

OBSERVATIONS

La notion d'employeur pour la détermination de la législation de sécurité sociale applicable à des chauffeurs routiers internationaux : ou l'impossibilité pour les entreprises de faire usage de montages purement artificiels afin d'utiliser la réglementation de l'Union dans le seul but de tirer avantage des différences existant entre les régimes nationaux ?

1. — Introduction : l'inacceptabilité de l'abus de droit en droit européen de la coordination des systèmes de sécurité sociale (1)

1. — Si l'apparition, dans la terminologie de la Cour de justice, des mots tels que « contournement », « abus de droit », « fraude », remonte à plusieurs décennies déjà, c'est véritablement à partir de l'année 2000, que la question de l'abus a été réitérée plusieurs fois dans les affaires soumises à la Cour de justice et, en profi-

tant de ces occasions, elle a essayé de construire une position cohérente sur le sujet. Depuis lors également, la doctrine s'intéresse à cette question (2), de manière sectorielle dans un premier temps (3), de manière plus systématique ensuite (4). L'abus de droit constitue un principe général de droit de l'Union européenne. Il fallut, néanmoins, attendre 2018 et l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union dans l'affaire *Altun* pour que l'abus de droit soit consacré explicitement comme principe général de droit de l'Union (5) dans la matière de la coordination des systèmes de sécurité sociale. Cette reconnaissance est du reste indéniable depuis lors, comme en atteste le nombre de renvois opérés par la Cour de justice dans ses arrêts subséquents (6) vers sa jurisprudence *Altun*. Pour la Cour de justice, il est manifeste que l'application de la réglementation de l'Union ne saurait être étendue jusqu'à couvrir les opérations qui sont réalisées dans le but de bénéficier frauduleusement ou abusivement des avantages prévus par le droit de l'Union (7)

2. — Et pourtant l'affaire dont a été saisie la Cour de justice (objet des présentes observations) (8) est emblématique de la volonté persistante de certaines entreprises de tirer profit abusivement des avantages prévus par le droit de l'Union par le recours à des montages artificiels avec pour

seul objectif de pouvoir bénéficier d'une législation de sécurité sociale dont les prélèvements sociaux sont plus faibles (*law shopping*) en donnant l'apparence d'être leur employeur effectif.

3. — Après un bref rappel des faits (point 2), nous analyserons la substance même de la décision de la Cour de justice (point 3) avant de tirer quelques conclusions prospectives (point 4).

2. — De quoi s'agissait-il ? La situation factuelle

4. — AFMB, société constituée le 10 mai 2011 à Chypre, a conclu avec des entreprises de transport établies aux Pays-Bas des conventions de gestion de flotte (9) en vertu desquelles elle s'engageait, contre le versement d'une commission, à pourvoir à la gestion des véhicules poids lourds exploités par ces entreprises dans le cadre de leurs activités, pour le compte et aux risques desdites entreprises. AFMB a également conclu, pour des périodes variables, comprises entre le 1^{er} octobre 2011 et le 26 mai 2015, des contrats de travail avec des chauffeurs routiers internationaux résidant aux Pays-Bas. Aux termes de ces contrats, AFMB était désignée comme étant l'employeur de ces travailleurs et le droit du travail chypriote était déclaré applicable. Toutefois, et cela ressort des constatations de la juridiction

(1) « Il est des vérités éternelles », des idées-force, ou, pour parler le langage anglo-saxon, des « standards » fondamentaux qui, bien que représentant l'armature de toutes les législations à toute époque et dans tout pays, se trouvent périodiquement ou constamment sujets à contestation, à régression, voire même à négation... », L. Josseland, *De l'esprit des droits et de leur relativité : Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz, 1939.

(2) L. Neville Brown, « Is there a general principle of abuse of rights in European Community law », in *Essays in Honour of H. G. Schemers. Institutional dynamics of European Integration*, Dordrecht Boston, London, Hijhoff, 1994, vol. II, pp. 511-525.

(3) Dans des domaines comme la libre circulation des marchandises et des personnes (M. Fallon, « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », in J. Verhoeven (dir.), *La loyauté. Mélanges offerts à Étienne Cerehxe*, Bruxelles, Larcier, 1997, pp. 165-189), le droit international privé (A. Nuyts, « Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *Global Jurist Advances*, 2003, vol. 3, n° 1, pp. 1-33), la prestation des services audiovisuels (L. H. Hansen, « The development of the circumvention principle in the area of broadcasting », *LIEI*, 1998, n° 2, pp. 111-138), la fiscalité (P. Harris, « The notion of abuse of right and its potential application in fiscal matters within the EU legal order », *The EC Tax Journal*, 2001, vol. 5, pp. 187-201) et le droit des sociétés (D. Anagnostopoulou, « Do Francovitch and the principle of proportionality weaken Simmenthal (II) and confirm abuse of rights ? », *CMLR*, 2001, vol. 38, pp. 767-780 ; C. Nizzo, « L'abus dei "diritti comunitari" : un quesito non risolto », *Dir. Com. Int.*, 1997, n° 11.3, pp. 766-773).

(4) M. Gestri, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milan, 2003 ; A. Noblet, *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, thèse, Université de Rouen, 2004. ; D. Tryantafyllou, « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *CDE*, 2002, n° 5, pp. 611-632 ; D. Simon et A. Rigaux, « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », in M. Blanquet (dir.), *Mélanges en hommages à Guy Isaac*, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2004, pp. 557-585 ; J. Kjellgren, « On the border of abuse : the jurisprudence of the European Court of Justice on circumvention, fraud and abuses of Community law », in M. Andenas et W.-H. Roth (dir.), *Services and free movement in EU law*, Oxford University Press, 2002, pp. 245-277 ; E. Cornut, « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *J.D.I.*, 2007, n° 1, pp. 27-55 ; R. De La Feria, « Prohibition of abuse of (Community) law : the creation of a new general principle of EC law through tax », *CMLR*, vol. 45, pp. 395-441 ; K. Engsig Sorensen, « Abuse of rights in Community law : a principle of substance or merely rhetoric ? », *CMLR*, 2006, vol. 43, pp. 423-459 ; P. Léger, E. Ginter, C. Comolet-Tirman, L. Valée et M. Aujean, « Libertés communautaires et abus de droit », *Droit Fiscal*, 22 novembre 2007, n° 47, pp. 978 et s. ; A. Nuyts, « The enforcement of jurisdiction agreements further to Gasser and the Community principle of abuse of right », in P. De Vareilles-Sommières, *Forum shopping in the European Judicial Area*, Hart Publishing, 2007, pp. 55-73 ; P. Schammo, « Arbitrage and abuse of rights in the EC legal system », *ELJ*, 2008, n° 3, pp. 351-376 ; S. Vrellis, « "Abus" et "fraude" dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum Hélène Gaudemet — Tallon*, Dalloz-Sirey, 2008, pp. 633-646 ; D. Berlin, F. Martucci et F. Picod (dir.), *La fraude et le droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2017.

(5) C.J.U.E., 6 février 2018, *Altun* e.a., aff. C-359/16, EU:C:2018:63, point 60. Au sujet de cet arrêt, voy. M. Morsa, « Émergence et reconnaissance du principe *fraus omnia corrumpit* en tant que principe général de droit européen dans la coordination des systèmes de sécurité sociale », *JTT*, 2018, pp. 229-234 ; M. Morsa, « Arrêt "Altun" : priorité à la lutte contre la fraude sociale transfrontalière et le dumping social ou simple miroir aux alouettes ? », *J.D.E.*, 2018/4, n° 248, pp. 138-140.

(6) Voy. e.a. C.J.U.E., *Commission c. Belgique*, aff. 356/15, EU:C:2018:55 ; C.J.U.E., *Commission c. Belgique*, aff. 356/15, EU:C:2018:55 ; C.J.U.E., aff. C-17/19, EU:C:2020:379.

(7) Voy., en ce sens, arrêts du 5 juillet 2007, *Kofoed*, C-321/05, EU:C:2007:408, point 38, ainsi que du 22 novembre 2017, *Cussens* e.a., C-251/16, EU:C:2017:881, point 27).

(8) C.J.U.E., 16 juillet 2020, C-610/18, EU:C:2020:565.

(9) Nous remercions vivement H. Van der Most, (Senior Juridisch Beleidsadviseur, Sociale Verzekeringsbank) qui a été agent pour les Pays-Bas devant la Cour de justice dans la présente affaire et qui nous a précisé la portée des conventions de gestion de flottes. Concernant la convention de gestion de flotte, il ressort que les faits matériels suggèrent plutôt que les conventions de gestion de flotte avaient pour but de dissimuler la situation de fait. En outre, ces conventions ne montrent pas quel est le lien juridique établi entre la compagnie AFMB (localisée à Chypre) et les entreprises de transport néerlandaises. Les conventions en question sont trop brèves pour cela. Les conventions se contredisent également. D'une part, il est prévu que l'entreprise de transport néerlandaise utilisera exclusivement les services d'AFMB si elle décide d'externaliser des activités ; d'autre part, il est prévu que l'entreprise de transport néerlandaise transférera l'ensemble de la gestion de sa flotte de camions à AFMB. Par la suite, il est déterminé que les conditions de livraison s'appliquent. Or, les conditions de livraison n'indiquent pas non plus en quoi doit consister la gestion de la flotte. La compagnie AFMB est appelée le contractant, ce qui implique qu'elle prend des commandes auprès de la société de transport néerlandaise. Il convient de noter que, outre les dispositions formelles, les conditions de livraison consistent principalement en des dispositions concernant l'affectation et la rémunération des chauffeurs, tous les risques financiers étant à la charge des entreprises de transport néerlandaises. En outre, le contrat de fourniture donne instruction aux sociétés de transport néerlandaises de remplir toutes les obligations qui leur incombent de toute façon en tant que société de transport. Toutefois, aucune disposition n'est prévue pour la gestion d'une flotte de camions. Au contraire, les entreprises de transport néerlandaises sont entièrement responsables des camions. Aucune disposition ne concerne les ordres de transport, l'entretien et l'inspection des camions, les coûts de transport tels que les péages, le ravitaillement en diesel, l'hébergement à l'hôtel et toutes les autres questions qui peuvent avoir trait à la gestion d'une flotte de camions.

de renvoi, ces chauffeurs routiers, ont toujours maintenu leur résidence aux Pays-Bas au cours des périodes précitées, avaient été, avant la conclusion des contrats de travail avec AFMB, choisis par les entreprises de transport elles-mêmes et ils ont exercé, après la conclusion desdits contrats, leur activité professionnelle pour le compte et au risque de ces entreprises de transport dans deux ou plusieurs États membres, voire, pour certains de ces chauffeurs routiers, également dans un ou plusieurs États de l'Association européenne de libre-échange (AELE). En outre, si les conventions de gestion de flotte conclues entre lesdites entreprises de transport et AFMB confiaient à cette dernière la gestion des véhicules poids lourds et si AFMB était chargée de la gestion des salaires, il découle qu'en réalité, la charge effective de ces salaires était assumée, au moyen de la commission versée à AFMB, par les entreprises de transport néerlandaises. Par ailleurs, la décision d'une entreprise de transport de ne plus recourir aux services d'un chauffeur routier emportait, en règle générale, licenciement immédiat de ce dernier par AFMB de sorte que, sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, l'entreprise de transport disposait du pouvoir effectif de licenciement. Il ressort également que, au cours de cette période, ces chauffeurs routiers n'exerçaient pas aux Pays-Bas une partie substantielle de leurs activités.

5. — La compagnie AFMB a, en application de l'article 16 du règlement n° 987/

2009 (10), demandé à l'institution compétente néerlandaise (la Sociale verzekeringsbank — « Svz ») de confirmer que, au titre de la période litigieuse, les chauffeurs routiers internationaux avec lesquels elle avait conclu lesdits contrats de travail ne relevaient pas, en vertu de l'article 13 du règlement n° 883/2004, de la législation néerlandaise en matière de sécurité sociale. Mais, l'institution compétente néerlandaise (« Svz ») a déclaré la législation néerlandaise en matière de sécurité sociale applicable aux chauffeurs routiers et a délivré des certificats A 1 en ce sens. Les deux institutions avaient lancé la procédure de dialogue et de conciliation en vue de se mettre d'accord sur la législation applicable aux travailleurs concernés (11) ; procédure qui a été suspendue à la suite des recours introduits par AMF et certains chauffeurs devant les juridictions néerlandaises en contestation des décisions du « Svz ». La juridiction de renvoi considère qu'en vue d'identifier la législation nationale en matière de sécurité sociale applicable à ces chauffeurs, il importe de pouvoir déterminer préalablement laquelle des entreprises (AFMB ou les entreprises néerlandaises de transport) devait se voir reconnaître la qualité d'employeur desdits chauffeurs aux fins de l'application des règlements de coordination n°s 1408/71 et 883/2004 (12) ainsi que les critères à prendre en considération à cet effet. En outre, les règlements de coordination précités ne donnent aucune définition de la notion d'« employeur », ni ne renvoient aux législations nationales à cette fin.

3. — L'arrêt rendu par la Cour de justice

3.1. — But des règles relatives à la détermination de la législation de sécurité sociale applicable : éviter les conflits négatifs et positifs de législations nationales de sécurité sociale

6. — Les dispositions du titre II des règlements de coordination n°s 1408/71 et 883/2004 constituent des systèmes complets et uniformes de règles de conflit de lois et ont pour finalité d'éviter tous conflits négatifs (13) ou positifs (14) de législations nationales de sécurité sociale (15). Ainsi, dès lors qu'une personne relève du champ d'application personnel du règlement n° 1408/71 ou du règlement n° 883/2004 (16), celle-ci ne peut être soumise qu'à une seule législation de sécurité sociale (principe dit de l'unicité de législation applicable (17)) ; cette dernière législation étant déterminée conformément aux dispositions du titre II de l'un de ces règlements (18). À cette fin, les règlements posent le principe selon lequel la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un État membre est soumise à la législation de cet État (principe dit *lex loci laboris*), ce principe est assorti de différentes situations particulières (19) (20) que l'on peut qualifier de dérogations (21) dont celle de la personne qui exerce normalement une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres (22)

- (10) L'article 16 du règlement n° 987/2009 régit la procédure à suivre en cas de pluriactivité. En substance, la personne qui exerce des activités dans deux États membres ou plus (pluriactivité), en informe l'institution désignée par l'autorité compétente de l'État membre de résidence. Cette dernière institution détermine dans les meilleurs délais la législation applicable à la personne concernée, (...). Cette détermination initiale est provisoire. L'institution informe de cette détermination provisoire les institutions désignées de chaque État membre où une activité est exercée.
- (11) Décision A 1 de la commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, 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 n° 883/2004 (JO 2010, C 106, p. 1).
- (12) En effet, il importe de savoir si les chauffeurs routiers au principal doivent être considérés comme « faisant partie du personnel » d'AFMB ou des entreprises de transport, au sens de l'article 14, point 2, sous a), du règlement n° 1408/71, et comme ayant pour « employeur » la première ou les secondes, au sens de l'article 13, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 883/2004.
- (13) C'est-à-dire éviter que les personnes tombant sous le champ d'application des règlements de coordination soient privées de protection en matière de sécurité sociale, faute de législation qui leur serait applicable.
- (14) C'est-à-dire éviter l'application simultanée de plusieurs législations nationales et les complications qui peuvent en résulter.
- (15) Voy., en ce sens, arrêts du 1^{er} février 2017, *Tolley*, C-430/15, EU:C:2017:74, point 58, et du 25 octobre 2018, *Walltopia*, C-451/17, EU:C:2018:861, point 41.
- (16) Article 2 du règlement n° 1408/71 et article 2 du règlement n° 883/2004.
- (17) La règle de l'unicité de législation applicable est définie à l'article 13, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71 et à l'article 11, paragraphe 1, du règlement n° 883/2004.
- (18) Voy., en ce sens, arrêts du 1^{er} février 2017, *Tolley*, C-430/15, EU:C:2017:74, point 59, et du 25 octobre 2018, *Walltopia*, C-451/17, EU:C:2018:861, point 42.
- (19) Ces situations particulières figurent respectivement aux articles 14 à 17 du règlement n° 1408/71 et aux articles 12 à 16 du règlement n° 883/2004.
- (20) La *ratio legis* est que dans certaines situations particulières, l'application pure et simple dudit principe *lex loci laboris* risquerait non pas d'éviter, mais, au contraire, de créer, tant pour le travailleur que pour l'employeur et les organismes de sécurité sociale, des complications administratives dont l'effet pourrait être d'entraver l'exercice de la libre circulation des personnes couvertes par ces règlements (voy., en ce sens, arrêts du 13 septembre 2017, *X*, C-570/15, EU:C:2017:674, point 16, ainsi que du 6 février 2018, *Altun e.a.*, C-359/16, EU:C:2018:63, point 31).
- (21) C.J.U.E., arrêt du 6 septembre 2018, *Alpenrind GmbH*, C-527/16, EU:C:2018:669.
- (22) Situation particulière visée respectivement par l'article 14, point 2, du règlement n° 1408/71 et à l'article 13, paragraphe 1, du règlement n° 883/2004.

3.2. — L'importance de définir la notion d'employeur aux fins de déterminer la législation nationale de sécurité sociale applicable

7. — À l'instar de la juridiction de renvoi, la Cour de justice concède que l'interprétation de la notion de « personne qui fait partie du personnel [...] d'une entreprise », au sens de l'article 14, point 2, sous a), du règlement n° 1408/71, et de la notion d'« employeur », au sens de l'article 13, paragraphe 1, sous b), i), du règlement n° 883/2004 (23), notion à laquelle il convient d'assimiler, dans ce contexte, celle d'« entreprise », utilisée par la même disposition de ce dernier règlement, revêt une importance décisive aux fins de déterminer la législation nationale de sécurité sociale applicable aux chauffeurs routiers (24). Or, ces règlements de coordination ne procèdent, aux fins de déterminer la signification desdites notions, à aucun renvoi aux législations ou aux pratiques nationales.

8. — Saisie d'un renvoi préjudiciel par le Centrale Raad van Beroep (Pays-Bas) juridiction de renvoi néerlandaise, la Cour de justice de l'Union précise que la relation entre un employeur et son personnel, qui sont deux notions autonomes (25) du droit de l'Union européenne prévues par le règlement (CEE) 1408/71 et le règlement (CE) 883/2004, suppose un lien de subordination entre ceux-ci (26). L'appréciation de l'existence de ce lien exige de tenir compte de la situation objective du travailleur salarié et de l'ensemble de circonstances de son occupation (27). Selon la Cour de justice, si la conclusion d'un contrat de travail entre le travailleur salarié et une entreprise

peut être un indicateur de l'existence d'un lien de subordination entre le premier et la seconde, cette circonstance ne saurait, à elle seule, permettre de conclure de manière décisive à l'existence d'un tel lien (28). Ainsi, quel que soit le libellé des documents contractuels, il y a lieu d'identifier l'entité sous l'autorité effective de laquelle est placé le travailleur, à laquelle incombe, dans les faits, la charge salariale correspondante et qui dispose du pouvoir effectif de licencier ce travailleur (29). À défaut, des montages juridiques artificiels permettraient d'utiliser aisément la réglementation de l'Union dans l'unique but de tirer avantage des différences existant entre les régimes nationaux de sécurité sociale (30). En particulier, précise la Cour, « un tel usage de cette réglementation risquerait d'exercer une pression vers le bas sur les systèmes de sécurité sociale des États membres et éventuellement, en fin de compte, sur le niveau de protection offert par ceux-ci » (31).

9. — Ainsi, conclut la Cour, il ressort qu'aux fins tant de l'article 14, point 2, sous a), du règlement n° 1408/71 que de l'article 13, paragraphe 1, sous b), i), du règlement n° 883/2004, un chauffeur routier international doit être considéré comme étant employé non pas par l'entreprise avec laquelle il a formellement conclu un contrat de travail mais par l'entreprise de transport qui exerce l'autorité effective sur lui, à laquelle incombe, dans les faits, la charge salariale correspondante et qui dispose du pouvoir effectif de le licencier.

4. — Quelques conclusions prospectives

10. — La Cour de justice a rendu son arrêt en grande chambre, indication de l'im-

portance de l'affaire dont elle a été saisie, singulièrement lorsqu'il s'agit de montages juridiques artificiels visant à porter atteinte à la protection sociale des travailleurs, dans un secteur d'activité au sein duquel les pratiques manifestement illégales sont légion et où les conditions de travail et d'emploi des travailleurs sont régulièrement bafouées. L'adoption récente du « paquet mobilité » qui contient les règles révisées concernant le détachement des conducteurs, leur temps de repos et une meilleure application des règles de cabotage (qui consistent à quitter un pays avec un véhicule et à charger puis décharger dans un pays frontalier, à titre temporaire) devraient (espérons-le) mettre un terme à la distorsion de la concurrence dans le secteur du transport routier et à offrir de meilleures conditions de travail aux conducteurs (32).

11. — Étant donné que la révision des règlements de coordination n°s 883/2004 et 987/2009 des systèmes de sécurité sociale — qui devraient comporter de nouveaux dispositifs en vue de combattre plus efficacement la lutte contre la fraude sociale transfrontalière tels que la définition de la notion de fraude sociale, le renforcement des mécanismes de coopération entre institutions et autorités compétentes des États membres, obligation pour l'institution émettrice des documents A1 de vérifier la situation objective des travailleurs concernés, etc. — n'a pas encore abouti (33), la Cour de justice doit puiser dans sa « boîte à outils » pour dégager des solutions pour mettre un frein aux pratiques de concurrence déloyale. Ici, la Cour de justice a pu mobiliser le potentiel de sa jurisprudence rendue dans l'affaire *Format* (34) afin de disqualifier ce

(23) La Cour a dû se prononcer sur les dispositions de l'article 14, §2, du règlement n° 1408/71 et de l'article 13 du règlement n° 883/2004 étant donné que durant la période litigieuse les transporteurs routiers exerçaient leur activité professionnelle à la fois dans un ou plusieurs États membres et dans un ou plusieurs États de l'AELE, il y a lieu de rappeler que, conformément à l'article 90 du règlement n° 883/2004, le règlement n° 1408/71 est resté en vigueur et ses effets juridiques ont été préservés, aux fins, notamment, de l'accord sur l'Espace économique européen et de l'accord entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, aussi longtemps que lesdits accords n'ont pas été modifiés en fonction du règlement n° 883/2004. Or, ce dernier règlement n'est devenu applicable, à la suite de telles modifications, qu'à compter du 1^{er} avril 2012 à la Confédération suisse et à partir du 1^{er} juin 2012 à l'Islande, au Liechtenstein et à la Norvège.

(24) C.J.U.E., 16 juillet 2020, C-610/18, EU:C:2020:565, point 49.

(25) Il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de l'Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'Union, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte non seulement des termes de celle-ci, mais également du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause (arrêt du 19 mars 2020, *Compañía de Tranvías de La Coruña*, C-45/19, EU:C:2020:224, point 14 et jurisprudence citée).

(26) C.J.U.E., 16 juillet 2020, C-610/18, EU:C:2020:565, points 50-53.

(27) Voy., en ce sens, arrêt du 4 juin 2015, *Fischer-Lintjens*, C-543/13, EU:C:2015:359, point 38.

(28) Voy., en ce sens, arrêt du 4 octobre 2012, *Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe*, aff. C-115/11, EU:C:2012:606, points 41-46 où la Cour a notamment précisé que « l'obligation d'appliquer le règlement n° 1408/71 correctement signifie qu'il incombe à l'institution concernée, quel que soit le libellé des documents contractuels, de fonder ses constatations sur la situation réelle du travailleur salarié ».

(29) Voy., en ce sens, arrêt du 4 octobre 2012, *Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe*, C-115/11, EU:C:2012:606, points 41 et 5.

(30) C.J.U.E., 16 juillet 2020, C-610/18, EU:C:2020:565, point 69.

(31) C.J.U.E., 16 juillet 2020, C-610/18, EU:C:2020:565, point 69, *ibidem*.

(32) Directive n° 2020/1057 du 15 juillet 2020 établissant des règles spécifiques en ce qui concerne la directive 96/71/CE et la directive n° 2014/67/UE pour le détachement de conducteurs dans le secteur du transport routier et modifiant la directive 2006/22/CE quant aux exigences en matière de contrôle et le règlement (UE) n° 1024/2012, J.O. L 249/49 du 30 juillet 2020.

(33) M. Morsa, « The failure of negotiations on European Regulations for the Coordination of social security systems : the end of European solidarity ? The reasons for failure in an endeavor that started well », in S. Borelli et A. Guazzarotti (dir.), *Labour Mobility and Solidarity*, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara Sede di Rovigo, Naples, Jovene editore, 2019.

(34) C.J.U.E., arrêt du 4 octobre 2012, *Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe*, C-115/11, EU:C:2012:606 ; à propos de cet arrêt, voy. L. Driguez, *Législation applicable aux travailleurs dans plusieurs États membres, Europe*, 2012, décembre, Comm. n° 12, p. 23 ; M. Morsa, « L'arrêt *Format* de la C.J.U.E. du 5 octobre 2012, aff. C-115/11 ou comment les règles de coordination européennes des systèmes de sécurité sociale peuvent éviter le dumping social lorsqu'elles sont correctement appliquées », *JTT*, 2013, pp. 469-472 ; J.-P. Lhernould, « L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. Conflit de lois et cotisations sociales : un arrêt anti-dumping ? », *Revue de jurisprudence sociale*, 2013, pp. 21-22 ; J.-C. Fillon, « Valeur des certificats E 101 désignant la législation applicable en France à des travailleurs d'entreprises établies dans un autre État de l'Union européenne », *La Semaine*

type de montage artificiel mis en œuvre par AFMB (boîte aux lettres chypriote) dont le seul but consistait à contourner l'application des règles européennes de coordination des systèmes de sécurité sociale pour attirer les travailleurs vers une protection sociale *low cost*. Espérons que le législateur européen entendra cet appel de la Cour de justice pour adopter rapidement la révision des règlements de coordination !

Marc MORSA (35)

Collaborateur scientifique,
Centre Crides (U.C.L.)

Conseiller en stratégies internationales,
senior Legal Officer, S.P.F. Sécurité sociale

ARBEIDSOVEREENKOMST. —
Telewerk. — Huisarbeid. — Onkostenvergoeding.

CONTRAT DE TRAVAIL. — Téléravail. — Travail à domicile. — Indemnité de frais.

Cass. (3de k.), 5 X 2020

Zet. : Ch. Storck (sect. voorz.), K. Mestdagh en M. Delange (sect. voorz.), A. Lievens en D. Couwenberg (raadsh.).

Op. min. : H. Vanderlinden.

Pleit. : W. van Eeckhoutte.

(AWA Alexander Watson Associates BV t. P.M. — AR nr. S.19.0008.N).

Uit de bepalingen van CAO nr. 85 en van titel VI van de arbeidsovereenkomstenwet volgt dat artikel 119.6 AOW dat de forfaitaire onkostenvergoeding vaststelt die verschuldigd is aan de huisarbeider slechts kan worden toegepast ten aanzien van de huisarbeider die geen telewerker is in de zin van CAO nr. 85 en dat de loutere omstandigheid dat tussen de werkgever en de werknemer geen schriftelijke overeenkomst is gesloten overeenkomstig artikel 6 § 1 CAO nr. 85 niet uitsluit dat de arbeidsrelatie onder het toepassingsgebied van CAO nr. 85 valt.

Il résulte des dispositions de la CCT n° 85 et du titre VI de la loi sur les contrats de travail que l'article 119.6 LCT qui fixe une indemnité de frais forfaitaire qui est due au travailleur à domicile ne peut être appliquée qu'au travailleur qui n'est pas un télétravailleur au sens de la CCT n° 85 et que la seule circonstance que l'employeur et le travailleur n'ont pas conclu un contrat par écrit conformément à l'article 6, § 1, CCT n° 85 n'exclut pas que la CCT n° 85 s'applique à la relation de travail.

III. — BESLISSING VAN HET HOF

BEOORDELING

EERSTE ONDERDEEL

1. — Krachtens artikel 2, eerste lid, van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 85 van 9 november 2005, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, betreffende het telewerk, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 13 juni 2006, hierna CAO nr. 85, wordt voor de toepassing van die overeenkomst onder telewerk verstaan een vorm van organisatie en/of uitvoering van het werk waarin, met gebruikmaking van informatietechnologie, in het kader van een arbeidsovereenkomst, werkzaamheden die ook op de bedrijfslocatie van de werkgever zouden kunnen worden uitgevoerd, op regelmatige basis en niet incidenteel buiten die bedrijfslocatie worden uitgevoerd. De telewerker is elke werknemer die telewerk verricht.

Krachtens artikel 2, tweede lid, CAO nr. 85 heeft de overeenkomst geen betrekking op de zogenaamde mobiele telewerkers, dat wil zeggen wier mobiliteit noodzakelijk deel uitmaakt van de wijze van uitvoering van de arbeidsovereenkomst.

Krachtens artikel 3 CAO nr. 85 is de overeenkomst van toepassing op de werknemers en de werkgevers die hen tewerkstellen.

Krachtens artikel 4, eerste lid, CAO nr. 85 kan het telewerk worden verricht in de woning van de telewerker of in elke andere door hem gekozen plaats. Krachtens het tweede lid van die bepaling valt het telewerk dat wordt verricht in een satellietkantoor van de werkgever, dat wil zeggen een gedecentraliseerd lokaal van de werkgever of een lokaal dat de werkgever

aan de werknemer ter beschikking stelt, buiten het toepassingsgebied van de CAO.

Krachtens artikel 6, § 1 en § 3, CAO nr. 85 moet voor iedere telewerker afzonderlijk een schriftelijke overeenkomst worden opgesteld, uiterlijk op het ogenblik dat de telewerker begint met de uitvoering van zijn overeenkomst, en heeft de telewerker bij ontstentenis van een schriftelijke overeenkomst het recht zijn werkzaamheden op de bedrijfslocatie van de werkgever te verrichten of terug te keren naar de bedrijfslocatie van de werkgever.

2. — Titel VI van de Arbeidsovereenkomstenwet, ingevoegd bij artikel 4 van de wet van 6 december 1996 betreffende de huisarbeid, regelt de tewerkstelling van huisarbeiders. Krachtens artikel 119.1 Arbeidsovereenkomstenwet regelt deze titel de tewerkstelling van huisarbeiders die tegen loon arbeid verrichten onder het gezag van een werkgever in hun woonplaats of op elke andere door hen gekozen plaats, zonder dat zij onder het toezicht of de rechtstreekse controle van de werkgever staan.

Krachtens artikel 119.1, § 2, eerste lid, Arbeidsovereenkomstenwet zijn de artikelen 119.3 tot 119.12 van die wet niet van toepassing op de werknemers op wie de collectieve arbeidsovereenkomst betreffende het telewerk, gesloten in de schoot van de Nationale Arbeidsraad, van toepassing is.

Krachtens artikel 119.4, § 1, Arbeidsovereenkomstenwet moet de overeenkomst voor tewerkstelling van huisarbeiders voor iedere werknemer afzonderlijk schriftelijk worden vastgesteld uiterlijk op het tijdstip waarop de werknemer de uitvoering van zijn overeenkomst aanvangt.

Krachtens artikel 119.4, § 2, 4^o, moet dat geschrift de vergoeding van de kosten die verbonden zijn aan de huisarbeid vermelden.

Krachtens artikel 119.6 Arbeidsovereenkomstenwet is bij ontstentenis van de in artikel 119.4, § 2, 4^o, bedoelde vermelding en bij ontstentenis van een collectieve arbeidsovereenkomst, gesloten overeenkomstig de CAO-wet die deze aangelegenheid regelt een forfaitair bedrag van 10 pct. van het loon verschuldigd als ver-

Juridique, 2016, n^{os} 1-2, pp. 34-37 et P. Kavelaars, *Beslissingen in belastingzaken*, 2013, n^o 38.

(35) La présente contribution comprend les opinions personnelles de son auteur et n'engage en rien la responsabilité de l'employeur duquel il relève. L'auteur peut être contacté à l'adresse électronique suivante : marc.morsa@skynet.be ou marc.morsa@uclouvain.be.