



HAL
open science

Usages des règles de coordination de la protection sociale des travailleurs mobiles

Anne-Sophie Ginon

► **To cite this version:**

Anne-Sophie Ginon. Usages des règles de coordination de la protection sociale des travailleurs mobiles. Regards, 2021, N°58, pp.145 - 155. 10.3917/regar.058.0145 . hal-03407852

HAL Id: hal-03407852

<https://hal.science/hal-03407852v1>

Submitted on 29 Oct 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.

USAGES DES RÈGLES DE COORDINATION DE LA PROTECTION SOCIALE DES TRAVAILLEURS MOBILES

[Anne-Sophie Ginon](#)

EN3S-École nationale supérieure de Sécurité sociale | « Regards »

2020/2 N° 58 | pages 145 à 155

ISSN 0988-6982

DOI 10.3917/regar.058.0145

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-regards-2020-2-page-145.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour EN3S-École nationale supérieure de Sécurité sociale.

© EN3S-École nationale supérieure de Sécurité sociale. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

ÉCLAIRAGE

145 **Usage des règles de coordination de la protection sociale des travailleurs mobiles**

Anne-Sophie Ginon, Professeur de droit privé à l'Université Nice Côte d'Azur

157 **La régulation du détachement intra-européen des travailleurs : état des lieux, freins et marges de manœuvre**

Arnaud Emeriau, Représentation européenne des institutions françaises de Sécurité sociale (REIF)

167 **Pour une Sécurité sociale et écologique**

Alan Disegni, Samed Fkir, Flora Kheddar, Louis Larrieu, Jean-Marc Robicquet, élèves de la 59^e promotion de l'EN3S

179 **Les impacts organisationnels de la Complémentaire santé solidaire (CSS)**

Adil Belabbas, Baptiste Despierres, Victorine Diop, Thomas Javerliat, Pierre Rigault, élèves de la 59^e promotion de l'EN3S

191 **La santé communautaire : un levier pour faciliter l'accès à la couverture maladie universelle ? Focus sur plusieurs expériences internationales de soins communautaires**

Patrick Marx, enseignant à l'Université de Lorraine, conseiller relations internationales à l'EN3S et expert agréé auprès de l'AISS

Usages des règles de coordination de la protection sociale des travailleurs mobiles

Par **Anne-Sophie GINON**, Professeur de droit privé à l'Université Nice Côte d'Azur (Credeg UMR 7321)



Anne-Sophie Ginon est Professeur de droit privé à l'Université Nice Côte d'Azur. Spécialiste du droit de la protection sociale, elle est co-auteur du code de la sécurité sociale édité par Dalloz. Elle est également membre du Conseil d'orientation scientifique de l'EN3S et a présidé le concours d'entrée de l'École en 2017 et 2018.

La construction juridique des mobilités du travailleur connaît de fortes tensions qui touchent jusqu'aux fondations de l'Union européenne¹. Au cœur des controverses, se trouve la question des règles applicables aux situations des salariés mobiles qui travaillent dans un État membre, mais dont les conditions de travail et la protection sociale peuvent rester régies par le droit de leur pays d'origine. C'est principalement la montée en puissance du recours aux qualifications de détachement² ainsi qu'aux situations de pluriactivité³, très usitées dans certains secteurs professionnels qui suscite des débats, invitant à nous replonger dans les choix politiques qui ont été réalisés au moment de la construction de la Communauté économique européenne (CEE).

Les travailleurs mobiles subissent aujourd'hui de façon intensive l'internationalisation de la production, et avec elle, la mise en concurrence par les entreprises des règles relatives aux conditions d'emploi de la main-d'œuvre qui en constituent l'élément-clé⁴. Ces stratégies observables au sein des rapports de travail se doublent désormais d'une « mise en concurrence » des règles de coordination des systèmes nationaux de Sécurité sociale, lesquelles avaient pourtant été initialement conçues comme des mesures d'accompagnement, voire d'encouragement de l'exercice de la

1 V. les propos introductifs d'Antoine Lyon-Caen dans le cadre du cycle de séminaires « *Actualités de la mobilité des travailleurs en Europe* » organisé par l'EN3S et le CLEISS ; V. aussi ses propos dans le Colloque des 60 ans du CLEISS, 5 nov. 2019.

2 Le détachement correspond au maintien d'affiliation au régime de sécurité sociale habituel d'un travailleur qui exerce temporairement son activité dans un autre État.

3 V. Art. 13§1 du Règlement 883/2004, modifié en 2009 : la « *pluri-activité* » sert à désigner les travailleurs qui exercent une « *activité normale* » dans au moins deux États-membres. Une personne « *pluri-active* » ne peut relever que d'un seul régime de sécurité sociale. On détermine la législation applicable grâce à des critères comme le lieu de résidence et le caractère substantiel de l'activité du travailleur (au moins 25 % du temps de travail et/ou de la rémunération). V. sur ce point le guide pratique du CLEISS.

4 M. Rocca et N. Mihman, « Controverse : Quelle approche juridique de la mobilité du travail en Europe ? », *RDT* 2021. 151.

libre circulation des travailleurs (dès l'adoption des règlements n° 3 et n°4)⁵. L'Union européenne s'était en effet constamment employée à préserver les droits à prestation de ces travailleurs en énonçant une série de principes pour simplifier leur octroi : règles d'unicité de l'affiliation et de non-cumul des législations, principe de non-discrimination, de totalisation et d'exportation des droits⁶. C'est une philosophie tout entière tournée sur la préservation et le maintien des droits à prestation des travailleurs mobiles qui a longtemps régné, l'Union européenne ayant toujours cherché depuis 1957 à « neutraliser » au maximum les conséquences sociales du déplacement des personnes.

Les régimes nationaux de sécurité sociale ne devaient donc pas constituer un obstacle aux libertés de circulation au sein du marché européen. En vertu de l'article 10 de la Charte de 1989 des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, il a été décidé que « *tout travailleur de la Communauté européenne a droit à une protection sociale adéquate et doit bénéficier, quel que soit son statut et quelle que soit la taille de l'entreprise dans laquelle il travaille, de prestations de sécurité sociale d'un niveau suffisant* ». Pourtant et progressivement, les choses ont évolué.

Avec l'élargissement de l'Union européenne (UE) et le développement intense des libertés économiques, l'usage des règles de coordination des régimes de sécurité sociale s'est profondément métamorphosé. À la mise en concurrence des conditions de droit du travail s'ajoute désormais une « *mise en concurrence* » des règles de coordination des régimes de sécurité sociale sur la scène européenne. La richesse normative de l'Union européenne est devenue un outil stratégique, un instrument astucieux pour asseoir la construction des organisations productives comme la réalisation de leurs choix économiques. Les règles de coordination de l'UE sont désormais des ressources pour bâtir la compétitivité économique des entreprises (I). Cette évolution dans les formes de mobilisation des règles invite à réinterroger la conception de la protection sociale que l'Union européenne entend promouvoir pour les travailleurs en emploi sur son marché (II).

I – LA « MISE EN CONCURRENCE » DU COÛT DES RÈGLES EN MATIÈRE DE PROTECTION SOCIALE

Les règles européennes de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale applicables aux situations de mobilité des travailleurs sont largement bousculées aujourd'hui par les stratégies d'utilisation dont elles font l'objet. L'usage de ces règles se traduit par la mise en œuvre de calculs économiques, aux termes desquels les coûts des cotisations sociales sur les rémunérations versées aux travailleurs mobiles sont comparés. Cette comparaison s'est principalement produite à partir de la mobilisation par les entreprises des multiples cas d'ouverture qui ont été énoncés par les Règlements, et qui permettent de déroger à l'application de la *lex loci laboris* pour déterminer la loi d'affiliation à un régime de Sécurité sociale⁷.

5 Règlement n°3 du Conseil concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants du 25 septembre 1958 et Règlement n° 4 du Conseil fixant les modalités d'application et complétant les dispositions du règlement n° 3.

6 En vertu du traité de Rome de 1957, la Communauté s'est fixée pour objectif d'instituer un marché commun. Ce marché commun prévoit une libre circulation des personnes, des biens, des services et du capital. Pour réaliser cette libre circulation des personnes, il est nécessaire de préserver la protection sociale des personnes qui font usage de ce droit : J. Antoons, « Politiques européennes de sécurité sociale », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1995/7, n° 1472, p. 1-32.

7 Art. 13 du Règlement n° 1408/71, auj. Art. 11§3 du Règlement n° 833/2004.

La richesse normative des législations nationales en matière sociale (tant en droit du travail qu'en droit de la protection sociale)⁸ s'est ainsi progressivement transformée en un « *marché de la norme* »⁹ la moins coûteuse, en une « *mise en concurrence* » du coût des règles sociales. La couverture sociale du travailleur est perçue comme un coût : c'est une « *charge sociale* ». Et ce déplacement du progrès social vers le coût social est dû principalement à deux évolutions normatives cumulatives. D'une part, le déploiement intensif du marché intérieur qui a nécessité la diffusion d'une conception forte de la liberté de prestation de services qui le sous-tend : l'accès et l'exercice de la liberté de prestation de service au sein de l'Union européenne ne doivent en effet pas rencontrer d'obstacles ou tout au moins, le moins d'obstacles possibles. D'autre part, le soutien très fort qui a été accordé aux libertés économiques a été progressivement renforcé par les textes¹⁰ et les analyses qu'en ont livrées les juges communautaires¹¹. Tous se sont fortement concentrés sur le droit de l'entreprise prestataire de services d'accéder avec « *ses travailleurs* » au marché intérieur, et donc au territoire de l'État-membre où la prestation doit avoir lieu. La mise en concurrence des espaces normatifs a ainsi été appréhendée comme une chance, et même une vertu pour améliorer « *le niveau de vie et les conditions d'emploi des personnes* ». Forte était la croyance selon laquelle le déploiement sans frein des libertés de circulation dans l'espace économique européen (EEE) conduirait chaque système social national à s'améliorer et à progresser¹².

Mais c'est aussi la typologie initiale de traitement juridique des mobilités au sein de l'UE entre les figures du « *travailleur sédentaire* », du « *travailleur détaché* » et du « *travailleur itinérant* » qui a été grandement mise à mal par les stratégies de concurrence par les coûts des organisations productives. Les hypothèses de fraudes aux cotisations sociales¹³, les infractions sur le travail illégal et sur les rémunérations sont devenues de plus en plus fréquentes conduisant à une montée en puissance des contrôles, des tensions¹⁴ entre les travailleurs des États-membres mais aussi des contentieux tant nationaux que communautaires.

Les corps de contrôle nationaux identifient en effet aujourd'hui très clairement l'existence de stratégies d'adaptation des entreprises aux paramètres des figures juridiques de qualification du travailleur mobile. Les institutions de Sécurité sociale ont le sentiment d'être confrontées à une forme de « *professionnalisation* » des entreprises qui font preuve d'une très grande créativité pour adapter les « *contraintes sociales* » et ainsi mobiliser les règles qui les intéressent. Un document de la Commission affirmait déjà en 1991 que la pression accrue de la concurrence amènera des entreprises à comprimer le coût de la Sécurité sociale aux moyens de formes atypiques de travail¹⁵.

8 À noter que les choix sur la détermination des législations applicables peuvent être différents entre droit du travail et droit de la protection sociale, les entreprises pouvant « *jouer* » sur les deux corpus de règles.

9 Cette expression est empruntée à A. Supiot, « *Le droit du travail bradé sur le « *marché des normes* »* », *Dr. Soc.* 2005. 1087.

10 Qu'ils s'agissent des bases juridiques utilisées ou des considérants liminaires énoncés dans les Règlements de coordination des régimes de Sécurité sociale.

11 V. notamment CJUE aff. C-626/18 *Rush Portuguesa*.

12 V. les considérants introductifs du Règlement 883/2004.

13 K. Meiffret, *La fraude en droit de la protection sociale*, Thèse PUAM, 2018.

14 V. l'émission de *Cash Investigation* : Salariés à prix cassé : le grand scandale, France tv info, publié le 15 mars 2016 ; Travail détaché. Chronologie depuis les « *montages exotiques* », Ouest France, 9 juill. 2015 – Travail : le grand boom du low cost, Le télégramme, 26 avr. 2016 – B. Pauvre, Fraude au détachement : un fléau pour le TRM, Europe-Camions.com, 23 mars 2016.

15 JO C 163/3 du 22 juin 1991.

Des jeux et des calculs stratégiques sont désormais largement perceptibles sur le terrain de la mobilisation des règles relatives aux situations de détachement des travailleurs : stratégie sur les temporalités des détachements¹⁶, sur leur cumul, sur le lieu d'établissement du siège social de l'entreprise, sur l'établissement des bases d'affectation pour le transport aérien, sur le lieu de résidence des travailleurs *etc.* Le recours à ces exceptions a très souvent le même objet : mettre en place des montages sociétaires en vue de maintenir le lien exclusif du travailleur avec le système de Sécurité sociale de l'État d'origine. On observe également une faveur plus récente pour l'application des règles relatives aux situations de « pluri-activité » des travailleurs hautement mobiles qui permettent elles aussi de dissocier le lieu d'exécution de la prestation du lieu d'affiliation des travailleurs et ainsi de déconnecter le lieu d'exécution de la prestation de service de l'État-membre de paiement des cotisations de sécurité sociale. Des « *profils d'entreprises stratégiques* » se dessinent alors principalement dans certains secteurs d'activités (secteur du transport, du BTP ou des activités agricoles...) et dans certains pays de l'Union européenne (Bulgarie, Pologne, Grèce, Roumanie, Irlande, Espagne, *etc.*) avec la mise en place de travailleurs « *low cost* » aboutissant à des dérives et à des abus.

Le droit primaire de l'UE avec son système de coordination des régimes nationaux de Sécurité sociale devient une ressource pour déployer et construire des stratégies de compétitivité économique. Son corpus de règles est mobilisé pour mettre en œuvre les règles sociales les moins favorables aux travailleurs, mais les plus favorables aux entreprises aux fins de construire des espaces de « concurrence déloyale ». Si ce jeu est grandement facilité par la place qui a été faite aux libertés économiques au sein de l'UE, il l'est aussi par les instruments juridiques qui ont été choisis par l'UE pour légiférer en droit de la sécurité sociale. La coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale s'est en effet entièrement construite sur l'idée d'une Europe qui contenait un modèle socialement homogène. Or, ce présupposé s'est avéré être faux. Cette croyance forte des fondateurs de la Communauté économique européenne (à l'époque) a conduit la législation à fonctionner sur des « faux-semblants », qui constituent aujourd'hui les points d'ancrage solides des stratégies de mobilisation par les entreprises des différentes figures juridiques du travailleur mobile.

En tenant pour équivalent les systèmes nationaux de Sécurité sociale, le droit primaire de l'Union européenne a constamment cherché à « neutraliser » les conséquences sociales des règles de détermination territoriale de la loi applicable. Et c'est très certainement l'une des premières fictions sur lesquelles repose le droit de l'UE qui est à l'origine des difficultés contemporaines. L'équivalence supposée entre les systèmes nationaux de Sécurité sociale est au service d'une idée majeure : l'affiliation à un régime est tout entière dédiée au « *droit aux prestations de sécurité sociale et avantages sociaux de toute personne qui réside et se déplace légalement à l'intérieur de l'Union* »¹⁷. Elle assure l'unicité de la législation de Sécurité sociale qui est devenue un impératif majeur de fonctionnement de l'UE, ce qui l'a conduite à développer tous les moyens pour éviter les changements d'affiliation, quitte à aller jusqu'à générer des procédures pour conférer une validité aux formulaires d'affiliation. La rhétorique est

¹⁶ Des modifications pour l'application des règles de droit du travail ont été introduites par la directive 2018/957. La durée maximale du détachement est fixée à un an (ou, exceptionnellement, à 18 mois). Passé ce délai, le travailleur détaché devient un travailleur de longue durée, en principe soumis aux mêmes conditions de travail que les travailleurs de l'État d'accueil.

¹⁷ Art. 34 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

d'ailleurs bien connue : « fluidifier » le marché, « simplifier » les contraintes administratives qui auraient pu peser sur les travailleurs et les entreprises¹⁸, éviter des cumuls de régimes et assurer une continuité des prestations sociales¹⁹ pour rendre l'application des couvertures sociales plus « simples » (et par là moins changeantes).

Le second « faux-semblant » est la conséquence du premier : comme il faut absolument « gommer » tous les effets sociaux du déplacement du travailleur en maintenant son affiliation antérieure ou en admettant d'autres affiliations, très souvent dans son pays d'origine, une extrême variété de dispositifs d'ajustements a été adoptée. C'est ainsi qu'au fil des modifications des Directives détachement, et sous l'emprise du besoin de souplesse et de flexibilité du droit social qui ne doit pas se transformer en contraintes pour les acteurs, de multiples dérogations ont été énumérées dans le but d'autoriser largement les dissociations : lieu de travail, État-membre antérieur d'affiliation, lieu de résidence, siège social de l'entreprise, base d'affectation. Il s'en est suivi une inflation de la liste des situations qui permettent de saisir les mobilités du travailleur.

De nombreuses règles spécifiques²⁰ ont vu le jour, rendant hétérogènes tant les situations de travail (travailleur détaché de courte durée, de longue durée, occupation d'emplois successifs, activité professionnelle dans au moins deux États membres, intervention d'entreprises de travail temporaire, mise en place de contrats de sous-traitance, pratique du cabotage, recours au statut de travailleur indépendant avec des bureaux de liaison dans les pays d'envoi, etc.) que les régimes juridiques applicables.

On est ainsi arrivé à l'apogée des règles qui permettent de « *faire comme si* » le travailleur ne s'était pas déplacé en maintenant son affiliation dans le système de Sécurité sociale d'origine ou en l'affiliant selon la loi de la résidence ou du siège social de l'entreprise. À cet égard, le traitement de ces dissociations juridiques est devenu complexe et même insatisfaisant (tel le dépeçage des protections sociales auquel on assiste par exemple entre les régimes légaux et les régimes complémentaires). À force de percevoir les règles d'affiliation comme des contraintes, des « formalités administratives » qui peuvent gêner la libre réalisation des prestations de services au sein de l'Union européenne (notamment par la soumission des entreprises et des travailleurs à des assujettissements successifs et peu adaptés aux situations de mobilité), les Directives et les Règlements ont multiplié la distanciation des règles de coordination des régimes de Sécurité sociale avec le « réel » de la situation de travail. Et ces distanciations souvent de type dérogatoire vont désormais bien au-delà de déconnexions entre lieu de travail effectif et affiliation antérieure à un régime de Sécurité sociale.

Le droit de l'UE est en effet désormais parsemé de règles qui ont vocation à neutraliser « le réel » en dissociant certes le lieu d'emploi de la loi de l'État membre

18 V. consid. 29 : Arrêt de la CJUE C-115/11, 4 octobre 2012, Format, et selon lequel « *il convient de rappeler que les dispositions du titre II du règlement n°1408/71, dont fait partie ledit article 14, paragraphe 2, constituent, selon une jurisprudence constante, un système complet et uniforme de règles de conflit de lois dont le but est de soumettre les travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de l'Union au régime de la sécurité sociale d'un seul État membre, de sorte que les cumuls de législations nationales applicables et les complications qui peuvent en résulter soient évités* » ; V. aussi CJCE c-202/97 du 10 fév. 2000, FTS.

19 Arrêt *Altunn*, point 32.

20 Directive 2020/1057/UE du 15 juillet 2020, établissant des règles spécifiques en ce qui concerne la directive 96/71/CE et la directive 2014/67/UE pour le détachement des conducteurs dans le secteur du transport routier et modifiant la directive 2006/22/CE quant aux exigences en matière de contrôle et le règlement UE n° 1024/2021, JOUE L 249/49.

applicable au contrat de travail, mais aussi l'intérêt de l'entreprise de celui du travailleur²¹ (on a pu voir dans certains contentieux que des lieux de résidence des travailleurs avaient été artificiellement renseignés pour être les mêmes que les sièges sociaux des entreprises)²², en déconnectant les régimes légaux des régimes complémentaires, en dissociant également les intérêts des États membres entre eux²³, ou encore le lieu de paiement des cotisations du lieu d'exécution de la prestation de travail (le développement des sociétés *low cost* dans le secteur du transport aérien en constitue un exemple majeur, comme celui des entreprises de domiciliation dites « *boîtes aux lettres* », ou encore celles qui constituent des « *réservoirs de main d'œuvre* » ou des sociétés « *coquille vide* »²⁴...). Et c'est d'ailleurs l'usage de ces paramètres de déconnexion des règles de Sécurité sociale à la situation de travail vécue par les salariés qui est devenu l'outil principal des stratégies des organisations productives.

Les critères de détermination de la loi applicable à la situation d'emploi sont décortiqués, pour être tour à tour dissociés, dans le but de neutraliser le coût de certains systèmes nationaux de Sécurité sociale. Et comme la fiction juridique fonctionne systématiquement comme une exception au « jeu normal » de la règle applicable, elle nécessite toujours plus d'ingénierie de la part des acteurs, certains s'étant en quelque sorte « professionnalisés » dans le choix de ces constructions. Notons, en outre, que ces stratégies constituent le plus souvent des usages autorisés des règles et ne relèvent pas forcément de la qualification de fraude. La mobilisation astucieuse des règles par les entreprises sur ce « *marché des normes* » est donc bien souvent conforme au droit communautaire.

S'ajoute à ce constat du jeu dans la mobilisation des règles, celui de la force juridique des instruments mis à la disposition des entreprises. Mettre le réel à distance invite en effet très souvent le droit à tenir les fictions pour vraies le plus longtemps possible de sorte que les législations communautaires ont une lourde tendance aujourd'hui à se parer de formalités, de règles probatoires, voire de « *présomptions de régularité* »²⁵, et ainsi à faire appel à des modalités procédurales complexes pour éviter au maximum la déconstruction des figures juridiques choisies initialement par l'entreprise.

Les débats, et surtout les contentieux portent désormais très souvent sur les indices de terrain qui seraient légitimes, au sens d'outils habilités, à faire ré-advenir la situation réelle et « objective » du travailleur. Des litiges se développent sur la façon même de produire des preuves, sur l'exactitude des mentions portées sur les documents, sur la procédure de coopération loyale à suivre pour contester la véracité et le caractère digne de foi de ce qui a été certifié²⁶, sur les procédés de déconstruction des fictions (avec l'adoption d'une liste de critères qualitatifs pour aider les institutions

21 N. Mihman, *La mobilité juridique des rapports de travail : essai sur la coordination des normes et des prérogatives juridiques*, Thèse Université Paris Nanterre, 2018, p. 642 et s : « l'intérêt de certains travailleurs est oublié : ceux dont l'emploi s'inscrit dans un pays en dépit de la possession par leur employeur d'un certificat de détachement désignant un autre pays. La possibilité d'invoquer la fraude ne leur garantit pas un accès à la justice ».

22 Dans l'affaire CRNPAC C/Vueling Airlines SA, aff. C-370/17 du 2 avril 2020, les salariés qui avaient le statut de travailleurs détachés avaient été artificiellement domiciliés pour leur lieu de résidence en Espagne.

23 Il a été remarqué que l'État-membre de départ a un intérêt très limité à investir des ressources dans le contrôle des certificats A1, et encore moins à consentir à leur annulation qui entraîne une perte de ressources.

24 V. le rapport d'E. Bocquet, *Le travailleur détaché : un salarié low cost ? Les normes européennes en matière de détachement des travailleurs*, n°527, 2013.

25 La saga judiciaire des certificats conduit à laisser impunis des comportements qualifiés de frauduleux.

26 F. Jault-Seseke, « La coopération loyale au sens des règlements de coordination des régimes de sécurité sociale. Interrogations autour des certificats de détachement », *Liber amicorum en l'honneur de P. Rodière*, LGDJ, 2019 p. 115.

nationales à évaluer la réalité du travail), et donc sur les méthodes procédurales²⁷ (parfois opaques) pour voir triompher à nouveau le réel. On peut citer à cet égard, les récentes controverses sur la procédure et la valeur juridique à conférer aux certificats de détachement produits par l'État membre d'envoi²⁸. On pense aussi aux débats sur les critères d'appréciation du lien de rattachement entre le travailleur et « *le territoire sur lequel il travaille habituellement* »²⁹, ou encore plus récemment ceux qui ont lieu sur les qualifications des situations de « *pluri-activité* »³⁰. Mais à force de multiplier les exceptions qui permettent d'échapper au jeu normal de la règle ainsi que les fictions qui autorisent à déclarer que les faits sont autres qu'ils ne paraissent, les débats sur la loi applicable en matière de protection sociale du travailleur mobile portent désormais majoritairement sur des questions de preuve, voire sur l'évaluation du degré de probabilité des faits pour décider ou pas de faire advenir le réel.

Les catégories juridiques de détachement, comme celle de pluri-activité, n'ont alors plus rien d'homogène. S'y logent désormais des réalités très différentes : des travailleurs saisonniers³¹, des artistes qui réalisent des tournées pour se produire dans plusieurs pays³², des travailleurs envoyés sur des chantiers pour des périodes longues, des chauffeurs ou des représentants de commerce qui se déplacent beaucoup, et même des gérants salariés de société, *etc.* La règle de l'unicité de la législation applicable retenue pour faciliter la liberté de circulation « masque » aujourd'hui une diversité d'activités professionnelles sans que les frontières juridiques entre ces situations soient clairement déterminées³³. Plus encore, la variété des règles applicables, et avec elle, la diversité des statuts sociaux devient plus complexe lorsque les entreprises entreprennent de mobiliser les règles de qualification entre le travail salarié et l'exercice d'une activité indépendante. Sur le terrain du travail « *para-sur-bordonné* », s'observe aussi le déploiement de stratégies économiques et fiscales dès lors que la loi nationale applicable à la qualification même du statut du travailleur peut varier.

Les juridictions achoppent ainsi lourdement sur l'identification même de l'employeur³⁴, sur l'interprétation des notions de « *lien suffisant* », de « *temporalité* », de

27 V. l'art. 5 du Règlement n° 987/2009 qui a codifié la procédure de demande de retrait des certificats et qui donne une compétence exclusive à l'institution émettrice pour en apprécier la validité.

28 F. Jault-Seseke, préc. : V. aussi, P. Hardy et M. Rocca, « Arrêt CRPNPAC et Vueling Airlines SA : travailleurs détachés et conditions du retrait du certificat de détachement par le juge national », *Journal de Dr. Européen*, 2020, p. 399 ; M. Morsa, « Le travail détaché face au droit européen », *Les dossiers du journal des tribunaux*, n° 108, 2019.

29 V. le récent arrêt FNV, CJUE C-815/18 du 1^{er} déc. 2020.

30 Pour une discussion sur le lieu d'exercice, V. arrêt *Format* précité. Dans le litige, l'entreprise Format (dont le siège est à Varsovie) employait des travailleurs recrutés en Pologne afin de les détacher sur 15 à 18 chantiers en cours dans les différents États membres selon les besoins de l'entreprise et selon la nature du travail à effectuer. En l'espèce, le salarié M. Kita avait conclu plusieurs contrats successifs pour ne travailler qu'en France.

31 CJUE C-620/15 27 avril 2017, *A Rosa c/ Urssaf d'Alsace* : était discutée la situation de travailleurs saisonniers avec des contrats de travail suisses qui étaient employés pour l'exercice d'activités hôtelières à bord de bateaux de croisière circulant exclusivement sur le Rhône et la Saône, bateaux qui étaient exploités par une société allemande A-Rosa.

32 CJUE C-477/17 du 24 janvier 2019, *Holiday On Ice Services BV*.

33 F. Guiomard, *La pluriactivité*, Intervention dans le cadre du séminaire précité sur les mobilités.

34 La CJUE est venue préciser qu'un chauffeur routier international doit être considéré comme étant employé, non pas par la société avec laquelle il a formellement conclu un contrat de travail, mais par l'entreprise de transport qui exerce « *l'autorité effective sur lui, à laquelle incombe, dans les faits, la charge salariale correspondante et qui dispose du pouvoir effectif de le licencier* » : Arrêt CJUE C- 610/18 du 16 juillet 2020, AFMB s'agissant de chauffeurs routiers résidant aux Pays-Bas et exerçant normalement une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres ou États de l'Association européenne de libre-échange (AELE). Ces chauffeurs avaient conclu des contrats de travail avec la société chypriote AFMB pour effectuer des transports sur le territoire néerlandais pour le compte d'entreprises de transport gérant une flotte de poids-lourds aux Pays-Bas.

« *contrats successifs* », « *d'emplois permanents* » occupés par le travailleur détaché³⁵, et même de « *fraude* »³⁶, c'est-à-dire sur l'ensemble des critères d'appréciation du degré de rattachement du travailleur au territoire d'accueil, d'exercice réel de l'activité professionnelle³⁷. L'on ne pourra que relever ici le caractère immense de cette tâche de déconstruction des apparences pour faire advenir la situation effective de travail qui repose en outre sur le travail d'inspection de chaque institution nationale de sécurité sociale avec leurs corps de contrôle respectifs, l'Union européenne ayant énoncé des principes de « *confiance mutuelle* » et de « *coopération loyale* » pour régir, au titre de la coordination des régimes de Sécurité sociale, les relations entre les institutions nationales des États membres³⁸. Lorsque les fictions sont poussées à l'extrême et surtout lorsqu'elles sont instrumentalisées à d'autres fins que celles pour lesquelles elles ont été initialement créées, la force des constructions juridiques imposées pose elle-même un problème.

Si les récents débats et les réformes des Directives détachement avec la création du Paquet « mobilité » ont révélé l'importance de remédier à certaines stratégies d'entreprises, la poursuite des discussions pour conduire la réforme du Règlement 883/2004 de coordination des régimes de sécurité sociale montre aussi combien les choix pour déterminer les règles applicables en droit de la sécurité sociale sont difficiles. À cette fin, il pourrait être utile de s'entendre plus fondamentalement sur le sens que l'on entend conférer à la protection sociale des travailleurs mobiles en Europe.

II – (RE)DÉCOUVRIR LA SUBSTANCE DU DROIT DE LA PROTECTION SOCIALE

Face au développement des multiples figures du travailleur mobile, la Commission européenne a lancé plusieurs initiatives pour réviser le cadre légal européen, qu'il s'agisse du paquet mobilité du travail, des règlements de coordination 883/2004 et 987/2009, ou encore de la création dès 2019 de l'Autorité européenne du travail (AET) qui sera chargée de veiller à une meilleure application des règles liées à la mobilité des travailleurs. De nombreux progrès ont ainsi été réalisés avec l'idée qu'une meilleure délimitation des frontières dans les dérogations à la *lex loci laboris* devrait corriger les pratiques les plus frauduleuses des entreprises. Il est en effet certain que les contrôles et les outils de coopération mis à la disposition des États membres se perfectionnent. S'observe également la conclusion de conventions bilatérales entre des États membres de l'Union pour améliorer le sort des travailleurs³⁹ comme le lancement de travaux sur les mécanismes de règlement des conséquences financières des fraudes. Il reste, selon nous, quelques questions plus théoriques sur la conception du droit de la protection sociale que le droit communautaire entend promouvoir.

35 V. Aff. *Alpenrind*, CJUE C-527/16 du 6 sept. 2018 s'agissant de travailleurs employés dans un abattoir autrichien mais embauchés en Hongrie et donc affiliés en Hongrie.

36 V. l'arrêt CJUE *Altunn*, C-359/16 du 4 fév. 2018 qui est venu préciser les contours de la notion de fraude.

37 Sur tous ces points, V. P. Rodière, « *Le droit européen du détachement de travailleurs ? : fraude ou inapplicabilité ?* », Dr. Soc. 2016. 598.

38 Art. 4§3 du Traité de l'UE ; Art. 76§2 du Règlement n° 883/2004.

39 À l'instar des règlements communautaires, ces conventions s'adressent aux personnes qui partent travailler dans l'État partenaire afin que leur nouvelle affiliation ne soit pas un obstacle dans l'accès aux droits sociaux. La France dispose aujourd'hui d'accords de Sécurité sociale avec 73 pays à travers le monde. Ils couvrent près de 83% de la population française expatriée.

Les modalités d'application des règles de mobilité des travailleurs au sein de l'Union européenne invitent à réfléchir à la cohérence des couvertures sociales. La règle d'unicité de la législation applicable au travailleur en mobilité n'est pas complète. Elle ne dit rien des protections sociales complémentaires, si essentielles aujourd'hui pour couvrir correctement certains risques sociaux, et tout particulièrement le risque accident du travail et maladies professionnelles, qui exige une appréciation unitaire du lieu de travail. Cette incomplétude du droit communautaire qui ne s'est attaché qu'à régler les conséquences de la mobilité sur les régimes légaux de sécurité sociale dénote une conception relativement minimale de ce qu'est une couverture sociale, gommant jusqu'à l'existence des prévoyances collectives complémentaires.

Surtout, la montée en puissance d'usages stratégiques des règles dérogatoires invite le juriste à poser la question de la place qui a été faite aux multiples déconnexions juridiques dans les Règlements de coordination de Sécurité sociale. S'il est en effet certain que le droit communautaire est parvenu à construire une coordination des prestations de sécurité sociale (qui, une fois liquidées bénéficient en outre de la protection consacrée aux biens entrés dans le patrimoine par la CEDH)⁴⁰, le diagnostic que l'on peut porter sur l'œuvre communautaire en matière de coordination des cotisations sociales ne peut qu'être réservé, en particulier si l'on s'intéresse aux outils qui ont été choisis. Sans qu'il soit forcément nécessaire de revenir sur le choix qui a été fait entre méthode de coordination ou harmonisation des systèmes nationaux de Sécurité sociale, on peut raisonnablement repérer quelques marges de progrès si l'on accepte de réfléchir à nouveau sur le sens de ce qu'est un système de Sécurité sociale, de ce qui fait « système » au sens fondamental du terme.

On peut en premier lieu s'alarmer sur la conception « désubstantialisante » de la sécurité sociale que livre actuellement le droit communautaire. Le droit de la sécurité sociale est tout, sauf un « droit de la formalité ». Or, il semble qu'à force de faire porter les textes et les contentieux sur les « formulaires » comme sur la réalisation matérielle de formalités administratives, on en vient à en oublier la substance de ce droit. Le droit de la protection sociale (et *a fortiori* le droit de la Sécurité sociale) est un droit substantiel par nature ; c'est un droit qui institue des solidarités pour assurer la prise en charge des risques professionnels du « travailleur situé » : c'est donc d'abord un droit assis sur des conditions dignes de travail qui peut difficilement accepter d'être déconnecté des conditions réelles de l'activité professionnelle.

Le droit de la protection sociale est ensuite un droit profondément matériel qui a vocation à constituer pour l'avenir une sécurité économique pour une communauté de travailleurs. Le droit de la protection sociale s'accommode mal avec les opérations de distanciation juridique, les présomptions⁴¹ et les fictions. Tous ces dispositifs conduisent en effet à le désincarner du réel, à le distendre de la situation de travail ce qui est difficilement admissible dans la durée dès lors que ce droit doit produire du sens, et même faire sens pour des travailleurs. Le droit de la protection sociale forme en effet un « système social » : il dessine pour les travailleurs un statut social. Il peut donc difficilement être « désincarné », voire « suspendu » même pour un temps de la

40 Un bien au sens de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (convention EDH) : s'agissant du caractère de « bien » de la créance que constitue la pension, CE, Assemblée, 30 novembre 2001, *Ministre de la défense c/ M. Diop*, n^{os} 212179, 212211, p. 605.

41 On peut aussi penser à la présomption énoncée pour la qualification de travailleur indépendant qui pose elle aussi de lourdes difficultés.

communauté de travailleurs qui le constitue.

Ajoutons à cet égard que le droit de la protection sociale est avant tout un droit situé qui raisonne sur l'individu concret, ancré dans sa vie professionnelle et qui privilégie les rapports collectifs pour créer un régime de solidarités à partir d'une assiette des cotisations sociales construite sur les revenus d'activité⁴². Si le droit de la protection sociale peut trouver à se « subjectiver » au stade de la liquidation des prestations, il reste fondamentalement, en ce qu'il constitue un système de solidarités, un droit social objectif qui a vocation à tisser « *un lien social qui relie l'individu à un groupe social dans un réseau d'interdépendances* »⁴³. À trop raisonner sur la coordination (d'ailleurs bien aboutie) des prestations de Sécurité sociale, en multipliant les déconnexions du lieu du travail, le droit communautaire fait une trop grande place aux stratégies de dilution des solidarités constituées. Il est ainsi nécessaire de travailler aux resserrements des hypothèses de distanciation du droit des cotisations de la situation effective de travail.

À cet égard, il serait opportun que le législateur communautaire prenne conscience de la légitimité du groupe, qu'il le fasse ré-advenir car le droit de la protection sociale est avant tout un droit du groupe. Le droit de la protection sociale s'exprime en effet par le recours à la mutualisation (technique collective de mise en commun de sommes d'argent), technique par essence collective qui, au moment même où elle se met en place, crée un groupe d'assurés. La mutualisation institue *de facto* un groupe de cotisants : elle en dessine le périmètre, et le fait ainsi advenir à sa « juste place ». La protection sociale est donc performative : elle peut très difficilement être soumise à l'autonomie individuelle, au droit contractuel, au droit du contrat de travail. Il est d'ailleurs bien compliqué d'imaginer l'expression d'une quelconque liberté de choix des salariés (on imagine peu les personnels navigants dans l'affaire Vueling avoir choisi d'établir leur résidence au siège social de l'entreprise en Espagne).

« L'adhésion » du travailleur à un statut ne passe par le consentement mais par une opération d'assujettissement à un régime de Sécurité sociale. Affilier signifie avant tout assujettir⁴⁴, c'est-à-dire rattacher un travailleur à un groupe social déterminé, le « placer » dans un groupe homogène qui lui ressemble pour le protéger dans ses conditions effectives de travail. L'affiliation à un régime de Sécurité sociale ne peut donc être réduite à une formalité administrative individuelle et informative comme on a pu le laisser entendre dans la jurisprudence relative aux certificats A1. Le droit à couverture sociale des travailleurs est un droit social fondé sur les relations collectives de travail, c'est un droit de structuration des relations professionnelles qui passe d'ailleurs au moins pour sa partie complémentaire par la technique des conventions collectives. Ce droit du groupe devrait pouvoir émerger au sein de l'UE : on pense bien sûr aux moyens de faire advenir dans toutes les procédures les intérêts collectifs (les syndicats, les collectifs de travailleurs, mais aussi tous les organismes et les institutions de protection sociale) car ce sont ceux qui connaissent au mieux les conditions réelles de travail.

⁴² Art. L. 242-1 CSS.

⁴³ J. Mouly, « Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'Homme », *Dr. Soc.* 2002. 799.

⁴⁴ « Au XVIII^e siècle, assujettir, dont les acceptions se confondent globalement avec celles d'asservir, prend aussi le sens, technique, de maintenir en place. Si l'on applique métaphoriquement ce sens à l'homme, sur la base du postulat que tous les sens communiquent entre eux pour la pensée consciente ou non, de quelle place s'agit-il ici, quelle est cette place souhaitable de l'expression en place, quelle est cette « juste » place ? », C. Autheron-Boutchatsky, « Assujettissement », *Le Télémaque*, 2003/1, n° 23, p. 21-32

Enfin, la couverture sociale d'un travailleur est un droit statutaire, un droit constitutif d'une identité sociale. La question des préjudices indemnisables en cas de fraude aux cotisations sociales, de manquement aux règles relatives au détachement, à la pluri-activité, le non-paiement des salaires doit être réévaluée avec force. Il va sans dire qu'une fraude aux cotisations sociales n'est pas qu'un manquement à une obligation de paiement⁴⁵ : c'est une irrégularité substantielle qui porte atteinte à l'identité sociale d'une personne, à son statut social. Ces atteintes portées à l'affiliation causent des « *préjudices certains de statut* » pour les travailleurs mobiles, préjudices qui ne peuvent être résolus par des réparations en équivalence monétaire de type dommages-et-intérêts pour des prestations que les travailleurs auraient pu consommer s'ils avaient bénéficié d'un assujettissement régulier. Le préjudice de rattachement à un régime doit donner lieu à une vaste opération de régularisation de l'ensemble des droits sociaux que le travailleur aurait dû acquérir avec le versement des cotisations nécessaires auprès de tous les organismes de protection sociale, légaux comme complémentaires⁴⁶. Il faut ainsi procéder aux affiliations rétroactives dans les pays où le travailleur aurait dû être affilié⁴⁷.

La conception substantielle du droit de la protection sociale impose en effet de permettre à chacun de se constituer les droits sociaux issus de la place qui lui revient à partir de son activité professionnelle⁴⁸. Autoriser le versement par les employeurs fautifs d'amendes, et au mieux d'équivalents indemnitaires pour compenser les préjudices de non-paiement de prestations individuelles (qui auraient été susceptibles d'être liquidées), c'est encore une fois méconnaître le caractère statutaire de la Sécurité sociale et admettre une nouvelle fois de la « désubstantialiser ».

À l'heure où l'on évoque sans cesse des engagements toujours plus nombreux des entreprises, voire des groupes en faveur de missions citoyennes, de responsabilités sociétale et environnementale, n'est-il pas temps d'imposer aux groupes et aux entreprises productives de mettre au centre de leurs préoccupations la question essentielle de leur responsabilité sociale envers leurs salariés ? Il y a très certainement là une voie possible de sensibilisation des entreprises à l'image qu'elles véhiculent sur le marché des biens et des services de l'UE.

45 « Il suffit d'examiner le contentieux en France pour voir que l'essentiel des décisions rendues en matière de détachement sont le fait des tribunaux correctionnels suite à des procédures engagées sur la base des procès-verbaux établis par les corps de contrôle. Sans remettre en cause le travail des corps de contrôle, force est de constater que ces poursuites permettent des condamnations pénales et des rappels de cotisations et bientôt des amendes administratives mais ne garantissent pas le rétablissement des salariés dans leurs droits » : F. Muller, « Effectivité des droits des salariés détachés : quelle contribution à la lutte contre la concurrence déloyale », *Dr. Soc.* 2016.630

46 « La reconstitution de carrière d'un agent irrégulièrement évincé implique nécessairement la régularisation des droits en matière de protection sociale dont il aurait bénéficié en l'absence d'intervention de la décision d'éviction illégale » : CAA Paris, 24 fév. 2021, n°19PA01890 ; CE 23 déc. 2011, n° 324471, Rec. : « L'annulation d'une décision d'une chambre de commerce et d'industrie (CCI) licenciant illégalement un agent public implique nécessairement, au titre de la reconstitution de sa carrière, la reconstitution des droits sociaux, notamment des droits à pension de retraite, qu'il aurait acquis en l'absence de l'éviction illégale et, par suite, le versement par la CCI des cotisations nécessaires à cette reconstitution » ; également CE, 7 octobre 1998, Bousquet, n° 186909, T. p. 1002-1112.

47 C'est le point de vue soutenu par l'Avocat général Saugmandsgaard, conclusions aff. C-370/17 et C-37/18.

48 Le préjudice de statut social n'est pas celui d'une perte de chance d'avoir pu bénéficier de prestations sociales dont le travailleur aurait pu demander la liquidation, mais celui de n'avoir pu se constituer les droits sociaux qui lui reviennent, en raison d'une fraude commise à son assujettissement, à son statut qui est constitutif de son identité sociale.