

Le certificat de détachement frauduleux devient-il un obstacle à la lutte contre le travail dissimulé et le dumping social du fait des entreprises étrangères ? (acte 2)

À propos de l'arrêt *Altun* de la CJUE (1)

par Hervé GUICHAOUA, Juriste en droit social

PLAN

- I. La saisine et la décision de la CJUE
 - A. Le détachement transnational implique le respect de règles sociales communautaires
 - B. Délivrance et effets du certificat de détachement
 - C. L'entreprise n'avait quasiment aucune activité en Bulgarie
 - D. Même en présence d'une fraude, le juge de l'État d'accueil ne peut pas écarter de sa propre initiative un certificat de détachement
- II. La portée de la décision de la CJUE au regard de la lutte contre le travail dissimulé et le dumping social
 - A. La décision portant sur la validité d'un certificat de détachement est soumise à une procédure lourde
 - B. La quasi-intangibilité du certificat de détachement ne fait pas obstacle à toute action de lutte contre le travail illégal

Le détachement et l'emploi temporaire sur le territoire français d'un salarié d'une entreprise non établie en France sont susceptibles de constituer du dumping social et une pratique assimilable à du travail illégal (2), dès lors que certaines règles sociales, communautaires ou nationales ne sont pas respectées ou sont optimisées par cet employeur et, le cas échéant (3), par le donneur d'ordre qui recourt à ses services dans le cadre d'une opération de sous-traitance transnationale.

Jusqu'à la décision de la Cour de cassation du 6 novembre 2015 (4) de saisir la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) d'une question préjudicielle sur la portée du caractère contraignant du certificat de détachement (5), le juge civil ou pénal français s'est toujours considéré pleinement compétent pour vérifier le respect de toutes les normes sociales applicables à l'entreprise étrangère qui détache un salarié sur le territoire français (6).

La réponse apportée le 27 avril 2017 dans l'affaire *A-Rosa* par la CJUE (7) à la question préjudicielle posée par la Cour de cassation a rappelé au juge français que le contrôle de la bonne application par l'employeur des règles de la protection sociale du salarié détaché muni d'un certificat de détachement communautaire ne relève pas de ses prérogatives, mais de celles de l'institution de sécurité sociale de l'État qui l'a délivré, voire des instances communautaires (8), ce qui le prive objectivement de sa traditionnelle libre appréciation du respect des normes sociales et de l'ordre public sur le territoire français (9).

Dans un arrêt C-359/16 *Altun* du 6 février 2018, la CJUE, saisie par le juge belge, tempère de façon peu significative la portée de sa décision du 27 avril 2017,

(1) Affaire C-359/16 du 6 février 2018 ; [NDLR : des extraits de l'arrêt de la CJUE sont reproduits dans ce numéro avec les « chroniques de droit social international et européen », accompagné d'un commentaire de Konstantina Chatzilaou qui développe d'autres aspects de cette décision ; v. p. 252].

(2) Essentiellement du travail dissimulé, du marchandage et du prêt illicite de main-d'œuvre.

(3) Selon les modalités du cadre commercial dans lequel s'effectue le détachement du salarié.

(4) Cass. Ass. Plén. n° 13-25.467 du 6 novembre 2015, *A-Rosa Flussschiff GmbH*. N. J.-C. Fillon, « Valeur des certificats E 101 désignant la législation applicable à des travailleurs d'entreprises établies dans un autre État de l'Union européenne », *Semaine Juridique*, Ed. générale, janvier 2016, n°1-2, p. 32.

(5) L'appellation adéquate de ce formulaire est « *le certificat attestant de la législation applicable dans les situations visées par les règlements communautaires de coordination de sécurité sociale* ».

(6) E. Pataud, « Détachement et fraude à la loi », *RDT* 2014, p. 23 ; E. Fortis, « Sanctionner le détachement illicite : chaîne de responsabilité et partage du pouvoir de sanction », *Dr. Soc.* Juillet-août 2016, p. 640 ; H. Guichaoua, « La fraude à la prestation de services et au détachement de salariés sur le territoire français : panorama de la jurisprudence française », *Dr. Ouv.* août 2012, p. 543.

(7) CJUE, affaire C-620/15 du 27 avril 2017, *A-Rosa Flussschiff GmbH*. Article J.-P. Lhernould, « Portée des certificats E 101 (A1) attestant de la législation de sécurité sociale applicable : la CJUE répond à l'Assemblée plénière », *Dr. Soc.* juin 2017, p. 579 ; Marie-Cécile Amauger-Lattes, « Portée du formulaire E 101 (A1) : la Cour de justice ne fléchit pas », *Dr. Soc.* octobre 2017, p. 866.

(8) En présence d'un refus de retrait ou d'invalidation par l'institution émettrice.

(9) La Cour de cassation a pris acte de la décision *A-Rosa* de la CJUE en cassant, par sa décision n° 13-25.467 du 22 décembre 2017, l'arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 12 septembre 2013 qui avait condamné la société *A-Rosa* à verser les cotisations sociales en France.

même si les conséquences de cette dernière décision sont à relativiser (10), y compris lorsque le certificat de détachement est obtenu ou invoqué de façon frauduleuse par l'entreprise étrangère qui détache un salarié dans un autre État de l'Union européenne. L'inflexion minimaliste de la position constante de la CJUE (11) résultant de l'arrêt *Altun*, qui n'a pas suivi les conclusions plus convaincantes et prometteuses de l'avocat général (12) prônant

l'absence de valeur attachée au certificat de détachement en cas de fraude, est intervenue dans une affaire de contournement fréquent et classique de la libre prestation de services et du détachement du salarié qui mérite d'être explicitée (I), avant d'envisager la portée de la décision du juge communautaire à l'égard des fraudes et du dumping social en relation avec le certificat de détachement qui sont constatés sur le territoire français (II).

I. La saisine et la décision de la CJUE

A. Le détachement transnational implique le respect de règles sociales communautaires

L'entreprise établie dans un État de l'Union européenne, de l'Espace économique européen (13) ou en Suisse, qui détache un salarié dans un autre de ces États (14), est tenue de respecter des règles sociales communautaires, qui relèvent à la fois de la législation du travail et de la législation de sécurité sociale (15). Ces règles sont définies par des textes communautaires de nature différente ; les règles relatives à la législation du travail sont fixées par deux directives de 1996 et de 2014 (16) que chaque État membre a dû transposer dans sa législation nationale (17), avec la marge de personnalisation et d'adaptation récurrente à toute transposition de directive. Les règles relatives à la sécurité sociale sont déterminées par deux règlements de coordination (18), qui sont d'application directe dans chaque État membre, sans recours à une transposition nationale.

Dans l'affaire *Altun*, la CJUE a été saisie d'une question relative à l'application des règlements de coordination de sécurité sociale, dont se prévalait une entreprise bulgare intervenant en sous-traitance en Belgique, dans le cadre d'une prestation de

services internationale, et plus particulièrement à la valeur que les autorités belges devaient attacher aux certificats de détachement (19) présentés par cet opérateur économique pour s'exonérer du paiement des cotisations sociales en Belgique, à l'occasion du détachement de ses salariés dans cet État membre.

B. Délivrance et effets du certificat de détachement

Le certificat de détachement est délivré, en règle générale (20), par l'institution de sécurité sociale de l'État dans lequel est domiciliée l'entreprise qui détache un salarié hors de cet État, et à la demande de cette entreprise qui est son employeur.

La délivrance d'un certificat de détachement produit deux effets principaux. À l'égard du salarié détaché, il lui maintient sa protection au régime de sécurité sociale auquel il est habituellement affilié dans l'État qui a émis ce document ; à ce titre, le certificat de détachement est facilitateur et protecteur de la mobilité professionnelle transnationale du salarié à qui son employeur demande de travailler temporairement dans un autre État, puisque ce document lui assure la continuité et l'unicité de sa protection sociale.

(10) H. Guichaoua, « Le certificat de détachement est-il devenu un obstacle à la lutte contre le travail dissimulé et le dumping social du fait des entreprises étrangères ? », Dr. Ouv. juin 2017, p. 329.

(11) CJUE, affaire C-202/97 du 10 février 2000, *Fitzwilliam* ; CJUE, affaire C-6178/97 du 30 mars 2000, *Barry Banks* ; CJUE, affaire C-2/05 du 2 janvier 2006, *Herbosch Kiere* ; CJUE, affaire C-620/15 du 27 avril 2017, *A-Rosa Flussschiff GmbH*.

(12) Conclusions de l'avocat général Henrik Saugmandsgaard OE présentées le 9 novembre 2017.

(13) Islande, Liechtenstein et Norvège.

(14) Le détachement d'un salarié s'effectue soit à l'occasion d'une prestation de services internationale, y compris au titre du travail temporaire, soit à l'occasion d'une prestation pour compte propre, soit dans le cadre d'une mobilité internationale intragroupe.

(15) Ces règles valent également pour l'entreprise étrangère établie dans un État tiers.

(16) Directive 96/71 CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services ; directive 2014/67 UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71 CE.

(17) Par les textes normatifs pertinents, propres à chaque État (loi, décret, arrêté...).

(18) Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004.

(19) Dénommé certificat de détachement E 101 par les textes communautaires de coordination de sécurité sociale, à la date de l'origine de l'affaire *Altun* ; depuis le 1^{er} mai 2010, dénommé certificat A1 par les nouveaux textes communautaires de coordination de sécurité sociale de 2004 et 2009.

(20) Le certificat de détachement est délivré par l'institution de l'État dans lequel travaille le salarié, si cet État est différent de celui de la domiciliation de son entreprise.

À l'égard de l'entreprise étrangère, employeur du salarié détaché, le certificat de détachement la dispense de verser les cotisations sociales (21) dans l'État du lieu de détachement de son salarié, puisque ces cotisations continuent d'être payées dans l'État d'envoi et de domiciliation qui a délivré le certificat de détachement. Cette conséquence pécuniaire attachée au certificat de détachement constitue objectivement, et y compris hors cas de fraude, un avantage économique non négligeable pour l'entreprise étrangère et son donneur d'ordre, dès lors que l'entreprise étrangère est domiciliée dans un État où les cotisations sociales sont moindres que celles de l'État d'accueil et d'emploi du salarié détaché (22).

Cependant, la délivrance ou l'obtention d'un certificat de détachement n'est pas de droit et automatique ; elle obéit à des conditions fixées par les règlements de coordination de sécurité sociale et par la jurisprudence communautaire. De ce fait, tous les salariés détachés au sens des directives Travail de 1996 et de 2014 n'ont pas vocation à être détachés au sens des règlements sécurité sociale de 2004 et de 2009 et à posséder un certificat de détachement. Dès lors, en l'absence de certificat de détachement, les cotisations sociales sont dues dans l'État d'accueil et d'emploi du salarié détaché (23). Ce qui renchérit le coût de la prestation effectuée par l'entreprise étrangère établie dans un État à faible niveau de cotisations sociales, et la rend, *de facto*, moins intéressante et attractive pour le donneur d'ordre français.

C. L'entreprise n'avait quasiment aucune activité en Bulgarie

C'est dans ce contexte que les autorités belges chargées du contrôle de la législation de sécurité sociale ont demandé à l'entreprise bulgare prestataire de services dans le cadre d'une sous-traitance transnationale de verser les cotisations sociales auprès de l'institution belge chargée de leur recouvrement, alors même que l'entreprise bulgare présentait des certificats de détachement E 101 délivrés par l'institution de sécurité sociale bulgare. Les autorités belges ont souhaité tirer les conséquences du constat que l'entreprise bulgare ne justifiait de quasiment aucune activité économique en Bulgarie.

Il résulte, en effet, de la jurisprudence communau-

taire qu'une entreprise domiciliée dans un État de l'Union européenne ne peut pas se prévaloir de la libre prestation de services mentionnée à l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), ni des règles sur le détachement prévues par les directives Travail de 1996 et de 2014, notamment lorsqu'elle n'exerce pas normalement son activité dans cet État, c'est-à-dire lorsqu'elle n'y assure pas une activité significative et n'y déploie qu'une activité symbolique ou résiduelle ou qu'elle n'y effectue que des actes de simple gestion administrative, qui ne sont pas son cœur de métier (24).

Eu égard à cette jurisprudence communautaire, les autorités administratives belges, puis le juge belge en second ressort, ont alors considéré que l'obtention et l'utilisation des certificats de détachement par l'entreprise bulgare relevaient de la fraude et que les cotisations étaient dues en Belgique. Saisie d'un pourvoi par l'entreprise bulgare qui contestait sa condamnation à payer des cotisations sociales en Belgique, la Cour de cassation belge a transmis une question préjudicielle à la CJUE, libellée en ces termes : « *Un juge autre que celui d'un État membre d'envoi peut-il annuler ou écarter un certificat E 101 délivré en vertu de l'article 11, paragraphe 1, du règlement n°574/72, tel qu'applicable avant son abrogation par l'article 96, paragraphe 1, du règlement n°987/2009, si les faits soumis à son appréciation permettent de constater que ledit certificat a été obtenu ou invoqué de façon frauduleuse ?* ».

La saisine de la CJUE s'inscrivait dans un environnement juridique bien connu, puisque la CJUE considère qu'un certificat de détachement reste opposable aux autorités et au juge de l'État d'accueil et d'emploi, tant qu'il n'a pas été retiré ou invalidé par l'institution de sécurité sociale de l'État d'envoi qui l'a délivré (25). Cependant, la CJUE n'avait jamais été questionnée de façon explicite sur la valeur à conférer à un certificat de détachement lorsque l'État d'accueil et d'emploi constate que ce document a été obtenu ou utilisé dans des conditions frauduleuses, pour éviter de payer des cotisations sociales dans cet État. La réponse de la CJUE dans l'arrêt *Altun* était d'autant plus attendue qu'elle avait récemment confirmé sa jurisprudence, dans l'arrêt *A-Rosa*, sur la force contraignante du certificat de détachement, mais hors cas de fraude (26).

(21) Cotisations dues au titre de la sécurité sociale (régime de base et retraite complémentaire) et de l'indemnisation du chômage.

(22) Cet avantage est mécaniquement amplifié lorsque le salarié perçoit, en violation du droit communautaire, une rémunération inférieure au minimum légal ou conventionnel étendu de l'État d'accueil et d'emploi.

(23) En France, les cotisations sociales sont déclarées et versées à un guichet unique, dont le principal est le CNFE, rattaché à l'Urssaf de Strasbourg.

(24) CJUE, affaire 35-70 du 17 décembre 1970, *Manpower* ; CJUE, affaire 33/74 du 3 décembre 1974, *Van Binsbergen* ; CJUE, affaire C-202/97 du 10 février 2000, *Fitzwilliam* ; CJUE, affaire C-404/98 du 9 novembre 2000, *Joseph Plum*.

(25) CJUE, affaire C-202/97 du 10 février 2000, *Fitzwilliam* ; CJUE, affaire C-2/05 du 2 janvier 2006, *Herbosch Kiere*.

(26) La CJUE est saisie par le TGI de Bobigny d'une question préjudicielle relative aux effets attachés à un certificat de détachement utilisé de façon frauduleuse, au regard des droits des victimes de cette fraude (affaire C-370/17, *CRPNAC*).

D. Même en présence d'une fraude, le juge de l'État d'accueil ne peut pas écarter de sa propre initiative un certificat de détachement

Dans l'arrêt *Altun*, la CJUE confirme que le juge national de l'État d'accueil et d'emploi du salarié détaché ne peut toujours pas écarter et neutraliser de sa propre initiative un certificat de détachement, même en présence d'une fraude à l'obtention ou à l'utilisation de ce formulaire sur le territoire de cet État. Elle dénie au juge national une plénitude de compétence pour contrôler et faire respecter d'office l'ordre public social de l'État dont il relève.

La CJUE considère que l'institution nationale de sécurité sociale (27) de l'État d'accueil et d'emploi doit préalablement saisir son homologue de l'État d'envoi et de domiciliation pour lui demander de retirer, par un dossier argumenté établi dans le cadre d'une enquête judiciaire, le certificat de détachement litigieux. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'institution de sécurité sociale de l'État d'envoi et de domiciliation s'abstient, dans un délai raisonnable,

de prendre en considération les éléments contenus dans la demande de retrait aux fins de réexamen du bien-fondé de la procédure de délivrance du certificat de détachement que le juge national peut écarter ce formulaire, s'il constate une fraude à son obtention ou à son utilisation.

Il aura donc fallu attendre près de 30 ans (28) pour obtenir cet arrêt peu encourageant, voire décevant, de la justice communautaire. Certes, la CJUE atténue, pour la première fois, la sacralisation du certificat de détachement à l'égard de l'État d'accueil et d'emploi du salarié détaché ; mais la décision *Altun* est susceptible de remettre en cause, voire de fragiliser, un grand nombre de procédures engagées en France, visant à écarter, directement ou indirectement, le certificat de détachement, dans le cadre d'instances pénales ou civiles. Elle risque aussi de rendre plus complexes et contentieuses les futures procédures relatives à des affaires liées à des pratiques de travail dissimulé et à des instances de détermination de l'employeur réel du salarié, même si des biais juridiques sont sans doute mobilisables pour atténuer les effets de la décision *Altun*.

II. La portée de la décision de la CJUE au regard de la lutte contre le travail dissimulé et le dumping social

Le mode d'emploi décrit par l'arrêt *Altun* pour permettre au juge national d'écarter un certificat de détachement litigieux est simple dans son énoncé, mais emporte plusieurs interrogations procédurales, qui risquent de générer de nouveaux contentieux et d'allonger les délais de traitement de ces dossiers, retardant ainsi la décision du juge national dans les affaires de travail dissimulé et de dumping social. Cependant, à l'identique de l'arrêt *A-Rosa* rendu le 27 avril 2017, l'arrêt *Altun* doit être circonscrit à sa juste portée, limitée à l'application des règlements communautaires de coordination de sécurité sociale.

A. La décision portant sur la validité d'un certificat de détachement est soumise à une procédure lourde

Le principal effet de l'arrêt *Altun* est de confirmer que le juge français ne peut pas, même en présence d'une fraude, se prononcer d'initiative et d'office sur la validité du certificat de détachement présenté par une entreprise étrangère qui ne verse pas de cotisations sociales en France.

1. La sécurité sociale de l'État d'accueil doit solliciter de son homologue de l'État d'envoi le retrait du certificat

La CJUE n'autorise pas le juge national à contrôler spontanément le respect de son ordre public social. Elle continue de dénier ce droit au juge national, quelles que soient la réalité, la nature et la gravité de la fraude, préférant accorder sa confiance à la coopération loyale entre les institutions de sécurité sociale des États membres ; or, de très nombreux exemples attestent que cette coopération loyale ne fonctionne pas dans des conditions satisfaisantes. Est-ce alors une marque de défiance à l'égard du juge national ?

Avant toute décision du juge national, la CJUE persiste à exiger que l'institution de sécurité sociale de l'État d'accueil et d'emploi du salarié détaché sollicite de son homologue de l'État d'envoi et de domiciliation le retrait du certificat de détachement. Le juge français est donc lié par les diligences ou l'abstention de l'organisme de protection sociale compétent, qu'il faudra convaincre de saisir son homologue, ce qui n'est pas acquis ; si cet organisme, pour des raisons qui lui sont

(27) Urssaf, MSA, CGSS, Pôle Emploi, RSI, Enim, caisse de retraite complémentaire...

(28) Les fraudes à l'utilisation des certificats de détachement ont commencé dès l'entrée de l'Espagne et du Portugal dans l'Union européenne.

propres (29), refuse de saisir son homologue communautaire, le juge français est corseté. Désormais, toutes les procédures de contestation de validité d'un certificat de détachement sont conditionnées par une saisine préalable de l'institution émettrice, y compris en cas de fraude (30) dans l'État d'accueil et d'emploi, ce qui est peu compréhensible, car cette fraude française est, par nature, inconnue de cette institution.

2. Un salarié peut-il contraindre l'organisme de protection sociale compétent à saisir son homologue communautaire ?

La saisine préalable systématique de l'institution de sécurité sociale d'un autre État membre, outre l'allongement non négligeable du délai de traitement du dossier, va notamment poser une difficulté sérieuse, lorsque l'instance judiciaire sera engagée par un salarié qui se considère abusivement détaché et qui souhaite que ses cotisations soient versées en France. Ce salarié devra, par une démarche individuelle préalable, tenter de convaincre l'organisme de protection sociale compétent de saisir son homologue communautaire pour faire prospérer son contentieux personnel et individuel. Une telle démarche est loin d'être acquise et fructueuse ; à ce titre, l'arrêt *Altun* pénalise sensiblement le salarié abusivement muni d'un certificat de détachement qui souhaite le contester, le priver d'effet, bénéficiaire de la protection sociale française et obtenir des dommages et intérêts (31).

3. Exigence d'une enquête judiciaire

La CJUE précise que la saisine de l'institution de sécurité sociale d'un autre État membre s'effectue dans le cadre d'une enquête judiciaire, condition qui, sans nul doute, va susciter d'après discussions, notamment en termes de recevabilité de la demande de retrait du certificat de détachement par les institutions de sécurité sociale et les États qui n'ont aucun intérêt financier à le faire (32).

En France, l'expression « enquête judiciaire » est très connotée d'un point de vue pénal. Appliquée à une procédure civile devant le Tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) ou devant le Conseil de prud'hommes, quel sens et quelle traduction faut-il donner à cette expression ?

Les procédures de recouvrement de cotisations sociales initiées en application du Code de la sécurité sociale, du Code rural ou du Code de la mutualité sociale agricole ne sont pas, *a priori*, des enquêtes judiciaires. Est-ce à dire que les organismes de protection sociale devront saisir préalablement le TASS, avant de solliciter l'homologue communautaire, afin de justifier de l'enquête judiciaire mentionnée dans l'arrêt *Altun* ? Est-ce à dire que le salarié abusivement détaché devra préalablement saisir le Conseil de prud'hommes et en justifier ? Cet empilement de procédures incertaines, dont la pertinence est juridiquement ouverte à discussion, va objectivement alourdir et allonger le traitement des affaires et faire naître de nouveaux contentieux superfétatoires, voire dilatoires.

Le préalable d'une enquête judiciaire suscite également des interrogations lorsque le certificat de détachement est contesté dans le cas d'une procédure pénale, qui sera souvent celle attachée à du travail dissimulé par défaut de déclaration sociale ou par dissimulation d'emploi salarié. Le déclenchement d'une enquête par un des agents habilités en matière de travail dissimulé (33) est-il assimilable à une enquête judiciaire, et donc suffisant ? Ou faudra-t-il, *a minima*, l'établissement d'un procès-verbal (34) ou d'un rapport ? Ou sera-t-il nécessaire d'attendre la saisine du procureur de la République ou celle du tribunal ?

La condition, *a priori* sibylline, de la nécessité d'une enquête judiciaire risque de peser sensiblement dans la recevabilité des demandes de retrait de certificat de détachement.

4. Retrait du certificat laissé à l'entière appréciation de l'institution de sécurité sociale émettrice

L'institution de sécurité sociale de l'État qui a émis le certificat de détachement n'a aucune obligation de le retirer, quels que soient le sérieux et la consistance de la demande de retrait. La CJUE énonce, de façon explicite, au paragraphe 54 de l'arrêt *Altun*, qu'il appartient à cette institution de réexaminer, à la lumière des éléments contenus dans la demande, le bien-fondé de la délivrance du certificat de détachement et, le cas échéant, de retirer celui-ci. L'institution de

(29) Notamment pour des différences d'analyse juridique ou pour des montants de cotisations jugés trop modestes ou en raison d'amicales pressions diplomatiques. Seules des instructions ministérielles directives et non équivoques sont de nature à rendre obligatoire et systématique la saisine de l'homologue communautaire émetteur du certificat de détachement.

(30) Alors que, depuis le début des années 90, le juge français se prononçait d'office.

(31) Cf. notamment le personnel navigant des compagnies aériennes qui pratiquent de l'optimisation sociale.

(32) Dans certaines affaires, les montants des cotisations éludées dépassent les 10 M. d'euros.

(33) Article L. 8271-1-2 du Code du travail.

(34) L'un des effets collatéraux de l'arrêt *Altun* pourrait être d'avoir retiré aux agents de contrôle la capacité à relever un procès-verbal constatant une infraction matérialisée par un défaut de déclaration sociale aux organismes de protection sociale, dont l'infraction de travail dissimulé.

sécurité sociale de l'État d'envoi et de domiciliation se voit confirmer son pouvoir discrétionnaire de retrait, et celui-ci est opposable au juge national. Certes, la décision de l'institution de sécurité sociale de refus de retrait peut faire l'objet d'un recours devant la commission administrative visée par l'article 72 a) du règlement n° 883/2004 du 29 avril 2004 (35), voire faire l'objet d'une procédure en manquement à l'égard de l'État d'envoi ; mais le juge national n'a aucune assurance, notamment à cause des enjeux financiers, d'obtenir le retrait du certificat de détachement, même si la fraude est avérée dans l'État d'accueil et d'emploi. Si l'institution de sécurité sociale émettrice du certificat de détachement refuse de le retirer par décision expresse, prise dans le délai raisonnable du paragraphe 55 de l'arrêt *Altun*, le juge national est démuné et n'est pas en mesure de traiter utilement le dossier de fraude au paiement des cotisations sociales en France.

5. Des délais d'examen déraisonnables

La CJUE ne précise pas formellement, alors qu'elle pouvait le faire, la durée du délai raisonnable dans lequel l'institution de sécurité sociale de l'État d'envoi doit statuer, comme indiqué au paragraphe 55 de sa décision. Si on se réfère aux textes communautaires *ad hoc*, l'institution de sécurité sociale de l'État d'envoi dispose d'un délai de 3 mois, qui peut être porté à 6 mois pour les dossiers complexes. Le défaut de réponse dans le délai de 6 mois autorise la saisine de la commission administrative, qui dispose elle-même d'un délai de 6 mois. Ces délais, calculés en mois, ne sont pas anodins et obèrent des procédures déjà lourdes et longues par nature, notamment en termes de traduction linguistique. Rien n'est dit, de surcroît, sur l'obligation de motiver un refus de retrait de certificat de détachement.

6. Une définition restrictive de la fraude

Le mode opératoire donné par l'arrêt *Altun* est réservé aux situations d'obtention ou d'utilisation frauduleuse du certificat de détachement. La CJUE y définit la notion de fraude susceptible d'entraîner la non-opposabilité du certificat de détachement dans l'État d'accueil et d'emploi (36).

L'existence d'une fraude, au sens de l'arrêt *Altun*, nécessite la réunion d'un élément objectif et d'un élément subjectif. L'élément objectif résulte du

fait que les conditions prévues par les règlements communautaires de coordination de sécurité sociale ne sont pas remplies pour obtenir le certificat de détachement. À cet égard, les décisions *Manpower*, *Fitzwilliam* et *Joseph Plum* précitées de la CJUE constituent une précieuse référence.

L'élément subjectif ressort du fait que l'entreprise étrangère (ou le donneur d'ordre requalifié en employeur de fait) a eu l'intention de contourner ou d'é luder les conditions de délivrance du certificat de détachement en vue d'obtenir l'avantage qui y était attaché. La preuve de l'existence d'une telle intention frauduleuse peut consister en une action volontaire, notamment une présentation erronée de la situation réelle du salarié détaché ou de l'entreprise détachant ledit salarié, ou en une omission volontaire, telle que la non-divulgateion d'une information pertinente.

La principale difficulté générée par l'arrêt *Altun* réside dans le fait que chaque État dispose de son propre ordre juridique et de ses propres concepts (législation et jurisprudence) pour qualifier en fraude, en manquement ou en infraction un comportement, une pratique ou une situation de travail précisément identifiée (37). Ce qui est répréhensible et frauduleux en France ne l'est pas nécessairement dans l'autre État de l'Union européenne dans lequel se trouve l'institution de sécurité sociale à qui est demandé le retrait du certificat de détachement, notamment en présence de fraudes complexes.

Cette différence de culture et d'outillage juridiques risque de conduire l'institution de sécurité sociale saisie, qui n'a par ailleurs aucun intérêt financier à le faire, à ne pas retirer le certificat de détachement, notamment par une appréciation différente des éléments constitutifs de la fraude et de l'existence ou du transfert d'une subordination juridique à l'égard d'un employeur établi en France. Par ailleurs, cette démarche de reconnaissance de la fraude, commise hors de son État, induit que l'institution de sécurité sociale de l'État d'envoi s'imisce dans l'ordre juridique français pour apprécier les faits et les qualifier de frauduleux, se substituant à la fois aux agents de contrôle, aux services de recouvrement et au juge national, ce qui n'est pas d'une grande orthodoxie juridique.

Le mode d'emploi très conditionnel et procédural proposé par la CJUE dans l'arrêt *Altun*, en présence

(35) Les délais cumulés impartis pour statuer à l'institution de sécurité sociale et à la commission administrative peuvent aller jusqu'à 12 mois.

(36) Définition à rapprocher de celle incluse dans la proposition de modification de la Commission COM (2016) 815 finale du 13 décembre 2016 des règlements de sécurité sociale visant à insérer, à l'article 1^{er} paragraphe 2 du règlement 987/2009, les dispositions suivantes : « fraude : le fait de poser, ou de s'abstenir

de poser, volontairement certains actes en vue d'obtenir des prestations de sécurité sociale ou de tourner l'obligation de cotiser à la sécurité sociale en violation du droit interne d'un État membre » ; la délégation nationale à la lutte contre la fraude (DNLF) définit la fraude comme une irrégularité ou une omission commise de manière intentionnelle au détriment des finances publiques.

(37) Fausse sous-traitance, faux travail indépendant, non-respect des présomptions de salariat.

d'éléments de fraude identifiés dans l'État d'accueil et d'emploi du salarié détaché, pour priver d'effet le certificat de détachement dans cet État, entrave de fait, compte tenu des conditions, explicites ou implicites, posées dans cet arrêt, la compétence du juge à faire respecter l'ordre public social sur le territoire français (38).

B. La quasi-intangibilité du certificat de détachement ne fait pas obstacle à toute action de lutte contre le travail illégal

Cependant, à l'identique de l'arrêt *A-Rosa* rendu le 27 avril 2017 par la CJUE, l'arrêt *Altun* doit être circonscrit à sa juste portée, pour ne pas lui reconnaître des effets illégitimes et non justifiés en matière de lutte contre le travail dissimulé et le dumping social sur le territoire français.

1. La décision de la CJUE ne concerne pas les certificats délivrés dans des États tiers

La décision de la CJUE ne concerne pas l'opposabilité du certificat de détachement détenu par un salarié dont l'employeur est établi dans un État tiers (39), et qui lui a été délivré en application d'une convention bilatérale de sécurité sociale signée avec la France (40). Le respect de la bonne application de ces conventions bilatérales de sécurité sociale ne ressort pas de la compétence et de la jurisprudence de la CJUE. De plus, la décision *Altun* ne s'applique pas non plus, *a fortiori*, au salarié détaché d'un État tiers qui n'a pas signé de convention bilatérale de sécurité sociale avec la France. Ce salarié ne peut pas posséder un certificat de détachement. Il n'est pas détaché au sens de la sécurité sociale et il est assujéti de plein droit au régime français de sécurité sociale, en application des articles L. 111-2-2 et L. 311-2 du Code de la sécurité sociale.

2. La décision de la CJUE ne concerne que les questions de sécurité sociale

De façon plus générale, la décision *Altun* de la CJUE se limite à la sphère administrative et civile du détachement au sens des textes communautaires de coordination de sécurité sociale ; elle apporte une réponse qui n'a pas d'incidence, voire de relation, sur la légalité de l'activité économique de l'entreprise étrangère et de son donneur d'ordre sur le territoire

français, ni sur la légalité du détachement du salarié et de sa relation de travail, au sens de la législation du travail et des textes de sécurité sociale qui sont applicables au regard de cette législation nationale. Ainsi, toute analyse d'une situation de détachement d'un salarié ou des modalités d'intervention d'une entreprise étrangère sur le territoire français au regard de la législation du travail n'est pas nécessairement tenue par la décision *Altun*, pas plus que par la décision *A-Rosa*. Tel est d'ailleurs le sens de l'arrêt du 28 novembre 2017 de la Chambre criminelle de la Cour de cassation (41), qui a confirmé la condamnation pour dissimulation d'emploi salarié, sur le fondement de la législation du travail, d'un donneur d'ordre français, requalifié en employeur de fait, qui invoquait, en vain, la force contraignante, à l'égard du juge français, des certificats de détachement, alors qu'il faisait travailler de faux travailleurs indépendants venant d'un autre État de l'Union européenne.

Compte tenu des décisions *A-Rosa* et *Altun*, la distinction entre les deux notions et les deux régimes du détachement du salarié, soit au titre de la législation du travail, soit au titre de la législation de sécurité sociale, reste essentielle pour bien qualifier les faits à incidence civile ou pénale, et donc les demandes soumises au juge, lorsqu'elles portent sur des affaires de travail dissimulé, d'identification du véritable employeur et de non-paiement de cotisations sociales en relation avec ce contentieux (42) ; cette distinction permettrait de circonscire les jurisprudences *A-Rosa* et *Altun* de la CJUE, en laissant, le cas échéant, la possibilité au juge de constater et à sanctionner d'office, au plan civil ou pénal, les pratiques de travail dissimulé, de dissimulation d'emploi salarié et le dumping social, sans nécessité de demander le retrait du certificat de détachement qui, dans ce contexte juridique, n'est pas délivré ou utilisé frauduleusement, mais qui est hors sujet et donc sans objet.

3. Possibilité de réclamer le paiement des cotisations sociales en l'absence de déclarations sociales ou de tout élément de transnationalité de la relation de travail

Le certificat de détachement exonère le travailleur indépendant ou l'entreprise étrangère employeur de salarié du paiement des cotisations sociales en France. Lorsque ce certificat de détachement est produit de

(38) La Cour de cassation, dans un arrêt n° 16-16.713 du 10 janvier 2018, vient de saisir une seconde fois la CJUE d'une question préjudicielle relative à la valeur du certificat de détachement dans une instance civile engagée à l'initiative d'un prétendu salarié détaché, dont l'employeur a été condamné au pénal pour travail dissimulé ; en clair, la Cour de cassation souhaite connaître, comme dans l'affaire *A-Rosa*, sa marge de manœuvre pour juger, alors que la loi française n'est pas respectée.

(39) Hors Union européenne, Espace économique européen et Suisse.

(40) La liste des 37 États tiers signataires d'une convention bilatérale de sécurité sociale se trouve sur le site du Cleiss (<http://www.cleiss.fr/>).

(41) Cass. Crim. n° 15-80.896 du 27 novembre 2017.

(42) Cass. Soc. n° 13-27.799 du 10 juin 2015, n. J.-P. Tricoit, *La Semaine Juridique*, Éd. sociale n° 39 du 22 septembre 2015, pp. 41-1339.

façon frauduleuse par ces opérateurs économiques, le régime de protection sociale français s'applique et les cotisations et contributions sont dues. Le défaut frauduleux de déclarations sociales à l'occasion d'une activité professionnelle indépendante ou de l'emploi d'un salarié constitue l'une des caractérisations du travail dissimulé. Par ailleurs, une relation de travail subordonnée nationale, qui prospère exclusivement sur le territoire français au bénéfice d'un employeur de droit français, emporte le paiement des cotisations sociales en France. Ces deux qualifications juridiques valent pour les procédures civiles et pénales.

L'arrêt *Altun*, pas plus que l'arrêt *A-Rosa*, n'interdit au juge français d'acter l'obligation de verser les cotisations sociales en France, par le biais d'un constat de travail dissimulé ou d'une relation de travail subordonnée exclusivement nationale, fondé sur le Code du travail et la jurisprudence de la Cour de cassation. Il ne s'agit donc pas de se livrer à un contrôle de l'utilisation, conforme ou non, du certificat de détachement au regard des règlements communautaires de sécurité sociale ; il s'agit de constater que l'exercice d'une activité professionnelle indépendante en France ou l'emploi de salarié en France par un employeur de droit ou de fait établi en France ne contient aucun élément de transnationalité ou d'extranéité, qui justifie de se référer à des normes ou à des documents communautaires, en relation avec la mobilité internationale ; le certificat de détachement est alors non pertinent, *de facto* (43). Cette analyse serait de nature à confirmer et à maintenir la jurisprudence que le juge français a développée à l'égard de ces fraudes à partir de 1986, date de l'entrée de l'Espagne et du Portugal dans l'Union européenne.

4. Principales fraudes pouvant être sanctionnées indépendamment du cadre communautaire

Depuis cette période, la quasi-totalité du contentieux relatif à l'intervention des entreprises étrangères et au détachement de leurs salariés vise des situations relevant ou susceptibles de relever du travail dissimulé ou des situations de travail subordonné exclusivement nationales, directement constatées ou reconnues après requalification par le juge.

Or, tout ce contentieux a donné lieu à des condamnations de nature civile ou pénale par des analyses fondées exclusivement sur le non-respect de la législation du travail et de l'ordre juridique français, les textes communautaires ou la jurisprudence de la

CJUE devenant inopérants en raison de la nature des faits commis sur le territoire français.

Les faits constatés sur le territoire français, qui permettent de rendre le cadre juridique communautaire inopérant, sont, d'une part, les fraudes aux modalités de l'exercice d'une activité économique, par la reconnaissance d'un établissement de fait sur le territoire français et donc d'un employeur de fait, d'autre part, les fraudes à la nature de l'exercice de l'activité économique (44), qui ont pour effet de requalifier le donneur d'ordre bénéficiaire de l'activité économique en employeur de fait du salarié, y compris en présence de faux travail indépendant, puis toutes les opérations de mise à disposition, licites ou non, qui transfèrent la subordination juridique vers un employeur de fait en France (45) et, enfin, les fraudes aux présomptions de salariat commises par des employeurs de droit établis en France.

Ces pratiques conduisent à reconnaître, au titre de la législation du travail, l'existence d'un employeur de fait ou de droit sur le territoire français, qui est ainsi, en cette qualité, redevable des cotisations et contributions sociales en application des articles L. 111-2-2 et L. 311-2 du Code de la sécurité sociale, et d'en tirer des conséquences pénales et civiles. Depuis l'arrêt *Société Générale* du 13 novembre 1996 (46), l'unification de la définition du lien de subordination juridique permet aux organismes de protection sociale et au prétendu salarié détaché de faire reconnaître, à des fins civiles, cette qualité d'employeur de fait sur le territoire français, nonobstant le certificat de détachement qui se rapporte à une autre situation de travail et à un autre employeur, différents de ceux constatés sur le territoire français.

Ces fraudes représentent l'essentiel des causes du dumping social et du non-paiement des cotisations sociales en France du fait des entreprises étrangères et de leurs donneurs d'ordre français ; elles ont en dénominateur commun l'absence d'extranéité, de mobilité internationale, de transnationalité et de détachement.

5. Conséquences pénales et civiles de ces fraudes

Le constat de ces fraudes à l'activité économique ou à la relation de travail subordonnée sur le territoire français emporte des conséquences, tant au pénal qu'au civil, notamment à l'égard des victimes d'un usage frauduleux du certificat de détachement qui a

(43) À titre d'illustration, on peut penser que la reconnaissance d'une présomption de salariat à l'égard d'un employeur établi en France et au bénéfice d'un prétendu travailleur indépendant détaché sur le territoire français entraîne de plein droit le paiement des cotisations et contributions sociales.

(44) Fausse sous-traitance, non-respect de la législation relative au travail temporaire ou aux agences de mannequins.

(45) Mise à disposition ou placement illicite, dévoiement de la mobilité internationale intragroupe.

(46) Cass. Soc. n°94-13.187 du 13 novembre 1996.

élué à leur préjudice l'application du régime français de protection sociale.

Au plan pénal, la qualification centrale de la non-déclaration volontaire aux organismes de protection sociale à l'occasion de l'exercice d'une activité professionnelle indépendante ou salariée est le travail dissimulé par défaut de déclarations sociales, puisque le certificat de détachement a évité de procéder à ces déclarations en France ; cette qualification est souvent associée à du travail dissimulé par défaut de déclaration préalable à l'embauche et par défaut de remise de bulletin de paie et, parfois, à du marchandage et du prêt illicite de main-d'œuvre (47).

Au plan civil, les victimes du défaut volontaire de déclaration sociale sont le prétendu salarié détaché et les organismes de recouvrement des cotisations et contributions sociales, du régime de base intéressé (48) et des retraites complémentaires, ainsi que Pôle Emploi (49).

Les victimes disposent de deux voies, qui se cumulent, pour faire valoir leurs droits devant le juge : soit se constituer partie civile au procès pénal (50) relatif à une affaire de travail dissimulé, soit saisir le juge de droit commun, c'est-à-dire le juge prud'homal (51) ou celui du recouvrement des cotisations sociales, qui est en principe le Tribunal des affaires de sécurité sociale, mais qui peut être également le Tribunal de grande instance (52).

Les dommages et intérêts, obtenus dans une instance pénale ou civile, sont versés en réparation du préjudice financier reconnu au salarié, en raison de sa perte de droits au régime français de sécurité sociale (53) et aux organismes de protection sociale en raison de leur manque à gagner (54). La saisine de la voie civile ne nécessite pas la reconnaissance préalable par le juge pénal de l'infraction de travail dissimulé (55), ni même la démonstration de l'intention frauduleuse de l'employeur pour obtenir le paiement de la cotisation forfaitaire en présence d'une dissimulation d'emploi salarié (56). Le juge civil peut constater lui-même cette fraude à la loi ou reconnaître l'existence d'un employeur de fait sur le territoire français et l'absence de détachement qui résulte de cette reconnaissance.

L'action pénale ou civile est engagée, selon la nature de la fraude utilisée, soit à l'encontre du travailleur indépendant qui se réclame à tort de la qualité de prestataire économique transnational, soit à l'encontre de l'employeur de droit étranger qui dispose d'un établissement de fait en France dans lequel est affecté le prétendu salarié détaché, soit à l'encontre de l'employeur de fait ou de droit de ce salarié, établi en France et qui n'est pas un employeur de droit étranger.

6. Les réparations obtenues en France sont sans incidence sur les cotisations versées dans l'État d'envoi

La reconnaissance des droits des victimes n'exige pas, par nature, une demande de retrait, à un moment quelconque de la procédure engagée devant le juge français, du certificat de détachement, ni la restitution ou la répétition, préalable ou ultérieure, des cotisations indûment versées au régime de protection sociale de l'État qui a délivré le certificat de détachement. De surcroît, le débiteur des cotisations dues en France risque de se heurter à l'adage *Nemo auditur* pour arguer, de façon légitime, qu'il pourra payer deux fois, auprès de deux institutions de sécurité sociale relevant d'États différents (57).

Le versement des cotisations et contributions sociales est dû en France pour toute la période pendant laquelle le juge considère que l'activité professionnelle génératrice du paiement de ces cotisations a été frauduleusement couverte par un certificat de détachement. En application des articles L.244-3 et L.244-11 du Code de la sécurité sociale, la prescription de l'action en recouvrement des cotisations et contributions sociales est de trois ans (prescription de droit commun), portée à cinq ans si un procès-verbal pour travail dissimulé est établi.

L'arrêt *Altun* n'apporte pas une réponse appropriée aux stratégies d'évitement de la loi sociale française du fait des entreprises étrangères et de leurs donneurs d'ordre français, qui utilisent, depuis 1986, le certificat de détachement, non pas comme un outil de protection sociale du salarié en mobilité transnationale, mais comme un biais astucieux et efficace

(47) À cet égard, v. la dépêche du ministère de la Justice DACG n°2017/F/0090/FF2 du 13 juillet 2017 relative aux conséquences de l'arrêt *A-Rosa Flussschiff GmbH*, Dr. Ouv. décembre 2017, p. 746.

(48) Urssaf, CGSS, RSI, MSA, Enim, etc.

(49) Le certificat de détachement dispense de verser en France les cotisations au titre de l'indemnisation du chômage.

(50) Not. Cass. Crim. n° 00-81.526 du 6 février 2001, *Moshen* ; Cass. Crim. n° 04-84.056 du 5 octobre 2004, *Urssaf de Paris* ; Cass. Civ. 2^{ème} n° 11-28.245 du 20 juin 2013, *CL Jura*.

(51) CA Paris n° 11/04.771 du 4 mars 2016, *Jean-Luc P./Vueling Airlines*.

(52) TGI Bobigny 19 juin 2017, *CRPNAC/Vueling Airlines*.

(53) Cass. Soc. n° 12-22.235 du 29 janvier 2014.

(54) Cass. Crim. n° 04-84.056 du 5 octobre 2014, *Urssaf de Paris*.

(55) Cass. Civ. 2^{ème} n° 12-26.123 du 10 octobre 2013, *Atout cœur*.

(56) Cass. Civ. 2^{ème} n° 16-22.308 du 21 septembre 2017, *Rôtisserie d'Austerlitz*.

(57) Rien ne lui interdit, d'ailleurs, de réclamer le remboursement des cotisations qu'il a versées à tort dans l'État d'envoi et de domiciliation.

pour s'affranchir délibérément du paiement des cotisations sociales en France et générer de la concurrence sociale déloyale.

Le juge français n'est pas démuni, car des réponses juridiques restent possibles au titre de la législation sur le travail dissimulé et du droit social applicable à la relation de travail subordonnée.

Pour autant, seule une modification substantielle et non équivoque des règlements de coordination de sécurité sociale, dont la révision est en cours à Bruxelles, permettant au juge national de l'État d'accueil et d'emploi d'écarter d'office un certificat de détachement produit de façon induite, est de nature à mettre un terme à ces contentieux sans fin et à cette forme de dumping social sur le territoire français, du

fait des entreprises étrangères et de leurs donneurs d'ordre.

Cette évolution attendue du droit communautaire serait un signe fort de construction de l'Europe sociale et de lutte assumée contre le dumping social. Continuer à sacraliser le certificat de détachement n'a pas de sens. Il n'est pas concevable qu'un simple formulaire administratif, délivré à guichet ouvert, sans vérification, dans certains États (58), permette d'éviter aussi aisément les lois sociales françaises, en causant un préjudice financier quasi irréversible au salarié et aux organismes de protection sociale victimes.

Hervé Guichaoua

(58) Comment expliquer, en effet, autrement, qu'en 2016, 20.731 salariés français aient été détachés en France, soit presque autant

que les Italiens, ce qui représente par ailleurs, en volume, le 6^{ème} flux des détachements par nationalité.



Éditions L.G.D.J. –
Collection Thèses
552 pages - Février 2018
ISBN 978-2-275-06039-2
57 euros

L'APPORT DU DROIT DU TRAVAIL À LA THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ACTE JURIDIQUE

Par Lucas Bento de Carvalho

Par les représentations qu'elle véhicule et les solutions qu'elle encourage, l'édification d'une théorie générale n'est jamais neutre au plan axiologique. Sa construction repose certes sur la connaissance du droit positif tel qu'il existe, mais la mise en ordre qui en résulte demeure quant à elle intimement liée aux perceptions et aux convictions de l'interprète. C'est en ce sens que doit être abordée la question de l'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique. La présente étude met en évidence le caractère protéiforme du phénomène envisagé, sans occulter les situations où la discipline fait davantage figure de contre modèle que de véritable source d'inspiration. Adoptant un point de vue prospectif, cette recherche met en évidence les aspects de droit du travail susceptibles d'encourager la promotion d'une théorie de l'acte juridique marquée par le pluralisme. La matière contribue ainsi à souligner la variété des conditions dans lesquelles se forme la volonté de s'engager, tout comme la diversité de ses modes d'expression. Elle témoigne également d'une capacité certaine à traduire sur le terrain du Droit, afin de mieux les appréhender, l'altérité des rapports de force et la mutabilité des données factuelles qui accompagnent l'exécution des actes juridiques.