



**HAL**  
open science

## Le détachement dans tous ses états : illustrations avec l'épilogue de l'affaire Flamanville

Fabienne Muller

► **To cite this version:**

Fabienne Muller. Le détachement dans tous ses états : illustrations avec l'épilogue de l'affaire Flamanville. *Droit Social*, 2021, 04, pp.335-345. halshs-03193359

**HAL Id: halshs-03193359**

**<https://shs.hal.science/halshs-03193359>**

Submitted on 2 Nov 2021

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# Le détachement dans tous ses états : illustrations avec l'épilogue de l'affaire Flamanville

Par Fabienne Muller,

Maître de conférences en droit privé émérite, UMR 7354 DRES, Université de Strasbourg

*Résumé : La Cour de cassation a rendu ses derniers arbitrages dans l'affaire Flamanville, une saga judiciaire qui permet d'illustrer toutes les dérives potentielles liées à l'invocation abusive du droit européen de la sécurité sociale tel qu'interprété par la CJUE au détriment du droit du travail. Seule la chambre Criminelle est parvenue à construire une parade qui ne sera toutefois efficace que si les corps de contrôle et les juges du fond s'inscrivent dans la même logique. Il reste que les Règlements de coordination des régimes doivent être révisés pour tirer toutes les conséquences de la fraude.*

Cette affaire a été révélée en mai 2011 à la faveur d'une action de grève par laquelle des salariés détachés sur le site de l'EPR de Flamanville protestaient contre la non-rémunération de certaines heures travaillées et les conditions de leur couverture sociale en cas d'accident du travail, les premières investigations faisant également état de plus d'une centaine d'accidents du travail non déclarés. En raison du nombre de salariés impliqués et du volet international de l'affaire, elle a été particulièrement médiatisée<sup>1</sup>.

Sur la période 2008-2011, elle a impliqué au moins 460 salariés pour la plupart de nationalités polonaise et roumaine, mis à disposition pour 163 d'entre eux par la société de travail temporaire Atlanco Ltd (Atlanco) sise à Chypre<sup>2</sup> et pour 297 d'entre eux par la société Elco Construct (Elco), une société implantée en Roumanie. Les sociétés Bouygues Travaux publics (Bouygues TP), Welbond Armatures (Welbond), Quille construction filiale de la première (Quille) ont été les bénéficiaires de ces opérations. Ces sociétés agissaient tantôt pour leur propre compte et tantôt disparaissaient derrière le GIE Groupement Flamanville Armatures (GIE GFA) qu'elles avaient constitué entre elles.

Démêler l'enchevêtrement des liens et les responsabilités respectives des sociétés a nécessité une forte mobilisation de l'ASN<sup>3</sup>, une longue instruction impliquant l'OCLTI<sup>4</sup>, la police de l'air et des frontières et la gendarmerie de la Manche. Le jugement du Tribunal correctionnel n'interviendra qu'en 2015. Les protagonistes de cette opération ont fait l'objet de poursuites pénales du chef de plusieurs infractions de travail illégal. Atlanco a été définitivement condamnée par le tribunal correctionnel<sup>5</sup> pour dissimulation d'emploi et

---

<sup>1</sup> Elle avait conduit une délégation d'eurodéputés à se déplacer sur le chantier en juillet 2011 afin d'enquêter sur les conditions de travail des salariés détachés ; « EPR de Flamanville : Bouygues rompt un contrat avec un sous-traitant », Le Monde 27 juin 2011 ; Marie Herbet, Le sort peu enviable des travailleurs sur les chantiers européens, 6 juil.2011, EURACTIV.fr

<sup>2</sup> La société relève d'un groupe dont la société holding est établie en Irlande

<sup>3</sup> L'Autorité de sûreté nucléaire assure les fonctions de l'inspection du travail dans les installations nucléaires

<sup>4</sup> Office central de lutte contre le travail illégal

<sup>5</sup> Trib. Ch. Correctionnelle de Cherbourg, 7 Juill. 2015

dissimulation d'activité. Elco a vu sa condamnation pour travail dissimulé par dissimulation d'emploi confirmée par la Cour d'appel de Caen<sup>6</sup>. Cette même Cour a condamné les sociétés Bouygues TP et Welbond, bénéficiaires de ces opérations, pour avoir eu recours sciemment aux services de celui qui exerce un travail dissimulé<sup>7</sup>. L'arrêt rendu par la chambre Criminelle de la Cour de cassation le 12 janvier 2021<sup>8</sup> clôt la procédure pénale après un détour par la Cour de justice de l'UE<sup>9</sup>. Au civil, les salariés porteront l'affaire devant le Conseil de prudhommes de Cherbourg pour réclamer l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé de l'article L8223-1 CT : « En cas de rupture de la relation de travail, le salarié auquel un employeur a eu recours dans les conditions de l'article L. 8221-3 ou en commettant les faits prévus à l'article L. 8221-5 a droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire. » Ils actionneront le dispositif de la responsabilité solidaire de l'article L8222-2 CT afin que les entreprises utilisatrices soient tenues de verser cette réparation solidairement avec Elco et Atlanco d'autant que cette dernière sera défaillante lors des différents recours qui vont se succéder tant au pénal<sup>10</sup> qu'au civil<sup>11</sup>. Atlanco a en effet intelligemment organisé sa disparition laissant ses co contractants Bouygues TP et Welbond, seuls face aux juges...L'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation du 5 novembre 2020<sup>12</sup> clôt le volet civil de cette saga.

L'acharnement judiciaire des sociétés bénéficiaires des détachements s'explique moins par le montant des amendes pénales relativement faibles<sup>13</sup> que par leurs conséquences civiles. Condamnées pour avoir eu recours sciemment aux services de celui qui exerce un travail dissimulé, Bouygues TP et Welbond vont tenter d'échapper à leur solidarité financière en leur qualité de donneurs d'ordre et/ou de maîtres d'ouvrage en utilisant plusieurs stratégies. Elles seront payantes au moins sur un aspect : allonger la durée de la procédure de sorte à décourager le maximum de salariés de faire valoir leurs droits.

Cette affaire concentre à elle seule une série d'enjeux dans un contexte jurisprudentiel particulièrement prolifique en matière de détachement tant au niveau national<sup>14</sup> qu'euro-péen<sup>15</sup>. Elle permet d'illustrer la stratégie visant à écarter les dispositions du droit du travail au profit de l'application exclusive du droit européen de la sécurité sociale (I.) Cette stratégie, encouragée par la CJUE, est aujourd'hui funeste tant pour les juges que pour les victimes sans que rien ne paraisse pouvoir stopper cette spirale si ce n'est la révision des règlements de coordination des régimes de sécurité sociale (II.)

---

<sup>6</sup> Cour d'appel de Caen, ch des appels correctionnels du 20 mars 2017, N° 17/00116

<sup>7</sup> Pour simplifier la présentation, les développements qui suivent se concentreront exclusivement sur les actions engagées contre Atlanco, Elco, Bouygues TP et Welbond au titre du travail dissimulé même si le délit de prêt de main d'œuvre illicite leur est également reproché.

<sup>8</sup> Cass. Crim. 12 janv.2021, n°17-82.553, FS-P+B+I

<sup>9</sup> CJUE, 14 mai 2020, C-17/19, Bouygues travaux publics, Elco construct Bucarest, Welbond armatures

<sup>10</sup> Trib. Ch. Correctionnelle de Cherbourg, 7 Juill. 2015 ; Cour d'appel de Caen, ch des appels correctionnels du 20 mars 2017 ; Cass. Crim. 8 janvier 2019, N°17-82.553 ; Cass Crim.17 sept 2019, N°17-82.553 ; Cass. Crim. 3 juin 2020, N°17-82.553, Cass. Crim. 12 janv. 2021, n°17-82.553, op cit

<sup>11</sup> Cour d'appel de Caen, ch soc. 26 juillet 2018 ; Cass. Soc. 4 nov. 2020, n° 991, FS-P+B+R+I

<sup>12</sup> Cass. Soc. 4 nov. 2020, n° 18-24.451 et suivants, Bouygues TP c/ M. A... X. et autre(s), FS-P+B+R+I

<sup>13</sup> Atlanco, Bouygues, Welbond et Elco seront condamnées respectivement à 70 000€, 25 000€, 15 000€ et 40 000€ d'amende par le tribunal correctionnel, peines qui seront légèrement aggravées pour Bouygues et Elco en appel (respectivement 29 950€ et 60 000€ d'amende)

<sup>14</sup> Entre le 1/01/2018 et le 31/12/2020, les chambres sociale, Criminelle et civile 2 de la Cour de cassation ont rendu 22 arrêts concernant le détachement en lien avec des infractions de travail dissimulé

<sup>15</sup> Sur la même période la CJUE a rendu 15 arrêts en matière de détachement

## **I. Détachement : les tentatives de déstabilisation du droit du travail**

Les poursuites engagées par le Ministère public comme les demandes introduites par les salariés devant le conseil de prudhommes s'appuient sur des règles inscrites dans le code du travail. Atlanco a été condamnée au pénal pour « travail dissimulé par dissimulation d'activité » sur la base de l'article L8221-3 du code du travail et pour travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié sur la base de l'article L8221-5 du code du travail. Elco sera condamnée pour dissimulation d'emploi salarié. Bouygues et Welbond ayant eu recours aux services de ces deux sociétés sont notamment<sup>16</sup> poursuivies sur la base de l'article L8221-1,3° pour avoir recouru « sciemment, directement ou par personne interposée, aux services de celui qui exerce un travail dissimulé ».

Bouygues et Welbond n'auront de cesse d'invoquer les règlements de coordination des régimes de sécurité sociale et de polluer le débat quant à la qualification juridique de l'opération de détachement (A). L'objectif secondaire vise à faire bon usage de l'arme devenue fatale des certificats E101 devenus A1<sup>17</sup> pour, là encore, interdire les condamnations qui sanctionnent les mauvais usages du droit du détachement mais elles n'obtiendront pas gain de cause. (B)

### **A. De l'usage abusif du droit européen de la sécurité sociale pour écarter la qualification du détachement en droit du travail**

Les sociétés utilisatrices de main d'œuvre détachée vont avec constance invoquer les règlements européens de coordination des régimes de sécurité sociale pour contrer les poursuites. Ces règlements vont être utilisés pour tenter d'écarter la qualification du détachement en droit du travail (1.) et tenter d'obtenir une saisine de la CJUE dont tout un chacun connaît aujourd'hui la position extrêmement favorable en matière de certificats attestant de la législation de sécurité sociale applicable aux salariés détachés<sup>18</sup>. Seuls les juges du fond refuseront de se prêter à cet exercice (2.)

#### **1. Contrer la définition du détachement au sens du droit du travail**

Pour contester avoir été bénéficiaires d'une opération de détachement, Bouygues et Welbond feront valoir que Atlanco, qui est pourtant une entreprise de travail temporaire, faisait travailler ses salariés en alternance, c'est-à-dire une situation dans laquelle les salariés exercent pour un même employeur une ou plusieurs activités dans deux Etats membres ou plus. Il s'agit ici d'utiliser l'article 14 §2 b) ii du règlement 1408/71 (actuel article 13 b), i du règlement 883/2004) relatif à la coordination des régimes de sécurité sociale qui détermine le régime de sécurité sociale applicable à un salarié « qui exerce normalement une activité salariée sur le territoire de deux ou plusieurs États membres » ; ce salarié relève alors de « la législation de l'État membre sur le territoire duquel l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son

---

<sup>16</sup> Elles sont également poursuivies pour prêt de main d'œuvre à but lucratif hors du cadre du travail temporaire, marchandage et emploi d'étrangers sans titre, ces deux dernières infractions n'étant finalement pas retenues

<sup>17</sup> L'affaire concerne à la fois des certificats émis sous l'égide du Règlement 1408/71 applicable avant 2010 et sous le Règlement 883/2004 nouvellement applicable.

<sup>18</sup> Pour un état des lieux, voir K. Chatzilaou, « La lutte contre la fraude sociale éclipsée par le dialogue administratif », RDT 2020, p.380, M. Caster, « Certificat de sécurité sociale, fraude au détachement et pouvoir du juge national : la fin d'une saga ? », RDT 2018 p. 219.

domicile », s'il ne réside pas sur le territoire de l'un des États membres où il exerce son activité. Le recours à cet article justifierait le rattachement des salariés à la législation de sécurité sociale chypriote ce qui pourrait, certes, être obtenu via un détachement mais le travail en alternance ne nécessite pas de remplir les conditions exigeantes du détachement telles que posées par l'article 12 du règlement 883/2004 (article 14 du Règlement 1408/71). Autre avantage non négligeable de ce statut, l'usage du statut de sécurité sociale lié au travail exercé normalement dans deux ou plusieurs États membres, simultanément, ou en alternance, pour la même entreprise ou le même employeur n'est pas limité dans le temps contrairement au détachement qui en droit de la sécurité sociale ne peut dépasser 24 mois. Le recours à ces règles est aujourd'hui largement utilisé pour contourner les règles du détachement. Ce rattachement à la législation de sécurité sociale chypriote par la magie des règlements de coordination des régimes de sécurité sociale vaudrait également en droit du travail !!

Mais ce statut du travail alternant ne correspond à aucune catégorie juridique en droit du travail et ce raisonnement doit être écarté pour une raison tellement évidente que aucun juge ne la rappellera : les poursuites pénales et les demandes indemnitaires des salariés reposent sur les dispositions du code du travail ; celui qui entend contester le détachement ne peut ignorer qu'il est encadré par des règles spécifiques en droit du travail ; en l'espèce le détachement est défini par la directive 96/71<sup>19</sup>, la directive 2014/67<sup>20</sup> et leur transposition en droit interne. Une telle qualification ne peut être écartée au prétexte que l'employeur aurait sollicité des institutions de sécurité sociale chypriotes des certificats sur la base du travail en alternance. En l'espèce les salariés ont été recrutés par Atlanco, une entreprise de travail temporaire, pour être mis à disposition des entreprises utilisatrices sur le chantier de Flamanville : nous sommes donc en présence de l'une des modalités du détachement visée à l'article 1, §3, c) de la directive 96/71, transposée à l'article L1262-2 du code du travail.

Cette logique est d'autant plus pertinente que la définition du détachement en droit européen du travail et en droit européen de la sécurité sociale n'est pas identique et cette situation aussi toxique qu'elle soit<sup>21</sup>, perdure. Si dans les deux cas l'employeur doit déployer une activité substantielle dans l'État de son établissement, de nombreuses différences subsistent dont notamment celle relative au travailleur détaché lui-même ; la directive 96/71 définit le travailleur détaché comme celui qui « exécute son travail sur le territoire d'un État membre autre que l'État sur le territoire duquel il travaille habituellement » alors que le règlement d'application du règlement 883/2004 se contente d'un travailleur détaché qui " peut être une personne recrutée en vue de son détachement dans un autre État membre, à condition qu'elle soit, juste avant le début de son activité salariée, déjà soumise à la législation de l'État membre dans lequel est établi son employeur »<sup>22</sup>. Les sociétés utilisatrices solliciteront avec constance la saisine de la CJUE pour décider de l'applicabilité des règlements de sécurité sociale au cas d'espèce.

---

<sup>19</sup> Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services

<sup>20</sup> Directive 2014/67/UE du Parlement Européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n ° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur (« règlement IMI »).

<sup>21</sup> P Rodière, Le droit européen du détachement de travailleurs : fraude ou inapplicabilité ? Droit social 2016 p.598 ; F Muller, La révision des règles en matière de détachement : l'heure des choix en droit travail et droit de la sécurité sociale. RTD eur., Dalloz, 2018, p75.

<sup>22</sup> Article 14 du règlement 987/2009 du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale

## 2. Les bons réflexes des juges du fond ?

Pour écarter les prétentions des entreprises utilisatrices, les juges du fond procéderont en deux temps : valider que l'opération relevait bien théoriquement du cadre juridique du détachement tel que défini par le code du travail et constater que les conditions de son utilisation n'ont pas été respectées suivant la formule retenue par la chambre correctionnelle de la Cour d'appel : « Soit le détachement est régulier et dès lors le travailleur concerné relève de la législation, notamment sociale, de son pays d'origine et il n'y a pas automatiquement travail dissimulé. Soit le détachement est irrégulier et le travailleur concerné doit être soumis aux obligations du pays d'accueil soit en l'espèce : immatriculation au répertoire des métiers ou au registre du commerce et des sociétés, déclaration nominative préalable à l'embauche, déclarations relatives aux salaires et aux cotisations sociales auprès des organismes désignés à cette fin. »<sup>23</sup>

La chambre sociale de la Cour d'appel rappellera que Atlanco est une entreprise de travail temporaire, qu'elle a conclu avec les sociétés utilisatrices des contrats de mise à disposition faisant clairement référence au détachement, les parties ayant même durci par voie contractuelle les conditions légales quant aux documents à produire par l'employeur des salariés intérimaires. Les juges s'attacheront à démontrer que le cadre juridique du détachement n'a pas été respecté : Atlanco n'exerce aucune activité réelle à Chypre, son implantation dans cet Etat ne se justifiant que par le faible coût des charges sociales. Elco a progressivement déplacé son centre de gravité en France où elle déploie une activité stable et régulière. Les embauches ont été réalisées dans le seul but de procéder aux détachements, la plupart des salariés n'ayant jamais travaillé pour le compte de ces sociétés. Les critères utilisés sont ceux de la directive 96/71 et de l'article 4 de la directive 2014/67 relatif à la détermination du caractère véritable du détachement et à la prévention des abus et contournements<sup>24</sup>, directive qui n'était pas encore applicable à la date des faits. Dès lors la société Elco tout comme Atlanco ne pouvaient se prévaloir du détachement et relevaient du droit français : Atlanco aurait dû déclarer son activité via une immatriculation au registre du commerce français, Atlanco et Elco auraient dû déclarer leurs salariés auprès des organismes de protection sociale ; « le défaut d'accomplissement de ces diligences, avéré en l'espèce, étant constitutif du travail dissimulé »<sup>25</sup>. **C'est à ce stade et uniquement à ce stade que doit se poser la question des certificats attestant de la législation applicable en matière de sécurité sociale. Peuvent-ils ou pas interdire au juge de l'Etat d'activité de se prononcer sur la fraude et si oui dans quelles conditions ?**

Ces décisions pourraient être critiquées au motif qu'elles ignorent les évolutions jurisprudentielles de la CJUE dans les affaires de fraude au détachement. On pourrait aussi bien reconnaître leur bon sens quand elles recadrent le débat et rejettent la demande de sursis à statuer et la demande de saisine de la CJUE afin de savoir « si la solution du litige relève du droit pénal du travail ou si la solution impose l'examen de la réglementation européenne sur les régimes de protection sociale ». La Cour d'appel de Caen considérera en effet que les questions

---

<sup>23</sup> C Appel Caen ch des appels correctionnels du 20 mars 2017, N° 17/00116

<sup>24</sup> Directive 2014/67/UE du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur (« règlement IMI »)

<sup>25</sup> C Appel Caen, Ch. Soc. , 26 juill. 2018, N° RG 16/01562, C Appel Caen, ch. des appels correctionnels du 20 mars 2017, op cit

soulevées relèvent du droit pénal du travail<sup>26</sup>. La chambre sociale de la Cour d'appel rejettera pareillement la demande de saisine de la CJUE.

L'analyse des juges consistant à démontrer le caractère irrégulier des détachements au regard du droit du travail est indispensable et doit être préalable à toute autre considération et notamment à l'impact des certificats. C'est d'ailleurs en s'appuyant sur ce raisonnement que la chambre Criminelle parviendra à identifier la parade à l'opposabilité des certificats<sup>27</sup>. La démarche se justifie d'autant plus que la législation française a fait usage du 10° de l'article 3 de la directive 96/71 qui lui permet d'imposer aux entreprises nationales et aux entreprises d'autres États, d'une façon égale « des conditions de travail et d'emploi concernant des matières autres que celles visées au paragraphe 1 premier alinéa, dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public ». A ce titre le travail illégal a été rajouté à la liste des règles du noyau dur par le 10° de l'article L1262-4 CT.

La démarche permet de cantonner le droit européen de la sécurité sociale tel qu'interprété par la CJUE qui s'invite aujourd'hui dans tous les débats et tend à devenir le chiffon rouge en matière de détachement et de fraude au détachement. Utilisé avec force par les avocats des entreprises impliquées dans des manœuvres frauduleuses, il finit par perturber l'appréhension des faits et leur qualification par les juges<sup>28</sup>. En matière de détachement le droit du travail tend à s'effacer au profit du poids grandissant du droit de la sécurité sociale alors que le premier a une longueur d'avance en matière de fraude : la directive 2014/67 a fourni des éléments de définition de la fraude. A-t-elle encore une utilité lorsque les débats se déplacent sur le terrain exclusif du droit européen de la sécurité sociale dont aucune disposition ne sanctionne la fraude en matière d'usage du certificat A1 ?

## **B. La Cour de cassation : des approches divergentes face à l'arme fatale du certificat A1**

La stratégie tendant à appréhender les faits au prisme du droit de la sécurité sociale vise à faire usage du certificat émis par les autorités de sécurité sociale de l'Etat d'envoi et de l'abondante jurisprudence de la CJUE qui le sacralise au détriment de toute autre considération y compris en cas de fraude manifeste<sup>29</sup>. L'arrêt Vueling du 2 avril 2020<sup>30</sup> a une fois encore réduit la marge de manœuvre des juges confrontés à des certificats E101/ A1 obtenus frauduleusement. Les juridictions « ne peuvent constater l'existence d'une fraude et écarter en conséquence ces certificats qu'après s'être assurées : d'une part, que la procédure prévue à l'article 84 bis, paragraphe 3, de ce règlement [la procédure de dialogue entre institutions de sécurité sociale] a été promptement enclenchée et que l'institution compétente de l'État membre d'émission a ainsi été mise en mesure de réexaminer le bien-fondé de la délivrance desdits certificats à la lumière des éléments concrets soumis par l'institution compétente de l'État membre d'accueil qui donnent à penser que les mêmes certificats ont été obtenus ou invoqués

---

<sup>26</sup> C Appel Caen ch. des appels correctionnels du 20 mars 2017, op cit

<sup>27</sup> Voir les développements ci-après.

<sup>28</sup> Les arrêts des juges du fond font tantôt appel des notions propres au droit du travail et tantôt à celles du droit européen de la sécurité sociale

<sup>29</sup> CJUE 22 avr. 2017, C-620/15 ; CJUE 6 fev. 2018, C-359/16 ; CJUE 11 juill. 2018, C-356/15 ; CJUE 6 sept. 2018, C-527/16 ; CJUE 25 oct 2018, C-451/17 ; CJUE 2 avr. 2020, C-370/17.

<sup>30</sup> CJUE, 2 avr. 2020, op cit

de manière frauduleuse, et d'autre part, que l'institution compétente de l'État membre d'émission s'est abstenue de procéder à un tel réexamen et de prendre position, dans un délai raisonnable, sur ces éléments, le cas échéant, en annulant ou en retirant les certificats en cause. » (pt 86).

**« Cette procédure constitue donc un préalable obligatoire aux fins de déterminer si les conditions de l'existence d'une fraude sont réunies et, partant, de tirer toute conséquence utile en ce qui concerne la validité des certificats E 101 en cause et la législation de sécurité sociale applicable aux travailleurs concernés »** (pt 71).

Les effets bénéfiques de cette jurisprudence sont désormais bien intégrés et bien utilisés par tous ceux qui tentent de faire barrage aux poursuites en matière de travail dissimulé. Le 12 janvier 2021 la chambre Criminelle de la Cour de cassation a rendu 3 autres arrêts<sup>31</sup> : tous concernent le détachement, tous ont trait à des poursuites pour travail dissimulé et à chaque fois le certificat A1 (voir même le certificat E 106 !) est invoqué pour s'opposer aux condamnations.

Cette jurisprudence a été utilisée par les sociétés Bouygues et Welbond pour réduire à néant les poursuites engagées sur la base des articles en matière de travail dissimulé par dissimulation d'emploi et par dissimulation d'activité.

La chambre Criminelle de la Cour de cassation va pourtant identifier une parade pour contourner l'opposabilité des certificats A1. (1.) La chambre sociale de la Cour de cassation se contentera d'une solution classique totalement tributaire de la décision des institutions de sécurité sociale de l'Etat d'envoi, en l'espèce Chypre. Les deux chambres ne se positionnent d'ailleurs pas dans le même canevas d'analyse (2)

### **1. Travail dissimulé : la marge de manœuvre identifiée par la chambre criminelle en cas de présentation des certificats A1**

Si la stratégie des sociétés utilisatrices visant à faire barrage aux dispositions françaises en matière de travail dissimulé en faisant appel aux règlements de coordination des régimes de sécurité sociale a échoué devant les juges du fond, elles obtiendront partiellement gain de cause devant la chambre Criminelle de la Cour de cassation qui acceptera de poser une question préjudicielle relative à l'impact des certificats A1.

Pour justifier cette saisine la Cour reprend les développements des juges du fond qui établissent que le cadre du détachement n'a pas été respecté par les employeurs des salariés détachés ce qui a conduit à leur condamnation pour travail dissimulé et par ricochet à celle des entreprises ayant fait appel à leurs services. En l'espèce les sociétés Atlanco et Elco ont été condamnées toutes les deux pour dissimulation d'emploi au titre de l'article L8221-5 CT : cette infraction est notamment établie soit lorsqu'il y a eu soustraction intentionnelle à l'obligation de procéder à la déclaration préalable à l'embauche (DPAE) conformément à l'article L8221-5,1° soit lorsque l'employeur n'a pas procédé aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des Urssaf (L8221-5, 3°). Autrement dit

---

<sup>31</sup> Cass. Crim, 12 janv 2021, N° de pourvoi 18-86709, N° de pourvoi 20-80647, N° de pourvoi 18-86757 ; voir Nathalie Mihman, Le travail dissimulé à l'abri des certificats ? La chambre criminelle répond par la négative, Dalloz actualités 5 févr. 2021.



l'infraction d'emploi dissimulé est constituée soit en cas de violation des obligations de déclaration des salaires et cotisations en matière de sécurité sociale, soit lorsque l'employeur a omis de procéder à la DPAE lors de l'embauche des salariés. La chambre Criminelle acceptera de saisir la CJUE d'une question préjudicielle que l'on peut considérer comme décapante. La question vise à savoir si tous les certificats A1, qu'ils soient délivrés dans le cadre du détachement ou dans le cadre d'une activité alternante, lient les juridictions de l'Etat d'exécution de la prestation de travail « *pour déterminer la législation applicable, non seulement au régime de sécurité sociale, mais aussi au droit du travail, lorsque cette législation définit les obligations des employeurs et les droits des salariés* »<sup>32</sup>. Au vu des dernières décisions rendues par la CJUE qui resserre l'étai des conditions à remplir pour sa mise à l'écart<sup>33</sup>, poser une telle question comportait le risque de voir la portée du certificat s'étendre encore davantage.

La CJUE, dans son arrêt du 14 mai 2020<sup>34</sup>, a cependant circonscrit l'impact du certificat : « si les certificats E 101 et A 1 produisent des effets contraignants, ceux-ci sont limités aux seules obligations imposées par les législations nationales en matière de sécurité sociale visées par la coordination effectuée par les règlements n° 1408/71 et 883/2004 » (pt 44). La CJUE renvoie à la Cour de cassation le soin d'identifier l'objet de la DPAE : si elle a pour unique objet d'assurer l'affiliation des travailleurs au régime de sécurité sociale, les certificats E 101 et A 1, délivrés par l'institution émettrice, feront obstacle à l'obligation de procéder à cette déclaration; si au contraire la DPAE « vise également, fût-ce en partie, à garantir l'efficacité des contrôles opérés par les autorités nationales compétentes afin d'assurer le respect des conditions d'emploi et de travail imposées par le droit du travail », les certificats n'auront aucune incidence. (pt 53).

La chambre criminelle, dans son arrêt du 12 janvier 2021<sup>35</sup> va s'appuyer sur deux infractions pour valider les condamnations pour travail dissimulé en dépit de la présence des certificats A1.

Dans un premier temps elle va utiliser la marge de manœuvre offerte par la CJUE en rappelant le rôle de la DPAE dans le cadre de la lutte contre le travail dissimulé et ses différentes finalités « qui ne la limitent pas au financement des différentes branches de la sécurité sociale, puisqu'elle permet en outre de faciliter la lutte contre la fraude fiscale, une société qui procède à une DPAE étant tenue de s'identifier, ainsi que d'assurer une concurrence non faussée entre les entreprises ». « Cette déclaration tend ainsi à favoriser les contrôles opérés par l'inspection du travail sur le respect desdits droits et obligations, l'employeur devant s'il conteste l'existence d'un tel contrat de travail en établir le caractère fictif. » Elle rappelle les autres fonctions sans lien avec la sécurité sociale dont la demande de l'examen médical d'embauche. « Il résulte de ces considérations que la DPAE vise, au moins en partie, à garantir l'efficacité des contrôles

---

<sup>32</sup> Cass Crim. 8 janvier 2019, n° 17-82.553

<sup>33</sup> Pour ne citer que les plus récents : CJUE, 27 avril 2017, A-Rosa Flussschiff GmbH, n° C-620/15, CJUE 6 février 2018, Ömer Altun, n° C- 359/16 ; CJUE, 2 avr. 2020, Caisse de retraite du personnel navigant professionnel de l'aéronautique civile (CRNPAC) c/ Vueling Airlines SA (C 370/17), et Vueling Airlines SA c/ Jean-Luc Poignant C 37/18 ; voir H Nassom-Tissandier, Lutte contre le détachement frauduleux : la CJUE multiplie les obstacles, JS Lamy , N° 498, 18 mai 2020, K Chatzilaou, La lutte contre la fraude sociale éclipsée par le dialogue administratif, RDT 2020, p380

<sup>34</sup> CJUE, 14 mai 2020, C-17/19, Bouygues travaux publics, Elco construct Bucarest, Welbond armatures ; JP Lhernould, La possession de certificats A1 fait-elle obstacle à la condamnation pour travail dissimulé ? RJS 10/2020

<sup>35</sup> Cass. Crim. 12 janv 2021 , n° 17-82553, [FS-P+B+I](#)

opérés par les autorités nationales compétentes afin d'assurer le respect des conditions d'emploi et de travail imposées par le droit du travail » (pt 39).

La chambre criminelle va également faire bon usage d'une seconde infraction contenue dans une même base juridique en utilisant le 1<sup>o</sup> de l'article L. 8221-1 du code du travail qui interdit le travail dissimulé par dissimulation d'activité et le travail dissimulé par dissimulation d'emploi. Le défaut d'inscription au registre du commerce et des sociétés « suffit à lui seul à fonder les condamnations prononcées du chef de travail dissimulé, délit défini de façon unitaire par l'article L. 8221-1, 1<sup>o</sup>, du code du travail, et de recours au travail dissimulé ». (pts 39 à 43). En l'espèce seule Atlanco a été condamnée de ce chef et les certificats E101/A1 ne seront cette fois d'aucune utilité.

En matière de détachement cette infraction est caractérisée lorsque, comme en l'espèce, les juges du fond ont établi que l'entreprise qui procédait au détachement n'avait aucune activité réelle dans l'Etat où elle était établie et qu'elle déployait « en France, une activité habituelle, stable et continue, pour laquelle elle recrutait dans cette seule perspective, différents salariés, ce qui ne l'autorisait pas à se prévaloir de la législation sur les détachements. »<sup>36</sup> La chambre criminelle valide le raisonnement : « [la Cour] a exactement déduit que l'activité des sociétés Atlanco et Elco ne relevait pas du détachement défini à l'article L.1262-3 du code du travail dans sa rédaction applicable au moment des faits, mais des dispositions relatives à leur établissement en France, la cour d'appel, répondant aux chefs péremptoires des conclusions, a caractérisé en tous leurs éléments, tant matériels qu'intentionnels, les délits de recours aux services de travailleurs dissimulés et de prêt illicite de main-d'œuvre reprochés aux sociétés Bouygues et Welbond, ainsi que le délit de travail dissimulé reproché à la société Elco »<sup>37</sup>.

Le recours à l'omission de procéder à la DPAE et de déclarer son activité en France pour valider la condamnation pour travail dissimulé n'est possible que si les juges établissent au préalable que les conditions du détachement telles que définies dans le code du travail n'ont pas été respectées et c'est ici que la démarche des juges du fond revêt toute son importance ; s'ils avaient accepté de déplacer le débat sur le terrain de la sécurité sociale, ils se seraient privés de cette analyse. Disqualifier le détachement permet d'écarter la déclaration préalable au détachement obligatoire en vertu de l'article L1262-2-1, une déclaration qui, rappelons-le, « se substitue à l'ensemble des obligations de déclaration prévues par le présent code, hormis celles prévues au présent chapitre » en vertu de l'article R1263-5 du CT. La disqualification préalable du détachement permet de caractériser le travail dissimulé par dissimulation d'emploi.

Il en est de même pour la dissimulation d'activité : en mettant en lumière l'absence d'activité substantielle sur le territoire de l'Etat d'envoi, une condition de fond du détachement, les juges caractérisent l'infraction de l'article L1262-3 du code du travail qui interdit de se prévaloir du détachement lorsque l'activité de l'employeur est « entièrement orientée vers le territoire national ou lorsqu'elle est réalisée dans des locaux ou avec des infrastructures situées sur le territoire national à partir desquels elle est exercée de façon habituelle, stable et continue ». Pour Elco, la Cour valide les constats établis par la Cour d'appel : « l'activité de celle-ci dans son pays d'origine est devenue accessoire par rapport à l'activité en France, spécialement sur le chantier de l'EPR, le chiffre d'affaires réalisé en France s'établissant à 67% en 2009, 70% en 2010 et 60% en 2011, pendant que celui réalisé en Roumanie était de 17% en 2009 et de 2% en 2011, enfin, que la gestion administrative des salariés dits détachés n'était pas assurée par la société roumaine, certains détachements ayant duré plus de vingt-quatre mois ». Pour Atlanco dont la condamnation est définitive, il s'agit de mettre en évidence le fait

---

<sup>36</sup> Cass. Crim 12 janv. 2021, op cit, pt 58

<sup>37</sup> Cass crim 12 janv 2021, op cit, pt 63

que les sociétés utilisatrices ont continué à utiliser les travailleurs en sachant que l'entreprise ne respectait pas le cadre du travail temporaire (cette société n'exerçait aucune activité à Chypre, en Irlande ou en Pologne et avait été incapable de produire les certificats sollicités). Il en découle que aucune des deux entreprises ne peut se prévaloir du détachement et par l'effet de l'article précité, relèvent des dispositions relatives à leur établissement en France. Par conséquent « les délits de recours aux services de travailleurs dissimulés et de prêt illicite de main-d'œuvre reprochés aux sociétés Bouygues et Welbond, ainsi que le délit de travail dissimulé reproché à la société Elco » sont constitués. (pt 63). La production des certificats E101, devenus A1 n'a aucune incidence sur l'obligation d'immatriculation en France pour Atlanco et l'obligation de procéder à la DPAE « étant entendu que celle-ci ne pouvait, dans ce contexte, entraîner l'affiliation des travailleurs concernés à l'une ou à l'autre branche du régime de sécurité sociale » (pt 65).

La démonstration aurait été plus limpide si la Cour avait débuté par la nécessaire disqualification du détachement en droit du travail, disqualification qui lui permet de décider de l'application des règles du droit national dès lors qu'elles se situent hors du périmètre de la sécurité sociale.

Pour éviter que les poursuites ne soient paralysées en attendant le retrait du certificat A1, il faudra à l'avenir que les corps de contrôle et les juges du fond prennent soin de faire application de cette jurisprudence. En présence des certificats A1, les procès-verbaux devraient viser l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi en visant exclusivement les § 1 ou 2 de l'article L8221-5 du code du travail et éviter les poursuites sur la base du défaut de déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales aux organismes de protection sociale, infraction visée au §3 de ce même article. A défaut la force probante des certificats A1 retrouverait sa pleine efficacité. La dissimulation d'activité est l'autre infraction à mobiliser mais elle n'est pas toujours aisée à caractériser dans la mesure où elle suppose des investigations dans l'Etat d'établissement de l'employeur et donc la coopération des autorités de contrôle de cet Etat.

## **2. Le paiement de l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé tributaire du retrait du certificat A1**

Pour mesurer l'emprise du droit européen de la sécurité sociale sur la gestion de la fraude au détachement, la lecture de l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 4 novembre 2020<sup>38</sup> s'impose. Le 1<sup>er</sup> moyen de la société Bouygues TP reprend pour l'essentiel les arguments développés en appel (contestation de la qualification du détachement au profit de celle des activités alternantes, contestation des conditions de retrait du certificat A1 et de leurs effets, contestation de l'obligation pour Atlanco de s'immatriculer en France) pour contrer la dissimulation d'emploi découlant du non-respect des conditions du détachement et par conséquent la solidarité financière à laquelle elle est tenue pour avoir eu recours sciemment aux services de Atlanco. La solution de la chambre sociale tient en une seule réponse : celle qui consiste à appliquer strictement les règlements de coordination des régimes de sécurité sociale conformément à leur interprétation par la CJUE (pts 5-15). Certes, le résultat est efficace et sans appel : « en l'absence de certificat E101/A1 résultant d'un refus de délivrance ou d'un retrait par l'institution compétente, seule trouve à s'appliquer la législation de l'Etat membre où est

---

<sup>38</sup> Cass. soc. 4 nov. 2020, n° 991, FS-P+B+R+I

exercée l'activité salariée (pt 16). Ce faisant la chambre sociale délaisse le champs du droit du travail et valide la paralysie complète du juge de l'Etat d'accueil notamment lorsqu'elle reprend fidèlement la jurisprudence de la CJUE au point 15: « Le système complet et uniforme de conflit de lois ainsi institué par les titres II des règlements de coordination, en l'absence de fraude et lorsque État membre de résidence et État membre où est exercée l'activité salariée ne coïncident pas, ne confère aux institutions compétentes de ce dernier État ou à ses juridictions nationales aucune compétence pour procéder à une telle caractérisation afin de retenir l'application d'une loi autre que celle de cet État. » Face à la fraude le juge est tributaire de l'institution de sécurité sociale qui a émis le certificat, en l'espèce le retrait interviendra plus de 3 ans après la demande de retrait ! La solution n'est pas critiquable en soit puisque conforme au droit de l'UE. Elle permet d'écarter la demande de question préjudicielle émanant des sociétés utilisatrices et de valider la solution de la Cour d'appel : « les salariés étaient soumis à la législation française ». La condamnation de Atlanco pour travail dissimulé permet donc d'enclencher le mécanisme de la responsabilité solidaire : informées par les corps de contrôle de l'intervention « d'un sous-traitant ou subdélégataire en situation irrégulière », les sociétés utilisatrices devaient enjoindre à leur cocontractant de faire cesser cette situation sans délai (C. trav., art. L. 8222-5). A défaut elles seront tenues solidairement avec lui au paiement des impôts, taxes, cotisations, rémunérations et charges visés à l'article L. 8222-2 du code du travail. La Cour juge également que l'indemnité forfaitaire pour travail illégal relève de la notion de rémunération qui relève de l'ensemble des créances dues par l'employeur qui exerce un travail dissimulé qui, par l'effet de l'article L. 8222-5 sont mises à la charge des personnes qui recourent à ses services « afin de prémunir [les] créanciers du risque d'insolvabilité du débiteur principal » (point 23). La Cour d'appel ayant constaté que les sociétés utilisatrices avaient continué à faire intervenir les salariés jusqu'au 24 juin 2011 malgré l'injonction de l'ASN donnée le 25 mai 2011, la Cour de cassation valide leur condamnation.

La solution est efficace mais elle repose intégralement sur le retrait des certificats A1 par les autorités chypriotes, par une application exclusive des règlements de coordination des régimes de sécurité sociale. Pourtant le premier moyen de Bouygues TP consiste, encore et toujours, à contester la qualification du détachement en droit du travail retenue par la Cour d'appel et lui reproche de ne pas avoir vérifié si les salariés n'exerçaient pas des activités alternantes au sens des règlements de coordination des régimes de sécurité sociale. L'avis de l'avocat général<sup>39</sup> comme l'arrêt de la chambre sociale ne relèveront pas cette stratégie persistante conduisant à créer la confusion entre législation du travail et législation de sécurité sociale. Toute la démonstration de l'avocat général repose sur les règlements dont les principes ne permettent pas au juge de l'Etat d'accueil de se prononcer sur la qualification des faits et partant sur la législation de sécurité sociale applicable. Par la même, en quittant le terrain du droit du travail, le juge national se prive d'une grille d'analyse qui lui permettrait, non pas de décider de la législation de sécurité sociale mais d'actionner les ressorts de notre droit du travail interne. Cette démarche a été celle de la chambre criminelle.

Pour conclure les sociétés utilisatrices ont finalement été reconnues coupables d'avoir recouru sciemment aux services d'une entreprise exerçant du travail dissimulé par la chambre criminelle et condamnées à verser l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé en leur qualité de donneurs d'ordre par la chambre sociale. Si le résultat valide l'action des corps de contrôle et permet la réparation des victimes, les solutions ne s'appuient pas sur les mêmes raisonnements et ne sont pas complémentaires. La chambre sociale constate le retrait des certificats par les autorités chypriotes pour en déduire la pleine applicabilité du droit français et ce de manière rétroactive. Alors que la chambre criminelle a su faire un usage délicat et sélectif des dispositions en matière de travail dissimulé pour identifier celles pour lesquelles le certificat

---

<sup>39</sup> Avis de l'avocate général, S. Laulom, n° C1824454, accessible sur le site de la Cour de cassation

reste sans effet (la dissimulation d'activité et la DPAE). La lecture de la note explicative relative à l'arrêt de la chambre sociale du 4 novembre 2020 donne une interprétation divergente de ces mêmes règles en affirmant que les obligations de déclaration visées par les infractions en matière d'activité dissimulée et d'emploi dissimulé « ne s'appliquent que dans la mesure où l'activité ou l'emploi salarié relève du régime français de sécurité sociale »<sup>40</sup>. Autant dire que si les certificats A1 n'avaient pas été retirés, la chambre sociale aurait exonéré les sociétés utilisatrices de toute responsabilité. C'est dans ce sens que la 2ème chambre civile avait tranché dans l'affaire *Batival*<sup>41</sup> ; la solution n'étonne pas d'une chambre en charge du contentieux de la sécurité sociale mais que la chambre sociale s'appuie exclusivement sur les règlements de coordination des régimes de sécurité sociale tels qu'interprétés par la CJUE est plus inquiétant alors qu'elle est en charge du contentieux du droit du travail.

## II. De l'urgence de réformer les règlements de coordination des régimes de sécurité sociale en cas de fraude

A ce jour et grâce à la CJUE les juges disposent d'une définition autonome de la fraude élaborée dans le cadre du contentieux de la sécurité sociale en matière de détachement : « la constatation d'une fraude repose sur un faisceau concordant d'indices établissant la réunion d'un élément objectif et d'un élément subjectif ». Le premier consiste « dans le fait que les conditions requises aux fins de l'obtention et de l'invocation d'un certificat .... ne sont pas remplies », le second « correspond à l'intention des intéressés de contourner ou d'éluder les conditions de délivrance dudit certificat, en vue d'obtenir l'avantage qui y est attaché »<sup>42</sup>. Cette définition rejoint partiellement celle retenue dans le projet de révision des règlements de sécurité sociale élaboré sous la 8<sup>ème</sup> législature : la fraude y était définie comme « 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 de l'Etat membre ou des Etats membres concernés »<sup>43</sup>. La Cour a également rappelé dans les arrêts *Altun* et *Vueling*<sup>44</sup> qu'en « vertu d'un principe général du droit d'Union, les justiciables ne peuvent frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes de l'Union » ; ce rappel laissait présager une mesure efficace pour contrer les fraudes au détachement puisqu'en l'espèce il s'agit pour les entreprises de se prévaloir de la qualification du détachement et/ou du travail en alternance afin de bénéficier de la législation de sécurité sociale moins disante de l'Etat d'établissement de l'employeur, en utilisant abusivement les règles posées pour bénéficier du rattachement à la législation de l'Etat d'établissement de l'employeur. Mais il n'en est rien et la CJUE va garantir la primauté de la procédure de dialogue sur toute autre considération comme l'illustre l'arrêt *Vueling* du 2 avril 2020<sup>45</sup>. Le vade-mecum qu'elle propose mérite d'être mis en perspective avec la réalité pour en apprécier les effets (A.). Les

---

<sup>40</sup> Note explicative relative à l'arrêt n°991 du 4 novembre 2020 (18-24.451) - chambre sociale sur le site de la Cour de cassation.

<sup>41</sup> Cass. Civ2 24 janvier 2019, 17-20191

<sup>42</sup> CJUE 6 février 2018, *Altun* e.a , C-359/16, pts 50-52.

<sup>43</sup> Proposition de règlement modifiant le Règl. (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et le Règl. (CE) n° 987/2009 fixant les modalités d'application du Règl. (CE) n° 883/2004, 13 déc. 2016, COM(2016) 815 final : Insertion à l'art. 1<sup>er</sup>, § 2, d'un pt e *bis* du Règl. (CE) n° 987/2009

<sup>44</sup> CJUE, 6 février 2018, *Altun* e.a., C-359/16, points 48 et 49 ; CJUE 2 avril 2020, *Vueling*, op cit point 50

<sup>45</sup> CJUE 2 avril 2020, *Vueling*, aff. C-370/17 et C-37/18

Règlements de coordination des régimes de sécurité sociale s'invitent aujourd'hui dans toutes les procédures judiciaires en matière de fraude au détachement et l'urgence est de les réviser. (B.)

## A. La fraude, l'office du juge et les victimes

Si dans l'arrêt *Vueling* la Cour valide l'analyse de la fraude faite par « les institutions et les juridictions françaises compétentes », elle leur dénierait le droit de constater de manière définitive l'existence d'une fraude et d'écarter les certificats. (1). Les conditions qu'elle pose sécurisent les auteurs des fraudes et privent les personnes physiques et morales de leurs droits (2).

### 1. La fraude et le préalable de la procédure de dialogue imposé au juge

La CJUE a désavoué une seconde fois les conclusions de l'avocat général<sup>46</sup> qui considérait que face au constat de fraude les pouvoirs du juge ne sauraient être subordonnés au respect de la procédure de dialogue. Il considérait, au vu de la jurisprudence constante de la Cour<sup>47</sup>, que « la fraude ou l'abus de droit de l'Union (...) constaté au moyen d'éléments objectifs, entraîne le refus à l'intéressé du droit ou de l'avantage recherché » et que le juge national confronté à un usage abusif ou frauduleux des dispositions du droit de l'Union a, non la faculté mais « le devoir de refuser à l'intéressé le bénéfice de ces dispositions »<sup>48</sup>. « Il relève de l'office des juges nationaux, en tant que juridictions de l'Union, gardiennes de cet ordre public, de faire cesser ce trouble. Cette compétence ne devrait souffrir aucune restriction. » (pt 77)

La Cour va prendre l'exact contrepied : « une juridiction de l'État membre d'accueil ne saurait écarter des certificats E 101 dans le cadre d'une telle procédure judiciaire que lorsque *deux conditions cumulatives* sont remplies, à savoir, d'une part, que l'institution émettrice de ces certificats, ayant été saisie promptement par l'institution compétente de cet État membre d'une demande de réexamen du bien-fondé de la délivrance desdits certificats, s'est abstenue de procéder à un tel réexamen à la lumière des éléments communiqués par cette dernière institution et de prendre position, dans un délai raisonnable, sur cette demande, le cas échéant, en annulant ou en retirant ces mêmes certificats » L'arrêt *Vueling* rend donc le recours à la procédure de dialogue incontournable, exigeant du juge qu'il suspende la procédure judiciaire en vertu de son droit national ; il ne retrouvera sa marge de manœuvre que « si la procédure prévue ayant été *promptement* enclenchée, l'institution émettrice des certificats s'est abstenue de procéder au réexamen de ces certificats et de prendre position, dans un *délai raisonnable*, sur les éléments présentés par l'institution compétente de l'État membre d'accueil »<sup>49</sup>.

Appliqué à l'affaire *Flamanville* ce guide pratique élaboré par la CJUE conduit aux constats suivants : la demande de retrait a été formulée par les Urssaf le 5 juillet 2011, soit « promptement » comme l'exige la CJUE puisque les courriers de l'ASN constatant les

---

<sup>46</sup> L'avocat général H. SAUGMANDSGAARD ØE avait déjà soutenu une solution analogue dans ses conclusions relatives à l'affaire C-359/16, *Ömer Altun*.

<sup>47</sup> CJUE 26 février 2019 (C-116/16 et C-117/16, EU: C:2019:135, points 70 à 76), CJUE, 26 février 2019, N Luxembourg 1 e.a., C-115/16, C-118/16, C-119/16 et C-299/16.

<sup>48</sup> Concl. de l'avocat général, M. H. SAUGMANDSGAARD ØE présentées le 11 juillet 2019, Affaires jointes C 370/17 et C 37/18, pts 71 et 72 des conclusions

<sup>49</sup> CJUE, 2 avril 2020, op cit, pt 80

infractions dataient du 20 juin 2011. La procédure de dialogue a donc été engagée avant la procédure judiciaire. Pour autant peut-on considérer que la réponse des institutions chypriotes soit intervenue dans un « délai raisonnable » alors que ce retrait n'interviendra que le 17 septembre 2014, soit 3 années plus tard et après les audiences du conseil de prudhommes au cours desquelles Atlanco n'a cessé de contester l'application du cadre juridique du détachement au profit du travail alternant et justifié l'absence des certificats par la faute des autorités chypriotes.... On cherche vainement les « économies de procédure » (pt 76) que devrait permettre la procédure de dialogue.

Le Conseil de Prud'hommes comme le Tribunal correctionnel auraient-ils pu légitimement écarter le certificat au vu de la réponse des institutions chypriotes intervenue hors « délai raisonnable » et alors qu'ils avaient établi les éléments objectifs et subjectifs de la fraude ? Ce serait oublier qu'une dernière condition reste à remplir : « que les personnes auxquelles il est reproché, dans le cadre d'une telle procédure, d'avoir obtenu ou invoqué ces certificats de manière frauduleuse disposent de la possibilité de réfuter les éléments sur lesquels se fonde cette procédure dans *le respect des garanties liées au droit à un procès équitable* »<sup>50</sup>.

## 2. Sécurisation des fraudeurs et impact sur les victimes

En l'espèce on concédera sans effort que les sociétés Bouygues, Welbond et Elco ont bénéficié de toutes les garanties du droit à un procès équitable : elles ont contesté toutes les décisions rendues au civil comme au pénal, elles ont obtenu de la Cour de cassation la saisine de la CJUE. Près de 6 années se sont écoulées entre le jugement du conseil de prudhommes du 12 février 2014 et l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 4 novembre 2020 et autant entre le jugement du tribunal correctionnel du 7 juillet 2015 et l'arrêt de la chambre Criminelle le 12 janvier 2021. 64 salariés mis à disposition de Bouygues et 73 mis à disposition de Welbond avaient saisi le conseil de prud'hommes pour solliciter le versement de l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé de 6 mois prévue par l'article L8223-1 du code du travail et des dommages et intérêts pour marchandage. Ils ne seront plus que 60 à tenter de faire valoir leurs droits devant la chambre sociale de la Cour de cassation. La longueur et les coûts de procédure expliquent au moins partiellement cette fonte des effectifs entre la date des faits relevés par les corps de contrôle<sup>51</sup> et les derniers arbitrages rendus en matière civile<sup>52</sup> et pénale<sup>53</sup>. Le droit au procès équitable garanti aux auteurs de la fraude se traduit pour les victimes par une attente de 10 années pour obtenir le paiement d'une indemnité forfaitaire pour travail dissimulé de 9500€ en moyenne. Cherchez l'erreur !

En réalité la jurisprudence de la CJUE sécurise les pratiques frauduleuses en multipliant les conditions préalables à respecter par le juge de l'Etat d'accueil ce qui conduit mécaniquement à allonger les délais de procédure et au final pénalise les seules victimes de ces fraudes.

En outre les droits des victimes sont également affectés lorsque leurs demandes s'appuient sur un jugement rendu en méconnaissance du droit de l'UE. M Poignant et la caisse de retraite des personnels navigants ont ainsi pu apprécier la réponse de la CJUE à la seconde question préjudicielle posée dans l'affaire Vueling formulée dans les termes suivants : « le principe de

---

<sup>50</sup> CJUE 6 février 2018, Altun e.a., op cit, points 54 à 56 et CJUE 2 avril 2020, Vueling op cit, points 77 et 78

<sup>51</sup> F. Muller, « L'affaire *Flamanville* : détachement ou fraude sociale ? » Dr. soc. 2012, p. 675

<sup>52</sup> Cass. soc. 4 nov. 2020, n° 18-24.451 et s., Bouygues TP c/ M. A... X. et autre(s), FS-P+B+R+I

<sup>53</sup> Cass. crim. 12 janv. 2021, n° 17-82.553, FS-P+B+I

primauté du droit de l'[Union] s'oppose-t-il à ce qu'une juridiction nationale, tenue en application de son droit interne par l'autorité de la chose jugée par une juridiction pénale sur la juridiction civile, tire les conséquences d'une décision d'une juridiction pénale rendue de façon incompatible avec les règles du droit de l'[Union] en condamnant civilement un employeur à des dommages-intérêts envers un salarié du seul fait de la condamnation pénale de cet employeur pour travail dissimulé ? » En effet la société Vueling a fait l'objet, dans l'État membre d'accueil, d'une condamnation pénale fondée sur un constat définitif de fraude opéré en méconnaissance du droit de l'UE puisque sans vérifier au préalable le respect de la procédure de dialogue. La question est donc de savoir les salariés et les institutions lésés par la fraude peuvent obtenir réparation devant les juridictions civiles en s'appuyant sur une condamnation pénale définitive qui méconnaît le droit de l'UE. La Cour ne remet pas en cause le principe de l'autorité de la chose jugée : « en vue de garantir aussi bien la stabilité du droit et des relations juridiques qu'une bonne administration de la justice, il importe que des décisions juridictionnelles devenues définitives après épuisement des voies de recours disponibles ou après expiration des délais prévus pour ces recours ne puissent plus être remises en cause » (point 88). Toutefois la question posée nécessite de trancher le conflit entre le principe de l'effectivité du droit de l'UE et le principe de l'autorité de la chose jugée. Donner plus de poids au second empêcherait non seulement de remettre en cause la décision juridictionnelle de nature pénale même rendue en violation du droit de l'UE mais également toute divergence d'appréciation dans le cadre d'une procédure juridictionnelle à caractère civil relative aux mêmes faits (point 94). Par conséquent « l'application incorrecte de ce droit se reproduirait dans chaque décision prise par des juridictions civiles portant sur les mêmes faits, sans qu'il soit possible de corriger ce constat et cette interprétation faits en méconnaissance dudit droit » (point 95). La Cour décide par conséquent de faire primer le principe d'effectivité du droit de l'Union : « il doit être conclu que de tels obstacles à l'application effective des règles du droit de l'Union concernant cette procédure ainsi que l'effet contraignant des certificats E 101 ne peuvent pas raisonnablement être justifiés par le principe de sécurité juridique et doivent donc être considérés comme étant contraires au principe d'effectivité » (point 96).

Cette solution défavorable aux victimes vient compléter un édifice de plus en plus contesté<sup>54</sup> et explique que la Cour ait jugé nécessaire de rappeler les fondements juridiques de la procédure de dialogue pour appuyer le principe de primauté du droit de l'Union. La procédure de dialogue est inscrite dans un règlement « obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre ». En vertu du « principe de primauté du droit de l'Union, qui consacre la prééminence de ce droit sur le droit des États membres », il s'impose à toutes les instances des États membres tenues « de donner leur plein effet aux différentes normes du droit de l'Union, le droit des États membres ne pouvant affecter l'effet reconnu à ces différentes normes sur le territoire desdits États ».

Seule une révision des Règlements 883/2004 et 987/2009 semble à même de modifier le cours de cette jurisprudence.

---

<sup>54</sup> P Rodière, « Le droit européen du détachement de travailleurs : fraude ou inapplicabilité ? » op cit ; K. Chatzilaou, « La lutte contre la fraude sociale éclipsée par le dialogue administratif, À propos de l'arrêt CJUE 2 avril 2020, Vueling, aff. C-370/17 et C-37/18 », RDT 2020 p.380 ; J. Icard, « Le détachement des travailleurs, symbole des débats sur l'avenir de l'Union européenne », D. 2019.546 ; N. Mihman, « Vers une mobilité internationale virtuelle « certifiée UE » ? RDT 2017.462



## **B. La nécessaire révision des règlements de coordination des régimes de sécurité sociale**

Si la chambre Criminelle de la Cour de cassation est parvenue à construire une parade sur la base de notre droit national, il n'en reste pas moins que d'une part cette solution reste cantonnée à la France et que d'autre part elle ne permet jamais aux régimes de sécurité sociale de récupérer les cotisations éludées. La gestion des cas de fraude nécessite une action au plan européen pour garantir une réponse uniforme des juges.

Le bilan actuel des modalités d'application des règlements de coordination des régimes de sécurité sociale en matière de fraude au détachement est catastrophique. La fraude n'est pas définie ni envisagée comme une modalité permettant d'écarter la procédure de dialogue. D'un point de vue légal, la procédure de dialogue, obligatoire en vertu de l'article 5 du Règlement 987/2009 et telle qu'interprétée par la CJUE conduit à la paralysie des juges de l'Etat d'accueil tenus de suspendre la procédure dans l'attente d'une action des institutions émettrices disposant d'une sorte de « droit de veto » sur leur compétence pour écarter un certificat obtenu ou invoqué frauduleusement ; à priver les victimes de leurs droits si la condamnation pénale est intervenue sans respect de la procédure de dialogue ; à une attente interminable pour les salariés et institutions victimes de la fraude tenus d'attendre que les fraudeurs aient épuisé toutes les voies de recours qui leur sont garanties ; à des régimes de sécurité sociale qui sont les grands perdants dans tous les cas où le certificat n'est pas retiré en dépit d'une fraude manifeste établi dans le cadre d'une procédure judiciaire.

Et pourtant cette procédure de dialogue ne bénéficie d'aucun cadre juridique contraignant. Doit-elle être incontournable alors que cette procédure n'est enfermée dans aucun délai, qu'elle peut aboutir à la saisine de la commission administrative dont les décisions sont dépourvues de valeur juridique contraignante à l'égard des Etats membres<sup>55</sup> et alors que les victimes de ces fraudes n'ont aucune prise sur le déclenchement et le déroulement de cette procédure ?

Le projet de révision des règlements qui n'a pas été adopté sous l'ancienne législature<sup>56</sup> prévoyait d'encadrer la procédure de dialogue dont le non respect doit être sanctionné (1.) et de définir la fraude dont les conséquences doivent être redéfinies pour garantir l'efficacité des poursuites (2.). Cette révision est aujourd'hui urgente.

### **1. Encadrer la procédure de dialogue et créer des cas d'inopposabilité des certificats**

Au vu du caractère central de la procédure de dialogue dont personne ne nie l'utilité mais qui en l'état actuel ne semble pas efficiente<sup>57</sup> il apparaît urgent de l'encadrer par des règles harmonisées. Le projet de révision des Règlements prévoyait d'uniformiser l'ensemble du

---

<sup>55</sup> CJUE 6 septembre 2018, Alpenrind e.a., C-527/16

<sup>56</sup> Proposition de Règlement modifiant le règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et le règlement (CE) n° 987/2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004, 13 déc. 2016, COM(2016) 815 final; F. Muller, La révision des règles en matière de détachement : l'heure des choix en droit du travail et droit de la sécurité sociale, op cit

<sup>57</sup> Y. Jorens et J.-Ph. Lhernould, Procedures related to the granting of portable document A1 : an overview of countrypractices, FRESCO, mai 2014.

processus allant de la délivrance au retrait du certificat A1<sup>58</sup> en confiant à la Commission européenne le soin de l'élaborer. Cette même procédure devait être encadrée par des délais contraignants : l'institution émettrice avait 30 jours pour répondre à l'institution requérante, ce délai devant être mis à profit pour réexaminer les conditions de délivrance du certificat et soit le maintenir soit le retirer. En cas de maintien s'ouvrait une nouvelle phase de 30 jours au terme de laquelle l'institution émettrice était tenue de fournir l'ensemble des pièces justificatives, délai ramené à dix jours en cas d'urgence<sup>59</sup>. À défaut d'accord sur la validité du certificat ou l'exactitude des faits sur la base desquels le certificat a été délivré, les parties étaient invitées à saisir la commission administrative qui s'efforçait de concilier les parties dans les six mois, les décisions de la commission ayant cette fois une portée contraignante à l'égard des autorités et institutions compétentes (nouv. art. 5, § 4, du règlement d'application), alors que sa mission se limite aujourd'hui à « concilier les points de vue dans les six mois suivant sa saisine » ce qui a conduit la CJUE à lui dénier tout pouvoir.

Cet encadrement est certes utile mais il devrait être complété, d'une part en précisant que cette procédure est obligatoire et d'autre part en prévoyant un dispositif de sanction dissuasif : à défaut de respecter la procédure d'émission ou les délais de la procédure de dialogue, en cas de mauvaise foi manifeste ou en cas de non-respect de la décision de la commission administrative, le certificat pourrait être écarté par les institutions et les juridictions de l'Etat d'activité. Le projet de révision n'envisageait cette solution que lorsque les mentions obligatoires du certificat A1 n'étaient pas complétées et que l'institution émettrice s'était abstenue de le rectifier dans les trente jours ; dans ce cas l'institution de l'Etat d'accueil pouvait « procéder comme si le document n'avait jamais été émis » et informait dans ce cas l'institution émettrice.<sup>60</sup> Il s'agirait donc d'élargir les cas de figure dans lesquels les certificats seraient inopposables. Ce dispositif de sanction est le seul à même de faire vivre la coopération dont les bases sont certes inscrites à l'article 4, paragraphe 3 du TUE mais qui, en l'absence de cadre contraignant, constitue aujourd'hui un frein à l'efficacité des poursuites en matière de détachement illégal.

## **2. Tirer toutes les conséquences de la fraude**

L'avocat général rappelait fort justement que « la fraude liée à la délivrance des certificats E 101 représente une menace pour la cohérence des régimes de sécurité sociale des États membres. À cet égard, ... les États membres ont un intérêt légitime à prendre les mesures appropriées pour protéger leurs intérêts financiers et assurer l'équilibre financier de leurs régimes de sécurité sociale. En outre, l'utilisation des certificats E 101[A1] obtenus ou invoqués de manière frauduleuse constitue... une forme de concurrence déloyale et met en cause l'égalité des conditions de travail sur les marchés de travail nationaux »<sup>61</sup>. Dès lors que les juges de l'Etat de travail ont caractérisé la fraude conformément à la définition légale posée par les Règlements révisés, il convient de leur permettre de mettre en œuvre la règle énoncée par la CJUE dans les

---

<sup>58</sup> Nouv. art. 76 *bis* modifiant le Règl. (CE) n° 883/2004, Orientation générale partielle, 13645/1/17 REV1, Conseil du l'UE du 26 oct. 2017, Proposition de règlement modifiant le Règl. (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et le Règl. (CE) n° 987/2009 fixant les modalités d'application du Règl. (CE) n° 883/2004.

<sup>59</sup> Art. 19 *bis*, § 2, du Règl. d'application (CE) n° 987/2009, Orientation générale partielle du Conseil, préc.

<sup>60</sup> Nouv. art. 5, § 1 *bis*, du Règl. d'application (CE) n° 987/2009 relatif à la valeur juridique des documents et pièces justificatives établis dans un autre État membre, Orientation générale partielle du Conseil, préc.

<sup>61</sup> Concl. av. gén. H. Saugmandsgaard ØE du 9 nov. 2017, aff. C-359/16, *Ömer Altun*, pt 46.

arrêts Altun et Vueling consacrant la nature de principe général du droit attribuée à l'interdiction des pratiques abusives ou frauduleuses : « les justiciables ne peuvent frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes de l'Union »<sup>62</sup>. Les auteurs de pratiques frauduleuses ne sauraient en particulier se prévaloir des principes essentiels des Règlements, principes qui sont invoqués aujourd'hui à l'appui de la force probante des certificats A1. Les auteurs ne sauraient en particulier invoquer le principe de l'unicité de la législation applicable qui garantit aux employeurs le paiement des cotisations dans un seul Etat membre, celui désigné par le certificat A1. La sanction de la fraude doit balayer la sécurité juridique garantie par cette règle.

La révision des Règlements de coordination des régimes de sécurité sociale devrait inclure une définition de la fraude<sup>63</sup> et restituer au juge national le pouvoir de la caractériser indépendamment des procédures administratives qui, si elles respectent les nouveaux délais, ne manqueront pas d'intervenir bien en amont des procédures judiciaires.

## Conclusion

Les arrêts rendus par les deux chambres de la Cour de cassation dans l'affaire Flamanville démontrent à quel point les dispositions des règlements de coordination des régimes de sécurité sociale en matière de détachement telles qu'interprétées par la CJUE ont aujourd'hui envahi l'espace juridique pour paralyser l'action des juges au pénal comme au civil. Certes la paralysie du juge pénal n'est désormais que partielle si les corps de contrôle prennent soin de disqualifier le détachement pour mobiliser la diversité des infractions constitutives de travail dissimulé : la dissimulation d'activité (L8221-3) , la soustraction intentionnelle à l'obligation de procéder à la déclaration préalable à l'embauche (L8221-5, 1°) et une infraction qui pourrait monter en puissance : « mentionner sur le bulletin de paie ou le document équivalent un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli »(L8221-5, 2°), une fraude extrêmement fréquente en matière de travail détaché puisqu'elle permet d'afficher un bulletin conforme aux salaires minima légaux ou conventionnels tout en réduisant le coût du travail horaire. La parade identifiée par la chambre Criminelle de la Cour de cassation pour contourner l'opposabilité des certificats reste toutefois une solution purement nationale.

La mobilisation abusive des Règlements de coordination des régimes de sécurité sociale est d'autant plus choquante que le droit du travail a mis en place des critères pour caractériser les abus et contournements en matière de détachement (la directive 2014/67) alors que les Règlements laissent perdurer des pratiques frauduleuses en abandonnant à la jurisprudence le soin de fixer le cadre d'intervention des institutions et des juridictions nationales. Le droit du travail dans ses dimensions européennes et nationales n'est pratiquement plus mobilisable en l'état actuel de la jurisprudence de la CJUE. Seule une révision des Règlements de coordination des régimes de sécurité sociale pourrait offrir des solutions à l'ensemble des juridictions nationales confrontées à la fraude. Si cette révision est inscrite à l'agenda 2019-2024, la pandémie actuelle a malheureusement déplacé le focus sur des mesures plus urgentes<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> CJUE du 6 février 2018, Altun e.a., C-359/16, points 48 et 49 ; CJUE 2 avr. 2020, op cit, point 50

<sup>63</sup> La proposition de révision du règlement d'application introduisait une définition de la fraude comme « 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 de l'État membre ou des États membres concernés », Insertion à l'art. 1<sup>er</sup>, § 2, d'un pt e *bis* du Règl. (CE) n° 987/2009.

<sup>64</sup> Voir les conclusions du Conseil de l'UE, Amélioration des conditions de vie et de travail des travailleurs saisonniers et autres travailleurs mobiles, 9 oct. 2020, 11726/2/20 REV 2