



**DIRECTION
DES AFFAIRES CRIMINELLES ET DES GRÂCES**

SOUS-DIRECTION DE LA JUSTICE PÉNALE SPÉCIALISÉE

Bureau du droit économique, financier et social,
de l'environnement et de la santé publique

Paris, le 11 juin 2018

Le directeur des affaires criminelles et des grâces

à

POUR ATTRIBUTION

Mesdames et Messieurs les procureurs généraux près les cours d'appel
Monsieur le procureur de la République près le tribunal supérieur d'appel
Mesdames et Messieurs les procureurs de la République
près les tribunaux de grande instance
Madame la procureure de la République financier
près le tribunal de grande instance de Paris

POUR INFORMATION

Mesdames et Messieurs les premiers présidents des cours d'appel
Monsieur le président du tribunal supérieur d'appel
Mesdames et Messieurs les présidents des tribunaux de grande instance
Monsieur le membre national d'Eurojust pour la France

OBJET: Dépêche relative aux conséquences de l'arrêt CJUE Ömer Altun e.a., Absa NV e.a. / Openbaar Ministerie du 6 février 2018 sur l'interprétation des textes européens relatifs à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés qui se déplacent au sein de la Communauté¹

N/REF: 2018/F/0051/FF2

ANNEXE : 1. Eléments de procédure à l'origine de l'arrêt CJUE Ömer Altun du 6 février 2018

¹ Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, abrogé et remplacé par le 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 le règlement n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 fixant les modalités d'application du règlement n° 1408/71 abrogé et remplacé par le règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement n° 883/2004.

La présente dépêche a pour objet de présenter l'arrêt du 6 février 2018 « Ömer ALTUN »², par lequel la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a précisé la force contraignante des certificats E101 (devenu certificats A1) et l'office du juge national dans l'appréciation de la valeur probante de ces certificats, dans la continuité de sa jurisprudence A ROSA Flussschiff GmbH³. La caractérisation de l'infraction de fraude au détachement sur son volet social se trouve facilitée mais répond à un impératif procédural préalable, lié au respect d'une procédure administrative qu'il y a lieu d'exposer et qui implique une nécessaire concertation.

L'arrêt de la CJUE intervient sur renvoi préjudiciel dans un cas d'espèce caractéristique des fraudes au détachement de travailleurs⁴ et apporte une atténuation au principe d'intangibilité du certificat A1 (I), atténuation dont toutes les conséquences doivent être tirées en droit français (II).

I. L'arrêt du 6 février 2018 : précision par la Cour de justice de l'Union Européenne de sa jurisprudence en matière fraude au détachement international de travailleurs

1. Le rappel des principes fondamentaux du droit de l'Union

Dans son arrêt du 6 février 2018, la CJUE rappelle les règles communautaires encadrant le détachement légal de salariés au sein de l'Union. Ainsi, l'application de l'article 14, point 1, sous a), du règlement n°1408/71⁵ permettant à une entreprise, établie sur le territoire d'un Etat membre envoyant ses salariés travailler sur le territoire d'un autre Etat membre, de conserver l'affiliation de ces travailleurs au régime de sécurité sociale du premier Etat, est subordonnée au respect de deux conditions :

- d'une part, le maintien du lien organique pendant la durée du détachement entre le travailleur détaché et l'entreprise qui procède à son détachement ;
- d'autre part, l'entreprise qui procède au détachement doit exercer habituellement des activités significatives sur le territoire de l'Etat membre sur lequel elle est établie⁶.

Elle réaffirme également plusieurs principes constants de sa jurisprudence :

- le principe de **coopération loyale** entre les Etats membres qui impose à l'institution émettrice du certificat d'opérer une appréciation correcte des faits pour déterminer la législation sociale applicable et, garantir l'exactitude des mentions figurant dans le certificat A1 ;
- **le certificat A1 crée une présomption de régularité** de l'affiliation du travailleur concerné au régime de sécurité sociale de l'Etat membre où est établie l'entreprise qui l'emploie et s'impose à l'institution compétente de l'Etat membre dans lequel ce travailleur effectue un travail ; seule l'autorité émettrice a compétence pour le retirer ;

² CJUE, 6 février 2018 Ömer Altun e.a., Absa NV e.a. / Openbaar Ministerie, n° C-359/16/15

³ Arrêt CJUE 27 avril 2017, A ROSA Flussschiff GmbH, notre dépêche du 13 juillet 2017

⁴ Voir Annexe 1

⁵ Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, abrogé et remplacé par le règlement (CE) n°883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale

⁶ Arrêt CJUE du 10 février 2000, FTS, C-202-97

- toute institution d'un Etat membre doit procéder à un examen diligent de l'application de son propre régime de sécurité sociale et doit **reconsidérer le bien-fondé de la délivrance d'un certificat A1 lorsque l'institution de l'Etat membre dans lequel le travailleur effectue un travail émet des doutes** quant à l'exactitude des faits qui sont à la base dudit certificat.

Comme dans l'arrêt A-Rosa Flusschiff, la CJUE invite les Etats membres, en cas de divergence d'appréciation sur l'exactitude des faits à la base du certificat A1 et sur la validité ou l'exactitude dudit certificat, à observer une procédure de concertation et à défaut, de saisir la commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants (prévue à l'article 80 paragraphe 1 du règlement n°1408/71). En cas d'échec, les Etats peuvent introduire un recours en manquement, en application de l'article 259 TFUE, aux fins de permettre à la Cour d'examiner la question de la législation applicable au travailleur concerné.

2. Le tempérament apporté au caractère contraignant du certificat A1 dans les hypothèses de fraude

Dans l'arrêt Altun, la Cour rappelle que l'application du principe de « coopération loyale » et le respect du caractère contraignant du certificat A1 ne doivent pas aboutir à ce que les justiciables puissent frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes de l'Union⁷ : l'application de la réglementation de l'Union ne saurait être étendue jusqu'à couvrir les opérations réalisées dans le but de bénéficier frauduleusement des avantages prévus par celle-ci.

La Cour précise la notion de fraude qui suppose la réunion de deux éléments, l'un objectif, constitué par le fait que les conditions requises aux fins de l'obtention et de l'invocation d'un certificat A1 ne sont pas remplies, l'autre subjectif, correspondant à l'élément intentionnel en droit français, en l'espèce, le fait de vouloir contourner les conditions de délivrance dudit certificat afin d'obtenir l'avantage qui y est attaché.

La Cour déduit du principe d'interdiction de la fraude et de l'abus de droit et du principe de « coopération loyale », la nécessité, pour l'institution émettrice des certificats de réexaminer le bien-fondé de leur délivrance et le cas échéant de les retirer, lorsqu'elle est saisie, par l'institution compétente de l'Etat membre dans lequel les travailleurs sont détachés, d'éléments concrets permettant de supposer l'existence d'une fraude.

La Cour précise enfin, qu'en l'absence de réexamen dans un délai raisonnable par l'institution émettrice, lesdits éléments doivent pouvoir être invoqués dans le cadre d'une procédure judiciaire aux fins d'obtenir du juge de l'Etat membre dans lequel les travailleurs ont été détachés qu'il apprécie le caractère probant des certificats et les écarte le cas échéant, pour le cas d'espèce qui lui est soumis⁸.

⁷ Arrêt CJUE du 28 juillet 2016 Kratzer, C-423/15

⁸ Dans le cas d'espèce ALTUN, la Cour considère que les éléments recueillis en procédure permettaient de considérer que les certificats A1 avaient été obtenus frauduleusement afin d'éluder la réglementation en matière de travailleurs détachés. Elle juge également que l'institution compétente bulgare, dans sa réponse, s'est abstenue de prendre en compte les éléments démontrant la fraude et qu'il était donc possible pour le juge belge d'écarter lesdits certificats.

II. Un préalable pour la mise à l'écart du certificat A1 : le respect de la procédure de « coopération loyale »

Si la Cour de justice de l'Union européenne admet qu'un certificat A1 obtenu ou utilisé frauduleusement puisse être écarté, elle soumet cette mise à l'écart au respect préalable impératif de la procédure administrative de dialogue.

1. La nécessité de transmettre à l'institution étrangère compétente les éléments faisant suspecter une fraude

Cette procédure consiste à fournir à l'institution étrangère, émettrice du certificat A1 mis en cause, les éléments permettant d'établir sa délivrance ou son utilisation frauduleuse⁹. En pratique, une telle procédure est initiée en France par les corps de contrôle de l'Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (URSSAF), et ce pour le compte de l'ensemble des branches, ou de la Mutualité sociale agricole (MSA).

Ces organismes, assistés par le Centre des liaisons européennes et internationales de sécurité sociale (CLEISS), peuvent saisir l'institution étrangère lorsqu'ils estiment disposer de suffisamment d'éléments permettant d'établir la fraude, ce qui résulte d'une appréciation au cas par cas.

Pour ce faire, les articles L.8271-1-2, L.8271-5, L.8271-5-1 et L.8271-6 du code du travail prévoient la possibilité pour les agents de contrôle compétents en matière de lutte contre le travail illégal d'échanger entre eux, mais aussi avec les agents du CLEISS et les institutions étrangères investies des mêmes compétences, tous renseignements et documents utiles à l'accomplissement de leur mission de lutte contre le travail illégal.

Ces dispositions permettent ainsi aux agents compétents des URSSAF ou de la MSA d'obtenir communication du procès-verbal administratif de contrôle. Ces textes autorisent également les services de police ou de gendarmerie saisis d'une enquête préliminaire ou par commission rogatoire, après en avoir avisé le magistrat compétent, de transmettre aux premiers tous éléments utiles, notamment par le biais de procès-verbaux de synthèse. Ces éléments pourront ensuite être transmis à l'institution étrangère compétente afin de motiver la demande de retrait du certificat mis en cause.

Il convient de préciser que la décision de solliciter le retrait du certificat A1 est de la compétence exclusive des organismes de sécurité sociale qui peuvent refuser d'y procéder notamment en raison d'une divergence d'appréciation ou d'absence d'éléments suffisants démontrant la fraude à la législation sociale.

2. Le droit de réponse de l'institution étrangère dans un délai raisonnable

Avant de pouvoir écarter un certificat A1 considéré comme frauduleux, il convient d'attendre le retour de l'institution étrangère requise. La CJUE impose que ce retour se fasse dans un délai raisonnable, sans préciser les contours de cette notion. Néanmoins, la décision A1 du 12 juin 2009 de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale¹⁰ instaure un délai de principe de trois mois.

Si, dans les faits, ce délai de trois mois peut rarement être respecté du fait des investigations devant être menées par les autorités compétentes dans le cadre de la procédure administrative

⁹ Cette procédure est prévue à l'article 5 du règlement n°987/2009

¹⁰ Décision A1 du 12 juin 2009 concernant l'établissement d'une procédure de dialogue et de conciliation relative à la validité des documents, à la détermination de la législation applicable et au service des prestations au titre du règlement (CE) n°883/2004 du Parlement européen et du Conseil

de concertation, un retour opéré au-delà d'un délai qui pourrait être fixé à six mois pourrait être considéré comme tardif.

Il peut donc être judicieux en pratique, en l'absence de réponse dans un délai de trois à six mois, de solliciter une nouvelle demande afin de montrer l'intention des autorités françaises de respecter la procédure administrative prévue par les règlements.

La réponse apportée doit en outre être utile. Dans l'arrêt du 6 février 2018, la CJUE a sanctionné la réponse des autorités bulgares qui dans le cas d'espèce s'étaient contentées d'adresser aux autorités belges un récapitulatif des certificats précédemment délivrés sans répondre aux éléments recueillis au cours de l'enquête. Cette condition devra faire l'objet d'une appréciation au cas par cas.

3. Une nécessaire coordination des procédures pénale et administrative permettant la mise à l'écart du certificat A1 litigieux

La Cour de justice de l'Union, dans sa jurisprudence Altun, conditionne la possibilité pour le juge national saisi d'écarter le certificat A1 litigieux au respect préalable de la procédure administrative de dialogue dans les termes précédemment exposés.

Afin d'éviter un allongement excessif de la procédure pénale, il paraît opportun de diligenter les investigations pénales et la procédure administrative de concert tout en attendant l'issue de cette dernière afin de déterminer s'il y a lieu ou non d'écarter les certificats litigieux.

En pratique, il importe que le magistrat du parquet ou le juge d'instruction en charge de la procédure pénale s'assure de la bonne coordination entre le service d'enquête, l'organisme de sécurité sociale compétent et toute autre administration intéressée (inspection du travail notamment). Il apparaît souhaitable que la décision d'initier la procédure administrative de dialogue ainsi que le moment opportun, fassent l'objet d'une concertation approfondie entre les services administratifs et le parquet ou le magistrat instructeur.

Le magistrat compétent veillera à se faire communiquer la décision motivée de l'organisme de sécurité sociale quant à la demande de retrait des certificats ainsi que la date à laquelle elle est intervenue, éventuellement afin de faire courir le délai de 6 mois. Ces éléments devront figurer en procédure (en copie).

L'organisme de sécurité sociale devra avertir de l'issue de la procédure de dialogue l'autorité de poursuite, qui, en tout état de cause, devra s'assurer de la présence de la réponse de l'institution étrangère en procédure, avant d'initier les poursuites.

A cet égard, le CLEISS a notamment pour mission de suivre le bon déroulement des demandes de retrait de certificat A1 effectuées par les organismes de sécurité sociale et peut constituer un interlocuteur utile¹¹.

En l'absence de retour dans un délai raisonnable et en présence d'une fraude avérée, le tribunal correctionnel pourra apprécier la valeur probante des certificats présentés et écarter leur application.

La caractérisation de l'infraction de travail dissimulé par soustraction intentionnelle aux cotisations sociales auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales en est ainsi facilitée¹².

¹¹ Le CLEISS peut être utilement contacté à l'adresse mail suivante : retraitA1@cleiss.fr

¹² La Cour de justice de l'Union ne s'est cependant pas prononcée sur les conséquences d'une telle solution au regard de la législation sociale applicable et des règles d'affiliation du travailleur étranger concerné.

Cette solution doit s'appliquer aux enquêtes et instructions en cours. S'agissant des procédures clôturées et devant être jugées par le tribunal correctionnel ou par la cour d'appel, les dispositions des articles 463 et 512 du code de procédure pénale autorisent les juridictions de jugement à ordonner au besoin un supplément d'information.

Il convient cependant de préciser qu'en cas d'impossibilité de retenir l'infraction de travail dissimulé par soustraction intentionnelle aux cotisations sociales, il est toujours possible, le cas échéant, de poursuivre sur les autres éléments constitutifs du travail dissimulé (absence de DPAE, de remise de bulletin de paie¹³, fraude à l'établissement...) en visant au besoin la bande organisée, ou les infractions de prêt illicite de main d'œuvre, de marchandage, de blanchiment de ces infractions ou d'association de malfaiteurs.

Je vous saurais gré de bien vouloir me rendre compte, sous le timbre du bureau du droit économique, financier et social, de l'environnement et de la santé publique de toute difficulté qui pourrait survenir dans la mise en œuvre de la présente dépêche.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces,

Rémy HEITZ

¹³ Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 28 novembre 2017, n°15-80.896 : la question de la validité des certificats A1 des travailleurs étrangers est écartée par la Cour qui retient que l'existence de tels certificats est sans conséquence sur la nature de la relation contractuelle liant les parties et ne crée pas une présomption d'appartenance à un statut au regard du droit du travail. En l'état, les poursuites exercées visaient l'établissement de faux contrats de sous-traitance.