

## DROITS FONDAMENTAUX ET CONTENTIEUX SOCIAL

# La saga du A1 ou l'inertie au service de la fraude au détachement

par Fabienne MULLER, Maître de conférences en droit privé,  
UMR 7354 DRES, Université de Strasbourg

### PLAN

- I. Montée en charge de la fraude organisée et usages du A1
- II. La fraude, une problématique partagée
- III. La coopération : du principe à la réalité

### Bref état des lieux

**La mobilité des travailleurs salariés au sein de l'UE peut épouser différentes formes : la plus médiatisée est celle du détachement qui n'est pas définie de manière identique en droit du travail et en droit de la sécurité sociale mais qui consiste toujours à exercer une activité provisoire pour le compte d'un employeur dans un Etat de l'Union européenne autre que celui dans lequel ce dernier est établi. Pour faciliter ce déplacement qui est par nature temporaire, les règlements européens de sécurité sociale autorisent le maintien de l'affiliation du salarié au régime de sécurité sociale de l'État à partir duquel il est détaché (1). Ce maintien est attesté par le certificat A1 (anciennement E101) qui est délivré par les institutions de ce régime. Il atteste en droit européen de la sécurité sociale que le salarié/ travailleur indépendant qui est détaché (2) ou qui exerce normalement une activité salariée ou non salariée de manière simultanée ou alternante dans deux ou plusieurs États membres (3) est affilié à un régime de sécurité sociale. Dans le cas des salariés détachés ce certificat est délivré par le régime de sécurité sociale de l'État membre dans lequel est établi l'employeur.**

Ce régime déroge donc au principe général fixé à l'article 11§3 a) du règlement 883/2004 qui veut que « la personne qui exerce une activité salariée ou non salariée dans un État membre est soumise à la législation de cet État membre » (4). L'objectif de cette dérogation, rappelé par une jurisprudence constante de la CJUE, est « de promouvoir la libre prestation des services au bénéfice des entreprises qui en font usage en envoyant des travailleurs dans d'autres États membres que celui dans lequel elles sont établies. En effet, elle vise à surmonter les obstacles susceptibles d'entraver la libre circulation des travailleurs et également à favoriser l'interpénétration économique en évitant les complications administratives, en particulier pour les travailleurs et les entreprises » (5).

La validité de ces certificats a été interrogée à l'occasion des contrôles effectués par les inspecteurs du travail et autorités chargées du contrôle confrontés à des contournements de législation en matière de détachement. Le certificat A1 délivré en cas de détachement qui atteste une affiliation au régime de sécurité sociale de l'État d'envoi s'impose-t-il alors que les conditions du détachement ne sont manifestement pas remplies, ce qui impliquerait que les salariés soient affiliés dans l'État d'exécution de la prestation de travail ? L'employeur peut-il mettre en échec les poursuites engagées en excipant du certificat A1 ? La CJUE, interrogée sur leur opposabilité, a tranché : « le certificat E 101, dans la mesure où il crée une présomption de régularité de l'affiliation des travailleurs détachés au régime de sécurité sociale de l'État membre

(1) Article 12 du 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 Article 14, § 1 a) du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de Sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, applicable avant mai 2010.

(2) Détaché au sens de l'article 12, § 1 du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de Sécurité sociale.

(3) Au sens de l'article 13 du même règlement.

(4) Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de Sécurité sociale, JO L 166 du 30 avril 2004, pp. 1-123.

(5) CJUE 10 février 2000, *Fitzwilliam Executive Search Ltd c/ Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen*, aff. C-202/97, pt. 28 ; sur la réception de cette jurisprudence par les organismes français de Sécurité sociale, v. la circulaire DSS/DACI n° 2001-34 du 18 janvier 2001, Dr. Ouv. 2001 p. 376.

où est établie l'entreprise qui a détaché ces travailleurs, s'impose à l'institution compétente de l'État membre dans lequel sont détachés ces travailleurs ; Dès lors, aussi longtemps que le certificat E 101 n'est pas retiré ou déclaré invalide, l'institution compétente de l'État membre dans lequel sont détachés les travailleurs doit tenir compte du fait que ces derniers sont déjà soumis à la législation de sécurité sociale de l'État où l'entreprise qui les emploie est établie et cette institution ne saurait, par conséquent, soumettre les travailleurs en question à son propre régime de sécurité sociale » (6).

Pour une synthèse complète des tenants et des aboutissants de ce dossier, le lecteur se rapportera utilement au remarquable rapport de Laurent Truchot, rapporteur dans l'affaire *Sté A Rosa Flussschiff Gmbh* portée devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (7). Ce rapport a été présenté à l'occasion d'un litige opposant la société allemande précitée aux Urssaf d'Alsace, litige qui a remis cette question sur le devant de la scène. En l'espèce la société allemande invoquait le détachement pour des salariés employés sur des péniches navigant exclusivement en France mais assurés en Suisse.

La Cour de cassation a rappelé d'une part la valeur probante du certificat E 101 (actuel A1) qui lie « l'autorité compétente et les juridictions de l'État membre dans lequel le travailleur exerce son activité » « aussi longtemps qu'il n'est pas retiré ou déclaré invalide par les autorités de l'État membre qui l'a délivré » et d'autre part le fait que les travailleurs salariés dont la rémunération faisait l'objet du redressement par les Urssaf n'exerçaient leur activité que sur le territoire français et que les « certificats ont été produits en deux lots, le premier obtenu de l'institution helvétique lors des opérations de contrôle de l'URSSAF, le second postérieurement à la décision des premiers

juges ». Elle met ainsi en évidence l'impossible conciliation entre la position de principe de la Cour de justice et les pratiques frauduleuses couvertes par la délivrance *a posteriori* de ces certificats avant de décider de renvoyer une question préjudicielle à la Cour de justice de l'UE (8).

La question posée résume à elle seule les enjeux du litige : la délivrance d'un certificat E 101 par l'institution compétente d'un autre Etat membre peut elle être assortie des effets que lui attache d'ordinaire la jurisprudence de la CJUE alors que les modalités d'exercice de l'activité ne répondent manifestement pas aux conditions posées par les règlements ? Et la Cour de rajouter que « la question se pose à présent dans de nombreux litiges en raison de l'internationalisation de l'activité des entreprises et de l'adoption des stratégies d'optimisation fiscale et sociale, de nature à remettre en cause les principes de la libre circulation des travailleurs, de la libre prestation des services et l'existence d'une concurrence effective et non faussée dans le marché intérieur ».

Certains auteurs sont convaincus que la Cour de justice s'apprête à confirmer sans hésitation sa jurisprudence passée. On peut ne pas en être convaincu et proposer un éclairage sur certains éléments qui pourraient bien faire pencher la balance. En effet le contexte a bien changé depuis la date à laquelle la CJUE a rendu son arrêt *Herbosch Kiere* : les usages frauduleux se sont développés (I) incitant les États membres à adopter des dispositions pour les contrer (II). Toutefois les institutions de sécurité sociale ne se sont pas montrées en capacité de faire évoluer leurs pratiques pour s'adapter à ces changements et se mettre en conformité avec les prérequis posés par la jurisprudence de la CJUE. Cette incapacité a été mise en évidence dans un rapport resté fort discret (III).

## I. Montée en charge de la fraude organisée et usages du A1

Tous les États membres destinataires (Allemagne, France et Belgique arrivent en tête en 2014) des flux de travailleurs détachés le constatent : le nombre de salariés détachés mesuré au nombre de certificats délivrés par les institutions de sécurité de sociale au titre des articles 12 et 13 du Règlement 883/2004 augmente. On compte 1,9 millions de salariés détachés en 2014 soit une hausse de 44 % par rapport à 2010 (9).

Le secteur de la construction apparaît comme le premier consommateur de salariés détachés et celui dans lequel l'impact sur le marché de l'emploi local est le plus élevé : les salariés détachés dans ce secteur en Belgique représentent par exemple 60 % de l'ensemble des salariés détachés et 20 % du total des emplois de la construction. Un mouvement identique se dessine en France avec une croissance de 12 % en 2013 (10).

(6) CJUE 10 février 2000, *FTS*, aff. C-202/97 prec. ; CJUE 26 janvier 2006, *Herbosch Kiere*, aff. C-2/05.

(7) Rapport de Laurent Truchot, pourvoi n° A1325467, décision attaquée Cour d'appel de Colmar, 12 septembre 2013, sur le site de la Cour de cassation : [https://www.courdecassation.fr/IMG//rapport\\_laurent-truchot\\_13-25467.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG//rapport_laurent-truchot_13-25467.pdf)

(8) Cass. Ass. plén. 6 novembre 2015, n° 13-25.467.

(9) Étude d'impact accompagnant la proposition de directive modifiant la directive 96/71 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services du 8 mars 2016, COM(2016) 128 final, SWD (2016) 52 final.

(10) Analyse des déclarations de détachement des entreprises prestataires de services en France en 2013, DGT novembre 2014 ; Ph. Adair, « Détachement de salariés et travail dissimulé en France : l'emploi non déclaré et la fraude sociale », Dr. Ouv. 2016, p. 181.

Cette croissance du marché unique de la libre prestation de services peut être considérée comme une conséquence positive des mesures prises (directive services, directive marché publics, etc..) mais elle doit aussi s'accompagner d'un regard critique : une partie de l'explication ne résiderait-elle pas dans les pratiques de contournement des règles ? Les fraudes et les abus sont devenus courants (11) et les médias fournissent de nombreux exemples de ces pratiques pour ne citer que l'Allemagne (12), la Belgique (13) ou la France (14).

Le certificat A1, assorti de sa force probante, en couvre plusieurs.

Il peut être délivré à une entreprise boîte aux lettres qui n'a aucune activité substantielle sur le territoire où elle est établie, en violation flagrante avec l'article 12 du règlement n°883/2004 (15) et l'article 14 du règlement n°987/2009 (16) qui en précise l'interprétation. Tous les corps de contrôle des États destinataires connaissent ces façades d'immeubles dans les villes des États connus pour leur faible niveau de salaires et de charges sociales, affichant plusieurs dizaines d'entreprises qui n'y disposent que d'une adresse postale.

Le certificat A1 peut être délivré pour le compte de salariés qui, en réalité, résident de façon habituelle dans l'État de destination : dans ce cas il couvre un faux détachement. Cette stratégie a été utilisée massivement par les compagnies low cost telles que Ryanair, Easyjet et Vueling (17), sociétés qui ont toutes été condamnées par les juridictions pénales françaises (18) et notamment la Cour de cassation (19) qui a considéré que l'activité habituelle, stable et continue des sociétés sur le territoire français relevait du droit d'établissement et non de la libre prestation de services. Elle a, par conséquent, écarté les certificats A1 en se basant sur les dispositions de l'article L1262-3 du code du travail (20) qui interdisent de se prévaloir du détachement lorsque l'activité est exercée « dans des locaux ou avec des infrastructures situées sur le territoire national à partir desquels elle est exercée de façon habituelle, stable et continue ». Elle a ainsi entendu déjouer une fraude évidente et relancé les débats (21) sur la valeur probante des certificats A1.

Le certificat peut être délivré à des travailleurs indépendants qui exercent en réalité leur activités dans les conditions du travail salarié. Les faux travailleurs indépendants sont particulièrement actifs dans

(11) Rapport du CESE, *Les travailleurs détachés*, septembre 2015, p. 21.

(12) B. Wagner, A. Hassel, "Posting, subcontracting and low-wage employment in the German meat industry", *European Review of Labour and Research*, mai 2016.

(13) Perchés à 40 m du sol, 7 travailleurs égyptiens réclamaient leurs arriérés de salaires, <http://journal.sudinfo.be/> 15 avril 2016.

(14) Travailleurs exploités au méthancier, un juge d'instruction reprend l'enquête, *La Voix du Nord*, 3 septembre 2015.

(15) Règlement n°883/2004 du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de Sécurité sociale (JOUE n° L 166 du 30 avril 2004) entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2010. Article 12, Règles particulières : « 1. La personne qui exerce une activité salariée dans un État membre pour le compte d'un employeur y exerçant normalement ses activités, et que cet employeur détache pour effectuer un travail pour son compte dans un autre État membre, demeure soumise à la législation du premier État membre, à condition que la durée prévisible de ce travail n'exécède pas vingt-quatre mois et que cette personne ne soit pas envoyée en remplacement d'une autre personne détachée ».

(16) Règlement n°987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n°883/2004 portant sur la coordination des systèmes de Sécurité sociale : art. 14§ 2. Aux fins de l'application de l'article 12, paragraphe 1, du règlement de base, les termes « y exerçant normalement ses activités » désignent un employeur qui exerce généralement des activités substantielles autres que des activités de pure administration interne sur le territoire de l'État membre dans lequel il est établi. Ce point est déterminé en tenant compte de tous les facteurs caractérisant les activités de l'entreprise en question ; les facteurs pertinents doivent être adaptés aux caractéristiques propres de chaque employeur et à la nature réelle des activités exercées ».

(17) Voir le rapport de Y. Jorens, Gillis, Valck, « Atypical employment » in *Aviation*, 2015, p. 237. Voir également L. Gamet, « Personnel des aéronefs et lois sociales françaises : les compagnies low cost dans les turbulences du droit social français », *Droit social* 2012, p. 502.

(18) Pour la jurisprudence antérieure aux arrêts de la Cour de Cassation, voir l'article de L. Gamet, *prec.* ; CA Aix-en-Provence, *Ch. Corr.*, 28 octobre 2014, *Ryan air Ltd*. Add. également N. Micault, « Construction des groupes : à la recherche du responsable », *Dr. Ouv.* 2013, 164.

(19) Cass. Crim. 11 mars 2014, n°11-88.420, *EasyJet Airline Company Limited* ; Cass. Crim. 11 mars 2014, n°12-81.461, *Vueling Airlines*. V. les obs. du Conseiller G. Finidori, « Évolution de la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation sur le travail illégal », *Dr. Ouv.* 2016 p.211.

(20) Art. L. 1262-3 (ancien) C. trav. : « Un employeur ne peut se prévaloir des dispositions applicables au détachement de salariés lorsque son activité 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. Il ne peut notamment se prévaloir de ces dispositions lorsque son activité comporte la recherche et la prospection d'une clientèle ou le recrutement de salariés sur ce territoire ». Dans ces situations, l'employeur est assujéti aux dispositions du code du travail applicables aux entreprises établies sur le territoire national.

(21) J.-C. Fillon, « EasyJet et Vueling : un trou d'air dans l'application du droit européen », *Liaisons sociales Europe* n°350 ; H. Guichaoua, « Une avancée remarquable dans la lutte contre le travail illégal et le dumping social du fait des entreprises étrangères : les arrêts *Easy Jet* et *Vueling* », *Dr. Ouv.* 2014, p.385 ; J.-Ph. Lhernould, « Une compagnie aérienne peut-elle détacher des navigants en France ? L'étonnante leçon anti-européenne de la Chambre criminelle à propos du formulaire E. 101 », *RJS* 2014, p. 307 ; J.-Ph. Lhernould, « Certificat E. 101/A1 : il est indispensable de saisir la Cour de justice de l'Union européenne. À propos de l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 28 octobre 2014 », *Droit social* 2014, p. 1050 ; A. Lyon-Caen, « Quelle est l'inspiration de la loi n°2014-790 du 11 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale ? », *Recueil Dalloz* 2014, p. 1816 ; F. Muller, « Face aux abus et contournements, la directive d'exécution de la directive détachement est-elle à la hauteur ? », *Droit social* 2014, 788. Add. les actes du colloque *Travail illégal et détachement de salariés*, reproduits au *Dr. Ouv.* avril 2016, p. 181 s., en particulier les interventions de Ph. Adair et G. Finidori.

certaines branches comme le transport ou les soins aux personnes âgées mais peuvent apparaître dans n'importe quelle branche. Ce phénomène affecte massivement la Belgique et l'Allemagne (22).

Enfin le certificat A1 peut être falsifié : dans ce cas il couvre un salarié qui n'est pas déclaré au régime de sécurité sociale de l'État d'établissement de son employeur. Si les institutions de sécurité sociale ne sont pas en cause dans ce dernier cas, il reste que la valeur probante qui est attachée au certificat interdira aux corps de contrôle de dresser procès verbal pour défaut d'affiliation dans l'État d'exécution de la prestation.

L'ampleur des fraudes est d'ailleurs reconnue par la nouvelle directive d'exécution (23) de la

directive détachement qui vise « les entreprises tirant indûment ou frauduleusement parti de la libre prestation de services consacrée par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et/ou de l'application de la directive 96/71/CE » (24). L'article 4 est consacré à la « détermination du caractère véritable du détachement et [à la] prévention des abus et contournements ». Cet article cible les fraudes précédemment citées : le §2 est destiné à fournir des éléments permettant de déterminer si « une entreprise exerce réellement des activités substantielles, autres que celles relevant uniquement de la gestion interne ou administrative » et le § 3 à « apprécier si un travailleur détaché accomplit temporairement son travail dans un État membre autre que celui dans lequel il travaille habituellement ».

## II. La fraude, une problématique partagée

La problématique de la lutte contre les fraudes traverse tous les États de destination et la CJUE n'y est pas insensible.

Cette fraude affecte les finances sociales des États d'exécution de la prestation de travail du salarié détaché et il n'est dès lors pas étonnant qu'elle y suscite des réactions pour s'en prémunir. Ainsi si la France est au devant de la scène en raison des arrêts rendus par certaines Cours d'appel et par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, la Belgique n'est pas en reste. Elle a adopté une législation qui poursuit des objectifs identiques : la Loi-programme du 27 décembre 2012 comporte un chapitre 1<sup>er</sup> intitulé « Lutte contre la fraude au détachement » et une section 2 relative à l'abus de droit en matière de droit de la sécurité sociale. Les nouvelles règles définissent l'abus (25) comme le fait d'appliquer les dispositions des règlements de coordination des régimes de sécurité sociale à des situations qui ne remplissent pas les conditions fixées par les mêmes règlements dans le but de se soustraire à l'application de la législation belge en matière de sécurité sociale. En présence d'un tel abus dont la preuve doit être rapportée par

celui qui le constate (26) (le juge national, une institution publique de sécurité sociale ou un inspecteur social) « le travailleur salarié ou indépendant concerné sera assujéti à la législation belge de sécurité sociale si cette législation avait dû être appliquée conformément aux dispositions réglementaires et administratives citées à l'article 22 » (27). Cette disposition a entraîné une réaction immédiate de la Commission européenne qui a introduit un recours contre le Royaume de Belgique le 13 juillet 2015 au motif que les articles 23 et 24 de la loi-programme du 27 décembre 2012 violent « les articles 11, 12 et 76 du règlement (CE) no 883/2004, ainsi que l'article 5 du règlement (CE) no 987/2009, fixant les modalités d'application du règlement (CE) no 883/2004, et la décision A1 de la commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, en ne reconnaissant pas le caractère contraignant du document émanant de l'État membre d'origine du travailleur détaché attestant qu'il est soumis à la législation de sécurité sociale de cet État membre » (28). Les autorités belges ont donc suspendu l'usage de cette législation dans l'attente des suites données à cette plainte.

(22) B. Kastner, Illégal mais nécessaire, *Süddeutsche Zeitung*, 17 mai 2010.

(23) 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»); F. Muller, « Face aux abus et contournements, la directive d'exécution de la directive détachement est-elle à la hauteur? », op cit.

(24) Considérant 7 de la directive 2014/67/UE du 15 mai 2014, op cit.

(25) Article 23 de la loi programme du 27 décembre 2012 : l'abus est caractérisé « lorsqu'il est fait application à l'égard d'un travailleur salarié ou indépendant des dispositions des règlements de

coordination à une situation dont les conditions qui sont fixées dans les règlements et qui sont précisées dans le Guide pratique ou dans les décisions de la Commission administrative ne sont pas respectées, afin de se soustraire à la législation de sécurité sociale belge qui aurait dû être appliquée à cette situation si les dispositions réglementaires et administratives précitées avaient été correctement respectées », *Le Moniteur belge*, 31 décembre 2012, p. 88860.

(26) Article 25 de la même loi : « Il appartient à l'institution ou à l'inspecteur qui invoque l'abus visé à l'article 23 d'apporter la preuve de cet abus ».

(27) Article 24 de la loi précitée.

(28) Recours introduit le 13 juillet 2015, *Commission européenne c/ Royaume de Belgique*, affaire C-356/15.

La stratégie de Ryan Air a également été contestée en Italie par l'INPS (institution chargée de la sécurité sociale) pour des raisons identiques à celles qui ont été invoquées en France. Les recours ont connu des fortunes diverses : le tribunal de Rome (29) a jugé que les cotisations de sécurité sociale devaient être versées en Italie au motif que les salariés, majoritairement italiens, prenaient leurs consignes de travail dans un espace aménagé de l'aéroport de Rome, qu'ils étaient tenus de résider de manière habituelle à proximité de l'aéroport, que leur affectation n'était pas temporaire mais permanente. Enfin Ryan Air n'a jamais produit les certificats E101 mais uniquement un document émanant des institutions irlandaises n'indiquant aucune date précise de fin de détachement. Le tribunal conclut donc à l'application de l'article 14 § 2a) du règlement 1408/71 (applicable à l'époque des faits) qui stipule que les personnels navigant d'une entreprise effectuant des transports internationaux de passagers qui sont occupés par une succursale ou une représentation permanente que leur employeur possède sur le territoire d'un autre État membre sont soumis à la législation de cet État (30). Et même en admettant que Ryan Air n'ait pas de succursale sur le territoire italien, il pourrait être fait application du point II) du même paragraphe : « *la personne occupée de manière prépondérante sur le territoire de l'État membre où elle réside est soumise à la législation de cet État, même si l'entreprise qui l'occupe n'a ni siège, ni succursale, ni représentation permanente sur ce territoire* ». Dans une affaire opposant également Ryan Air à l'INPS, le tribunal de Bergame a tranché en sens inverse (31).

Ces législations et contentieux indiquent une effervescence quant aux moyens de lutte contre la fraude sociale et il serait par conséquent inexact d'affirmer que rien n'a changé et que rien ne doit changer.

La Cour de justice a, elle-même, progressivement intégré la nécessité de prendre en compte les différentes formes de fraude sociale. Dans l'affaire opposant la Commission européenne au Royaume de Belgique à propos de l'obligation faite aux travailleurs indépendants de procéder à une déclaration préalable à leur détachement, la Cour relève : « *l'objectif de lutte contre la fraude, notamment sociale, et de prévention*

*des abus, en particulier la détection des cas de faux indépendants et la lutte contre le travail dissimulé, peut se rattacher non seulement à l'objectif de protection de l'équilibre financier des régimes de sécurité sociale, mais également aux objectifs de prévention de la concurrence déloyale et du dumping social ainsi que de protection des travailleurs, y compris des prestataires de services indépendants* » (32). Dans l'affaire *Jan de Clercq* (33), la Cour range parmi les raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier une restriction à la liberté de prestation des services « *la prévention de la concurrence déloyale de la part d'entreprises rémunérant leurs travailleurs détachés à un niveau inférieur à celui correspondant au salaire minimal, en ce que cet objectif intègre un objectif de protection des travailleurs au moyen de la lutte contre le dumping social [...] ainsi que la lutte contre la fraude, notamment sociale, et la prévention des abus, en particulier la lutte contre le travail dissimulé, dans la mesure où cet objectif peut se rattacher notamment à l'objectif de protection de l'équilibre financier des régimes de sécurité sociale* » (34). Elle reconnaît « *aux États membres la faculté de vérifier le respect des dispositions nationales et du droit de l'Union en matière de prestation de services* » et admet que les mesures de contrôle nécessaires pour assurer le respect de la réglementation puissent constituer des raisons impérieuses d'intérêt général. En l'espèce, la Cour va valider la mesure imposant au destinataire de la prestation de déclarer aux autorités de contrôle les données relatives aux salariés détachés lorsque l'employeur n'y a pas procédé lui-même. Les mesures de lutte contre la fraude sociale constituent désormais, à côté de celles justifiées par la protection du travailleur, un motif d'intérêt général : « *une telle réglementation peut être justifiée au titre de la protection d'une raison impérieuse d'intérêt général, telle que la protection des travailleurs ou la lutte contre la fraude sociale, à condition qu'il soit établi qu'elle est propre à garantir la réalisation du ou des objectifs légitimes poursuivis et qu'elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour les atteindre, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier* » (35).

Le raisonnement de la Cour a incontestablement évolué : la libre prestation de services ne saurait

(29) Tribunale di Roma, sezione Lavoro 4, 28 juillet 2015, n° 6087/2015, RG n° 250/2013.

(30) Article 14, 2) : « *La personne qui exerce normalement une activité salariée sur le territoire de deux ou plusieurs États membres est soumise à la législation déterminée comme suit : a) la personne qui fait partie du personnel roulant ou navigant d'une entreprise effectuant, pour le compte d'autrui ou pour son propre compte, des transports internationaux de passagers ou de marchandises par voies ferroviaire, routière, aérienne ou batelière et ayant son siège sur le territoire d'un État membre, est soumise à la législation de ce dernier État. Toutefois : i) la personne occupée par une succursale ou une représentation permanente que ladite entreprise possède*

*sur le territoire d'un État membre autre que celui où elle a son siège est soumise à la législation de l'État membre sur le territoire duquel cette succursale ou représentation permanente se trouve* ».

(31) Il Tribunale dà ragione a Ryanair : non deve pagare i contributi in Italia, Corriere delle Sera, 29 mars 2016.

(32) CJUE 19 décembre 2012, aff. C-577/10, Commission c/ Royaume de Belgique, point 45.

(33) CJUE 3 décembre 2014, aff. C-315/13, Edgard Jan De Clercq.

(34) CJUE 3 décembre 2014, aff. C-315/13, Edgard Jan De Clercq, pt. 65.

(35) CJUE 3 décembre 2014, aff. C-315/13, Edgard Jan De Clercq, pt. 75.

permettre de faire prospérer la fraude sociale, celle qui affecte les finances des régimes de sécurité sociale et justifie que des mesures de contrôle efficaces puissent être mises en œuvre.

Dans ce contexte, la force probante du certificat A1 ne saurait être opposée dans les situations de fraude avérée et on ne comprendrait pas que les entreprises exploitant cette faille bénéficient en toute tranquillité de règles conçues pour faciliter la libre prestation de services : la sécurité juridique liée au principe de l'unicité de la législation applicable (36). Comme le souligne L. Truchot : « *le certificat E. 101 a pour seule fonction de prouver à l'institution compétente de l'État membre dans lequel est détaché le travailleur salarié ou des États membres dans lesquels celui-ci exerce son activité, que ce dernier reste soumis*

*au régime de sécurité sociale de l'État membre dans lequel son employeur est établi, et qu'en conséquence, le régime des États membres d'accueil n'est pas applicable* » (36 bis). Cette garantie devrait disparaître dans les cas où les corps de contrôle disposent de preuves quant aux faits constitutifs d'un détournement de la législation sur le détachement.

Car les procédures préconisées par la CJUE (37) pour asseoir la force probante du certificat ainsi que les modalités de son retrait telles que consolidées par le règlement d'application 987/2009 (38) n'ont pas su trouver leur place dans le paysage. Elles ont été considérées comme inadaptées à la nécessaire réactivité des poursuites engagées contre des entreprises essentiellement mobiles et les critiques ne sont pas récentes (39).

### III. La coopération : du principe à la réalité

Les auteurs qui se sont prononcés en faveur de la valeur probante du certificat A1 ont souligné que toute autre solution reviendrait à mettre en cause le principe de coopération loyale énoncé à l'article 4 § 3 du TUE (40), principe repris à l'article 76 § 2 du Règlement 883/2004 (41) et mis en œuvre à l'article 2 du Règlement d'application 987/2009 (42). Ils se sont appuyés sur la jurisprudence de la CJUE et notamment l'arrêt *Fitzwilliam* (43) qui fonde la bonne application des règlements conduisant à ce qu'une seule législation de sécurité sociale soit applicable sur cette obligation de coopération (points 52 et suivants). Toutefois ce même arrêt posait un préalable sur lesquels ces mêmes auteurs sont bien discrets : « *Le principe de coopération loyale, énoncé à l'article 5 du traité CE (devenu article 10 CE), impose à l'institution compétente de procéder à une appréciation correcte des faits pertinents pour l'application des règles relatives à la détermination de la législation*

*applicable en matière de sécurité sociale et, partant, de garantir l'exactitude des mentions figurant dans le certificat E 101* » (44).

Il est donc plus que temps de se pencher sur les modalités de ce contrôle en amont puisqu'en aval, la présentation du certificat A1 a pour effet de paralyser le contrôle opéré par les autorités publiques de l'État de destination. Pour ce faire le rapport élaboré par Y. Jorens et JP. Lhernould mériterait plus de publicité (45) puisqu'il porte précisément sur les modes de délivrance du certificat A1 (46). Son contenu est éloquent.

Rappelant la marge de manœuvre dont disposent les États membres, les auteurs soulignent la grande diversité des approches et pratiques des États membres pour définir une procédure de délivrance du A1 et garantir la véracité des informations qu'il contient. Si le formulaire A1 est harmonisé au plan

(36) CJUE 26 janvier 2006, aff. C-2/05 : posant le principe de la non opposabilité des certificats, la Cour souligne : « *La solution inverse serait de nature à porter atteinte au principe de l'affiliation des travailleurs salariés à un seul régime de sécurité sociale, ainsi qu'à la prévisibilité du régime applicable et, partant, à la sécurité juridique* ».

(36 bis) prec. note 7.

(37) CJUE 26 janvier 2006, af. C-2/05, *Herbosch Kiere*, pt. 28 et suivants.

(38) Règlement n° 987/2009, op. cité, art. 5.

(39) P. Mavridis, « *Détachement des travailleurs dans l'Union européenne : le juge national arbitre ou soumis au principe du pays d'origine* », *Revue de droit du travail*, 2006, p. 264.

(40) Article 4 § 3 TUE : « *En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités* ».

(41) Règlement n° 883/2006, article 76 : « *2. Aux fins du présent règlement, les autorités et les institutions des États membres se*

*prêtent leurs bons offices et se comportent comme s'il s'agissait de l'application de leur propre législation. L'entraide administrative desdites autorités et institutions est en principe gratuite. ...* » [...]. 4. *Les institutions et les personnes couvertes par le présent règlement sont tenues à une obligation mutuelle d'information et de coopération pour assurer la bonne application du présent règlement* ».

(42) Article 2 du règlement n° 987/2009, *Portée et modalités des échanges entre les institutions*.

(43) CJUE 10 février 2000, aff. C-6202/97, *FTS*, prec.

(44) CJUE 10 février 2000, op. cité, pt. 51.

(45) L'existence de ce rapport n'est pratiquement jamais mentionnée, y compris par ses auteurs.

(46) Y. Jorens, J.-P. Lhernould, « *Procedures related to the granting of portable document A1 : an overview of country practices* », *FRESCO*, mai 2014, accessible sur la page internet de la commission europ. emploi affaires sociales inclusion, <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1098&langId=fr>.

européen, les questionnaires élaborés par les institutions avant de délivrer le certificat ne le sont pas et reflètent la manière dont elles comprennent les règles applicables... Certains États ont mis en place des procédures d'authentification des A1 pour détecter les fraudes et s'appuient sur leurs bases de données pour simplifier les procédures de délivrance.

À ce stade les États soulignent le côté chronophage de l'évaluation des critères qualitatifs qui génère un important travail administratif selon la quantité, la qualité ou le format des informations accessibles. Ce constat est à mettre en perspective avec les conseils donnés par la CJUE dans l'arrêt *Format*. La Cour de justice y fournit une méthodologie de travail destinée aux institutions chargées de la délivrance des certificats A1 en cas d'activités simultanées dans deux ou plusieurs États membres ; le certificat étant généralement délivré avant le détachement, les institutions sont appelées à étudier les documents contractuels « en vue d'apprécier si les activités prévisibles relèvent d'activités salariées réparties, de façon non simplement ponctuelle, sur le territoire de plusieurs États membres ». Elles peuvent également s'appuyer sur des « éléments tels que la manière dont les contrats de travail entre l'employeur et le travailleur concernés ont été exécutés en pratique dans le passé, les circonstances entourant la conclusion de ces contrats et, plus généralement, les caractéristiques et les modalités des activités exercées par l'entreprise concernée, dans la mesure où ces éléments peuvent éclairer la nature réelle du travail en question » (47). De toute évidence cette procédure semble peu appliquée en raison de la charge administrative qu'elle fait peser sur les institutions chargées de délivrer le certificat.

Le rapport aborde également les conditions de retrait du certificat pour souligner l'absence d'encadrement des modalités, laissant à chaque État le soin de définir une procédure... ou pas. Les conditions des échanges d'informations entre institutions, échanges nécessaires dans le cadre d'une demande de retrait, sont encore plus révélatrices : tandis que certains États souhaitent que l'envoi de copies des certificats aux États concernés devienne obligatoire, d'autres considèrent que cet envoi constitue une charge administrative inutile.

Les formulaires incomplets posent également problème : doivent-ils être automatiquement rejetés

ou certaines questions peuvent-elles être considérées comme non essentielles ? Peuvent-elles être complétées après échange avec le demandeur ? Le changement de la situation de fait suppose également une coopération des acteurs concernés notamment des entreprises et des institutions ; or les États membres font état de résistances des institutions sollicitées pour répondre aux questions posées (silence, réponse non explicite...). Le fait que les certificats puissent être délivrés après le détachement, voire plusieurs années après (comme dans l'affaire *Rosa Flusschiff*) pose également de sérieux problèmes de suivi (quelle est l'institution responsable du suivi du paiement des cotisations, comment gérer les risques de perte de droits en cas de non-paiement de cotisations rétroactivement, etc.).

Enfin le rapport se penche sur la procédure de retrait du certificat : la phase de dialogue entre les autorités est considérée comme trop longue (jusqu'à 14 mois !) et se heurte à de nombreux obstacles : informations variables en quantité et qualité, obtention trop tardive, refus d'envoi de pièces sous forme papier... Le calcul des cotisations dues se heurte au refus de certains États de fournir des informations sur les revenus des personnes concernées. La procédure établie par la décision A1 du 12 juin 2009 (48) est critiquée comme inefficace dans la mesure où le résultat n'a pas de valeur juridique, ce qui n'incite pas à la coopération et inadaptée au cas de fraudes organisées dans le cadre de la prestation de services internationale.

Les préconisations des auteurs donnent la mesure de la tâche à accomplir : ils proposent d'harmoniser les procédures de délivrance et de retrait des certificats, de créer une base de données commune à tous les États pour y collecter les certificats, permettant ainsi à toutes les institutions concernées de s'informer directement. Ils suggèrent également de revoir les délais dans le cadre de la procédure de retrait et de préciser la marge de manœuvre des États en cas de certificats frauduleux.

Cet état des lieux indique qu'en 16 ans (date de l'arrêt *FTS* !) rien n'a changé ou presque ! Comment expliquer une telle inertie alors que les cas de fraudes se multiplient ? Comment expliquer que les institutions de sécurité sociale n'aient toujours pas d'outil de coopération à l'instar des corps de contrôle de l'administration du travail qui utilisent le système IMI (49) ?

(47) CJUE 4 octobre 2012, aff. C-115/11, *Format c/ ZUS*, pt. 43-45.

(48) Commission administrative pour la coordination des systèmes de Sécurité sociale, 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, accessible sur le site du <http://www.cleiss.fr>.

(49) Le système d'information du marché intérieur (IMI) est un outil en ligne sécurisé qui permet aux autorités nationales, régionales et locales de communiquer facilement et rapidement avec leurs homologues établies dans d'autres pays de l'UE, ainsi qu'en Islande, au Liechtenstein et en Norvège. Il est notamment utilisé en matière de détachement.

Le système d'échange électronique d'informations sur la sécurité sociale (EESSI) destiné à favoriser la coopération entre organismes de sécurité sociale au sein de l'UE n'existe toujours pas et « *la plupart des échanges se font toujours sur papier* » (50).

Comment surtout faire barrage à l'action des corps de contrôle traquant la fraude au nom d'une coopération si peu ancrée dans la réalité ? Car la question préjudicielle posée à la Cour de justice par l'arrêt du 6 novembre 2015 (51) a déjà un effet tangible sur leur travail : par un arrêt du 15 mars 2016 (52), la Chambre criminelle, saisie par la société City Jet condamnée en appel à une amende de 100 000 euros, a décidé de sursoir à statuer dans l'attente de la décision de la CJUE. Un désastre pour tous les corps de contrôle mobilisés contre les fraudeurs... une aubaine pour tous les fraudeurs.

La commissaire Marianne Thyssen dans son discours du 23 avril 2015 lors du troisième congrès sur la mobilité du travail dénonçait ces États qui prennent des mesures unilatérales autorisant les corps de contrôle à écarter les A1 alors que des procédures de coopération existent. Nous savons aujourd'hui que cette coopération ne fonctionne pas et qu'il ne suffit pas d'élaborer des règles de procédures pour les faire vivre.

La directive d'exécution de la directive détachement constitue une avancée mais elle n'est pas suffisante tant que le traitement juridique du détachement maintiendra une étanchéité entre droit du travail et droit de la sécurité sociale ce qui, en l'occurrence,

conduit à l'inefficacité des mesures de lutte contre la fraude. La législation française en matière de lutte contre le travail illégal a précisément dépassé ces clivages en définissant l'infraction de dissimulation d'emploi salarié par référence au non respect d'obligations inscrites dans le code du travail (absence de déclaration préalable à l'embauche, absence de délivrance de bulletin de paie) mais également par référence à des obligations en matière de sécurité sociale (se soustraire intentionnellement aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales) (53). Cette approche se heurte au traitement de la fraude par le droit de l'UE et en l'occurrence au droit européen de la sécurité sociale. Sur ce champ, force est de constater que l'UE affiche une nette préférence pour les mesures relevant plus de la *soft law* : la résolution du Conseil du 22 avril 1999 relative à un code de conduite pour une meilleure coopération entre les autorités des États membres en matière de lutte contre la fraude transnationale aux prestations et aux cotisations de sécurité sociale et le travail non déclaré, et concernant la mise à disposition transnationale de travailleurs (54) comme la récente décision du 9 mars 2016 établissant une plate-forme européenne afin de renforcer la coopération dans la lutte contre le travail non déclaré (55) sont certes louables mais ne sauraient se substituer à des règles permettant d'agir sur le terrain du droit.

**Fabienne Muller**

(50) Extrait de la page internet de la commission européenne présentant le système ESSI : <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=869&langId=fr>.

(51) Cass. Ass. plén. 6 novembre 2015, op. cit.

(52) Cass. Crim. 15 mars 2016, n° 13-88.632.

(53) Art. L. 8221-5, C. trav..

(54) Résolution du Conseil et des représentants permanents des gouvernements des États membres du 22 avril 1999 relative à un code de conduite pour une meilleure coopération entre les autorités des États membres en matière de lutte contre la fraude transnationale aux prestations et aux cotisations de sécurité sociale et le travail non déclaré, et concernant la mise à disposition transnationale de travailleurs, Journal officiel n° C 125 du 6 mai 1999 pp. 0001 - 0003.

(55) Décision (UE) 2016/344 du 9 mars 2016 établissant une plate-forme européenne afin de renforcer la coopération dans la lutte contre le travail non déclaré, JOUE 11 mars 2016, L 65/12.

**ASSOCIATION FRANÇAISE DE DROIT DU TRAVAIL  
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE (AFDT)**

[www.afdt-asso.fr](http://www.afdt-asso.fr)