/71/CEE du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non

¹ Ass. plén., 6 novembre 2015, pourvoi n° 13-25.467, Bull. 2015, Ass. plén, n° 9.

salariés et aux membres de leurs familles qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, par l'institution désignée par l'autorité de l'Etat membre dont la législation de sécurité sociale demeure applicable à la situation du travailleur salarié, s'impose-t-il, d'une part, aux institutions et autorités de l'Etat d'accueil, d'autre part, aux juridictions du même Etat membre, lorsqu'il est constaté que les conditions de l'activité du travailleur salarié n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel des règles dérogatoires de l'article 14, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 1408/71 ?".

Le renvoi préjudiciel était fondé sur les motifs suivants :

- Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne² qu'aussi longtemps qu'il n'est pas retiré ou déclaré invalide par les autorités de l'Etat membre qui l'a délivré, le certificat E 101, qui atteste de l'application de la législation de ce dernier au travailleur salarié ainsi qu'à son employeur, lie l'autorité compétente et les juridictions de l'Etat membre dans lequel le travailleur exerce son activité ;

- Il ressort des constatations opérées par l'arrêt attaqué que si la société A-Rosa invoquait le bénéfice de certificats E 101 délivrés, sur le fondement des dispositions de l'article 14, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1408/71 par l'institution désignée par l'autorité compétente de la Confédération helvétique, les travailleurs salariés dont la rémunération faisait l'objet du redressement litigieux n'exerçaient leur activité que sur le territoire français. Ces certificats ont été produits en deux lots, le premier obtenu de l'institution helvétique lors des opérations de contrôle de l'URSSAF du Bas-Rhin, aux droits de laquelle vient l'URSSAF d'Alsace, le second postérieurement à la décision des premiers juges ;

- La solution du litige dépend ainsi du point de savoir si la délivrance d'un certificat E 101 par l'institution compétente d'un autre État membre est assortie des effets que lui attache d'ordinaire la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne lorsque les modalités selon lesquelles le travailleur salarié exerce son activité sur le territoire d'un État membre n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel des règles dérogatoires de l'article 14 du règlement n° 1408/71.

- La question se pose à présent dans de nombreux litiges en raison de l'internationalisation de l'activité des entreprises et de l'adoption des stratégies d'optimisation fiscale et sociale, de nature à remettre en cause les principes de la libre circulation des travailleurs, de la libre prestation des services et l'existence d'une concurrence effective et non faussée dans le marché intérieur.

La Cour de cassation a sursis à statuer jusqu'à la décision de la Cour de justice de l'Union européenne, laquelle a répondu à la question préjudicielle, par arrêt du 27 avril 2017³, en ces termes :

² CJCE, 10 février 2000, C-202/97, FTS ; 30 mars 2000, C-178/97, Banks e.a., et 26 janvier 2006, C-2/05, Herbosch Kiere.

³ C-620/15.

“L’article 12 bis, point 1 bis, du règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d’application du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l’application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l’intérieur de la Communauté, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement (CE) n° 118/97 du Conseil, du 2 décembre 1996, tel que modifié par le règlement (CE) n° 647/2005 du Parlement européen et du Conseil, du 13 avril 2005, doit être interprété en ce sens qu’un certificat E 101 délivré par l’institution désignée par l’autorité compétente d’un État membre, au titre de l’article 14, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1408/71, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement n° 118/97, tel que modifié par le règlement (CE) n° 647/2005 du Parlement européen et du Conseil, du 13 avril 2005, lie tant les institutions de sécurité sociale de l’État membre dans lequel le travail est effectué que les juridictions de cet État membre, même lorsqu’il est constaté par celles-ci que les conditions de l’activité du travailleur concerné n’entrent manifestement pas dans le champ d’application matériel de cette disposition du règlement n° 1408/71”⁴.

Dans cet arrêt, la Cour de justice a repris les principaux motifs de ses arrêts antérieurs⁵, principalement intervenus au sujet des travailleurs détachés, au sens des articles 14, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 1408/71⁶ et 11, paragraphe 1, du règlement n° 574/72⁷, pour les appliquer spécifiquement aux certificats E. 101 délivrés, en l’espèce, en application de l’article 12 bis, point 1 bis, du règlement n° 574/72, au titre de l’article 14, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1408/71, relatifs aux travailleurs salariés exerçant une activité internationale.

Les grandes lignes de l’arrêt du 27 avril 2017 peuvent être citées.

La Cour de justice a, à titre liminaire, rappelé que “c’est en partant de constatations effectuées par la juridiction de renvoi qu’il convient de répondre à la question posée par celle-ci, telle que reformulée au point 34 du présent arrêt, **celui-ci ne préjugeant donc pas du point de savoir si les travailleurs concernés relèvent ou non du champ d’application de l’article 14 du règlement n° 1408/71 ni de la législation applicable auxdits travailleurs**”⁸.

⁴ Les termes soulignés des citations de toute nature figurant dans le présent rapport complémentaire le sont par le rapporteur.

⁵ Voir, notamment les arrêts FTS, Banks e.a. et Herbosch Kiere, précités, en partie cités au III, p. 21 à 30 du rapport principal, dans la présente affaire.

⁶ Règlement du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l’application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l’intérieur de la Communauté.

⁷ Règlement du 21 mars 1972 fixant les modalités d’application du règlement n° 1408/71/CEE du 14 juin 1971.

⁸ Arrêt A-Rosa Flussschiff, point 36.

Cette précision est justifiée par la jurisprudence constante de la Cour de justice selon laquelle celle-ci “est *uniquement habilitée à se prononcer sur l’interprétation ou la validité du droit de l’Union au regard de la situation factuelle et juridique telle que décrite par la juridiction de renvoi, afin de donner à cette dernière les éléments utiles à la solution du litige dont elle est saisie*”⁹. Or, la question préjudicielle posée par l’assemblée plénière reposait sur le postulat selon lequel les conditions de l’activité des travailleurs salariés en cause n’entraient manifestement pas dans le champ d’application matériel des règles dérogatoires de l’article 14, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 1408/71, ce présumé étant lui-même fondé sur la constatation souveraine, par la cour d’appel, de l’emploi des travailleurs salariés en cause exclusivement sur le territoire français¹⁰. La Cour de justice tient donc pour acquis les faits ainsi constatés.

La Cour de justice a réaffirmé l’étendue de la force probatoire conférée au certificat E. 101, lequel s’impose tant aux institutions qu’aux juridictions de l’Etat membre dans lequel le travail est effectué, et rappelé la procédure à suivre pour résoudre les éventuels différends entre les institutions des Etats membres concernés portant sur la validité ou l’exactitude d’un certificat E. 101¹¹ :

“Aussi longtemps que le certificat E 101 n’est pas retiré ou déclaré invalide, l’institution compétente de l’Etat membre dans lequel le travailleur effectue un travail doit tenir compte du fait que ce dernier est déjà soumis à la législation de sécurité sociale de l’Etat membre où est établie l’entreprise qui l’emploie et cette institution ne saurait, par conséquent, soumettre le travailleur en question à son propre régime de sécurité sociale (arrêt du 30 mars 2000, Banks e.a., C-178/97, EU:C:2000:169, point 42 et jurisprudence citée).

*Toutefois, il incombe à l’institution compétente de l’Etat membre qui a établi le certificat E 101 **de reconsidérer le bien-fondé de cette délivrance et, le cas échéant, de retirer ce certificat** lorsque l’institution compétente de l’Etat membre dans lequel le travailleur effectue un travail **émet des doutes quant à l’exactitude des faits qui sont à la base dudit certificat** et, partant, des mentions qui y figurent, notamment parce que celles-ci ne correspondent pas aux exigences de l’article 14, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1408/71 (voir, par analogie, arrêt du 30 mars 2000, Banks e.a., C-178/97, EU:C:2000:169, point 43 et jurisprudence citée).*

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

⁹ Voir, par exemple, arrêt du 28 juillet 2016, Kratzer, C-423/15, point 27.

¹⁰ Arrêt attaqué, p. 7, quatrième paragraphe.

¹¹ Il est rappelé qu’aux fins de l’application des règlements invoqués en l’espèce, la Confédération suisse est considérée comme un Etat membre (voir p. 13 et 14 du rapport principal, dans la présente affaire).

Si cette dernière **ne parvient pas à concilier les points de vue** des institutions compétentes au sujet de la législation applicable en l'espèce, il est à tout le moins loisible à l'État membre sur le territoire duquel le travailleur concerné effectue un travail, et ce, **sans préjudice des éventuelles voies de recours de nature juridictionnelle existant dans l'État membre dont relève l'institution émettrice**, d'engager une procédure en manquement, conformément à l'article 259 TFUE, aux fins de permettre à la Cour d'examiner, à l'occasion d'un tel recours, la question de la législation applicable audit travailleur et, partant, l'exactitude des mentions figurant dans le certificat E 101 (arrêt du 10 février 2000, FTS, C-202/97, EU:C:2000:75, point 58)

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

Il ressort de ce qui précède que, **aussi longtemps qu'il n'est pas retiré ou déclaré invalide, le certificat E 101 s'impose dans l'ordre juridique interne de l'État membre dans lequel le travailleur salarié se rend pour effectuer un travail et, partant, lie les institutions de cet État membre** (voir, en ce sens, arrêt du 26 janvier 2006, Herbosch Kiere, C-2/05, EU:C:2006:69, point 31).

Il en découle qu'**une juridiction de l'État membre d'accueil n'est pas habilitée à vérifier la validité d'un certificat E 101 au regard des éléments sur la base desquels il a été délivré** (voir, en ce sens, arrêt du 26 janvier 2006, Herbosch Kiere, C-2/05, EU:C:2006:69, point 32)¹².

Abordant la question spécifique de l'incidence, sur la force probatoire des certificats E. 101, du caractère manifestement inapplicable des règles dérogatoires de l'article 14, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1408/71 aux conditions dans lesquelles les travailleurs salariés visés par ces certificats exerçaient leur activité, la Cour de justice a considéré que "le fait que les travailleurs concernés ne relèvent manifestement pas du champ d'application dudit article 14 **ne modifie en rien les considérations qui précèdent**"¹³.

Elle s'en explique en ces termes : "dès lors que la Cour a déterminé, à travers sa jurisprudence, la procédure à suivre pour résoudre les éventuels différends entre les institutions des États membres concernés portant sur la validité ou l'exactitude d'un certificat E 101, les institutions des États amenés à appliquer les règlements n°s 1408/71 et 574/72, y compris la Confédération suisse, conformément à l'accord CE-Suisse, **doivent observer cette procédure, même s'il était avéré que les conditions de l'activité des travailleurs concernés n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel de la disposition sur la base de laquelle le certificat E 101 a été délivré**"¹⁴.

¹² Points 43 à 49.

¹³ Point 52.

¹⁴ Point 53.

C'est en se fondant sur l'existence d'une procédure de dialogue entre les institutions compétentes de chaque Etat membre concerné et de conciliation devant la commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants, instituée auprès de la Commission par l'article 80 du règlement n° 1408/71¹⁵, que la Cour de justice a écarté "les arguments invoqués par le gouvernement français et par l'URSSAF quant à l'inefficacité de ladite procédure et la nécessité de prévenir la concurrence déloyale ainsi que le dumping social"¹⁶.

Elle a ajouté que "les autorités françaises n'ont ni épuisé la voie de dialogue avec la caisse d'assurance sociale suisse ni même tenté de saisir la commission administrative, de sorte que **les faits ayant donné lieu à ce litige ne sauraient être de nature à mettre en avant de prétendues déficiences de la procédure déterminée par la jurisprudence de la Cour ou à démontrer l'impossibilité de résoudre des situations éventuelles de concurrence déloyale ou de dumping social**"¹⁷.

La Cour de justice a ensuite indiqué que la commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants s'était appropriée sa jurisprudence en rappelant que "la décision n° 181¹⁸ a fait siens les principes juridiques qui ressortent de la jurisprudence de la Cour relative au certificat E 101, y compris l'obligation de soumettre à la commission administrative les éventuelles divergences relatives à la législation applicable aux faits qui sont à la base de la délivrance d'un certificat E 101"¹⁹.

Elle s'est également référée aux dispositions de l'article 84 bis, paragraphe 3, du règlement n° 1408/71, introduit en 2006²⁰ et par lequel "le législateur de l'Union" a prévu, "en cas de difficultés d'interprétation ou d'application de ce règlement, susceptibles de mettre en cause les droits d'une personne couverte par celui-ci, en premier lieu, **la voie du dialogue entre les institutions compétentes des États membres concernés** et, en second lieu, **le recours à la commission administrative**"²¹.

¹⁵ Voir, sur la procédure de remise en cause de la validité des certificats E. 101, "Mode de règlement des litiges relatifs aux certificats E. 101", p. 28 à 30 du rapport principal, dans la présente affaire.

¹⁶ Point 54.

¹⁷ Point 56.

¹⁸ Voir, sur la décision n° 181, p. 22 et 23, ainsi que la note 29 du rapport principal, dans la présente affaire.

¹⁹ Point 57.

²⁰ Décision n° 1/2006 du Comité mixte Suisse-UE du 6 juillet 2006, en vigueur pour la Suisse depuis le 6 juillet 2006.

²¹ Point 58.

La Cour de justice a, en outre, constaté que “**le règlement n° 987/2009, actuellement en vigueur, a codifié la jurisprudence de la Cour**, en consacrant le caractère contraignant du certificat E 101 et la compétence exclusive de l’institution émettrice quant à l’appréciation de la validité dudit certificat, et en reprenant explicitement la procédure remise en cause par le gouvernement français et par l’URSSAF en tant que moyen pour résoudre les différends portant tant sur l’exactitude des documents établis par l’institution compétente d’un État membre que sur la détermination de la législation applicable au travailleur concerné”²².

Abordant enfin la spécificité de la Confédération suisse, qui est soumise aux règlements applicables en l’espèce, quoiqu’elle ne soit pas un Etat membre, la Cour de justice considère que “*le fait que, en l’occurrence, l’État émetteur des certificats E 101 est la Confédération suisse et que, partant, un éventuel recours en manquement ne saurait être engagé au regard de cet État, ainsi que l’a fait valoir le gouvernement français, n’a aucune incidence sur le caractère contraignant des certificats E 101 en cause au principal, **l’accord CE-Suisse prévoyant son propre système de règlement des différends entre les parties contractantes**”²³.*

II - Observations complémentaires de l’URSAFF d’Alsace

II - 1 Par ses observations complémentaires, déposées le 6 juin 2017, l’URSSAF d’Alsace fait valoir, en premier lieu, que l’arrêt du 27 avril 2017 n’impose pas la censure de l’arrêt rendu par la cour d’appel de Colmar le 12 septembre 2013.

L’arrêt de la Cour de justice serait, en effet, sans incidence sur des certificats E. 101 obtenus frauduleusement. Il ne viendrait en aucun cas résoudre la question de l’applicabilité de la jurisprudence constante de cette cour sur l’effet contraignant du certificat E. 101 en cas d’abus de droit ou de fraude de la part du travailleur ou de son employeur.

Selon l’URSSAF, la portée de l’arrêt rendu par la Cour de justice est réduite aux hypothèses de recours erroné au détachement, mais n’a pas vocation à s’appliquer aux hypothèses de fraude ou d’abus de droit. Elle ajoute qu’aucun arrêt de la Cour de justice ayant précisé la portée juridique des certificats E. 101, celui du 27 avril 2017 inclus, n’a encore jamais jugé que ces derniers devaient s’imposer dans l’ordre juridique interne, alors même qu’ils seraient entachés de fraude. L’URSSAF expose qu’il est incontestable que la prohibition de l’abus de droit est un principe général du droit européen et qu’en matière de sécurité sociale, l’abus de droit se rattache à la fraude. Elle se réfère, notamment, aux arrêts Paletta de la Cour de justice des 3 juin 1992²⁴ et 2 mai 1996²⁵, relatifs à l’abus de droit en matière de sécurité sociale.

²² Point 59.

²³ Point 60.

²⁴ C-45/90.

²⁵ C-206/94.

L'URSSAF considère que, dans la présente affaire, la cour d'appel ayant relevé que les salariés en cause avaient été "*spécialement et exclusivement recrutés pour des prestations saisonnières sur les bateaux Luna et Stella, lesquels n'ont été exploités qu'en France*", le litige ne portait pas seulement sur le recours erroné aux règles du détachement, mais sur une mise en oeuvre abusive, voire frauduleuse, de la procédure instituée par le règlement n° 574/72 concernant la délivrance des certificats E. 101 en faveur des salariés détachés ou des personnels navigants.

L'interprétation opérée par la Cour de justice ne serait donc pas applicable en l'espèce.

II - 2 En deuxième lieu, l'URSSAF estime qu'en tout état de cause, il ne saurait être admis que la présomption de régularité de l'affiliation des travailleurs détachés au régime de sécurité sociale de l'Etat membre qui l'a émis, tant qu'il n'a pas été retiré ou déclaré invalide, lie de manière irréfragable les juridictions de l'Etat membre dans lequel ce travailleur exerce en réalité son activité.

Invoquant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²⁶, elle considère qu'une telle présomption méconnaîtrait les dispositions de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme, lequel suppose que tout justiciable soit entendu par un tribunal indépendant jouissant de la plénitude de juridiction et répondant à une série d'exigences telles que l'indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause, et la compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi.

Elle soutient que le juge français ne saurait être obligé par le certificat E. 101, qui est un acte délivré par l'autorité administrative d'un autre Etat membre, sans pouvoir le soumettre ni à la critique ni à un débat contradictoire, alors même qu'il est établi qu'en l'espèce, les certificats litigieux avaient en réalité été obtenus frauduleusement, dans le seul but d'éluder l'application de la loi française.

L'URSSAF suggère que l'assemblée plénière s'inspire de la position adoptée par la chambre criminelle, dans ses arrêts du 11 mars 2014²⁷, en matière de certificats E. 101, pour juger sans incidence l'arrêt de la Cour de justice du 27 avril 2017, en cas de certificats obtenus frauduleusement. Elle expose que la chambre criminelle a approuvé la cour d'appel de Paris d'avoir condamné des compagnies aériennes *low cost* du chef de travail dissimulé, après avoir considéré que des certificats émis par une autorité administrative d'un autre Etat membre ne pouvaient lui interdire de vérifier la réalité d'une infraction pénalement sanctionnée, consacrant ainsi une autonomie du droit pénal.

²⁶ Arrêts Beaumartin c/ France du 24 novembre 1994 (n° 15287/89) et Chevrol c/ France du 13 février 2003 (n° 49636/99).

²⁷ Crim., 11 mars 2014, pourvoi n° 11-88.420, Bull. crim. 2014, n° 74 ; Crim., 11 mars 2014, pourvoi n° 12-81.461, Bull. crim. 2014, n° 75.

II - 3 En dernier lieu, l'URSSAF fait valoir que la solution retenue par la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt du 27 avril 2017, n'a pas lieu de s'imposer en l'espèce. Rappelant que, selon la Cour de justice, "*c'est en partant de constatations effectuées par la juridiction de renvoi qu'il convient de répondre à la question posée par celle-ci, telle que reformulée au point 34 du présent arrêt, celui-ci ne préjugeant donc pas du point de savoir si les travailleurs concernés relèvent ou non du champ d'application de l'article 14 du règlement n° 1408/71 ni de la législation applicable auxdits travailleurs*"²⁸, elle estime que la Cour de justice ne s'est pas prononcée sur le point de savoir si les salariés de la société A-Rosa concernés par le redressement relevaient ou ne relevaient pas du champ d'application de l'article 14 du règlement n° 1408/71.

Or, en l'espèce, la cour d'appel aurait expressément constaté que les salariés en cause ne relevaient ni de l'exception prévue en faveur des salariés détachés²⁹ ni de celles prévues en faveur du personnel navigant d'une entreprise effectuant des transports internationaux de passagers ou marchandises³⁰.

Des constatations de la cour d'appel, non remises en cause par l'arrêt du 27 avril 2017, il ressortirait que le litige à l'origine du présent pourvoi ne concerne pas une hypothèse de salariés migrants, au sens des dispositions de l'article 14 du règlement n° 1408/71.

Selon l'URSSAF, la société A-Rosa ne se situe donc pas dans le cadre des dispositions du traité de l'Union européenne concernant les travailleurs migrants en Europe. Dès lors, elle ne peut bénéficier des dispositions instituées par ce Traité pour favoriser la libre circulation des travailleurs et la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union européenne, parmi lesquelles celles de l'article 14, précité.

Il en résulterait que seules les dispositions de l'article 13, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1408/71, selon lesquelles un travailleur occupé sur le territoire d'un Etat membre est soumis à la législation de cet Etat, même s'il réside sur le territoire d'un autre Etat ou si l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre Etat membre, ont vocation à régir le présent litige.

III - Observations complémentaires de la société A-Rosa Flussschiff

III - 1 Par ses observations complémentaires, déposées le 15 novembre 2017, la société A-Rosa fait valoir que, dans son arrêt du 27 avril 2017, la Cour de justice réaffirme la force obligatoire du certificat E. 101 à l'égard des juridictions nationales, assurant la sécurité juridique indispensable au bon fonctionnement du marché unique

²⁸ Arrêt A-Rosa Flussschiff, précité, point 36.

²⁹ Article 14, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71.

³⁰ Article 14, paragraphe 2, du règlement n° 1408/71.

européen. L'arrêt de la Cour de justice validerait, en conséquence, le bien-fondé et la portée de la critique soulevée dans la première branche du moyen unique du pourvoi.

III - 2 La société A-Rosa ajoute qu'en soutenant que, dès lors que ses salariés ne relèvent pas du champ d'application de l'article 14 du règlement n°1408/71, ils ne pouvaient se voir appliquer les dispositions du droit de l'Union Européenne sur la libre circulation des travailleurs et se prévaloir en conséquence des certificats E 101, l'URSSAF reprocherait à l'assemblée plénière de la Cour de cassation d'avoir posé une question préjudicielle à la Cour de justice qui ne s'applique pas au présent litige. Or, ainsi que celle-ci l'a constaté dans l'arrêt du 27 avril 2017, *“un certificat E 101 délivré par l'institution compétente d'un État membre, (...), lie tant ces institutions et ces juridictions que la personne qui fait appel aux services de ces travailleurs. Le fait que les travailleurs concernés ne relèvent manifestement pas du champ d'application dudit article 14 ne modifie en rien les considérations qui précèdent”*.

III - 3 Elle expose également que l'URSSAF ne peut se prévaloir de prétendus fraudes et abus de droit. Non seulement une telle argumentation reviendrait, de nouveau, à soutenir que la question posée par l'assemblée plénière ne s'applique pas au présent litige. Mais, par un tel moyen de défense, l'URSSAF procéderait à une lecture tronquée de la décision du 27 avril 2017. Selon la société A-Rosa, si, dans cet arrêt, la Cour de justice n'a pas abordé la question de la fraude, *a fortiori* n'aurait elle pas posé un quelconque principe dérogatoire à la force obligatoire des certificats E 101 en présence d'une situation de fraude ou d'abus. En outre, l'URSSAF recourrait à une affirmation manquant en fait lorsqu'elle prétend que la fraude de la société A-Rosa serait établie. La cour d'appel de Colmar se serait contentée de juger que les salariés étrangers intervenant sur les bateaux Luna et Stella exploités en France par la société A-Rosa ne relevaient pas des dispositions de l'article 14 du règlement n°1408/71 sans constater de fraude ou d'abus de droit. Elle n'aurait pas relevé que la société A-Rosa a intentionnellement détourné la législation applicable.

III - 4 Enfin, la société A-Rosa conclut que la cour d'appel de Colmar ayant refusé de tirer les conséquences juridiques découlant de la production de certificats E 101 valides et non retirés, sa décision doit être censurée. Selon elle, il en va tout à la fois du respect du principe d'unicité de la législation de sécurité sociale, de la sécurité juridique indispensable au bon fonctionnement du marché unique européen, et de l'interdiction en droit de l'Union des doubles assujettissements. Une confirmation de l'arrêt de la cour d'appel de Colmar exposerait, en revanche, la France à l'engagement de sa responsabilité pour des dommages causés aux particuliers par une violation du droit européen.

IV - Éléments de discussion

En disant pour droit que l'article 12 bis, point 1 bis, du règlement n° 574/72 doit être interprété en ce sens qu'un certificat E 101 délivré par l'institution désignée par l'autorité compétente d'un État membre, au titre de l'article 14, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1408/71, lie tant les institutions de sécurité sociale de l'État membre dans lequel le travail est effectué que les juridictions de cet État membre, même lorsqu'il

est constaté par celles-ci que les conditions de l'activité du travailleur concerné n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel de cette disposition du règlement n° 1408/71, la Cour de justice réaffirme le caractère obligatoire, pour le juge de l'Etat membre d'accueil, du certificat E. 101 délivré par l'institution de sécurité sociale du lieu où l'employeur est établi.

IV - 1 Par les première et huitième branches du moyen unique, la société A-Rosa soutient que le juge de l'Etat membre d'accueil ou d'emploi n'est pas habilité à vérifier la validité d'un certificat E. 101 en ce qui concerne l'attestation des éléments sur la base desquels ce certificat a été délivré, notamment l'existence d'un lien organique entre l'entreprise qui détache un travailleur et le travailleur détaché.

L'application de l'arrêt du 27 avril 2017 au présent litige suppose, notamment, que soit précisée la notion de "*conditions de l'activité du travailleur concerné*", au sens de cet arrêt, laquelle semble désigner, bien qu'en des termes différents, les "*éléments sur la base desquels un certificat a été délivré*", au sens du moyen. En effet, si les conditions auxquelles il est ainsi fait référence sont constituées par l'exercice, par les salariés en cause, de leur activité sur le seul territoire français, relevé par la cour d'appel dans l'arrêt attaqué, cette constatation du défaut de l'une des conditions requises pour la mise en oeuvre de l'exception prévue par l'article 14, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1408/71³¹ ne suffirait pas, selon l'arrêt de la Cour de justice, à permettre au juge national de remettre en cause les certificats E. 101 litigieux, alors même qu'il a relevé, comme en l'espèce, qu'ils ne mentionnent "*ni les lieux d'exécution des prestations de travail, ni les bateaux d'affectation*"³² et que "*les personnels en cause n'ont été en définitive employés que pour des croisières en France*"³³.

L'assemblée plénière devra donc interpréter l'arrêt du 27 avril 2017 pour déterminer si l'exercice exclusif de l'activité en France des salariés visés par les certificats E. 101 litigieux était de nature à délier la cour d'appel de la force obligatoire attachée à ces certificats, dont il résultait la désignation de la loi de sécurité sociale suisse.

IV - 2 Au préalable, elle pourrait devoir trancher la question de savoir si, comme le soutient l'URSSAF, en premier lieu, et le conteste la société A-Rosa, l'arrêt du 27 avril 2017 ne peut recevoir application, en l'espèce, dès lors que les faits à l'origine du litige attesteraient de **l'existence d'un abus de droit, voire d'une fraude**, ces circonstances ayant été expressément exclues de l'analyse proposée, et suivie par la Cour de justice, par l'avocat général M. Saugmandsgaard Øe, dans ses conclusions du 12 janvier 2017.

³¹ On rappellera qu'il résulte de l'article 14, paragraphe 2, sous a) qu'il peut être fait exception à la règle énoncée à l'article 13, paragraphe 2, selon laquelle la législation de sécurité sociale applicable est la loi nationale du lieu de travail, lorsque la personne en cause "*exerce normalement une activité salariée sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres*".

³² Arrêt attaqué, p. 7, troisième paragraphe.

³³ Ibid., p. 7, quatrième paragraphe.

Après avoir prévenu que, “dans l’analyse qui suit, [il] partirai[t] donc de la prémisse selon laquelle la question préjudicielle ne tend pas à obtenir des précisions concernant l’applicabilité de la jurisprudence de la Cour sur l’effet contraignant du certificat E 101 **en cas d’abus de droit ou de fraude**”³⁴, l’avocat général a conclu qu’il convenait “de rappeler que l’analyse exposée dans les présentes conclusions **ne vise pas les cas d’abus de droit ou de fraude de la part du travailleur ou de son employeur**, eu égard aux données du litige au principal” et qu’il “ne saurait ainsi être exclu qu’il puisse être nécessaire, à l’avenir, d’apporter des précisions quant à l’applicabilité de la jurisprudence sur l’effet contraignant du certificat E 101 aux situations dans lesquelles un tel abus ou une telle fraude a été constaté”³⁵.

En cela, l’URSSAF rejoint l’avis du Procureur général, M. Marin, qui, dans son premier avis rendu dans la présente affaire, faisait reposer sa proposition de question préjudicielle sur le postulat de l’existence d’une “*fraude avérée*”³⁶.

L’examen de cet argument devra tenir compte du fait qu’il ne semble pas que le redressement litigieux, les motifs du jugement ou ceux de l’arrêt attaqué se réfèrent à la notion d’abus de droit ou de fraude. Il y a lieu d’ajouter que l’application régulière d’une qualification nouvelle, au stade du pourvoi, est subordonnée au caractère de pur droit du motif substitué auquel la Cour de cassation pourrait recourir pour justifier un éventuel rejet de ce pourvoi.

Il paraît utile d’indiquer, dans l’hypothèse où l’assemblée plénière retiendrait la qualification d’abus de droit ou de fraude sur le fondement des constatations de la cour d’appel, que la Cour de justice est saisie d’une question préjudicielle posée par la Cour de cassation belge, dont il a déjà été constaté que la jurisprudence suivait celle de la Cour de justice³⁷, portant sur le droit pour le juge de l’Etat d’accueil d’écarter ou d’annuler un certificat E. 101 si celui-ci a été obtenu de manière frauduleuse³⁸. Les conclusions de l’avocat général M. Saugmandsgaard Øe ont été prononcées le 9 novembre 2017.

³⁴ Conclusions, point 36.

³⁵ Ibid., point 85.

³⁶ Avis, p. 25 et 33.

³⁷ Rapport principal, dans la présente affaire, p. 35 et 16.

³⁸ C-359/16, Altun e.a. La question de la Cour de cassation belge est ainsi formulée : “*Un juge autre que celui de l’État membre d’envoi peut-il annuler ou écarter un certificat E101 délivré en vertu de l’article 11, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 574/721 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d’application du règlement (CEE) n° 1408/71 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, tel qu’applicable avant son abrogation par l’article 96, paragraphe 1, du règlement (CE) 987/2009 fixant les modalités d’application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, **si les faits soumis à son appréciation permettent de constater que ledit certificat a été obtenu ou invoqué de manière frauduleuse?***”.

Au terme de son analyse de la question préjudicielle de la Cour de cassation de Belgique, l'avocat général a ainsi conclu :

“L'article 11, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, tel que modifié par le règlement (CEE) n° 3795/81 du Conseil, du 8 décembre 1981, doit être interprété en ce sens qu'une juridiction de l'État membre d'accueil peut laisser inappliqué un certificat E 101 délivré par l'institution désignée par l'autorité compétente d'un État membre, au titre de l'article 14, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 1408/71, tel que modifié par le règlement (CEE) n° 1390/81 du Conseil, du 12 mai 1981, lorsqu'il est constaté par cette juridiction que ledit certificat a été obtenu ou invoqué de manière frauduleuse”.

La Cour de justice, dans sa formation de grande chambre, ne devrait pas se prononcer avant le début de l'année prochaine.

IV - 3 L'URSSAF a fait valoir, en deuxième lieu, que **l'obligation pour le juge de l'Etat membre d'accueil de se conformer aux certificats E. 101 qui n'ont pas été retirés ou invalidés n'était pas conforme à l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme**, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme. Elle invoque, à cet égard, deux arrêts de cette Cour, les arrêts Beaumartin c. France et Chevrol c. France, dont il résulterait que le juge de l'Etat d'accueil ne peut être lié en toutes circonstances, c'est-à-dire même en cas de fraude, par un acte délivré par l'autorité administrative d'un autre Etat membre, sans pouvoir le soumettre ni à la critique ni à un débat contradictoire. En pareil cas, l'URSSAF serait privée d'un procès équitable, au sens de l'article 6 §1, dès lors qu'elle n'aurait pas été entendue par un “*tribunal*” indépendant et de pleine juridiction.

Par son arrêt du 24 novembre 1994, Beaumartin c. France³⁹, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la jurisprudence du Conseil d'Etat français antérieure à 1990, selon laquelle le juge administratif, confronté à une difficulté sérieuse d'interprétation d'une convention internationale, était tenu de demander au ministre des Affaires étrangères d'indiquer le sens de la disposition contestée pour ensuite s'y conformer en toutes circonstances, privait le Conseil d'Etat de sa qualité de “*tribunal*”, au sens de l'article 6 §1, à savoir d'organe jouissant de la plénitude de juridiction et répondant à une série d'exigences telles que l'indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause. Il en résultait que, dans cette affaire, la cause des requérants n'avait pas été entendue par un “*tribunal*” indépendant et de pleine juridiction⁴⁰.

³⁹ Requête n°15287/89.

⁴⁰ Arrêt Beaumartin c. France, points 34 à 39.

Par son arrêt du 13 février 2003, *Chevrol c. France*⁴¹, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la pratique française du renvoi préjudiciel du juge administratif au ministre des affaires étrangères, destinée à l'informer de l'existence de la réciprocité dont dépend, selon l'article 55 de la Constitution de 1958, le caractère applicable d'un traité, privait la partie requérante du droit d'être entendue par un "tribunal" de pleine juridiction, dès lors que le juge s'estimait lié par l'avis exprimé par le ministère des Affaires étrangères.

Dans cet arrêt, la Cour s'est prononcée en ces termes :

"76. La Cour rappelle, tout d'abord, que seul mérite l'appellation de « tribunal » au sens de l'article 6 § 1 un organe jouissant de la plénitude de juridiction et répondant à une série d'exigences telles que l'indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause (voir, entre autres, les arrêts *Ringeisen c. Autriche* du 16 juillet 1971, série A no 13, p. 39, § 95, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique* du 23 juin 1981, série A no 43, p. 24, § 55, *Belilos c. Suisse* du 29 avril 1988, série A no 132, p. 29, § 64, et surtout l'arrêt *Beaumartin* précité, pp. 62 et 63, §§ 38 et 39).

77. Elle rappelle également que pour qu'un « tribunal » puisse décider d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil en conformité avec l'article 6 § 1, il faut qu'il ait compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi (voir, notamment et mutatis mutandis, les arrêts *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* précité, p. 23, § 51 b), *Fischer c. Autriche* du 26 avril 1995, série A no 312, p. 17, § 29, et *Terra Woningen B.V. c. Pays-Bas* du 17 décembre 1996, Recueil 1996-VI, pp. 2122-2123, § 52).

78. La Cour observe que la pratique du renvoi préjudiciel suivie par le Conseil d'Etat oblige le juge administratif, amené à se prononcer sur les conditions de mise en œuvre de la réserve de réciprocité prévue à l'article 55 de la Constitution française, à demander au ministre des Affaires étrangères d'indiquer l'existence de la réciprocité et d'en tirer les conséquences quant au traité examiné, pour ensuite s'y conformer en toutes circonstances. Le Gouvernement le concède.

79. Elle constate que si, à la suite d'un changement de la jurisprudence, une telle pratique n'est plus utilisée en matière d'interprétation des traités internationaux (paragraphe 24 ci-dessus), elle demeure appliquée en ce qui concerne la réserve de réciprocité.

80. La Cour admet que la transposition demandée de la jurisprudence *Beaumartin* n'a rien d'automatique, car l'appréciation de l'applicabilité des traités diffère de l'interprétation des traités : il s'agit notamment d'une matière plus factuelle que purement juridique. Selon la Cour, il est indéniable que, afin de déterminer si, dans les faits, le traité est appliqué ou non par l'Etat cocontractant, les juridictions peuvent être appelées à consulter le ministère des Affaires étrangères, par nature susceptible de détenir des informations concernant l'application du traité par l'autre Etat.

81. Toutefois, la Cour note qu'en l'espèce le Conseil d'Etat, conformément à sa propre jurisprudence, s'en remet entièrement à une autorité relevant du pouvoir exécutif pour

⁴¹ Requête n°49636/99.

résoudre le problème d'applicabilité des traités qui lui était posé : il rejeta la requête soumise par la requérante au seul motif que le ministre des Affaires étrangères avait affirmé que l'article 5 de la déclaration gouvernementale de 1962 ne pouvait être regardé comme étant en vigueur à la date pertinente, faute d'application par l'Algérie. **Or, même si la consultation du ministre par le Conseil d'Etat pour l'appréciation de la condition de réciprocité peut paraître nécessaire, cette juridiction, par sa pratique actuelle du renvoi préjudiciel, utilisée en l'espèce, s'oblige à suivre obligatoirement l'avis du ministre, c'est-à-dire d'une autorité qui lui est extérieure, et qui se trouve en outre relever du pouvoir exécutif, sans soumettre cet avis à la critique ni à un débat contradictoire.**

82. La Cour observe de surcroît que l'interposition de l'autorité ministérielle, qui fut déterminante pour l'issue du contentieux juridictionnel, ne se prêtait en effet à aucun recours de la part de la requérante, qui n'a d'ailleurs eu aucune possibilité de s'exprimer sur l'utilisation du renvoi préjudiciel ou sur le libellé de la question, ni de faire examiner ses éléments de réponse à cette question, ni de pouvoir ainsi répliquer au ministre, le cas échéant de façon utile, voire décisive aux yeux du juge. En fait, la requérante, lorsqu'elle a eu connaissance des observations du ministre des Affaires étrangères, a produit devant le Conseil d'Etat plusieurs éléments factuels tendant à prouver que la déclaration gouvernementale de 1962, selon elle, avait bien été appliquée par le gouvernement algérien. Il s'agissait notamment d'attestations de ministères algériens certifiant la reconnaissance par équivalence, en Algérie, de diplômes de médecine obtenus en France. Or ces éléments n'ont même pas été examinés par le Conseil d'Etat, qui n'a donc pas voulu en évaluer le bien-fondé. Cela ressort clairement de l'arrêt rendu le 9 avril 1999 : le Conseil d'Etat a considéré qu'il ne lui appartenait pas d'apprécier si l'Algérie avait mis en œuvre la déclaration gouvernementale de 1962, ni de tirer lui-même les conséquences de l'éventuelle inapplication de ce texte ; il s'est fondé exclusivement sur l'avis du ministre des Affaires étrangères. **Ce faisant, le Conseil d'Etat s'est considéré comme lié par cet avis ; il s'est ainsi privé volontairement de la compétence lui permettant d'examiner et de prendre en compte des éléments de fait qui pouvaient être cruciaux pour le règlement in concreto du litige qui lui était soumis.**

83. Dans ces conditions, la requérante ne peut passer pour avoir eu accès à un tribunal ayant ou s'étant reconnu une compétence suffisante pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour statuer sur ce litige (voir, notamment, l'arrêt *Terra Woningen B.V.* précité, p. 2123, § 54).

84. Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en ce que la cause de la requérante n'a pas été entendue par un « tribunal » de pleine juridiction".

L'assemblée plénière devra examiner le moyen du pourvoi principal à la lumière de la jurisprudence ainsi invoquée de la Cour européenne des droits de l'homme.

IV - 4 En dernier lieu, l'URSSAF soutient que, selon la Cour de justice elle-même, dans son arrêt du 27 avril 2017, **l'obligation pour le juge de l'Etat d'accueil de respecter un certificat E. 101 ne vaut que si les travailleurs concernés relèvent du champ d'application de l'article 14 du règlement n° 1408/71**, ce que conteste la société A-Rosa. En l'espèce, la cour d'appel aurait expressément constaté que les salariés en cause ne relevaient ni de l'exception prévue en faveur des salariés détachés ni de celles prévues en faveur du personnel navigant d'une entreprise effectuant des transports internationaux de passagers ou marchandises.

Il est vrai que, selon les dispositions de l'article 14, paragraphe 2, sous a), le défaut d'exercice normal d'une activité salariée sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres fait obstacle à l'application de l'exception énoncée à cet article.

Or, on sait qu'en l'espèce, la cour d'appel a souverainement constaté que les salariés en cause se trouvaient dans une telle situation, dès lors qu'ils exerçaient leur activité sur le seul territoire français. De ce seul point de vue, le régime de l'exception prévu par ce texte ne s'applique pas.

Il conviendra de déterminer si ces motifs permettent de justifier la décision de la cour d'appel.

Une telle orientation suppose que la constatation préalable par le juge national de l'exercice, par le travailleur salarié, de son activité sur le territoire d'un seul Etat membre, en méconnaissance des dispositions de l'article 14, paragraphe 2, sous a), invoquées par l'employeur, prévaut sur la force probatoire des certificats E. 101. Celle-ci est attachée à "*la constatation par l'institution compétente de la législation applicable*"⁴², en l'espèce, la législation suisse, constatation qui repose elle-même sur l'exercice d'"*une activité salariée sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres*", au sens de l'article 14, paragraphe 2, sous a)⁴³.

L'assemblée plénière dira si l'analyse proposée par l'URSSAF peut être conciliée avec le principe selon lequel, tant qu'ils ne sont pas retirés ou déclarés invalides⁴⁴, ces certificats "*s'impose[nt] dans l'ordre juridique interne de l'Etat membre dans lequel le travailleur salarié se rend pour effectuer un travail et, partant lie les institutions de cet Etat membre*"⁴⁵, dont la Cour de justice a déduit qu'"*une juridiction de l'Etat membre d'accueil n'est pas habilitée à vérifier la validité d'un certificat E. 101 au regard des éléments sur la base desquels il a été délivré*".

Nombre de projet(s) préparé(s) : deux projets sont déposés, dont un comportant des variantes.

⁴² Arrêt Fitzwilliam Executive Search, précité, point 50.

⁴³ La cour d'appel a cependant constaté que, si les certificats E. 101 litigieux visaient l'article 14, paragraphe 2, a), sous i), ils ne précisait "*ni les lieux d'exécution des prestations de travail, ni les bateaux d'affectation*".

⁴⁴ Arrêt du 27 avril 2017, A-Rosa Flussschiff, précité, points 43 et 48.

⁴⁵ Ibid., point 48.