



HAL
open science

Les problèmes de preuve posés par le dumping social

Rafael Encinas de Munagorri, Olivier Leclerc

► **To cite this version:**

Rafael Encinas de Munagorri, Olivier Leclerc. Les problèmes de preuve posés par le dumping social. Antoine Jeammaud; Martine Le Friand; Pascal Lokiec; Cyril Wolmark. À droit ouvert. Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen, Dalloz, pp.277-301, 2018, Études, mélanges, travaux, 978-2-247-13972-9. halshs-01927649

HAL Id: halshs-01927649

<https://shs.hal.science/halshs-01927649v1>

Submitted on 18 Mar 2021

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

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

**Les problèmes de preuve posés par le dumping social
(À propos des certificats de législation de sécurité sociale applicable au
sein de l'Union européenne)**

par Rafael Encinas de Muñagorri
Professeur à l'Université de Nantes, UMR 6297 DCS

et Olivier Leclerc
Directeur de recherche au CNRS, UMR 5137 CERCRID

**Paru in : *À droit ouvert. Mélanges en l'honneur
d'Antoine Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 2018, pp. 277-301.**

Comprendre les stratégies concurrentielles portant sur le coût du travail invite à envisager la diversité des protagonistes à l'origine du dumping social. Si les entreprises sont impliquées, il faut aussi considérer le rôle des États. Antoine Lyon-Caen nous invite à cette vision large qui restitue le phénomène dans toute sa complexité¹. Cette mise en garde est précieuse pour apprécier les diverses tentatives de définition du dumping social². A la différence des approches économiques visant à établir des catégories de dumping et à mesurer leurs effets, les travaux juridiques tendent à proposer des définitions générales en lien avec le droit, telle que « forme de concurrence déloyale consistant dans l'exploitation, par un opérateur économique, d'une divergence entre une ou plusieurs règles de droit social des États membres »³. Définition qui ne doit pas faire oublier que les États, en tant qu'opérateurs économiques et producteurs de normes, sont aussi parties prenantes des phénomènes de dumping social, que ce soit

1 A. Lyon-Caen, « Les conditions de travail face au dumping social dans le contexte international et européen », Commission européenne, Social Papers, 1993.

2 Pour un inventaire, cf A. Defossez, *Le dumping social dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 16-32.

3 *Ibid.*, p. 30.

pour en tirer profit ou le combattre, selon qu'il intervient en leur faveur ou à leur détriment⁴.

Au sein de l'Union européenne, la France se situe explicitement sur ce second versant, ce qui explique le souhait de caractériser le dumping social comme une pratique illicite. Ainsi un rapport du Comité économique et social évoque une « pratique consistant à enfreindre, à contourner ou à restreindre les droits sociaux légaux et à utiliser ces écarts afin d'en tirer un avantage qui s'assimile à une concurrence déloyale »⁵. De même, un rapport d'information présenté à l'Assemblée nationale vise « toute pratique consistant, pour un État ou une entreprise, à violer, à contourner ou à dégrader, de façon plus ou moins délibérée, le droit social en vigueur – qu'il soit national, communautaire ou international – afin d'en tirer un avantage économique, notamment en termes de compétitivité »⁶. Dans les deux cas, l'accent est mis sur l'atteinte portée au droit social par un comportement répréhensible. Pour autant, à partir de la cohérence du libre-échange qui la fonde, l'Union européenne favorise un cadre propice au dumping social : « Par son effet de fluidification des échanges, le droit européen facilite, ou à tout le moins encourage, le développement de stratégies destinées à exploiter les écarts de développement social entre États »⁷. Aussi, il n'est guère étonnant que les pratiques de dumping social suscitent des tensions entre certains États et les institutions de l'Union européenne. La frontière entre concurrence sociale licite et illicite est sinueuse ; et même à s'en tenir à cette dernière, les modes de résolution des conflits qu'elle fait naître suscitent des interrogations.

Parmi les pratiques de dumping social, les stratégies visant à choisir la loi de sécurité sociale applicable permettant à l'employeur de payer le moins de charges sociales possible figurent en bonne place. Un tel choix ne devrait pas exister puisque, dès 1958, les règlements de coordination des systèmes de sécurité sociale comportent des dispositions contraignantes visant à la « détermination de la législation applicable »⁸. Une contrainte dont les employeurs peuvent chercher à s'émanciper par le

4 *Ibid.*, p. 26. Ainsi, A. Defossez inclut la faiblesse des contrôles étatiques parmi les éléments favorisant les stratégies de travail illégal et de dumping social.

5 Rapport présenté par D. Marteau, « Enjeux sociaux et concurrence internationale : du dumping social au mieux-disant social », *Avis et Rapports du Conseil économique et social*, 2006, p. I-9.

6 Rapport d'information de M. G. Gorce, au nom de la délégation pour l'Union européenne, sur le dumping social européen, n° 2423, 25 mai 2010.

7 A. Defossez, *op. cit.*, p. 39. Voir également : M.-A. Moreau, « Le dumping social : une donnée construite par le droit de l'Union européenne », in E. Carpano, M. Chastagnaret, E. Mazuyer (dir.), *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 185-201.

8 Par delà ses trois réformes successives, en 1958, 1971 et 2004, le droit de l'Union est porteur sur ce point d'une grande continuité.

choix stratégique consistant à implanter leur activité là où les travailleurs vont générer le moins de charges sociales. En reprenant le vocabulaire du droit international privé, on pourrait parler ici de *forum dumping*. La manœuvre consiste à utiliser la diversité des systèmes juridiques pour échapper aux lois normalement applicables en se plaçant artificiellement sous l'empire d'une autre loi⁹. Le dumping acquiert alors un parfum de fraude. Les États et les systèmes de sécurité sociale lésés tentent de lutter contre les stratégies (des entreprises et des autres États) qui les privent de charges sociales qu'ils estiment devoir percevoir. Il faut bien comprendre que ce sont aussi certains États, acteurs du dumping, qui bénéficient des règles communautaires dans la mesure où le faible coût de leurs prestations sociales les rend économiquement attractifs et compétitifs à l'égard de leurs partenaires européens. L'Irlande ou Chypre ne se cachent pas de leurs avantages comparatifs. Pour les entreprises, les écarts peuvent être importants, comme le montrent diverses études sur le coût du travail et des prestations sociales en Europe¹⁰.

Les considérations économiques ne doivent pas masquer la spécificité du problème du point de vue du droit international. Les spécialistes les plus attentifs considèrent que les dispositions de coordination de sécurité sociale « sont de pures règles de conflit de lois »¹¹, rappelant qu'elles se substituent aux règles nationales de conflit. Comme a pu le dire la Cour de justice, « les États membres ne disposent pas de la faculté de déterminer dans quelle mesure est applicable leur propre législation, ou celle d'un autre État membre »¹². Cela est d'ailleurs si vrai... que les juges saisis ne peuvent être confrontés, à proprement parler, à un conflit de lois ! Les meilleurs auteurs du droit international privé l'ont rappelé à diverses reprises : il est impropre de parler, dans le cas de l'application d'une règle de sécurité sociale, d'un conflit entre deux lois ayant vocation

9 P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 11 éd, 2014, n° 276. Les auteurs distinguent le *forum shopping* de la fraude à la loi. Dans le *forum shopping*, les parties procèdent à un choix entre plusieurs ordres de juridiction nationaux. En ce sens, il s'agit d'une manipulation des critères de compétence juridictionnelle. Dans le cas de la sécurité sociale, régi par un principe de territorialité, c'est à la fois la compétence juridictionnelle et législative qui est évitée par l'entreprise souhaitant se placer sous l'empire d'un autre système juridique.

10 La part des coûts non salariaux (incluant les cotisations sociales à la charge des employeurs) dans les coûts de la main d'œuvre est bien plus élevée en France (33,2%), en Suède (32,1 %) en Italie (27,9 %), ou encore en Belgique et en Lituanie (27,8 % dans les deux pays) qu'à Malte (6,6 %), au Luxembourg (13,5 %), en Irlande (13,7 %), au Danemark (13,9 %) et en Croatie (14,9 %). Quant à l'indice de la pression fiscale mesurant l'incidence des impôts et des cotisations sociales sur le coût de la main-d'œuvre, il est de dix points supérieur dans des pays comme la France au regard d'autres comme l'Irlande ou le Royaume-Uni : *Eurostat*, données 2016.

11 F. Kessler, « Sécurité sociale : Coordination des régimes de base – Champ d'application – Principes généraux », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2016, n° 171.

12 CJCE, 23 sept. 1982, *Kuijpers*, C 276/81, point 14. *NB/ Afin de maintenir les notes de bas de page dans un format restreint, le choix a été fait dans le présent article de ne pas citer les notes et commentaires des décisions citées.*

à s'appliquer¹³. Le juge saisi n'a pas le choix entre deux règles applicables : l'une du for, l'autre étrangère. Il ne peut appliquer que sa loi nationale. A l'instar des conflits de lois fiscales, les prétendus conflits de lois de sécurité sociale correspondent à des conflits (dits parfois d'autorités) où deux systèmes nationaux entendent régir la même situation. Dans le cas fiscal, comme dans celui de la sécurité sociale, cela peut conduire à une double imposition, à un double assujettissement à la fois dans le pays d'origine et dans le pays d'accueil. C'est précisément ce que vise à éviter le droit communautaire par une répartition des compétences entre les États membres. La résolution d'un conflit d'autorités étatiques trouve solution dans l'affirmation d'une compétence exclusive d'un État résultant d'une règle de droit international public¹⁴, ou plus spécifiquement de droit communautaire, ce qui se traduit par l'avènement d'une fonction répartitrice au sein de l'Union européenne¹⁵.

En pratique, le but recherché est clair : aucun État membre autre que celui dont la législation est applicable ne saurait percevoir de cotisations au titre d'un travailleur donné¹⁶. L'on pourrait attendre du droit communautaire qu'il formule des critères objectifs permettant de déterminer le système étatique de sécurité sociale applicable. Cela serait particulièrement opportun dans la mesure où ce sont non seulement les entreprises, mais aussi les États qui sont acteurs du dumping social. Cette situation génère des crispations entre États au sein de l'Union européenne, et plus ouvertement encore entre entreprises et organismes de sécurité sociale. Le cadre de réflexion qui est le nôtre, celui des phénomènes de dumping social, impose donc de s'en tenir à des conflits tenant à *l'assujettissement* aux cotisations sociales. Dans sa structure, le litige oppose alors d'un côté un organisme de sécurité sociale qui demande à ce qu'une personne (employeur ou parfois travailleur indépendant¹⁷) s'acquitte de cotisations sociales, de l'autre, une personne privée qui s'y refuse en invoquant la soumission à un autre système juridique national. L'organisme de sécurité sociale entend soumettre l'employeur au paiement de cotisations sociales sur le fondement de règles nationales ; l'employeur entend s'y soustraire estimant que sa situation au regard du droit de la

13 H. Battifol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, tome 1, Paris, LGDJ, 8 éd., 1993, n°248-1, p. 419. A propos de la règle de coordination, les éminents auteurs estiment : « Cette règle qui a les apparences d'une règle de conflit désignant la loi du pays d'occupation du travailleur, ne prescrit cependant pas aux autorités d'un État d'appliquer la loi, par hypothèse différente, de l'État du lieu de l'emploi » ; cf aussi, de manière plus générale, pour les répartitions de compétence, P. Mayer, V. Heuzé, op. cit., n° 103 in fine : « Les compétences législatives étant réparties, il ne reste pas de place pour un conflit » (en italique dans le texte).

14 P. Mayer, V. Heuzé, op. cit., n° 107.

15 D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé*, Tome I, Paris, Puf, 3ème éd., 2014, n°121.

16 CJCE, 5 mai 1977, *Perenboom*, C 102/76.

17 Nous utiliserons ci-après la dénomination d'employeur ou d'entreprise.

sécurité sociale relève d'un autre système juridique. Concrètement, l'employeur demande à ne pas être régi par un régime de sécurité sociale en invoquant la soumission à celui d'un autre État membre de l'Union européenne, qui lui est plus avantageux.

La résolution de tels litiges implique pour les parties de démontrer les caractéristiques de la situation de travail concernée au regard des textes de coordination du droit de l'Union européenne. Le certificat de législation de sécurité sociale a été conçu comme un élément probatoire visant à simplifier les choses dans ce cadre. Est-il approprié dans un contexte de dumping social où les entreprises et les États sont en concurrence ? Comment analyser les précisions successives apportées sur ce point par le droit de l'Union européenne ? Quel est le rôle joué par la Cour de justice de l'Union européenne au regard des juridictions nationales ? Les catégories du droit de la preuve nous serviront ici de clefs de lecture. Loin de se réduire à un point d'aboutissement du contentieux, elles nous paraissent à même de révéler le souhait de l'Union européenne d'éviter les affrontements contentieux sur le dumping social. Reste à savoir comment et selon quelle cohérence.

1. Objet de la preuve

L'objet de la preuve paraît se résumer à une simple question : que doivent prouver les plaideurs pour garantir le succès de leurs prétentions ? Selon Motulsky, il convient au préalable de déterminer les éléments générateurs du droit invoqué. La théorie de la preuve est cependant plus complexe et invite à s'interroger sur les éléments de fait ou de droit susceptibles d'être fournis par les parties et retenus par le juge¹⁸. Dans le contentieux relatif à la loi applicable en matière de sécurité sociale, quels sont ces éléments ? Que doivent prouver les parties pour déterminer la législation de sécurité sociale applicable ? L'on pourrait penser que le droit de l'Union européenne a apporté des éclaircissements décisifs sur ce point. Toutefois, malgré les apparences de précisions successives, les règles ont été fluctuantes.

1.1. Prouver une loi applicable ou un détachement régulier ?

Par son ressassement normatif, le droit de l'Union européenne fait oublier son histoire. Les textes se succèdent les uns aux autres par un bégaiement d'apparence. Il faut tendre l'oreille pour retrouver des inflexions majeures, qui nous semblent

18 E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, Paris, Puf, 2015, n° 163.

d'importance dans le cas de la preuve de la loi de sécurité sociale applicable aux travailleurs détachés.

De 1958 à 1971, les principes sont posés, en particulier les « dispositions déterminant la législation applicable ». Le critère utilisé est celui du lieu du travail¹⁹. La règle connaît des exceptions, dont le détachement : pendant une première période de douze mois, les salariés ayant leur résidence dans un État membre, et relevant normalement d'une entreprise ayant un établissement dans ce même État « sont soumis à la législation de cet État, comme s'ils étaient occupés sur son territoire »²⁰, même donc s'ils sont occupés dans un autre. Au-delà de douze mois, « la législation du premier État continue à être appliquée pour une nouvelle période douze mois au maximum, à la condition que l'autorité compétente du deuxième État ou l'organisme qu'il désignera ait donné son accord avant la fin la première période de douze mois »²¹. Par trop malléable, ce critère de la résidence fut modifié en 1964, constat ayant été fait que le texte « a donné lieu à certains abus et qu'il convient de réviser cette disposition pour enrayer ces abus tout en maintenant la possibilité pour les travailleurs détachés de rester soumis à la législation du pays d'emploi habituel »²². La modification réalisée supprima la référence à la résidence pour s'en tenir au cas où un travailleur au service d'une entreprise ayant sur le territoire d'un État membre un établissement *dont il relève normalement*, est détaché sur le territoire d'un autre État membre afin d'y effectuer un travail pour cette entreprise, et ajouta la condition de non remplacement d'un autre travailleur arrivé au terme de la période de son détachement.

C'est dans le règlement d'application que l'on trouve les éléments de procédure et de preuve²³. Selon l'article 11 de la version initiale du texte : « l'institution désignée par l'autorité compétente de l'État membre dont la législation est applicable remet au travailleur *un certificat attestant qu'il est soumis à cette législation* ». Tautologique, la formulation exprime une identité entre l'objet de la preuve et ce qui est prouvé : l'attestation de l'application d'une législation porte sur le fait qu'elle... est applicable.

19 « Les travailleurs salariés ou assimilés occupés sur le territoire d'un État membre sont soumis à la législation de cet État, même s'ils résident sur le territoire d'un autre État membre ou si leur employeur ou le siège de l'entreprise qui les occupe se trouve sur le territoire d'un autre État membre », art. 12, Règlement n° 3 du Conseil concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants, 25 sept. 1958.

20 Art. 13 du Règlement n° 3 dans sa version initiale.

21 *Ibid.* Cette solution sera abandonnée en 2004.

22 Premier considérant du Règlement n° 24/64 du Conseil portant modification de l'article 13 du règlement n° 3, 10 mars 1964.

23 Règlement n° 4 fixant les modalités d'application et complétant les dispositions du règlement n° 3 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants, 3 déc. 1958.

Le certificat établi par un organisme national de sécurité sociale emporte preuve de la loi applicable, sans qu'il soit d'ailleurs exigé que cette loi soit effectivement appliquée.

La version du texte adopté en 1964 diffère dans sa formulation : « l'institution désignée par l'autorité compétente de l'État membre dont la législation demeure applicable remet au travailleur, *si les conditions requises sont remplies, un certificat de détachement attestant qu'il est soumis à cette législation* ». Le certificat porte alors sur le détachement, ou plus précisément sur un détachement régulier, avec l'attestation subséquente de la détermination de la loi applicable. L'objet de la preuve de la législation applicable est ainsi une première fois déplacé.

Au cours d'une deuxième période, 1971-2004, les règles connaissent des modifications et apportent quelques précisions. D'une part, dans le règlement de base, le maintien en cas de détachement de la législation de l'État d'origine est conditionné par une durée *prévisible* de douze mois et par l'absence de remplacement d'un autre travailleur détaché²⁴. D'autre part, selon l'article 11 du règlement d'application intitulé *des formalités en cas de détachement* : « l'institution désignée par l'autorité compétente de l'État membre dont la législation reste applicable remet au travailleur, à la demande de celui-ci *ou de son employeur*, si les conditions requises sont remplies, un certificat de détachement attestant qu'ils demeurent soumis à cette législation et *indiquant jusqu'à quelle date.* »²⁵ Outre le souci d'une précision temporelle, la figure de l'employeur fait ici irruption aux côtés du travailleur, élément qui s'accusera par la suite. La stabilité des textes est apparente. Du reste, l'objet de la preuve, tel qu'il est visé par les textes européens, se traduit dans des dénominations changeantes : le certificat cesse d'être intitulé « certificat de détachement » pour devenir, en 1980, « Attestation concernant la législation applicable »²⁶. Deuxième inflexion qui rappelle la situation antérieure à 1964.

Une troisième période, qui s'ouvre en 2004, apporte d'importants changements. Le règlement de base conforte l'application de la loi de l'État d'origine en cas de détachement et supprime le fractionnement en deux périodes d'un an, et du même coup l'accord de l'autorité compétente de l'État d'accueil sur la deuxième période²⁷. Mais c'est surtout le règlement d'application qui, intégrant des évolutions jurisprudentielles précédentes, comporte les inflexions les plus nettes. La procédure est désormais distinguée de la preuve. En cas de détachement, ou plus exactement « lorsqu'une *personne* exerce son activité dans un État membre autre que l'État membre compétent »,

24 Règlement n°1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté.

25 Règlement d'application n° 574/72 du 21 mars 1972. C'est nous qui soulignons.

26 Décision n° 112, 28 févr. 1980, JOCE, L. 313/1, 22 nov. 1980.

27 Art. 12 du règlement n° 883/2004 portant sur la coordination des régimes de sécurité sociale.

la procédure prévue comporte deux étapes : « l'employeur...informe, préalablement lorsque c'est possible, l'institution compétente de l'État membre dont la législation est applicable »²⁸. Et, « cette institution met sans délai à la disposition de la personne concernée et de l'institution désignée par l'autorité compétente de l'État membre où l'activité est exercée des informations sur la législation applicable à la personne concernée. ». L'employeur voit son rôle confirmé, de manière éminente puisqu'il se trouve désormais à l'initiative de la procédure. Quant au certificat de détachement attestant de la législation applicable, il n'est plus mentionné dans les textes qui font état, de manière plus diffuse, des informations, documents et pièces justificatives, dont la valeur juridique est, comme nous verrons, renforcée sous l'angle de la force probante²⁹.

Prouver une loi applicable ou un détachement régulier, le droit de l'Union européenne reste imprécis, comme si l'objet de la preuve n'avait pas vocation à en être un. Cette impression se confirme à l'examen des caractères de la preuve.

1.2. Un preuve angélique ou diabolique ?

Selon une jurisprudence constante, la Cour de justice de l'Union européenne affirme que les règlements de coordination de la sécurité sociale « constituent un système complet et uniforme de règles de conflits de lois dont le but est de soumettre les travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté au régime de sécurité sociale d'un seul État membre, de sorte que les cumuls de législations nationales applicables et les complications qui peuvent en résulter soient évitées »³⁰. Sous l'angle du dumping social, la question de l'unicité du régime applicable se pose à l'égard des employeurs. Que doivent prouver les employeurs et les organismes de sécurité sociale afin d'établir l'application d'un système juridique de sécurité sociale ?

Une illustration nous permettra d'envisager la question. En l'espèce, l'entreprise *Calle* exploitait en Allemagne, à la frontière du Danemark, un commerce employant des travailleurs danois résidant au Danemark, et travaillant partiellement dans ce pays. L'organisme de sécurité allemand (AOK) considéra que la législation allemande était applicable et parvint à faire condamner l'entreprise *Calle* pour non respect de ses obligations de déclaration des travailleurs et de paiement des cotisations à la sécurité sociale allemande. Estimant que les salariés concernés étaient soumis à la seule législation danoise, l'entreprise forma un recours invoquant le caractère impératif du

28 Art. 15 du règlement n° 987/2009 fixant les modalités d'application du règlement n° 883/2004 pourtant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

29 Article 5 du règlement n° 987/2009, cf infra II.

30 CJUE, 16 févr. 1995, *Calle Grenzshop GbmH & Co. KG*, C 425/93, point 9.

droit communautaire, et la valeur du certificat – dit E 101 – attestant de la législation applicable. Ce recours fut rejeté en première instance. Saisie par voie préjudicielle par la juridiction d'appel, la Cour de justice trancha la qualification des travailleurs au regard des dispositions du règlement de coordination³¹ (au profit de l'application de la législation danoise), sans avoir ici à se prononcer sur la valeur du certificat juridique produit par l'employeur, ce qu'elle fera dans d'autres espèces par la suite en prenant position sur le terrain probatoire.

Opposant un organisme de sécurité sociale à un employeur se prévalant d'une législation applicable relevant d'un autre État de l'Union, le conflit qui nous occupe connaît des particularités. La structure du conflit emporte des asymétries entre les parties sur lesquelles il convient d'insister.

Du point de vue de l'entreprise, la preuve requise pourrait être qualifiée *d'angélique*, au sens où elle évoque la perfection, l'innocence. En premier lieu, au regard du système juridique qu'il estime à la fois compétent et applicable, il n'y a guère de problème posé. L'employeur qui entend être régi par un régime de sécurité sociale n'a pas à faire la preuve qu'il n'est pas soumis à un autre. Et si des différends peuvent surgir avec l'organisme de sécurité sociale de l'État d'origine auquel il s'adresse, ils relèvent du droit interne. La considération que l'entreprise pourrait relever d'un autre système juridique n'est pas dans le débat. Il s'agit d'un fait constant. Or « selon la théorie du fait constant, un fait non-contesté n'a pas à être prouvé et, par conséquent, ne constitue pas un objet de preuve »³². En deuxième lieu, lorsque l'entreprise est assignée par un organisme de sécurité sociale de l'État d'emploi dont elle dénie la compétence, la situation est toute autre, car se pose la question du système juridique applicable. Toutefois, la preuve requise par le droit de l'Union européenne a été conçue pour ne pas prêter le flanc à la contestation. Après avoir informé « l'institution compétente de l'État membre dont la législation est applicable », l'employeur produit (en toute innocence ?) des documents émanant de l'institution dont il prétend relever, afin d'éviter toute compétence des institutions de sécurité sociale et des juridictions de l'État d'accueil.

Du point de vue de l'organisme de sécurité sociale de l'État d'emploi, la preuve pourrait être qualifiée de *diabolique* tant elle est difficile à apporter. Examinons d'abord une première hypothèse sous l'angle (incongru ?) d'un organisme de sécurité sociale portant une action extraterritoriale. Relevons d'abord qu'il semble peu plausible qu'un

31 La loi allemande reposait sur la considération que le travailleur était *détaché* (art. 14,1, a) ; la loi danoise sur la considération qu'il s'agissait d'un travailleur *occupé sur le territoire de deux ou plusieurs États* (art. 14,1,b).

32 *Droit de la preuve, op. cit.*, n°172, p . 171.

organisme de sécurité sociale national puisse contester une législation applicable devant des tribunaux étrangers. On imagine mal en effet, pour reprendre les faits de l'espèce évoquée, que l'organisme de sécurité sociale allemand puisse porter sa demande devant une juridiction danoise. Quand bien même cette demande serait considérée comme recevable – ce qui nous paraît hautement improbable – elle ne viserait pas à contester l'application de législation danoise, mais à faire reconnaître celle de la législation allemande. Il convient alors d'envisager une seconde hypothèse, plus plausible, où la contestation de la législation applicable est portée devant le tribunal du for de l'organisme de sécurité sociale réclamant des cotisations. Dans les faits de l'espèce évoquée, l'employeur contestait l'application de la législation allemande devant un tribunal allemand. Pour ce faire, il invoquait l'application de la législation danoise, certificat à l'appui. Le contentieux relatif à la preuve de la législation applicable reprend toujours ce même schéma. Pour se soustraire à l'application d'une législation nationale, l'employeur affirme relever d'une autre législation. Prendre au sérieux l'analyse en terme de preuve supposerait que l'autre partie au litige, l'organisme de sécurité sociale, puisse la contester. Or si, en vertu du droit communautaire, l'employeur peut apporter ces éléments par la production d'un certificat attestant de la législation applicable – ce qui ne veut pas dire d'ailleurs que la législation soit effectivement appliquée – l'organisme de sécurité sociale est démuné pour apporter la preuve contraire, sauf en cas de fraude établie judiciairement³³.

Dans la logique d'une coordination retenant un seul système, il ne convient pas seulement pour l'organisme de sécurité sociale d'établir la preuve de l'application de son propre régime national mais, d'abord et surtout, de détruire la preuve de l'application d'une législation étrangère. Preuve diabolique s'il en est, car impossible à mettre en place pour des raisons matérielles et juridiques. Du reste, à partir d'une série de décisions initiées par l'arrêt *Fitzwilliam*³⁴ – sur lequel on reviendra sous l'angle de la force probante – la Cour de justice de l'Union européenne s'est efforcée de fermer les possibilités, pour les organismes de sécurité sociale, comme pour les tribunaux, de contester la preuve de l'application du législation de sécurité sociale étrangère. Faut-il voir dans « le fait d'interdire à une partie de faire preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions » une atteinte au procès équitable, comme a pu le dire la Cour de cassation dans un autre contexte³⁵ ? Toujours est-il que l'objet de la preuve reste diffus et problématique au sein d'un droit de la preuve qui s'est affermi, que ce soit sous l'angle des modes de preuve ou de la force probante.

33 CJUE, 6 févr. 2018, C-359/16, *Ömer Altun*.

34 CJCE, 10 févr. 2000, C-202/97, *Fitzwilliam Executive Search Ltd*.

35 Cass. Com. 15 mai 2007, n° 06-10606.

2. Mode de preuve

Les formulaires jouent un rôle clé dans la preuve de la législation de sécurité sociale applicable. Dès 1958, la réglementation communautaire précise la forme que doit prendre le certificat attestant que le travail reste soumis à la législation de l'État d'origine. A cette fin, est instituée une Commission administrative – qui deviendra « Commission administrative pour la Sécurité sociale des travailleurs migrants »³⁶ –, chargée d'établir « les modèles des certificats, attestations, déclarations, demandes et autres documents nécessaires à l'application du règlement et du présent règlement d'application » (règlement n° 4). Au sein du dispositif de coordination des régimes de sécurité sociale, le droit de l'Union érige ainsi, de manière centrale, les certificats en mode de preuve. Les conditions de forme imposées au certificat sont arrêtées par un modèle européen – actuellement en voie de dématérialisation –, que les États restent libres de décliner dans leurs droits nationaux. A la lumière du droit de la preuve, le statut de ces certificats est marqué par une certaine ambiguïté, si ce n'est même une série d'incohérences.

2.1. La préconstitution d'un écrit ?

Pour la mise en œuvre de la réglementation européenne, et en vue d'un éventuel litige portant sur la législation de sécurité sociale applicable, les parties (employeurs, salariés) doivent obtenir la délivrance, par une institution nationale, d'un formulaire qui attestera la législation applicable à la relation de travail en cause.

Du point de vue de la preuve, la démarche consistant pour l'employeur à solliciter la délivrance d'un certificat peut s'analyser comme la préconstitution d'un écrit. Et de fait, le droit communautaire a, dès 1958, exigé que des certificats soient délivrés par les institutions nationales de sécurité sociale. L'histoire de la mise en place de ce modèle de document est étroitement liée à celle de la réglementation européenne de la coordination des régimes de sécurité sociale. Dès 1958, la Commission administrative pour la Sécurité sociale des travailleurs migrants a publié un modèle de « certificat de détachement », portant la référence E1³⁷. Ce modèle a été remanié suite à l'entrée en vigueur du règlement de 1971 et de son règlement d'application, sous la référence de « certificat de détachement E101 ». En 1980, le document change de dénomination pour

36 Règlement n° 1408/71, art. 80.

37 JOCE, 16 janv. 1959, p. 38.

devenir « attestation concernant la législation applicable »³⁸. L'entrée en vigueur le 1^{er} mai 2010 des règlements 2004 et 2009 entraîne l'abrogation des règlements de 1971 et de 1972, sous réserve des situations juridiques constituées avant cette date qui restent transitoirement sous leur empire. Par voie de conséquence, les décisions prises par la Commission administrative sur leur fondement deviennent caduques à cette date (là encore, sauf pour les situations juridiques constituées antérieurement). Faute d'avoir été prorogé³⁹, le formulaire E101 est donc devenu caduc au 1^{er} mai 2010. A cette date, il a été remplacé par le « document portable A1 » intitulé « Certificat concernant la législation de sécurité sociale applicable au titulaire ».

Le document portable A1 a lui-même vocation à être remplacé par un formulaire électronique (appelé « document électronique structuré »⁴⁰), dont la conception de la structure, du contenu et du format a été confiée à la Commission administrative⁴¹. Les documents portables ne sont que des versions imprimées des documents électroniques structurés (DES)⁴², établissant ainsi une équivalence entre l'écrit figurant sur support papier et celui qui le remplacera sur support électronique. Le basculement des documents portables vers les DES est suspendue à la mise en place d'un système informatique d'échange intitulé « Échange électronique d'informations sur la sécurité sociale » (EESSI), sous la supervision de la Commission administrative. Initialement prévu pour entrer en fonctionnement deux ans après l'entrée en vigueur du règlement de 2009⁴³, l'EESSI a pris un important retard et ce n'est qu'en juillet 2017 que le système électronique a été rendu disponible, non sans ménager aux Etats une nouvelle période transitoire de deux ans⁴⁴.

Cependant, la précision des dispositions consacrées à la délivrance des certificats de détachement contraste avec le fait que ces derniers ne sont pas toujours demandés avant le détachement, de sorte que les salariés et les employeurs concernés ne disposent pas toujours d'une attestation à présenter aux autorités de contrôle de l'État dans lequel ils exercent temporairement leur activité. Brouillant les pistes, la Cour de justice, a admis

38 Décision n° 112, 28 févr. 1980, JOCE, L. 313/1, 22 nov. 1980.

39 Décision H1, 12 juin 2009, JOUE, C 106/13, 24 avr. 2010.

40 Règlement n° 987/2009, art. 4, § 1.

41 Le règlement de 2004 confie à la Commission administrative la mission de « favoriser le recours le plus large possible aux nouvelles technologies pour faciliter la libre circulation des personnes, notamment en modernisant les procédures nécessaires à l'échange d'informations et en adaptant aux échanges électroniques le flux d'informations entre les institutions ».

42 Décision E1, 12 juin 2009, JOUE C106/9, 24 avr. 2010, § 2. De même, aux termes du § 10 : « Une mise en page uniforme pour les versions imprimées des DES est définie par la commission administrative et mise à la disposition des institutions ».

43 Règlement n° 987/2009, art 95.

44 Décision E4, 13 mars 2014, JOUE, C152/21, 20 mai 2014 et décision E5, 16 mars 2017, JOUE, C233/3, 19 juillet 2017.

que s'il est « préférable » que le formulaire E101 soit délivré avant le début de la période concernée, elle n'exclut pas qu'il puisse l'être aussi pendant la durée du détachement, et même après son expiration⁴⁵, comme s'il s'agissait de régulariser une situation probatoire. Par suite, « Le certificat E 101, délivré conformément à l'article 11 bis du règlement n° 574/72, peut avoir un effet rétroactif »⁴⁶. Le régime du certificat de détachement se trouve ainsi établi, de manière peu cohérente, comme celui d'une preuve préconstituée nécessaire au maintien de la législation applicable, sans que la Cour de justice en tire toutes les conséquences : loin de reprocher à une partie de ne pas s'être constitué une preuve, elle admet que l'écrit exigée puisse intervenir *a posteriori*, à titre de régularisation.

2.2. La teneur de l'écrit

Au-delà des changements de dénomination du certificat, qui reflètent bien les incertitudes affectant l'objet de la preuve, ces documents ont pour objet commun d'attester que le salarié reste soumis à la législation du pays où l'entreprise qui l'emploie a son siège ou exerce ses activités, et ce pendant le temps où il travaille sur le territoire d'un ou plusieurs autres États membres. Selon la formule retenue en 1958 pour le formulaire E1, « l'intéressé reste, en application de l'article 13 (a) du règlement n° 3, soumis, pour cette période, à la législation du pays du siège de l'entreprise »⁴⁷. Le formulaire E101 adopté en 1971 indique que « l'intéressé reste soumis pour cette période à la législation du pays où l'entreprise a son siège »⁴⁸. Le règlement de 2009 retient la considération d'un employeur « exerçant normalement ses activités »⁴⁹ sur un territoire et maintient l'obligation pour l'institution compétente de l'État membre d'« atteste[r] que cette législation est applicable et [d']indique[r], le cas échéant, jusqu'à quelle date et à quelles conditions »⁵⁰. Le document portable A1 indique ainsi au titulaire : « Ce certificat concerne la législation de sécurité sociale à laquelle vous êtes assujetti(e) et confirme que vous n'êtes pas tenu(e) de cotiser dans un autre État ».

Ce document est élaboré suivant un modèle européen, lui-même formulé dans toutes les langues officielles de l'UE et dont les versions linguistiques sont « parfaitement superposables »⁵¹, afin de faciliter leur circulation d'un pays à l'autre. Au cours de la durée d'application du règlement de 1971, le modèle de certificat de

45 CJCE 30 mars 2000, C-178/97, *Banks*, point 53.

46 *Id.*, point 57.

47 JOCE, 16 janv. 1959, p. 38.

48 JOCE, L. 261/1, 20 nov. 1972, annexes.

49 Règlement n° 987/2009, art. 14.2.

50 Règlement n° 987/2009, art. 19, § 2.

détachement E101 a été maintes fois remanié. Ces évolutions du certificat de détachement reflètent les évolutions du périmètre couvert par les règlements de 1971 et 1972. Ainsi, les rubriques du règlement E1 sont complétées en 1972 par la mention des membres de la famille qui accompagnent le travailleur et prend en considération l'éventualité de la réalisation d'une tâche sur un navire. De même, le certificat été modifié pour prendre en compte l'adhésion de nouveaux États membres⁵², l'extension aux États de l'Espace économique européen⁵³ ou à la Suisse⁵⁴, l'extension du régime de coordination à d'autres bénéficiaires que les travailleurs salariés : travailleurs non salariés⁵⁵, travailleurs salariés des transports internationaux⁵⁶. L'évolution du modèle de formulaire reflète ainsi la complexification progressive de la coordination des régimes de sécurité sociale. Les cas dans lesquels le certificat est délivré n'ont cessé de se diversifier : alors que le formulaire E101 n'envisageait initialement que deux hypothèses de détachement (schématiquement les salarié détachés à terre et les personnels roulants ou navigants), celles-ci se multiplient au fil du temps : de quatre en 1980⁵⁷, elles passent à dix en 1982⁵⁸, puis à onze en 1996⁵⁹, et enfin à treize en 2002⁶⁰.

Cependant, en dépit des changements affectant les réglementations européennes, les informations contenues dans le formulaire ont, dans leurs grandes lignes, connu peu de changements. Au-delà de la diversification des hypothèses de délivrance de l'attestation, le formulaire E101 conserve entre 1972 et 2010 un architecture générale constante, articulée autour de six rubriques. Le certificat A1 comporte des rubriques proches de celles que contenait le formulaire E101, dans son état issu de la décision n° 202 de 2005. Il comporte des renseignements concernant l'identité du titulaire, la détermination de l'État dont la législation s'applique, la situation professionnelle du travailleur (salarié, non salarié, fonctionnaire, marin, etc.), l'identification de l'employeur (ou de l'activité non salariée) dans l'État dont la législation s'applique, l'identification de l'entreprise ou de l'activité non salariée dans laquelle le travailleur sera employé et, enfin, l'institution de sécurité sociale complétant le formulaire. Le certificat est cependant assez nettement simplifié. En particulier, il cesse de distinguer les divers

51 Commission administrative des communautés européennes pour la sécurité sociale des travailleurs migrants, décision n° 72, 1^{er} oct. 1972, JOCE, L. 261/1, 20 nov. 1972.

52 Décision n° 88, 12 juillet 1973, JOCE, L. 363/1, 30 déc. 1973 ; Décision n° 130, 17 oct. 1985, JOCE L. 192/1, 15 juill. 1986 ; Décision n° 164, 27 nov. 1996, JOCE L216/85, 8 août 1997.

53 Décision n° 172, 9 déc. 1998, JOCE L143/13, 8 juin 1999.

54 Décision n° 202, 17 mars 2005, JOCE L77/1, 15 mars 2006

55 Décision n° 120, 7 juill. 1982, JOCE L. 167/1, 27 juin 1983.

56 Décision n° 186, 27 juin 2002, JOCE L55/80, 1^{er} mars 2003.

57 Décision n° 112, 28 févr. 1980, JOCE, L. 313/1, 22 nov. 1980.

58 Décision n° 120, 7 juill. 1982, JOCE L. 167/1, 27 juin 1983.

59 Décision n° 164, 27 nov. 1996, JOCE L216/85, 8 août 1997

60 Décision n° 186, 27 juin 2002, JOCE L55/80, 1^{er} mars 2003.

articles et alinéas du règlement au titre duquel il est délivré (rappelons que le formulaire E101 distinguait jusqu'à treize hypothèses) pour ne plus préciser que les dates de début et de fin de l'application de la législation de l'État membre qui délivre le certificat.

2.3. La validité de l'écrit

La fourniture des informations requises conditionne la validité des certificats délivrés, c'est du moins ce qui serait souhaitable. Mais les institutions nationales compétentes saisies d'une demande de délivrance d'une attestation E101, maintenant A1, se trouvent prises entre la nécessité de livrer rapidement le document qui leur est demandé par le travailleur ou par l'employeur et celle d'exercer un contrôle du respect des conditions substantielles d'application des règles européennes relatives au détachement⁶¹. Or, un bon connaisseur des pratiques nationales signale que « les institutions compétentes ne respectent pas toujours scrupuleusement les modalités d'émission du formulaire E101 : (...) les E101 incomplets ne se comptent plus (pas d'article coché, date d'entrée en service non mentionnée, aucune indication sur qui verse le salaire et les cotisations de Sécurité sociale, etc.), quand ces E101 ne sont pas tout bonnement erronés (...) »⁶².

Les institutions nationales qui délivrent les attestations ne sont pourtant pas dispensées de vérifier l'exactitude des informations contenues dans le document portable A1⁶³. Ces vérifications sont-elles toujours accomplies ? La tâche est plus malaisé qu'il n'y paraît, tant en raison des lacunes de l'information dont disposent les institutions nationales que de la faiblesse de leurs pouvoirs d'investigation⁶⁴. La délivrance du certificat s'opère en effet pour l'essentiel sur la foi des informations fournies par le salarié et par l'employeur. Les pratiques nationales révèlent, à ce sujet, une grande diversité⁶⁵ : seule la République Tchèque exige la réalisation d'un entretien

61 La difficulté apparaît plus crûment encore dans le cas où le détachement prévu n'excède pas trois mois : il est alors permis à l'institution nationale compétente de remettre par avance aux entreprises des formulaires E101 affectés d'un numéro d'ordre à charge pour l'employeur de les renseigner eux-mêmes : Commission adm., décision n° 97, 15 mars 1974, JOCE, C 126/25, 17 oct. 1974.

62 B. de Pauw, « Détachement intra-communautaire et formulaire E101 : la créativité du juge au pouvoir de l'Administration », *Droit social*, 2010, spéc. p. 97.

63 Commission européenne, *Guide pratique sur la législation applicable dans l'Union européenne, dans l'Espace économique européen et en Suisse*, 2013, p. 26.

64 A. Lyon-Caen, « Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services », *Dr. soc.*, 2005, p. 503 ; A. Desfossez, « Le détachement des travailleurs : concurrence loyale ou dumping social ? », in E. Carpano, M. Chastagnaret, E. Mazuyer (dit.), *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 222 et s.

65 On s'appuie ici sur les conclusions de l'étude menée par Y. Jorens et J.-Ph. Lhernould, *Procedures related to the granting of Portable Document A1 : an overview of country practices*, European

avant la délivrance du certificat ; d'autres États ne convoquent que le primo-demandeur d'une attestation A1 (Chypre, Hongrie, Irlande), ou n'y recourent qu'en cas de doute ou d'imprécision de la demande (France, Hongrie, Malte).

A défaut de vérifications sérieuses de l'institution de l'État d'origine, l'inexactitude des déclarations est susceptible de se reproduire dans les certificats qu'elle délivre. D'où les suspicions exprimées par les institutions de l'État d'accueil sur le territoire duquel le travail est réalisé. Afin d'étayer la validité des certificats, le droit de l'Union a été conduit à intégrer une procédure de coopération et de contestation.

La Commission administrative a mis en place une coopération entre les institutions nationales de sécurité sociale compétentes dans le domaine de la lutte contre la fraude et les erreurs⁶⁶. Les États membres désignent un point de contact en matière de fraudes et d'erreurs, qui est rendu destinataire des difficultés constatées. De la même manière a été instituée une procédure de dialogue et de conciliation, à laquelle les autorités compétentes sont tenues de recourir lorsqu'il existe un « doute concernant la validité d'un document ou l'exactitude d'une pièce justificative » ou « lorsque les États ont des avis différents quant à la détermination de la législation applicable ». La mise en œuvre de cette procédure constitue un préalable à la saisine de la Commission administrative⁶⁷ (à moins qu'une juridiction nationale ait été saisie du litige né de ce différend). L'institution requérante prend alors contact avec l'institution nationale requise « pour lui demander d'apporter les éclaircissements nécessaires concernant sa décision et, selon les cas, de retirer ou d'invalider le document en cause ou de revoir ou d'annuler sa décision ». Cette demande est motivée et accompagnée de pièces justificatives. L'institution requise accuse réception de la demande et se livre à un examen du dossier. Elle « informe l'institution requérante du résultat de son examen du dossier dès que possible, en tout état de cause dans un délai de trois mois à compter de la réception de la demande » (le délai peut, en cas de complexité particulière du dossier ou de la nécessaire intervention d'une tierce institution, être prorogé de trois mois). En cas de désaccord, les institutions concernées informent les autorités compétentes de l'État dont elles relèvent. Ces dernières peuvent entamer une seconde phase de la procédure de dialogue ou préférer saisir directement la Commission administrative. Dans le premier cas, les personnes de contact désignées dans chaque État membre s'efforcent de parvenir à un accord dans un délai de six semaines. Dans le second cas, « la commission administrative s'efforce de concilier les points de vue dans les six mois suivant sa saisine ».

Commission, 2014, spéc. p. 22.

66 Décision n° H5, 18 mars 2010, JOUE, C 149/5, 8 juin 2010.

67 Décision n° A1, 12 juin 2009, JOUE, C 106/1, 24 avr. 2010.

Cette procédure de dialogue et de conciliation doit permettre de lever des désaccords entre autorités nationales sur les conditions réelles d'exercice du travail des salariés concernés. Elle n'en laisse pas moins subsister quelques doutes sur son efficacité. Non seulement parce que, comme cela a été relevé, aucune dispute relative à un formulaire E101 n'avait été porté jusqu'à présent devant la Commission administrative⁶⁸, mais aussi plus fondamentalement car échappent à son emprise toutes les situations qui ne donnent pas lieu à contestation. Or, la délivrance des documents portables A1 constitue bel et bien un processus routinisé, marqué par des logiques administratives de traitement des flux de masse (1,92 millions de document A1 ont été délivrés en 2014⁶⁹), et bien peu de certificats, en tout état de cause, pourront être soumis à la procédure de dialogue et de conciliation.

Du reste, la validité de l'écrit ne saurait être garantie, à elle seule, par une procédure de conciliation. La Cour de justice impose certes aux institutions nationales de sécurité sociale compétentes d'échanger entre elles des informations fiables, et ce dans un délai utile⁷⁰. S'il apparaît ainsi que la situation réelle du travailleur salarié diffère de celle décrite par les documents contractuels, il appartient à l'institution nationale de refuser de délivrer le certificat ou encore de reconsidérer le bien-fondé de sa décision et de retirer le certificat émis⁷¹. Cependant, si ce certificat est délivré dans des conditions estimées douteuses par l'institution compétente de sécurité sociale de l'État d'accueil, la seule voie ouverte, hormis la contestation judiciaire d'une fraude⁷², consiste à ce que les États souhaitant contester la délivrance d'un certificat agissent en manquement devant la Cour de justice à l'encontre d'un autre État, procédure dont la lourdeur empêche qu'elle constitue un moyen efficace de règlement des différends pouvant naître en cette manière.

Ni sur son statut de preuve préconstituée, ni dans sa teneur, ni dans ses conditions de validité, le certificat d'attestation de législation de sécurité sociale applicable ne

68 H. Verscheren, « Cross-Border Workers in the European Internal Market: Trojan Horses for Member States' Labour and Social Security Law? », *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 24, n° 2, 2008, p. 193.

69 J. Pacolet, F. De Wispelaere, *Posting of workers. Report on A1 portable documents issued in 2014*, European Commission, 2015. Ce nombre croît chaque année, comme le montrent les études publiées depuis 2010 : 1,33 millions en 2010, 1,51 millions en 2011, 1,53 millions en 2012, 1,74 millions en 2013 : European Commission, *Posting of workers in the European Union and EFTA countries: Report on A1 portable documents issued in 2010 and 2011* ; J. Pacolet, F. De Wispelaere, *Posting of workers. Report on A1 portable documents issued in 2012 and 2013*, European Commission, 2014.

70 CJCE, 24 oct. 1996, C-335/95, *Picard*, § 18 ; CJCE, 10 févr. 2000, C-202/97, *FTS*, point 51 ; CJUE, 25 févr. 2003, C-326/00, *Idryma Koinonikon Asfaliseon*, point 51.

71 CJUE 4 oct. 2012, C-115/11, *Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe c. Zakład Ubezpieczeń Społecznych*, points 42 et s.

72 CJUE, 6 févr. 2018, C-359/16, *Ömer Altun*.

relève d'un régime juridique rigoureux. Malgré les imprécisions qui affectent le certificat comme mode de preuve, le droit de l'Union a souhaité lui accorder une pleine force probante.

3. Force probante

A partir du moment où un certificat de législation applicable est exigé, quelle est sa force probante ? L'interrogation a pu donner lieu à des débats sur son caractère simplement *déclaratif*, c'est-à-dire non contraignant pour les institutions du pays d'accueil, ou au contraire *constitutif*, le formulaire délivré s'imposant alors aux institutions des autres pays de l'Union⁷³. Ce débat n'est plus de mise et le droit de l'Union est clairement orienté afin de donner force probante aux certificats délivrés. Ainsi, à défaut d'avoir été retirés ou déclarés invalides par les institutions émettrices, les certificats s'imposent désormais aux institutions des autres États membres⁷⁴. Le certificat n'est plus considéré comme déclaratif mais constitutif. Plus encore, sa force probante entend s'exercer à l'égard des institutions de sécurité sociale de l'État d'accueil, mais aussi de ses juridictions. Quel est l'apport du droit de la preuve pour analyser cette situation ?

3.1. Preuve libre ou preuve réglementée ?

Dans un système de preuve libre, tous les moyens licites peuvent être utilisés afin d'établir le fait nécessaire au succès des prétentions des parties. Aucun mode de preuve n'est imposé, les parties sont libres de produire divers moyens de preuve, et surtout le juge apprécie librement les preuves qui lui sont présentées. L'existence de formulaires écrits, du type de ceux utilisés aux fins d'attester une législation de sécurité sociale applicable, est tout à fait compatible avec un système de preuve libre. La Cour de justice de l'Union européenne a pu statuer en ce sens⁷⁵. En l'occurrence, le refus d'un organisme de sécurité sociale allemand de prendre en compte une période passée en Grande-Bretagne, avait conduit cet organisme à ne pas accorder une allocation chômage. L'une des questions préjudicielles posées à la Cour de justice consistait à savoir si l'attestation délivrée par l'organisme de sécurité sociale britannique était contraignante pour l'organisme de sécurité sociale allemand. La réponse fut nette : « l'institution compétente de l'État membre où l'intéressé réside ou, dans le cadre d'une

73 B. de Pauw, *op. cit.*, II.

74 Règlement n° 987/2009, art. 5.

75 CJCE, 8 juill. 1992, *Doris Knoch*, C-102/91.

procédure judiciaire, la juridiction nationale restent entièrement libres de vérifier le contenu de cette attestation »⁷⁶. La solution est justifiée par l'absence d'effet contraignant des actes de la Commission administrative⁷⁷.

Dans le cadre du contentieux relatif aux attestations de législation de sécurité sociale applicable, la question fut aussi posée, mais sans trouver de réponse⁷⁸, du moins avant l'arrêt *Fitzwilliam* du 10 février 2000 qui constitue le point de départ d'une nouvelle jurisprudence. Les faits relèvent de phénomènes de dumping social comme en témoigne les argumentations développées par les États⁷⁹. Etablie à Dublin (Irlande) sous le nom commercial de FTS, la société (de travail temporaire) embauchait des travailleurs pour être détachés dans des États de l'Union, en l'occurrence les Pays-Bas. Estimant que les salariés sont à tort affiliés au régime irlandais de sécurité sociale, l'organisme de sécurité sociale néerlandais procéda à une mise en recouvrement pour obtenir paiement de la part patronale des cotisations dues au titre du régime de sécurité sociale néerlandais. Une partie de la discussion portée devant les juridictions néerlandaises, puis devant la Cour de justice, consista à déterminer la force probante des certificats de législation applicable que l'employeur (entreprise FTS) n'avait pas manqué de produire. La Cour estime que « la solution dépend à la fois de l'interprétation du règlement et des effets du certificat E 101, lesquels n'ont pas été clairement définis en jurisprudence »⁸⁰. Se prononçant sur ce dernier point, elle précise la portée du certificat : « Dans ledit certificat, l'institution compétente de l'État membre où l'entreprise de travail temporaire est établie déclare que son propre régime de sécurité sociale restera applicable aux travailleurs détachés pendant la période détachement. Ce faisant, en raison du principe selon lequel les travailleurs doivent être affiliés à un seul régime de sécurité sociale, ce certificat implique nécessairement que le régime de l'autre État membre n'est pas susceptible de s'appliquer »⁸¹. Par voie de conséquence, « le certificat E 101 ... s'impose à l'institution compétente de l'État membre dans lequel sont détachés les travailleurs »⁸². Si, selon la Cour de justice, « la

76 *Ibid.* point 53.

77 *Ibid.* point 52. « Une décision de la Commission administrative, tout en étant susceptible de fournir une aide aux institutions de sécurité sociale chargées d'appliquer le droit communautaire dans ce domaine, n'est pas de nature à obliger ces institutions à suivre certaines méthodes ou à adopter certaines interprétations, lorsqu'elles procèdent à l'application des règles communautaires ».

78 Cf supra, CJUE, 16 févr. 1995, *Calle Grenzshop GbmH & Co. KG*, C 425/93, point 9.

79 CJCE, 10 févr. 2000, C-202/97, *Fitzwilliam Executive Search Ltd*, cf not. points 35 à 38, qui relèvent les divergences de vue entre les gouvernements irlandais et britanniques et ceux allemand, belge et français.

80 CJCE, 10 févr. 2000, C-202/97, *Fitzwilliam Executive Search Ltd*, point 18. et aussi sur la nouveauté point 48.

81 *Ibid.*, point 49.

82 *Ibid.*, point 53.

force probante du certificat E 101 se limite à la constatation par l'institution compétente de la législation applicable »⁸³, elle ne s'impose pas moins de manière énergique au juge saisi, avec pour conséquence de paralyser son aptitude à trancher le litige.

Avec ces exigences, la Cour de justice inaugure un système de preuve réglementé, ce qui se confirmera dans divers arrêts postérieurs, jurisprudence au demeurant intégrée à l'article 5 du règlement d'application de 2009. Faut-il pour autant assimiler le certificat à une formalité probatoire substantielle ?

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation française a franchi le pas dans une sorte d'excès de zèle qui confine à la résistance⁸⁴. En l'espèce, un sous-traitant portugais avait accompli une prestation auprès d'entreprises françaises dans le domaine viticole. Des infractions à la législation du travail ayant été constatées (travail dissimulé, emploi d'un étranger non muni d'une autorisation de travail), le sous-traitant fut condamné. L'organisme de sécurité sociale introduisit une demande visant au paiement des cotisations sociales estimées dues, non auprès du sous-traitant, mais des entreprises françaises sur le fondement de la solidarité prévue par l'article L. 8222-2 du code du travail. L'application de ce texte reposait sur une disposition réglementaire prévoyant les obligations que doit respecter le donneur d'ordre lorsqu'il a recours à un sous-traitant étranger⁸⁵. L'entreprise française donneuse d'ordre fournira divers documents en ce sens qui seront jugés suffisants par les juges d'appel. Toutefois, l'arrêt sera cassé par l'Assemblée plénière sous le visa de la disposition réglementaire et des textes communautaires mentionnés en précisant que « le certificat E 101 délivré conformément à l'article 11, paragraphe 1, du règlement n° 574/72 est le seul document susceptible d'attester de la régularité de la situation sociale du contractant établi ou domicilié à l'étranger au regard du règlement n° 1408/71, au sens du premier de ces textes »⁸⁶.

La décision est d'autant plus remarquable que le procureur général avait conclu au rejet du pourvoi. Conclusion formulée en pleine conscience des enjeux, son avis mentionnant l'existence d'une opinion publique sensible à ce que le détachement, « nouvelle forme de mobilité des travailleurs s'accompagne de fraudes qui peuvent s'apparenter à de véritables pratiques de dumping social », ainsi que des données

83 *Ibid.*, n° 51.

84 Cass, plén, 6 nov. 2015, pourvois n°14-10182 et n° 14-10196.

85 Art. D. 8222-7 1°, b) dans sa rédaction en vigueur. « un document attestant de la régularité de la situation sociale du cocontractant au regard du règlement (CEE) n° 1408/71 du 14 juin 1971 ou d'une convention de sécurité sociale ou, à défaut, une attestation de fourniture de déclarations sociales émanant de l'organisme français de protection sociale chargé du recouvrement des cotisations sociales incombant au cocontractant et datant de moins de six mois ».

86 C'est nous qui soulignons.

chiffrées en ce sens⁸⁷. Si l'impératif de lutte contre cette forme de délinquance est affirmé, le procureur écrit que « la difficulté est grande de distinguer la fraude de la mise en concurrence, à la baisse, des systèmes législatifs nationaux qui n'a rien de contraire au droit de l'Union »⁸⁸. Son avis laisse penser que l'hypothèse était celle d'une concurrence licite conforme au droit de l'Union. Pour autant, l'Assemblée plénière, reprenant l'une des voies ouvertes par le rapporteur, tranchera sous l'angle, si ce n'est d'une fraude, du moins d'une irrégularité au regard du droit de l'Union. La Cour de cassation innove ici sur un point à propos duquel la Cour de justice ne s'est pas encore prononcée, selon une manière courtoisement élégante puisque de question préjudicielle il ne lui fut point posée.

Par-delà le dialogue feutrée – pour ne pas dire une résistance feutrée – entre les juges communautaires et les juges nationaux, l'un des apports de la décision rendue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation est de révéler la cohérence entre système de preuve libre et réglementé. La preuve est libre lorsqu'il s'agit d'établir le respect de la législation appliquée. Elle fut en l'espèce apportée devant les juges d'appel par une série de documents établissant le respect des obligations sociales du sous-traitant au regard de la sécurité sociale portugaise. Toutefois, c'est la preuve de la législation applicable qui importe, au niveau de la règle de conflit pourrait-on dire.

Puisque le certificat en atteste⁸⁹, son défaut conduit à dénier compétence à la loi étrangère, avec pour conséquence la soumission à la loi française. La Cour de cassation française paraît adepte d'un formalisme pointilleux : l'absence d'un certificat attestant l'application d'une loi étrangère, même lorsque celle-ci paraît respectée sur le fond, permet l'application de la loi française. Par ce fervent formalisme, la Cour de cassation ferait-elle un excès de zèle du droit de l'Union ? Cela serait un contre-sens. C'est bien plutôt à partir de la résistance de la Cour de cassation à une politique probatoire issue du droit de l'Union européenne que l'arrêt doit être compris.

87 L'avis du procureur général Marin sur les pourvois examinés par l'Assemblée plénière est disponible sur le site de la Cour de cassation. Est notamment cité un rapport de la Cour des comptes (« La lutte contre les fraudes aux cotisations sociales », Cour des comptes, du 18 avril 2013, p. 131) évaluant de 200 000 à 300 000 le nombre de travailleurs détachés irrégulièrement en France avec une perte de recettes sociales de 380 M€.

88 Avis du procureur général Marin, *op. cit.*, p. 7.

89 Le rapporteur affirme que « 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 que ce dernier reste soumis au régime de sécurité sociale de l'État membre dans lequel son employeur est établi, ce dont il peut être déduit que le régime du premier État membre n'est pas applicable », p. 17 ou encore « le certificat E 101 remplit une fonction exclusive de preuve de la constatation par l'institution compétente de la législation applicable », p. 19. A contrario, à défaut de preuve apportée par ledit certificat, le régime de sécurité sociale est celui de l'État dans lequel est détaché le travailleur.

3.2. *Présomption simple, mixte ou irréfragable ?*

La typologie des présomptions selon leur force probante a été le plus souvent présentée de manière binaire, même si le droit de la preuve français fait désormais place à la présomption mixte⁹⁰. A la différence de la présomption dite simple, qui peut être combattue par toute preuve contraire, la présomption dite irréfragable s'impose sans contestation possible. Non seulement cette dernière « dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe », mais elle peut aller jusqu'à dénier l'action en justice⁹¹. Quant à la présomption dite mixte, elle peut être renversée mais « la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversé »⁹². A quel type de présomption correspond le certificat de législation de sécurité sociale applicable ? L'évolution du droit de l'Union est sur ce point significative.

Dans une première décision déjà évoquée, le fait qu'une attestation émanant d'une autorité de sécurité sociale nationale puisse constituer une présomption irréfragable était écartée explicitement⁹³. Il était alors possible de considérer que les certificats ne constituaient qu'une présomption simple de régularité. Le certificat n'ayant pas de force probante à l'égard de l'organisme de sécurité sociale du pays de détachement et surtout du juge national.

Toutefois à partir de l'année 2000, et du tournant de l'arrêt *Fitzwilliam*, la Cour de justice vient à affirmer que le certificat délivré, en l'espèce 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 ... s'impose à l'institution compétente de l'État membre dans lequel sont détachés les travailleurs »⁹⁴. Une interprétation restrictive pouvait laisser penser que la présomption n'allait jouer qu'à l'égard des institutions de sécurité sociale. Toutefois, la Cour allait étendre son raisonnement pour dire que la présomption de régularité attachée aux certificats devait aussi s'imposer aux juridictions. La solution ressort nettement de l'arrêt *Herbosch Kiere NV* rendu le 26 janvier 2006⁹⁵. Dans cette espèce relative à des travaux de coffrage et de bétonnage sur

90 Art. 1354 du Code civil issue de l'ordonnance du 10 févr. 2016.

91 *Droit de la preuve, op. cit.*, 2015, n° 250. La formulation d'une présomption déniait l'action en justice figurait dans l'article 1352 ancien du code civil.

92 Art. 1354 nouveau du code civil.

93 « l'attestation délivrée conformément à l'article 84, paragraphe 2, du règlement n° 574/72 ne constitue pas une preuve irréfragable à l'égard de l'institution d'un autre État membre compétente en matière de chômage ni à l'égard des tribunaux de cet État » CJCE, 8 juill. 1992, *Doris Knoch*, C-102/91. (point 54).

94 CJCE, 10 févr. 2000, *Fitzwilliam Executive Search Ltd*, C-202/97, point 53.

95 CJCE, 26 janv. 2006, *Herbosch Kiere NV*, C-2/05.

deux chantiers situés en Belgique, et où une société irlandaise était intervenue en tant que sous-traitante et avait produit des certificats E 101, il est affirmé que le « certificat E 101 s'impose dans l'ordre juridique interne de l'État membre dans lequel sont détachés les travailleurs concernés et, partant, lie ses institutions »⁹⁶. Et de poursuivre : « Il en découle qu'une juridiction de l'État membre d'accueil n'est pas habilitée à vérifier la validité d'un certificat E 101 »⁹⁷. La solution a été rappelée à diverses reprises, y compris récemment, avec la plus grande vigueur dans un arrêt du 27 avril 2017 qui estime que le règlement n° 987/2009 a codifié la jurisprudence de la Cour « en consacrant le caractère contraignant du certificat E 101 et la compétence exclusive de l'institution émettrice quant à l'appréciation dudit certificat »⁹⁸.

La position de la Cour de justice, au demeurant relayée à l'article 5.1 du règlement de 2009, conduisait à accorder au certificat de législation applicable le statut d'une présomption quasi-irréfragable, la preuve contraire ne pouvant être apportée, ni par d'autres faits, ni par un document particulier, seule la contestation de sa validité par un recours en manquement étant susceptible d'en détruire la valeur. Malgré ses faiblesses en tant que mode de preuve, le certificat se voyait conférer une autorité proche de celle de la chose jugée du point de vue de ses effets. Autrement dit, quelles que soient les situations de fait, les juridictions paraissaient devoir renoncer à le mettre en doute.

Dans deux affaires concernant un abus caractéristique des stratégies de dumping social, les juridictions françaises n'ont pas manqué de marquer des résistances pour se réapproprier la faculté de prouver des détachements irréguliers malgré la production d'attestation étrangère de législation applicable⁹⁹. L'argumentation de l'un des arrêts est particulièrement explicite à l'égard du type de présomption attachée au certificat : « Vueling Airlines ne peut davantage valablement soutenir que la délivrance des formulaires E 101 par l'autorité espagnole compétente vaudrait présomption de validité de ses détachements de salariés en l'espèce ; qu'en effet, une telle délivrance, n'a ici que valeur de présomption d'affiliation au régime de protection espagnole par les salariés concernés, à partir de laquelle se trouve lié l'organisme français compétent, le CLEISS, pour établir à ceux-ci des formulaires E 102 mais qui ne peut interdire au juge pénal français de constater la violation intentionnelle des dispositions légales

96 *Ibid.*, n° 31.

97 *Ibid.*, n° 32.

98 CJUE, 27 avr. 2017, *A-Rosa Flussschiff GmbH*, C-620/15, point 59. Solution d'autant plus énergique alors même qu'il était constaté par les institutions de sécurité sociale du pays dans lequel le travail est effectué et les juridictions de cet État, « que les conditions de l'activité du travailleur concerné n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel » de cette disposition du règlement de coordination (point n° 61). Solution reprise par Cass., Ass. Plén., 22 déc. 2017, n° 13-25.467.

99 Cass. Crim., 11 mars 2014, n° 12-81461.

applicables en France déterminant les conditions de validité de tels détachements de salariés ». La force de la présomption attachée au certificat peut jouer à l'égard des institutions de sécurité sociale, mais ne saurait priver le juge, en l'occurrence pénal, de son pouvoir d'appréciation. La décision n'a pas manqué de raviver les oppositions doctrinales entre les auteurs favorables à cette rébellion judiciaire nationale, et ceux enclins à préserver une unité à partir du droit de l'Union.

Par un arrêt déjà mentionné en date du 6 février 2018, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé qu'il était possible, en cas de fraude reposant sur des éléments objectifs et subjectifs, d'invoquer ces éléments dans le cadre d'une procédure judiciaire, du moins lorsque l'institution de sécurité sociale nationale d'origine s'abstient de procéder à un réexamen de la situation dans un délai raisonnable¹⁰⁰. En l'espèce, il résultait d'une enquête judiciaire diligentée en Bulgarie dans le cadre d'une commission rogatoire ordonnée par un juge d'instruction belge que les entreprises bulgares concernées n'exerçaient aucune activité significative en Bulgarie. Les certificats délivrés par les autorités bulgares avaient donc été obtenus de manière frauduleuse ; l'employeur ne pouvant se prévaloir d'un détachement régulier des travailleurs sur le territoire belge. La décision devrait relancer le contentieux et ne manquera pas de mettre en valeur les problèmes de preuve posés par le dumping social.

Conclusion

Le parcours qui vient d'être proposé laisse avant tout l'impression d'une faible cohérence du régime juridique en cause. L'analyse juridique montre qu'il prospère sur des faiblesses qui concernent aussi bien la théorie des conflits de lois que celle du droit de la preuve, la conjonction des deux permettant d'éviter la contestation des pratiques de dumping social.

L'apparence d'un conflit de lois donne l'illusion d'un système objectif dont les juges devraient faire application. Or, le cas du détachement (et plus largement celui des exceptions à l'application de la loi de l'exécution du travail) n'obéit pas à cette cohérence, et de moins en moins pourrait-on dire. Non seulement le contenu de la règle de détermination du système de sécurité sociale applicable est devenu moins exigeante, mais la procédure désormais utilisée donne l'initiative à l'employeur d'informer l'État « dont la législation est applicable », ou plus exactement, dont il estime la législation applicable. Le choix préalable du système de sécurité sociale applicable est réalisé *prima facie* par l'employeur. Si conflit il y a, en cas de contestation, il surgit alors entre

¹⁰⁰ CJUE, 6 févr. 2018, C-359/16, *Ömer Altun*, points 49-56.

l'employeur et une institution de sécurité sociale relevant d'un système juridique s'estimant compétent en vertu d'une correcte application du droit de l'Union européenne et/ou de son droit interne. S'il est compréhensible que le droit de l'Union européenne organise une répartition des compétences pour faire échec aux pulsions unilatéralistes des États, il l'est moins qu'il instaure des mécanismes faisant primer la territorialité des uns sur celle des autres à partir du choix des employeurs avec le soutien des États. Qui ne voit que les autorités nationales ont peu d'entrain pour exercer des contrôles qui nuisent à la compétitivité de leur économie et affaiblissent les ressources perçues au titre des cotisations sociales ?

A la lumière du droit de la preuve, la construction proposée par le droit de l'Union européenne dans le domaine de la loi applicable en matière de sécurité sociale laisse aussi une impression contrastée, tant il est difficile d'en saisir exactement les lignes de force, et même la cohérence. Concernant l'objet de la preuve, on a pu montrer qu'il oscillait entre la loi applicable à la relation de travail ou le détachement, sans du reste concerner jamais le fait que la loi serait effectivement appliquée au travailleur en cause. De même, les certificats délivrés aux employeurs sont érigés en mode de preuve exclusif, non sans qu'ils oscillent entre un écrit préconstitué dont les conditions de validité seraient précisément déterminées et un écrit au contenu approximatif, au demeurant susceptible d'être produit de manière rétroactive. La cohérence ne se donne pas plus clairement à voir en ce qui concerne la force probante des certificats de détachement : la Cour de justice estime que les certificats émis par des autorités nationales s'imposent nécessairement à d'autres sur le mode d'une preuve quasi parfaite posant une présomption irréfragable, hormis la preuve judiciaire d'une fraude. Le fait que la seule issue possible, certes après dialogue, soit un éventuel recours en manquement signifie à quel point nous sommes en présence d'un conflit potentiel entre États en situation de concurrence, et non de collaboration portée par un objectif commun.

Au total, le droit de la preuve fait figure de levier pour clore ou différer autant que possible les contestations, à la manière d'une chausse trappe probatoire pourrait-on dire. Faible dans ses éléments, il est vigoureux dans ses effets, ce qui ne va pas sans contradictions. La démarche se conçoit, sans doute, en ce qu'elle peut favoriser la coordination des régimes de sécurité sociale applicables dans l'Union européenne. Mais le moins que l'on puisse dire est que les règles de l'Union européenne ne contribuent guère à permettre de combattre les pratiques de dumping social¹⁰¹. Pourtant en principe,

¹⁰¹ La Cour de justice n'est guère sensible à l'argument de déficience de la procédure ou de « l'impossibilité de résoudre des situations éventuelles de concurrence déloyale ou de dumping social », CJUE, 27 avril 2017, op. cit, point 56.

dans la logique de l'arrêt *Fitzwilliam*, « l'avantage offert »¹⁰² par la disposition permettant de maintenir la loi de sécurité sociale d'origine devrait être conditionné par le respect du droit de l'Union. Encore faut-il comprendre que l'application du droit repose sur des rapports de force. Une leçon à méditer aurait pu dire le dédicataire de ses lignes dont les enseignements ont aussi visé à s'émanciper de toute naïveté face au droit.

102 *Op. cit.*, points 29 et 30.