

« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*PORTÉE DU FORMULAIRE E101 (A1) : LA COUR DE JUSTICE NE FLÉCHIT PAS !*

*À PROPOS DE L'ARRÊT DE LA CJUE, 27 AVRIL 2017, AFF. C-620/15, A-ROSA  
FLUSSSCHIFF GMBH*

MARIE-CÉCILE AMAUGER-LATTES

Référence de publication : Droit social 2017 p.866

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

*PORTÉE DU FORMULAIRE E101 (A1) : LA COUR DE JUSTICE NE FLÉCHIT PAS !*

*À PROPOS DE L'ARRÊT DE LA CJUE, 27 AVRIL 2017, AFF. C-620/15, A-ROSA FLUSSSCHIFF  
GMBH*

Quelle est la portée d'un formulaire E101 délivré dans une situation où il n'aurait manifestement pas dû l'être ? Telle est la question à laquelle répond la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans l'arrêt A-Rosa sans se départir de sa rigueur habituelle. Peu novatrice, la décision mérite pourtant qu'on s'y arrête pour au moins deux raisons. D'abord, elle permet de conforter des solutions dont on pouvait se demander si, dans le contexte actuel, elles étaient toujours d'actualité. Surtout, précisément circonscrite, elle laisse à penser qu'un éventuel infléchissement de jurisprudence pourrait intervenir dans d'autres situations, plus précisément en cas de fraude ou d'abus de droit.

Compétence exclusive des États, la protection sociale peut constituer un frein à la mobilité des travailleurs en raison des incertitudes sur leurs droits ou des risques de conflit de lois. Afin de remédier à ces difficultés dommageables tant pour les travailleurs que pour les employeurs, les règlements européens de coordination des régimes de sécurité sociale (1) posent un certain nombre de règles, dont le principe de l'unicité de la législation applicable qui garantit le rattachement des individus à un régime de sécurité sociale et un seul. C'est ainsi que les travailleurs non-fonctionnaires sont en principe soumis à la *lex loci laboris* (2). Des règles particulières s'appliquent cependant en cas de détachement temporaire (3) ou de pluriactivité, c'est-à-dire lorsque le travailleur exerce une ou des activités dans au moins deux États membres (4). Dans ces situations, le principe de l'application territoriale des systèmes de sécurité sociale est en effet écarté et les travailleurs vont exercer une activité professionnelle sur le territoire d'un État membre tout en étant rattachés au régime de sécurité sociale d'un autre État. Il en résulte, le cas échéant, une situation de concurrence sociale sur le territoire où est temporairement ou partiellement exécuté le travail, qui est parfaitement licite si elle correspond à l'un des cas autorisés d'exportation de la loi de sécurité sociale et si, de surcroît, elle s'inscrit dans la logique européenne de développement des libertés de

circulation des personnes et des services.

Mais loin de rester confinée, la concurrence sociale se déploie aussi en dehors des cadres autorisés, ce qui menace l'équilibre des systèmes sociaux nationaux des pays d'accueil. Face à ce phénomène, certains États comme la France ont fait de la lutte contre la fraude et la concurrence sociale déloyale une priorité. Ils doivent cependant composer avec les exigences du droit européen dont l'objectif premier reste la promotion de la libre circulation des personnes et des services. En témoigne le système de sécurisation de la loi de sécurité sociale applicable aux travailleurs détachés ou pluriactifs, lequel constitue une solide garantie pour l'exercice des libertés de circulation mais un obstacle sérieux au contrôle et à la sanction des situations irrégulières, frauduleuses ou abusives. Au coeur du dispositif, le certificat E101, devenu le document portable A1, qui crée à l'égard de son titulaire une présomption de rattachement au régime de sécurité sociale du pays de l'institution émettrice.

La force probante attachée à ce formulaire fait l'objet de critiques particulièrement vives ces dernières années dans la mesure où elle entrave l'action des institutions de l'État d'accueil dans la lutte contre la fraude sociale. Bien plus, des initiatives, dont la compatibilité au droit européen interroge, ont été prises au niveau national. En France, notamment, ce sont les juges répressifs qui, à l'occasion de poursuites engagées pour travail dissimulé, ont décidé d'ignorer les certificats E101 produits, au motif qu'ils avaient été délivrés dans des situations ne relevant pas des prévisions des règlements de coordination, avec en arrière-plan l'idée que l'effet contraignant attaché au formulaire ne concernerait pas les juridictions répressives (5). Ces décisions retentissantes ont fait l'objet de commentaires tranchés : condamnées par certains en raison de leur incompatibilité avec le droit européen (6), elles ont été saluées par d'autres comme des avancées dans la lutte contre les pratiques frauduleuses et abusives (7).

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation est elle aussi confrontée à la présomption résultant du formulaire E101 lorsqu'une contestation s'élève au sujet d'un redressement de cotisations sociales décidé par l'union de recouvrement des cotisations de la sécurité sociale et d'allocations familiales (Urssaf) au motif que le salarié aurait dû être affilié en France. Plus

nuancée que la chambre criminelle, cette formation de la Cour de cassation apparaît également plus respectueuse de la jurisprudence européenne comme en témoigne, dans l'affaire A-Rosa, le renvoi à l'Assemblée plénière d'une proposition de question préjudicielle sur la portée du E101 alors que, manifestement, la situation n'entrait pas dans le champ matériel de la disposition sur la base de laquelle il avait été délivré (8).

Les faits concernaient une société allemande, A-Rosa Flussschiff GmbH, qui exploitait deux bateaux de croisière fluviale en France dont la gestion était confiée à une succursale établie en Suisse. À bord de chaque bateau, étaient employés respectivement 45 et 46 travailleurs saisonniers, de nationalités diverses, liés à l'employeur allemand par des contrats de travail de droit suisse et affiliés à la sécurité sociale de ce pays.

Lors d'un contrôle inopiné de l'Urssaf réalisé sur les bateaux, la société allemande a fourni un premier lot d'attestations E101 délivrées pour l'année 2007 par l'institution compétente helvétique sur le fondement de l'article 14 § 2 a) i) du règlement (CEE) n° 1408/71 dont les dispositions s'appliquent dans les rapports entre l'Union européenne (UE) et la Suisse en application d'un accord spécifique Communauté européenne (CE)-Suisse. Plusieurs irrégularités ayant été relevées, l'Urssaf a décidé d'un redressement de cotisations sociales pour un montant de 2 024 123 €. La société A-Rosa a contesté cette décision devant le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS), lequel a rejeté la demande au motif que l'activité en cause étant entièrement tournée vers le territoire français et y étant exercée de façon habituelle, stable et continue, la société ne pouvait se prévaloir de l'article 14 § 2 du règlement (CEE) n° 1408/71 qui ne s'applique qu'aux situations dans lesquelles l'activité est exercée sur les territoires d'au moins deux États.

La société A-Rosa a interjeté appel du jugement devant la cour d'appel de Colmar.

À ce stade de la procédure et par lettre du 27 mai 2011, l'Urssaf a adressé à l'institution suisse une demande de retrait des certificats E101. Par lettre du 8 août 2011, la caisse suisse, admettant implicitement la possibilité d'une erreur, indiquait avoir fait obligation à la société de décompter les cotisations sociales « conformément au droit du pays respectif pour les personnes ne travaillant

effectivement que dans un État membre ». Elle demandait par ailleurs à l'Urssaf, eu égard au fait que, pour 2007, toutes les cotisations de sécurité sociale avaient été décomptées et payées en Suisse, « de renoncer à une correction à titre rétroactif de l'assujettissement au régime français ».

Devant la cour d'appel, la société allemande a fourni un deuxième lot d'attestations E101 délivrées par l'institution suisse au titre des années 2005 et 2006. Les juges ont néanmoins rejeté son recours par un arrêt du 12 septembre 2013. Après avoir relevé que les certificats avaient à tort été émis au titre de l'article 14 § 2, sous a), concernant les salariés itinérants du secteur des transports et avaient été fournis en deux lots, ils ont constaté que les salariés n'exerçaient leur activité qu'en France, de telle sorte qu'A-Rosa n'avait pas justifié des conditions permettant le rattachement des salariés à une autre loi que celle du pays d'emploi.

La société s'est alors pourvue en cassation devant la deuxième chambre civile en invoquant la portée reconnue par le droit européen au certificat E101 qui, tant qu'il n'est pas retiré par l'institution émettrice, s'impose aux institutions des autres États membres. L'affaire a été renvoyée devant l'Assemblée plénière, qui décidait, par un arrêt du 6 novembre 2015, d'interroger la CJUE pour qu'elle dise si l'effet attaché au certificat E101 s'impose, « d'une part, aux institutions et autorités de l'État d'accueil, d'autre part aux juridictions du même État membre, lorsqu'il est constaté que les conditions de l'activité du travailleur salarié n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel des règles dérogatoires de l'article 14, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 1408/71 ».

Il s'agissait en fait pour la juridiction française de demander à la CJUE un infléchissement de sa jurisprudence relative à l'effet contraignant des certificats E101/A1 dans l'hypothèse où le juge du pays d'emploi constate que, manifestement, les faits en cause n'entrent pas dans le champ matériel des dispositions des règlements de coordination dérogeant au principe de territorialité de la législation de sécurité sociale applicable.

Cependant, loin d'infléchir sa jurisprudence, la CJUE la conforte. Elle réaffirme en effet que la portée attachée au certificat E101 s'impose à l'égard de toutes les institutions de l'État d'emploi, y

compris lorsqu'il a été délivré dans une situation qui manifestement ne correspond pas aux prévisions des textes, et rappelle que le principe de coopération loyale exclut tout recours dans le pays d'accueil (I). Mais si la Cour écarte tout infléchissement, la décision ne vaut que pour les situations telles que celle visée par la question dont elle était saisie. Or, en l'espèce, comme un auteur l'avait souligné, la question préjudicielle concernait la portée du certificat E101 en cas d'« erreur manifeste d'application des règles de conflit de lois » (9) par l'institution émettrice. Il en résulte que l'arrêt ne préjuge en rien de la solution qui pourrait être retenue en cas de fraude ou d'abus de droit de l'employeur ou, le cas échéant, du travailleur. Au contraire, le cantonnement de la décision mais aussi l'évolution du droit de l'Union peuvent laisser penser que la Cour de justice pourrait, et elle en aura l'opportunité dans les prochains mois, consacrer un infléchissement dans ce cas, même si les difficultés soulevées incitent à la prudence (II).

### ***I. - L'absence d'infléchissement de la jurisprudence en cas d'erreur manifeste d'appréciation de l'institution émettrice***

Document administratif créé par la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale (CACSSS) (10) en vertu des compétences qui lui sont dévolues par les règlements de coordination, le certificat E101, devenu A1, contribue à la promotion de la libre circulation des personnes et des services en garantissant l'unicité de la législation de sécurité sociale applicable et en sécurisant la situation des salariés détachés ou pluriactifs et de leurs employeurs. La réalisation de cet objectif dépend très largement de la portée de ce document qui ne saurait pouvoir être aisément remis en cause sans risquer d'entraver la mobilité des travailleurs.

Précisée par la Cour de justice sous l'empire du règlement (CEE) n° 1408/71, la portée du certificat E101/A1 est désormais fondée sur le règlement d'application (CE) n° 987/2009 (art. 5 § 1). Entré en vigueur le 1er mai 2010, ce texte n'était pas applicable à l'espèce mais l'arrêt s'y réfère tout de même, les dispositions relatives à la portée du certificat reprenant les apports de la jurisprudence antérieure. En effet, cette question avait, dans les années 1990, suscité des discussions que la Cour

de justice des Communautés européennes (CJCE) avait tranchées avec les arrêts Fitzwilliam (FTS), Barry Bank et Herbosch Kiere (11), en conférant au E101 une portée maximale à l'égard des institutions du pays d'accueil. Ce sont ces solutions que confirme l'arrêt A-Rosa qui rejette tout inflexion de jurisprudence, y compris lorsque, comme en l'espèce, le formulaire a été délivré dans une situation où manifestement il n'aurait pas dû l'être. Sont ainsi réaffirmés, d'une part, l'effet contraignant du certificat à l'égard des institutions des États membres autres que l'État d'émission (A), d'autre part, le caractère exclusif des recours définis par le droit de l'UE et, le cas échéant, dans le pays émetteur (B).

### *A - Un effet maximal à l'égard des institutions du pays d'accueil conforté*

Pour la CJUE, le fonctionnement de la coordination des régimes de sécurité sociale repose sur le principe de coopération loyale entre les États membres qu'énonce l'article 4 § 3 du Traité sur l'Union européenne (TUE). De ce principe que le professeur Rodière qualifie de principe de valeur « quasi constitutionnelle » (12), découlent des obligations à la charge des institutions nationales qui touchent notamment aux conditions de délivrance des E101/A1 pour les institutions émettrices et à l'effet qui y est attaché pour les institutions du pays d'accueil. Dans la logique du système, ces obligations sont indissociables : les conditions d'octroi qui s'imposent aux unes justifient l'effet contraignant du certificat à l'égard des autres. Cependant, ces obligations ne sont pas d'importance équivalente et l'équilibre de l'ensemble n'est qu'apparent (13). En effet, si les obligations des institutions émettrices sont minimales et leur violation de peu de conséquences, la portée du certificat est en revanche maximale pour les institutions du pays d'accueil à l'égard desquelles il s'impose tant qu'il n'est pas retiré ou déclaré invalide dans le pays de l'institution émettrice (14).

Ainsi, l'effet contraignant du certificat concerne les institutions administratives mais aussi, comme le confirme l'arrêt, les juridictions du pays d'accueil.

Pour ce qui est des institutions administratives, la Cour précise que le certificat E101 délivré au titre de l'article 14 § 2, sous a), lie les institutions de sécurité sociale. Il en résulte que les autres institutions, en particulier l'inspection du travail, ne sont pas tenues par les mentions qui y sont portées. La solution découle de l'autonomie des règles de résolution des conflits de lois en droit du travail et en matière de sécurité sociale. Or, le certificat E101/A1 est un document administratif relevant du domaine matériel des règlements de coordination ; il est étranger au droit du travail (15).

Mais ce que souhaitait avant tout savoir la Cour de cassation, c'est si l'effet contraignant du certificat s'impose également aux juridictions du pays d'accueil. La question avait été tranchée positivement par l'arrêt *Herbosch Kiere* (16) mais l'article 5 du règlement (CE) n° 987/2009 visant pour sa part les institutions sans plus de précision, on pouvait s'interroger sur son effet contraignant à l'égard des juges. L'arrêt *A-Rosa* lève toute hésitation : le certificat lie « tant les institutions de sécurité sociale de l'État membre dans lequel le travail est effectué que les juridictions de cet État membre ». On notera que la Cour ne distingue pas entre les juridictions : toutes sont donc concernées dès lors que la solution du litige dépend de la loi de sécurité sociale applicable.

La solution ne va cependant pas de soi. Comme le soulignait un auteur à propos de l'arrêt *Herbosch Kiere*, « sans fournir le moindre argument, la Cour passe de l'effet obligatoire envers une institution de sécurité sociale impliquée en tant que partie à l'effet obligatoire envers un juge institutionnellement indépendant et impartial » (17). Pour justifier ce glissement, elle invoque l'exigence de coopération loyale entre les États. Mais l'argument peine à convaincre, la coopération loyale aboutissant à priver les juges de l'État d'accueil de leur pouvoir de contrôle alors même que l'institution de sécurité sociale du pays de rattachement ne respecterait pas ses propres obligations - appréciation correcte des faits pertinents, formulaire dûment complété, etc. Difficile dans ces conditions de lutter contre les pratiques illicites et ce d'autant plus que le formulaire peut être délivré tardivement.

En effet, même si la Cour n'était pas spécialement interrogée sur ce point, il ressort de l'espèce que le caractère tardif de la demande et/ou de la délivrance du certificat n'en affecte pas la portée (18).



Il est en effet admis depuis l'arrêt *Barry Bank* (19) que, si le certificat doit être de préférence demandé et délivré avant le début de la période d'activité du salarié dans le pays d'accueil, rien ne s'oppose à ce qu'il le soit au cours de cette dernière ou même après. Deux arguments sont invoqués à l'appui de la solution. D'abord, les règlements ne prévoient pas de délai pour la présentation de la demande et la délivrance de l'attestation. Ensuite, le certificat ne crée pas de droits. Pour la Cour de justice, c'est un document « purement déclaratif » (20) qui ne fait qu'attester de l'affiliation de l'intéressé dans l'État d'émission. Il peut donc produire effet même lorsqu'il est demandé et délivré a posteriori. Dans ce cas, il résulte du point 6 de la décision n° 181 de la Commission administrative du 13 décembre 2000 que le certificat « peut avoir un effet rétroactif », ce qui suscite bon nombre de problèmes (v. infra).

On peut regretter que le caractère tardif, voire très tardif, de la demande de formulaire ne puisse être considéré comme fautif et autoriser les institutions du pays d'accueil à ne pas en tenir compte. A minima, il justifierait une adaptation de la procédure de délivrance impliquant l'obligation pour l'institution sollicitée d'entrer en contact avec l'institution du pays d'accueil avant de prendre une décision (21). De même, il est difficile d'admettre que le certificat délivré a posteriori puisse, en cas d'erreur manifeste, empêcher l'application correcte des règles de conflit de lois édictées par les règlements. Certes, la Cour de justice considère que leur application dépend uniquement « de la situation objective dans laquelle se trouve le travailleur » mais, dans les faits, c'est la réalité constatée par le certificat qui prime.

Il est à noter que la proposition de révision des règlements de coordination émanant de la Commission européenne (22) pourrait, si elle était adoptée, permettre de lutter contre les dérives liées à l'inertie des institutions de sécurité sociale. En particulier, le texte prévoit de déléguer à la Commission européenne le pouvoir de prendre des actes d'exécution pour définir une procédure-type de délivrance du certificat qui serait assortie de délais (23). La disposition suscite cependant des réserves qui font douter de son adoption. Ainsi, selon une résolution du Sénat (24), elle méconnaîtrait le principe de subsidiarité dans la mesure où les actes d'exécution ne sont pas transmis aux parlements nationaux pour contrôle du respect du principe. Pour les sénateurs, la lutte contre les fraudes passe par la sécurisation du formulaire, la possibilité d'en obtenir la

déqualification par le juge en cas de doute sur sa véracité et la nécessité d'une procédure de déclaration préalable, ce qui implique des débats approfondis entre les colégislateurs que ne permet pas le recours aux actes d'exécution. On notera par ailleurs qu'aucune disposition proposée n'envisage la question des demandes de formulaire tardives.

Ainsi, pour l'heure, même en cas d'erreur manifeste de l'institution émettrice et même lorsque le certificat a été délivré a posteriori, les institutions administratives et les juridictions du pays d'accueil ne peuvent l'écarter. L'avocat général dans l'affaire A-Rosa justifie la solution par le risque de décisions contradictoires « au vu de la complexité de la réglementation concernée et des intérêts nationaux qui prévalent en matière de sécurité sociale » (pt 51). Quant à la Cour de justice, elle rappelle que les institutions du pays d'accueil ne sont pas privées de moyens d'action ; en cas de doute sur la réalité ou la qualification des éléments de fait ayant conduit à la délivrance du certificat, des voies de recours existent qui sont, il est vrai, exclusives de tout recours dans le pays d'accueil.

### *B - Des voies de recours exclusives de toute action dans le pays d'emploi confirmées*

Lorsqu'une institution émet des doutes sur l'exactitude des faits attestés par un certificat E101/A1 ou, comme en l'espèce, constate une erreur manifeste d'appréciation, l'arrêt rappelle l'existence de deux types de recours possibles et l'exclusion de toute action dans un État membre autre que celui où le certificat a été établi. Il balaie ce faisant les arguments, pourtant éprouvés, de la juridiction française tenant à l'inefficacité de ces procédures et au risque de concurrence déloyale et de dumping social qui en résulte.

En premier lieu, l'institution du pays d'accueil peut, le cas échéant, contester la validité du certificat devant la juridiction du pays de l'institution qui l'a délivré. En effet, une telle action ne déroge pas à

la répartition des compétences entre les États membres instaurée par les règlements « qui font de l'institution émettrice la seule compétente pour apprécier la validité du certificat » (25). Encore faut-il cependant qu'un tel recours existe dans l'État concerné et que les institutions des autres États membres puissent les exercer. À supposer que tel soit le cas, les obstacles matériels à l'engagement d'une telle action en justice et l'incertitude du résultat rendent cette voie de recours théorique.

Mais il existe, en second lieu, une procédure européenne dont les grandes lignes avaient été définies par la Cour de justice dans l'arrêt *Barry Bank* et précisées dans une décision de la Commission administrative (26). Elles ont été reprises depuis à l'article 5 du règlement (CE) n° 987/2009 et détaillées dans la décision A1 de la Commission administrative adoptée le 12 juin 2009. Sans entrer dans le détail, rappelons que cette procédure se déroule en deux temps : une phase de dialogue entre les deux institutions en désaccord et, en l'absence de solution dans un délai raisonnable, une phase de conciliation devant la Commission administrative.

Cependant, comme le soulignait la France pour justifier un infléchissement de la jurisprudence européenne, pour plusieurs raisons, cette procédure ne permet pas de garantir l'application correcte des règles de conflit de lois.

Tout d'abord, elle postule l'existence d'institutions de sécurité sociale ayant la volonté et les moyens de collaborer avec celles des autres États membres. Or, la réalité est souvent tout autre, dans un contexte de compétition et d'inégalité économiques des États membres mais sans doute aussi en l'absence de réelle sanction à l'égard des États défaillants.

Elle est par ailleurs inappropriée, tout à la fois trop lourde et trop longue. Ainsi, la Commission administrative ne peut être saisie qu'en cas d'échec de la procédure de dialogue laquelle comporte, le cas échéant, deux phases. En principe, la première phase n'excède pas trois mois, une prolongation de trois mois étant cependant possible si l'institution requise estime que la complexité du dossier le justifie. En outre, la limite de six mois n'est pas absolue ; les États membres concernés peuvent y déroger en raison des circonstances. Au terme de cette première phase, une deuxième phase de dialogue peut être engagée par les autorités compétentes des États membres

concernés (maximum six semaines) qui peuvent cependant préférer saisir directement la Commission administrative qui dispose alors d'un délai de six mois, non pas pour trancher l'affaire, mais pour tenter une conciliation.

Or, les chances d'aboutir à une conciliation, au terme de ce long processus, sont plutôt minces. Une raison tient à la composition de la Commission administrative. Y siègent en effet des représentants des gouvernements des trente-deux États auxquels s'appliquent les règlements de coordination (27), ce qui lui confère une dimension plus politique que technique. Le nombre de personnes habilitées à siéger aggrave probablement les choses. Les statuts adoptés en 2010 prévoient un maximum de quatre personnes par délégation auxquelles il convient d'ajouter le représentant de la Commission européenne, accompagné le cas échéant de deux ou trois personnes. On imagine mal une conciliation menée efficacement dans ces conditions même si la Commission administrative peut décider de saisir le comité de conciliation (conciliation board) constitué en application de ses statuts. Le risque d'échec des conciliations s'explique sans doute aussi par le fait que le dernier mot revient à l'institution émettrice. Il est vrai que, selon la Cour de justice (28), l'État de cette dernière ne serait pas à l'abri d'une procédure en manquement sur le fondement de l'article 259 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), afin « de permettre à la Cour d'examiner à l'occasion d'un tel recours, la question de la législation applicable audit travailleur et, partant, l'exactitude des mentions figurant dans le certificat ». La possibilité d'un tel recours avait suscité un certain scepticisme au lendemain de l'arrêt FTS (29) et force est de constater que la voie n'a jamais été empruntée (30).

Pourtant difficilement contestables, les arguments des autorités françaises tenant à l'inefficacité de la procédure et au risque de concurrence déloyale ou de dumping social en résultant, sont rejetés par le Cour de justice. Pour elle, la preuve d'une telle inefficacité et d'un tel risque n'était pas rapportée alors que les autorités françaises invoquaient de « prétendues déficiences de la procédure » sans avoir « ni épuisé la voie du dialogue avec la caisse d'assurance sociale suisse ni même tenté de saisir la Commission administrative ».

Il convient de souligner que si elle venait à être adoptée, la proposition de révision des règlements

permettrait d'accélérer la phase de dialogue entre institutions (31). Le texte prévoit en effet de ramener de trois mois à vingt-cinq jours ouvrables le délai de réponse de l'institution sollicitée et ce apparemment, sans prolongation possible. Bien plus, lorsque cette dernière estimerait ne pas avoir commis d'erreur, elle devrait fournir à son homologue l'ensemble des pièces justificatives dans le délai imparti, lequel serait ramené à seulement deux jours ouvrables « en cas d'urgence clairement motivée dans la demande ». Il est vrai qu'en cas de désaccord persistant, l'institution requérante devrait présenter une nouvelle requête, l'institution requise disposant à nouveau et selon l'hypothèse d'un délai de vingt-cinq ou de deux jours ouvrables pour répondre. Quoiqu'il en soit, la procédure de dialogue s'en trouverait considérablement raccourcie. En revanche, aucune disposition ne concerne la procédure de conciliation.

Ainsi, dans l'intérêt de la sécurité juridique des personnes, le système de répartition des compétences entre le pays d'institution émettrice et les autres États membres prive les institutions de ces derniers de toute possibilité d'action à l'encontre des employeurs dont les salariés seraient affiliés à un régime de sécurité sociale pourtant manifestement inapplicable. Il n'est cependant pas certain que la solution serait la même si une fraude ou un abus de droit de l'employeur ou, le cas échéant, du travailleur était établi.

## ***II. - Un infléchissement possible mais délicat en cas de fraude ou d'abus de droit de l'employeur ou du travailleur***

La portée attachée au formulaire E101/A1 constitue probablement un mal nécessaire, y compris en cas d'erreur manifeste d'appréciation de la situation par l'institution émettrice, pour garantir la circulation des personnes et des services. Il est en revanche difficilement acceptable que ce document puisse permettre de couvrir des situations de fraude ou d'abus de droit et garantir l'impunité aux protagonistes. Or, si la Cour ne s'est jamais prononcée sur la portée du certificat E101 dans ce cas, elle en aura précisément l'opportunité dans les mois prochains et pourrait, dans le contexte actuel qui fait de la lutte contre la fraude une priorité, consacrer une exception (A). Il

est vrai cependant que les difficultés liées à la neutralisation de l'effet contraignant du certificat E101/A1 incitent à la prudence (B).

### *A - Une dynamique favorable à la neutralisation du certificat E101 en cas de fraude ou d'abus de droit*

L'une des difficultés à laquelle se heurtent les autorités de contrôle des États membres tient au fait que, sauf hypothèse où le certificat E101/A1 aurait été délivré dans une situation ne relevant pas du champ d'application des règlements de coordination européens (32), la CJUE ne consacre aucune exception à la présomption de rattachement au régime de sécurité sociale de l'institution émettrice. Il en résulte que les institutions du pays d'accueil sont privées de tout moyen d'action autre que ceux résultant de la coopération entre États, y compris lorsqu'elles constatent des pratiques constitutives, à leur sens, de fraude ou d'abus de droit. Dans ce contexte, des initiatives nationales ont été prises dans plusieurs États membres d'accueil pour mettre fin à l'impunité des fraudeurs et, sans doute aussi, pour bousculer le cadre européen. Ces différentes initiatives interviennent dans un contexte européen propice à un rééquilibrage entre d'un côté la garantie des libertés de circulation et de l'autre la lutte contre la fraude et l'abus de droit.

Les évolutions, récentes et à venir, du droit européen en matière de détachement dans le cadre des prestations de services (33) sont emblématiques de cette tendance. Cependant, les premiers pas vers une prise en compte de la fraude et de l'abus de droit sont à mettre au crédit de la Cour de justice qui, dans l'arrêt Paletta 2, du 2 mai 1996, décidait pour la première fois que les particuliers « ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir du droit communautaire » (34). Il est vrai, comme cela a pu être souligné, que la prise en compte de la fraude ou de l'abus de droit par la Cour de justice diffère en fonction des domaines (35). Avancée dans le champ de l'harmonisation, elle est en revanche plus laborieuse dans les autres secteurs du droit, comme celui qui nous intéresse, où prévaut la reconnaissance mutuelle (36). En effet, dans ces derniers, le contrôle de la

Cour de justice porte, généralement, non pas sur le comportement frauduleux ou abusif de l'intéressé, mais sur la mesure anti-abus mise en place au niveau national que la Cour apprécie à l'aune de la théorie des raisons impérieuses d'intérêt général. Or, on sait la rigueur avec laquelle la Cour de justice exerce ce type de contrôle.

Certes, la lutte contre la fraude constitue désormais, au même titre que la protection des travailleurs, un motif impérieux d'intérêt général justifiant des restrictions aux libertés de circulation (37). Cependant, la Cour de justice n'admet qu'avec parcimonie les restrictions aux libertés de circulation par les réglementations nationales, y compris lorsqu'il s'agit de lutter contre la fraude sociale (38). Il n'empêche que dans le contexte actuel marqué par la volonté, y compris au niveau de l'UE, de lutter plus efficacement contre la fraude et l'abus de droit en matière sociale, la Cour de justice, saisie d'un recours en manquement contre la Belgique à propos d'une législation autorisant les autorités de contrôle à s'affranchir du certificat E101/A1 en cas de fraude ou d'abus de droit, pourrait peut-être infléchir sa jurisprudence (39). Sa décision est en tout cas très attendue.

Cependant, dans le champ de la coordination des systèmes de sécurité sociale, rien ne s'oppose à ce que la Cour de justice décide que la fraude ou l'abus de droit commis par une personne neutralise le certificat E101/A1. L'arrêt A-Rosa n'exclut pas cette possibilité dans la mesure où, comme le relevait l'avocat général, la juridiction de renvoi n'a fourni aucune indication permettant d'affirmer qu'il s'agirait, en l'espèce, « comme semblent l'alléguer l'Urssaf d'Alsace et le gouvernement français, d'un cas de fraude ou d'abus de droit de la part d'A-Rosa ou des travailleurs concernés » (pt 36). Il en résulte que l'arrêt ne préjuge en rien de la solution qui pourrait être retenue en cas de fraude ou d'abus de droit. Bien plus, pour l'avocat général, il ne saurait être exclu « qu'il puisse être nécessaire, à l'avenir, d'apporter des précisions quant à l'applicabilité de la jurisprudence sur l'effet contraignant du certificat E101 aux situations dans lesquelles un tel abus ou une telle fraude a été constaté » (pt 85).

La Cour de justice pourrait donc limiter l'effet contraignant du certificat E101/A1, lorsqu'il est établi que celui-ci a été obtenu frauduleusement ou utilisé dans le but de contourner la loi de sécurité sociale applicable. L'occasion lui en est donnée, encore une fois, par une juridiction belge

à l'origine d'une question préjudicielle tendant à savoir si un juge autre que celui de l'État membre d'envoi peut, sans méconnaître le droit européen, annuler ou écarter un certificat E101 lorsque « les faits soumis à son appréciation permettent de constater que ledit certificat a été obtenu ou invoqué de manière frauduleuse » (40).

Toutefois, même si la Cour de justice admettait la neutralisation du certificat E101/A1, elle ne le ferait probablement que de manière restrictive en raison des difficultés soulevées par sa mise en oeuvre.

### *B - Les difficultés résultant de la neutralisation du certificat E101/A1 en cas de fraude ou abus de droit*

Si elle venait à être admise, la neutralisation du certificat E101/A1 en cas de situation frauduleuse ou d'abus de droit risquerait de nuire aux libertés de circulation si elle devait générer une trop grande incertitude. Pour assurer une certaine sécurité juridique, les situations concernées ne devraient pas pouvoir susciter de discussion. Définir la fraude pourrait être utile et l'on notera que la proposition de révision des règlements de coordination envisage la définition suivante : « Fraude : le fait de poser, ou de s'abstenir de poser, volontairement certains actes, en vue d'obtenir des prestations de sécurité sociale ou de tourner l'obligation de cotiser à la sécurité sociale, en violation du droit interne d'un État membre » (art. 2, pt 4). Il s'agit cependant d'une définition générale qui ne permettrait pas d'exclure des divergences d'appréciation entre les institutions de sécurité sociale concernées. L'institution ayant délivré le certificat sur la base d'éléments considérés comme frauduleux par l'institution du pays d'accueil pourrait ne pas partager l'analyse de celle-ci et confirmer le rattachement du travailleur à son régime.

Pour éviter les décisions contradictoires qui mettraient à mal le système, il serait primordial que les situations frauduleuses ou abusives soient précisément identifiées ou, à tout le moins, clairement



identifiables. Ce serait, le cas échéant, à la Cour de justice de préciser les situations ou les éléments que les institutions et juridictions nationales pourraient prendre en compte pour retenir la fraude ou l'abus de droit. Mais nécessaire, l'identification en amont des comportements frauduleux ou abusifs n'exclut pas pour autant la question des voies de recours en cas d'appréciations divergentes. Dans ce cas, le principe de coopération loyale reprendrait logiquement ses droits. Mais quel serait le régime de sécurité sociale applicable pendant la phase de dialogue, sachant que le principe d'unicité de la législation applicable exclut un double rattachement ? Pourrait-on envisager dans ce cas un renversement de la présomption d'affiliation et l'application provisoire de la législation du pays d'activité ?

La neutralisation du certificat E101/A1 soulève un autre problème, qui peut également se présenter en cas de retrait avec effet rétroactif du formulaire. Il s'agit du règlement des conséquences financières à l'égard du régime de sécurité sociale auquel était frauduleusement ou abusivement rattaché le travailleur, lorsque les cotisations sociales ont été régulièrement versées au profit de ce régime et des prestations éventuellement servies (ou des droits acquis) par le travailleur. Ici encore, on peut penser que le principe de coopération loyale impliquerait qu'une solution soit trouvée dans le cadre d'une procédure de dialogue entre les institutions ; cela implique que les institutions partagent la même analyse de la situation. C'est ce qu'avait tenté de faire l'institution suisse dans l'affaire A-Rosa en demandant à l'Urssaf de ne pas procéder à un redressement rétroactif, demande à laquelle l'Urssaf n'avait pas donné suite. Mais quel recours en l'absence de solution amiable ?

La fraude et l'abus de droit devraient entraîner l'affiliation rétroactive du travailleur au régime du pays dans lequel le salarié exerce son activité. Cependant, en l'absence de prévisions particulières des règlements de coordination concernant le règlement des conséquences financières de la modification rétroactive de la législation applicable (41), l'employeur pourrait-il être contraint de verser rétroactivement l'intégralité des cotisations dues et des éventuelles pénalités auprès de ce régime alors qu'il a déjà versé des cotisations dans un autre pays ? En revanche, c'est dans le cadre de la compensation entre institutions, telle que prévue à l'article 72 du règlement (CE) n° 987/2009, que devrait être effectué le remboursement des prestations en nature et en espèces servies au travailleur ou à ses proches par l'institution émettrice. À noter que le travailleur pourrait,

le cas échéant, se retourner contre l'institution compétente pour réclamer le paiement de la différence entre les prestations perçues et les prestations plus avantageuses dues au titre de la législation applicable.

On imagine aisément la complexité des conséquences d'une correction rétroactive de la situation qu'engendrerait la neutralisation pure et simple du certificat E101/A1. Certes, les difficultés sont identiques lorsque l'institution émettrice décide du retrait d'un certificat, à ceci près que dans ce cas les conséquences du changement de rattachement peuvent faire l'objet d'un dialogue entre les institutions. Cette complexité peut parfois conduire l'institution qui a perçu les cotisations à tort à délivrer un certificat a posteriori ou à refuser de le retirer. C'était semble-t-il le cas de l'institution suisse dans l'affaire A-Rosa.

Il convient de souligner que la proposition de révision des règlements de coordination envisage de préciser les modalités de règlement des prestations et cotisations indûment servies ou versées, non seulement « en cas de liquidation provisoire des prestations », mais aussi en cas de « modification rétroactive de la législation applicable » (42). Plus précisément, l'institution ayant indûment versé les prestations en espèces ou en nature disposerait d'un délai de trois mois à compter de la détermination de la législation applicable, pour en adresser le décompte à l'institution compétente qui devrait lui en rembourser le montant. De même, l'institution ayant indûment perçu des cotisations devrait les transférer à l'institution compétente dans la limite du montant prévu par la législation applicable, le solde étant, le cas échéant, directement versé à la personne concernée.

Ainsi, indépendamment de l'intervention de la CJUE qui devrait bientôt se prononcer sur la portée du certificat E101/A1 obtenu ou invoqué de manière frauduleuse, la proposition de révision des règlements de coordination présentée par la Commission européenne fin 2016 contient plusieurs mesures de nature à limiter l'instrumentalisation des certificats A1 (même si elle ne va pas jusqu'à en admettre la neutralisation et s'en tient au retrait) et à lutter plus efficacement contre les fraudes. Ce qui surprend, en revanche, c'est la modestie des propositions tendant à améliorer l'efficacité des voies de recours en cas de différend entre institutions, même si le raccourcissement des délais de la procédure de dialogue, notamment en cas d'urgence clairement motivée, constitue une avancée.

Pourtant, on ne peut s'empêcher de penser que nombre des critiques concernant le certificat E101/A1 perdraient de leur vigueur si les États acceptaient de substituer à la procédure de conciliation une procédure d'arbitrage : plus simple, plus rapide et apte à trancher les différends.

(1) Règl. CEE n° 1408/71, 14 juin 1971 ; Règl. CEE n° 883/2004, 29 avr. 2004.

(2) Règl. CEE n° 1408/71, art. 13 ; Règl. CEE n° 883/2004, art. 11.

(3) Règl. CEE n° 1408/71, art. 14 § 1 ; Règl. CEE n° 883/2004, art. 12.

(4) Règl. CEE n° 1408/71, art. 14 § 2 ; Règl. CEE n° 883/2004, art. 13.

(5) Crim., 11 mars 2014, n° 12-81.461, Vueling Airlines, Bull. crim., n° 75 ; D. 2014. 671 ; Dr. soc. 2014. 827, chron. R. Salomon ; RSC 2014. 355, obs. A. Cerf-Hollender ; RTD eur. 2015. 348-30, obs. B. Thellier de Poncheville et Crim., 11 mars 2014, n° 11-88.420, Easy Jet, D. 2014. 670 ; Dr. soc. 2014. 827, chron. R. Salomon ; RTD eur. 2015. 348-30, obs. B. Thellier de Poncheville, Bull. crim., n° 74.

(6) J.-C. Fillon, Easyjet et Vueling : un trou d'air dans l'application du droit européen, Liaisons soc. Europe 2014, n° 350, p. 5 ; J.-P. Lhernould, Certificat E101/A1 : il est indispensable de saisir la Cour de justice de l'Union européenne, Dr. soc. 2014. 1050 ; N. Chavier et L. Chabaud, Affaire Easyjet et Vueling Airlines. Une atteinte grave à la primauté du droit de l'Union européenne, Sem. soc. Lamy 2014. 1641.

(7) H. Guichaoua, Une avancée remarquable dans la lutte contre le travail illégal et le dumping social du fait des entreprises étrangères : les arrêts Easyjet et Vueling, Dr. ouvrier 2014. 385 ; F. Muller, Face aux abus et contournements, la directive d'exécution de la directive détachement est-elle à la hauteur ?, Dr. soc. 2014. 788.

(8) On rappellera que dans l'affaire Vueling, la chambre criminelle avait refusé de saisir la CJUE.

(9) J.-P. Lhernould, Portée des certificats E101 (A1) attestant de la législation de sécurité sociale applicable : la CJUE saisie d'une question préjudicielle, Dr. soc. 2015. 1040.

(10) Auparavant, Commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants.

(11) CJCE, 10 févr. 2000, n° C-202/97, Fitzwilliam Executive Search Ltd c/ Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen, D. 2000. 64 ; Dr. soc. 2003. 859, chron. S. Van

Raepenbusch ; RTD eur. 2003. 529, chron. P. Rodière - CJCE, 30 mars 2000, n° C-178/97, Barry Banks e.a. c/ Théâtre royal de la Monnaie, D. 2000. 120 ; Dr. soc. 2003. 859, chron. S. Van Raepenbusch ; RTD eur. 2003. 529, chron. P. Rodière - CJCE, 26 janv. 2006, n° C-2/05, Rijksdienst voor Sociale Zekerheid c/ Herbosch Kiere NV, D. 2007. 465, obs. F. Meyer.

(12) P. Rodière, le détachement de travailleurs dans l'UE : une zone d'affrontements (deuxième partie), Sem. soc. Lamy 2014, n° 1629, spéc. p. 9.

(13) En ce sens, P. Rodière, préc. Il convient cependant de souligner que la proposition de révision des règlements de coordination présentée par la Commission le 13 décembre 2016 devrait permettre un rééquilibrage. Le texte prévoit en effet de renforcer les obligations des institutions qui délivrent le document portable A1 pour garantir l'exactitude des éléments consignés et de fixer des délais clairs pour les échanges d'informations.

(14) Règle jurisprudentielle désormais inscrite au Règl. CE n° 987/2009, art. 5.

(15) Cependant, dans le champ particulier du détachement du travailleur dans le cadre d'une prestation de services - dont ne relève pas l'affaire A-Rosa, on peut se demander si le rapprochement des notions et les interactions qui ont été consacrées dans la directive d'exécution de la directive n° 96/71/CE entre les deux domaines et qui pourraient être approfondis dans le cadre de la révision du règlement (CE) n° 883/2004 engagée par la Commission, ne devraient pas à terme conduire à considérer qu'en matière de détachement les éléments constatés dans le certificat E101/A1 s'imposent aux institutions en charge du contrôle de l'application du droit du travail. Pour l'heure, cependant, le principe reste celui de l'autonomie des domaines, y compris en cas de détachement.

(16) Arrêt préc., pt 32.

(17) B. De Pauw, Détachement intra-communautaire et formulaire E101 : la créativité du juge face au pouvoir de l'administration, Dr. soc. 2010. 96.

(18) En l'espèce, deux lots de formulaires E101 avaient été fournis par l'institution suisse : le premier au titre de l'année 2007 à la suite du contrôle de l'Urssaf, le second au titre des années 2005 et 2006 au stade de la procédure d'appel.

(19) Et même auparavant, Commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants, décis. n° 126.

(20) CJUE, 14 oct. 2010, aff. C-345/09, Van Delft ; Rev. UE 2013. 45, chron. E. Sabatakakis ; v. RJS 2011. 107, chron. J.-P. Lhernould.

(21) En ce sens, B. De Pauw, préc.

(22) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, 13 déc. 2016, COM(2016) 815 final.

(23) Art. 1er, pt 25, insérant un art. 76 bis au règlement (CE) n° 883/2004 ; art. 2, pt 12, insérant un art. 20 bis au règlement (CE) n° 987/2009.

(24) Doc. Sénat (2016/2017) n° 102, Résolution européenne portant avis motivé, 8 mars 2017.

(25) Concl. av. gén., pt 49.

(26) Décis. n° 181, 13 déc. 2000.

(27) Les 28 États membres ainsi que l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suisse.

(28) Arrêt FTS, préc., et arrêt A-Rosa, pt 46.

(29) B. De Pauw, préc.

(30) Il convient de souligner qu'en l'espèce un recours en manquement contre la Suisse n'était pas envisageable, ce pays n'étant pas membre de l'UE. Dès lors, en cas d'échec des procédures de dialogue et de conciliation, aucun recours ne semblait possible, ce qui semblait pouvoir justifier un infléchissement de l'effet contraignant des certificats émis. Toutefois, l'arrêt souligne que cela ne pouvait avoir d'incidence, l'accord CE-Suisse prévoyant son propre système de règlement des différends en cas de difficultés sérieuses d'ordre économique ou social entre les parties contractantes.

(31) Art. 2, pt 7, mod. Règl. CE n° 987/2009, art. 5.

(32) CJUE, 9 sept. 2015, C-197/14 ; RTD eur. 2016. 407, obs. L. Coutron et CJUE, 9 sept. 2015, C-72/14, T.A. van Dijk. RTD eur. 2016. 407, obs. L. Coutron.

(33) L'un des objectifs de la directive n° 2014/67/UE du 15 mai 2014 consiste à « prévenir, éviter et combattre toute violation et tout contournement des règles applicables par les entreprises tirant indûment ou frauduleusement parti de la libre prestation de services » (pt 7). Cet objectif est également au cœur des propositions de révision de la directive n° 96/71/CE (présentée le 8 mars 2016) et des règlements de coordination.

(34) CJCE, 2 mai 1996, aff. C-206/94, Brennet AG c/ Vittorio Paletta, pt 24, Dr. soc. 1997. 510, chron. S. Van Raepenbusch, l'arrêt énonce : « Il y a lieu de rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour, les intéressés ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir du droit communautaire ». Mentionnant déjà la réserve de l'abus, dans le cadre de la libre circulation des personnes : CJCE, 21 juin 1988, aff. C-39/86, Lair, pt 43.

(35) R. N. Ionescu, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, th., Bruylant, 2012. 442.

(36) Th. préc.

(37) CJUE, 3 déc. 2014, aff. C-315-13, De Clercq. Si la réglementation belge peut, sous peine d'amende administrative, imposer aux donneurs d'ordre destinataires de services réalisés par des salariés détachés par un prestataire étranger de transmettre aux autorités les données d'identification des travailleurs lorsque ces derniers ne sont pas en mesure de communiquer la déclaration de détachement (CJUE, 3 déc. 2014, aff. C-315-13, De Clercq), en revanche, méconnaît la liberté de prestation de services, la disposition exigeant des prestataires indépendants étrangers une obligation de déclaration préalable à l'exercice de leur activité sur le territoire belge (CJUE, 19 déc. 2012, aff. C-577/10, Commission c/ Belgique, condamnation du dispositif Limosa).

(38) Aff. C-577/10, préc.

(39) Aff. C-356/15, Commission européenne c/ Royaume de Belgique.

(40) Aff. C-359/16, Ömer Altun. L'avocat général devrait remettre ses conclusions en nov. 2017.

(41) Les règles de compensation de l'art. 73 du règlement (CE) n° 987/2009 concernent uniquement l'application provisoire d'une législation dans le cadre de l'article 6.

(42) L'art. 2, pt 28, procède à la réécriture de l'article 73 du règlement (CE) n° 987/2009 qui n'envisageait que l'hypothèse de la remise en cause de l'application provisoire d'une législation dans le cadre de l'art. 6.