

COORDINATION EUROPEENNE DES SECURITES SOCIALES ET CONFLIT DE LOIS (QUELQUES OBSERVATIONS)

Pierre Rodière, Professeur émérite de l'École de droit de la Sorbonne (université Paris I)

Introduction

1. **Entre une coordination élaborée et une harmonisation inexistante.** Faut-il être surpris que la partie du droit de l'Union européenne portant sur la sécurité sociale illustre des choix et orientations qui sont celles du droit de l'Union européenne dans son ensemble ? Non, évidemment et c'est bien ainsi qu'il en est. De ce que l'Union européenne a réalisé en cette matière, il faut avant tout retenir le vigoureux contraste existant entre la sophistication extrême de l'œuvre coordonnatrice et le néant en matière d'harmonisation.

Rappelons la formule régulièrement reprise par la Cour de justice. « *Le système ... repose sur une simple coordination des législations nationales et ne tend pas à leur harmonisation* »¹. La Cour le dit ainsi en visant les règlements relatifs à la sécurité sociale des travailleurs migrants², mais sa formule va au-delà et intéresse tout le champ de la sécurité sociale, tel qu'appréhendé par le *système* du droit de l'Union.

Le droit communautaire puis le droit de l'Union ont entendu, en matière de sécurité sociale, créer des conditions propres à assurer avec une bonne fluidité la circulation des travailleurs à l'intérieur de l'espace européen, puis celles des personnes, si du moins elles en ont les moyens. Dès l'origine, avec le règlement n° 3, la sécurité sociale des migrants s'est présentée comme un élément intégrant de l'ensemble assez homogène constitué par les libertés de circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux³.

Pour faciliter sa circulation, il convient de coordonner le jeu des législations nationales, en sorte que l'assuré qui se déplace dans l'espace européen soit couvert par une législation nationale de sécurité sociale et qu'il ne le soit que par l'une d'entre elles. Il ne doit pas être gêné, voire entravé dans sa liberté de

¹ CJCE, 19 juin 2003, aff. C-34/02, Sante Pasquini ; CJCE, 19 mars 2002, aff. C-393/99, INASTI c. Hervein, v. point 50.

² Trois règlements successifs, complétés par leurs règlements d'application, sans que les orientations générales aient changé : règlement n° 3 du 25 septembre 1958, règlement n° 1408/71 du 14 juin 1971, règlement n° 883/2004, en application depuis septembre 2009. Les interprétations de la Cour de justice données sur le fondement du règlement n° 3, comme du règlement 1408/71, conservent très souvent leur pertinence aujourd'hui, d'autant que les nouveaux règlements et leurs modifications légalisent fréquemment la jurisprudence de la Cour.

³ V. L'unité des libertés de circulation – *In varietate concordia* (dir. E. Dubout et A. Maitrot de la Motte, Bruylant, Bruxelles, 2013).

circulation par la disparition de sa couverture sociale. Il ne doit pas non plus l'être, son employeur et lui-même, par l'apparition de cumuls de protection, coûteux et inutiles. Il faut donc une règle commune opérant une répartition des compétences entre lois et institutions nationales, sans lacune ni cumul.

Pour le reste, le droit de l'Union en reste à une politique non interventionniste, s'abritant derrière la « *compétence des Etats membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale* »⁴. On remarque que le traité est rédigé comme s'il entendait préserver la compétence nationale en la matière face à une voracité normatrice à craindre de la part de l'Union⁵, mais c'est qu'en réalité, le système juridique de l'Union ne réclame pas vraiment d'action harmonisatrice de la part de celle-ci. Tant du moins que la liberté des échanges peut se réaliser dans de bonnes conditions, inutile d'intervenir, la même chose pouvant être dite, avec plus de nuances pour la liberté de concurrence.

La coordination des sécurités sociales se conjugue donc étroitement avec le maintien, en l'état, des législations nationales : « *des régimes distincts engendrant des créances distinctes à l'égard d'institutions distinctes* » dit la Cour⁶. Du même instant, s'il garantit au migrant la compétence d'une législation nationale, le droit de l'Union ne lui garantit pas un niveau déterminé de protection ou de couverture. Tout dépendra de la législation désignée pour s'appliquer. Celle-ci peut n'être que faiblement protectrice. Le principe est de ne pas s'en soucier.

On a là un autre aspect de l'absence de visée harmonisatrice, propre à inverser ce qui ressort, théoriquement, des termes de l'article 151 TFUE (ancien article 117) évoquant une égalisation des législations dans le progrès. Vue sous le jour des libertés de circulation, l'idée serait plutôt de ne rien faire pour forcer l'harmonisation des sécurités sociales et de laisser s'appliquer les législations nationales les moins protectrices, lorsqu'elles sont désignées par les règlements de coordination et favorisent la mobilité. De là à s'inquiéter d'une mise en concurrence des systèmes nationaux à la baisse, le pas se franchit sans difficulté.

Le refoulement de l'harmonisation vient en contraste avec la constitution d'un marché sans frontières, où les échanges se font librement, la coordination des législations de sécurité sociale étant un élément propre à y contribuer.

Nous parlerons donc de ce qui existe : une coordination des législations qui a été mise au point dans un contexte de refoulement de l'harmonisation.

⁴ CJCE, 7 févr. 1984, aff. 238/82, Duphar ; CJCE, 16 mai 2006, aff. C-372/04, Watts, point 92.

⁵ V. article 153 TFUE, spéc. § 4

⁶ Depuis l'arrêt de Moor du 5 juillet 1967, aff. 2/67.

2. Coordination et conflits de lois. Coordonner l'application de droits nationaux en s'abstrayant de leurs contenus respectifs, n'est-ce-pas ce que recherche le droit international privé dans la théorie des conflits de lois ?

La Cour de justice ne manque pas de rappeler que le droit de l'Union a, en matière de sécurité sociale, créé « *un système complet et uniformes de règles de conflits de lois* »⁷. Elle se limite d'ailleurs parfois à l'expression « *règles de conflit* », sans ajouter « *de lois* », réduction dénotant, du moins implicitement, que la coordination ne s'arrête pas à la détermination de la loi applicable, mais s'étend aux conditions administratives de son application, débordant ainsi le domaine des conflits de lois pour pénétrer sur celui des conflits d'autorités⁸.

On ne fera pas l'injure à la Cour de justice – contrairement à certains spécialistes du droit international privé – d'affirmer qu'elle ne sait pas ce qu'elle dit en mésusant de la précieuse expression de « conflits de lois », mais il faut bien reconnaître que le système de règles de conflit dont il est question s'éloigne du modèle reconnu. Si règlement de conflits de lois, il y a, et il y en a bien un, c'est suivant un système de solutions inusuel et mettant en œuvre des techniques qui sont les siennes⁹.

La coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale suppose la formulation de règles de rattachement permettant de désigner la loi applicable ou, plus justement dit par les règlements européens, l'Etat compétent, celui dont la loi s'appliquera et dont l'administration interviendra à cette fin. Sous réserve de cette ouverture vers un champ plus large que la seule détermination de la loi applicable, le terrain est ici familièrement celui du droit international privé « classique ».

Le choix du ou des critères de rattachement relève également d'une méthode que la théorie des conflits de lois ne reniera pas. Le principe de proximité est très présent, tout en se combinant avec la vieille idée que la règle de conflit, pour abstraite et formelle qu'elle soit, projette la conception du droit matériel qui est celle de l'ordre juridique qui la formule. Le choix d'un rattachement par le travail, qui constitue le principe retenu par le droit de l'Union, exprime une conception européenne de la sécurité sociale dans laquelle celle-ci reste avant tout une assurance face aux aléas que peut subir la force ou la capacité de travail. Si ce choix peut d'ailleurs être parfois mis en cause, c'est largement en raison

⁷ Ex. CJCE, 3 mai 1990, aff. C-2/89, *Kits van Heijningen*, v. point 12

⁸ CJCE, 12 juin 1986, aff. 302/84, *Ten Holder*, point 21 ; CJCE, 10 juillet 1986, aff. 60/85, *Luitjen*, point 14

⁹ S'interrogeant sur l'existence de conflits de lois en matière de sécurité sociale, l'étude ancienne de Ch. Freyria reste une référence importante, « Sécurité sociale et droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 1956, p. 409. V., examinant l'état actuel de la question, Etienne Pataut, « Territorialité et coordination en droit international privé – l'exemple de la sécurité sociale », *Mélanges P. Mayer*, LGDJ Lextenso, Paris, 2015, p. 663

d'une autre conception de la sécurité sociale, non plus liée au travail mais à l'appartenance à une population et à la solidarité face aux risques sociaux qui s'induit de cette appartenance, conception conduisant vers un rattachement à la loi du lieu de résidence.

Un autre trait caractéristique d'un système de conflit de lois postule l'indifférence au contenu de la loi étrangère. La mise en œuvre d'une règle de conflit, dit-on parfois, constitue un saut dans l'inconnu. Peu importe ce que dit la loi étrangère. Jusqu'à un certain point seulement, puisque l'ordre public international du for saisi d'un litige peut réagir à l'encontre d'une loi étrangère inacceptable, dans son contenu ou dans ses effets. La coordination européenne laisse également une place à la réaction face à la loi applicable d'une teneur inacceptable, mais ordonne cette réaction de façon profondément différente comme on pourra le constater.

On s'éloigne sans discussion du modèle présenté par le droit international privé orthodoxe sur un point essentiel, l'application de la loi étrangère dont ce qui serait une « vraie » règle de conflit de lois doit ouvrir la possibilité. En l'état, ce trait caractéristique ne se retrouve pas, sinon sous une forme larvée ou déformée. S'il ne s'y retrouve pas, c'est d'ailleurs du fait qu'en matière de sécurité sociale, le conflit de lois s'entremêle nécessairement avec un conflit d'autorités. L'application du droit de la sécurité sociale requiert une intervention administrative. Du droit privé, on passe dans le champ du droit public et d'une incompatibilité de principe entre celui-ci et l'application de la loi étrangère¹⁰.

Une source particulière de perturbation dans le jeu habituel du conflit de lois peut aussi naître de la structure des systèmes de sécurité sociale. Celle-ci se marque par des divisions verticales, un étagement entre régimes de base et régimes complémentaires, qui peuvent s'introduire dans la répartition ou la distribution des compétences entre systèmes nationaux.

3. Caractères généraux du système de solutions. Outre le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, dont il ne sera guère question dans les développements qui suivent, trois principes dominent l'organisation générale des solutions et doivent introductivement être évoqués.

3.1. Impérativité et unicité de la loi applicable. Il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice que le système européen de règlement des conflits, impératif, « *soustrait au législateur de chaque Etat membre le pouvoir de procéder à la détermination du droit applicable* »¹¹. Il ne permettrait donc pas

¹⁰ V. Jacques Foyer, « Le Conseil d'Etat et le conflit de lois », in Mélanges Dominique Holleaux, Litec, Paris, 1990, p. 103 ; G. Van Hecke, « Droit public et conflit de lois », Trav. Com. fr. DIP, 1983-1985, p. 225

¹¹ Arrêt Ten Holder, préc., point 21, V. égal. arrêt Kits van Heijningen, préc., point 20

qu'un Etat membre décide d'appliquer une autre loi, la sienne, que celle désignée par les règlements de l'Union.

Cette impérativité, remarquons le incidemment, participe de celle qui s'attache en général à l'application des règles de droit de l'Union, spécialement lorsque celles-ci s'inscrivent dans un règlement et sont par conséquent d'applicabilité directe, impérativité s'étendant aux règles de conflit formulées par ce règlement. Nulle discussion possible, ici, sur l'obligation de mettre en œuvre la règle de conflit de lois, la faculté de ne pas y procéder, son invocabilité d'office par le juge, alors que ce débat reste important dans le droit international privé général¹².

Une autre base de l'analyse est constituée par l'unicité de la loi applicable, complément direct de l'impérativité du règlement des conflits, concernant le champ couvert par celle-ci. Grâce à des règles de rattachement communes, les règlements de l'Union entendent faire disparaître les lacunes et les cumuls qui se présenteraient dans la détermination de la législation applicable, mais ils veulent aussi d'une coordination qui soit la plus simple possible à gérer. Eviter lacunes et cumuls, mais aussi complications administratives¹³, ces objectifs ont conduit à poser le principe dit de « l'unicité de la loi applicable »¹⁴.

Une loi et une loi unique, telle est la règle de principe. Une loi au moins doit être désignée en sorte qu'il n'y ait pas de lacune dans la protection de l'assuré. Cette loi sera unique, unicité qui se justifie par plusieurs raisons. La même loi a vocation à rester applicable de façon suffisamment durable, à suivre l'intéressé dans des déplacements momentanés, elle couvre la situation de l'assuré sous tous ses aspects, concernant tous les risques sociaux couverts par les règlements de coordination. Répondant à l'objectif d'éviter cumuls ou doubles emplois législatifs, l'unicité répond aussi à celui d'endiguer les complications administratives qu'engendreraient des variations inopportunes du droit applicable ou la distribution de la situation d'un assuré social, suivant le risque, entre plusieurs droits nationaux.

Supprimer les lacunes dans la détermination de la législation applicable, ce n'est évidemment pas la même chose que supprimer les lacunes, défaillances ou insuffisances de cette législation. La suppression des lacunes du droit formel ne fait pas disparaître celles du droit matériel et c'est bien là qu'apparaît un point

¹² Débat qui a d'autant moins sa place en la matière que l'on ne se trouvera pas dans des situations de pur droit privé permettant de s'interroger sur la disponibilité des droits qui sont en cause. V. sur ces questions, les ouvrages généraux de droit international privé, spécial. P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 11^e éd., 2014, n° 142 et s

¹³ V. par exemple, CJCE, 11 juin 1998, Kuusijärvi, aff.C-275/96, point 28.

¹⁴ Initialement dégagé, sans texte, par la Cour de justice, CJCE, 1^{er} mars 1973, Bentzinger, aff. 73/72 ; v. P. Rodière, « L'arrêt *Bentzinger* et la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur les conflits de lois en matière de sécurité sociale », *Rev. trim. dr. eur.*, 1974, p. 431

faible du dispositif, que la Cour de justice cherchera à atténuer en déjouant les solutions que les principes d'impérativité et d'unicité de la loi applicable commanderaient. Elle le fera en laissant s'appliquer d'autres rattachements qu'à la loi du lieu de travail, applicable en règle générale, à la loi du lieu de résidence, notamment.

3.2. Déterritorialisation. La coordination européenne implique ce qu'il est convenu d'appeler une déterritorialisation des sécurités sociales : versement des prestations sur le territoire d'un autre Etat membre, prise en compte de faits générateurs de prestations qui se produisent sur le territoire d'un autre Etat membre, etc. –. Contrairement au principe de territorialité – territorialité nationale – de la sécurité sociale, le droit de l'Union a ouvert l'espace d'application de chaque droit national à l'ensemble du territoire de l'Union¹⁵.

Les systèmes de sécurité sociale se traduisant dans des interventions des institutions ou des organes chargés d'en assurer la gestion, la déterritorialisation spatiale des sécurités sociales requiert des institutions nationales qu'elles coopèrent loyalement entre elles et s'assistent mutuellement, comme elles sont tenues de manière générale de le faire pour réaliser les objectifs du droit de l'Union (v. art. 4 § 3 TUE).

Déterritorialisation de l'application, coopération des institutions, les systèmes nationaux de sécurité sociale doivent donc s'ouvrir réciproquement les uns aux autres. Jusqu'où va cette ouverture ? Le droit international privé répond traditionnellement à ce type de question en faisant des règles de conflits de lois l'instrument de coordination internationale et d'harmonisation consécutive des solutions apportées aux litiges. Le modèle ainsi constitué voudrait que les juridictions de l'Etat saisi du litige puissent appliquer la loi étrangère désignée par sa règle de conflit de lois. Qu'en est-il en matière de sécurité sociale ? En droit international privé général, le rôle confié à la règle de conflit de lois du juge saisi va d'ailleurs plus loin, puisque celle-ci interviendra aussi en vue de la reconnaître et de donner effet à une décision juridictionnelle étrangère. Ceci se retrouve-t-il en matière de sécurité sociale ?

La réponse est négative. Dans la coordination européenne des sécurités sociales, le rôle de la règle de conflit est en effet fortement minorisé par rapport à celui qui est normalement le sien en droit international privé.

Les quelques données qui viennent d'être rappelées nous mettent directement sur la voie de deux questions particulièrement significatives auxquelles notre propos se limitera. La coordination européenne des sécurités sociales porte la marque

¹⁵ V. P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, Paris 2014, n° 582, n° 595.

d'un conflit persistant des règles de rattachement, entre loi du lieu de travail et loi du lieu de résidence principalement (I) et celle d'un amenuisement du rôle joué par la règle de conflit de lois (II).

I SUR LA PERSISTANCE DES CONFLITS DE RATTACHEMENT

5. Arrêt Nonnenmacher. Très ancien sans doute, cet arrêt n'en reste pas moins une référence des plus fécondes dans les discussions actuelles¹⁶. Il illustre parfaitement la présence endémique de conflits des rattachements dans le système de solution des conflits de lois en matière de sécurité sociale et la nécessité de corriger les rigidités des principes d'impérativité et d'unicité lorsqu'en résultent des solutions par trop désavantageuses pour la personne intéressée et propres de ce fait à gêner l'exercice de sa liberté de circulation.

Une néerlandaise, résidant aux Pays-Bas, réclamait le bénéfice de l'assurance-survivant de la loi néerlandaise, ceci alors que la législation de sécurité sociale applicable en vertu du règlement n° 3 de 1958¹⁷ était la législation française, loi du lieu de travail de son mari décédé. La loi française n'offrait à la veuve qu'un capital-décès d'un très faible montant, tandis que la loi néerlandaise, beaucoup plus avantageuse pour elle, lui garantissait un revenu de base au titre d'une véritable assurance-décès bénéficiant à l'ensemble des résidents des Pays-Bas.

La Cour de justice a jugé que l'application de la loi néerlandaise n'était pas exclue, car elle lui assurait un complément de protection sans l'astreindre à des cotisations supplémentaires¹⁸. La Cour en a admis la possibilité, tout en précisant que la législation désignée par la règle de conflit communautaire restait en toute hypothèse obligatoirement applicable. C'est la possibilité d'un *cumul d'application* – et nullement d'une option – qui fut ainsi reconnue valable, alors que l'un des objectifs du règlement uniforme des conflits de lois serait précisément d'éviter le cumul des législations ; ce cumul d'application ne devant toutefois pas se traduire dans un cumul ou redoublement des cotisations obligatoires ; semi-cumul en quelque sorte.

L'idée qui se dessinait est que la loi d'un autre Etat membre que l'Etat compétent peut avoir une fonction de protection complémentaire, celle d'un régime complémentaire, pourvu toutefois que n'en résulte pas un redoublement des

¹⁶ CJCE, 9 juin 1964, aff. 62/63, concl. Lagrange

¹⁷ Règlement n° 3 du 25 septembre 1958, v. supra note 2.

¹⁸ Cette législation n'obligeait pas le travailleur « à contribuer au financement d'une institution qui ne lui assurait pas un complément de protection sociale pour le même risque et la même période ».

cotisations sociales. Dans cette idée s'exprime la distinction entre la détermination impérative de la loi applicable par le règlement de coordination et la possibilité de laisser une autre loi s'appliquer lorsqu'elle revendique unilatéralement sa propre application. Quant au rattachement utilisé par le législateur national, face à celui qui se fait par l'activité ou le travail, il est fourni par la résidence, dont les vertus localisatrices du rapport de droit sont en la matière presque aussi fortes.

Tous ces éléments d'analyse se retrouvent dans les solutions et les discussions actuelles. On peut les regrouper sous deux thèmes, relatif d'abord au « dialogue » ou à la concurrence entre rattachement par le travail et par d'autres facteurs, la résidence notamment, concernant ensuite la correction des désavantages, constitutifs d'entraves, dont l'assuré social peut souffrir du fait de sa mobilité ou de sa circulation.

A Travail et autres rattachements

5. Rattachement par le travail. Rattachement par le travail ou l'activité ne veut pas nécessairement dire rattachement par le lieu de travail. Certes une localisation habituelle et durable du travail sur un territoire emporte sans discussion application de la loi locale. Les règlements successifs le veulent ainsi¹⁹. Mais, dans des situations où l'activité ne se localise pas sur un territoire national, la Cour de justice s'attache à rechercher si le rapport de travail ne présente pas de liens suffisamment marqués avec ce territoire pour en rendre la loi applicable²⁰.

C'est ainsi qu'en droit du travail, pour la compétence juridictionnelle et la détermination de la loi applicable, elle a dégagé une notion de « *centre effectif des activités professionnelles* » permettant de rattacher la situation de l'intéressé à une loi qui ne correspond pas à son lieu habituel de travail, alors même que la règle de rattachement mise en œuvre utilise un critère de localisation de l'activité²¹. Elle réclame une interprétation large du critère fourni par le lieu habituel d'accomplissement du travail²². Ces orientations peuvent se projeter pour la sécurité sociale.

La situation de travailleurs exerçant leur activité dans un Etat tiers a donné lieu à une jurisprudence novatrice, bien qu'ancienne, de la Cour de justice, concernant le rattachement de leur situation à l'Union européenne. Dès lors que la situation

¹⁹ Article 13 § 2 a) du règlement 1408/71 ; article 11 § 3 a) du règl. 883/2004.

²⁰ V. sur ces questions, J.-Ph Lhernould, « Conflits de lois en matière de sécurité sociale : la *lex laboris* en question », Dr. Soc. 2015, p. 457 ; v. égal. P. Rodière, « L'arrêt *Bentzinger* et la jurisprudence de la Cour ... », préc.

²¹ Cf. CJCE, 9 janvier 1997, Rutten, aff. C-383/95 ; v. égal. CJCE, 13 juillet 1993, Mulox, aff. C-125/92.

²²² CJUE, 15 déc. 2011, Voogsgeerd, aff. C-384/10.

« *garde un rattachement suffisamment étroit avec le territoire de la Communauté* », les règles communautaires ou du droit de l'Union sur la libre circulation des personnes, y compris en matière de sécurité sociale, sont applicables, a décidé la Cour de justice²³.

Faute d'aller à la loi du lieu habituel de travail, le rattachement se fera-t-il, dans de pareilles circonstances à la loi du lieu de résidence ? Les notions de centre des activités ou de rattachement suffisamment étroit convoquent la résidence comme l'un des éléments propres à les caractériser. Le fait est que les décisions mentionnent celle-ci parmi les éléments d'appréciation dont elles tiennent compte. Mais la résidence ne constituera pas pour autant le critère permettant de déterminer l'Etat membre de l'Union dont la loi de sécurité sociale sera applicable. La Cour de justice se tourne en effet vers la loi de l'Etat où l'employeur est établi. Elle le fait prétoriquement, sans texte le réclamant directement, repoussant le critère de résidence²⁴.

Se dessine ainsi un schéma dans lequel le rattachement par le travail ou l'activité se fera en règle générale par la localisation de l'activité sur le territoire d'un Etat membre et, dans l'hypothèse où le critère du lieu de travail ne peut pas être utilisé, même en étant interprété souplesment, le facteur de rattachement sera constitué par l'établissement de l'employeur dans un Etat membre. Le rattachement du « rapport de travail » se fera normalement par le travailleur et la localisation de son activité et, à défaut, il se fera par l'employeur et le lieu de son établissement. Les deux pôles du rapport de travail fournissent les rattachements, principal et subsidiaire²⁵.

6. Concurrence de la loi du lieu de résidence. Mais la résidence intervient tout de même au titre d'une règle de rattachement dont la Cour de justice continue de dire qu'elle est « accessoire », même si l'évolution des solutions montre que la règle est de plus en plus souvent sollicitée.

Ce rôle accessoire ou, mieux dit, subsidiaire du rattachement par la résidence se constate dans des circonstances très différentes²⁶. Une tension structurelle existe entre rattachement par le travail et rattachement par la résidence, si bien que le

²³ V. en particulier, CJCE, 12 juillet 1984, Prodest, aff. 237/83, point 6 ; CJCE, 29 juin 1994, Aldewereld, aff. C-60/93, point 14 ; et récemment, CJUE, 19 mars 2015, Kik, aff. C-266/13, point 42.

²⁴ V. arrêt Aldewereld, préc., point 22 et, reprenant le motif de l'arrêt Aldewereld, arrêt Kik, préc., point 58.

²⁵ Cette polarité est aussi celle que l'on connaît, sous une configuration particulière, en matière de détachement temporaire de travailleurs, où la loi de l'Etat d'établissement de l'employeur, loi d'origine, est, pour la sécurité sociale, préférée à la loi du lieu de détachement, loi du pays d'accueil. V. P. Rodière, Droit social de l'Union européenne, préc., v. spécial. n° 609 et s., n° 562.

²⁶ V. J.-Ph. Lhernould et D. Martin, « Conflit de lois en matière de sécurité sociale : la Cour de justice vient-elle d'inventer le concept de législation subsidiairement compétente ? », Journ. des trib. du trav., Larcier, Bruxelles, 10 janv. 2008, n° 1016.

second sera parfois substitué au premier. Le rattachement a une vocation plus marquée à servir de base à la détermination de la loi de sécurité sociale applicable lorsque l'intéressé est en situation d'inactivité, mais on le retrouve aussi lorsqu'il est en situation d'activité.

6.1. Inactivité. La Cour de justice, visant la situation des personnes ayant cessé leur activité sur le territoire d'un Etat membre, a jugé qu'il convenait de substituer au rattachement par l'activité – l'ancienne activité – un rattachement par la résidence, que celle-ci soit dans l'ancien Etat d'activité ou dans un autre Etat membre²⁷. En est résultée la règle, inscrite dans le règlement de coordination, voulant que la loi du lieu de résidence s'applique lorsque les règles de conflit ne désignent aucune autre loi : vocation subsidiaire du rattachement par la résidence²⁸.

Le rattachement d'une personne qui se retrouve en situation de chômage doit-il se faire à la loi de l'Etat compétent pendant sa période d'activité ou à la loi du lieu de sa résidence ? D'un jeu complexe de distribution entre les deux lois, la Cour de justice a fini par tirer que la loi applicable, pour ses droits en matière de sécurité sociale, est en principe la loi du lieu de sa résidence²⁹.

Au rattachement par le travail, dont la pertinence est affaibli, jusqu'à pouvoir être défaillant, la coordination européenne substitue un rattachement restant à la fois disponible et approprié à la législation de l'Etat de résidence, applicable impérativement et exclusivement. L'Etat compétent devient l'Etat de résidence à l'égard des personnes n'ayant plus d'activité, y compris temporairement.

6.2. Activité. Bien plus significatives encore sont les situations dans lesquelles le rattachement européen « coordonné » se fait par le travail, comme le veut la règle générale, la force du facteur de rattachement constitué par la résidence étant malgré tout prise en compte, en fonction d'options qui sont en ce cas celles, unilatérales, des législateurs nationaux.

Depuis les premiers temps de la coordination européenne, la question de la loi applicable aux prestations familiales n'a cessé de soulever difficulté : loi du pays d'emploi du ou des parents ou loi du lieu de résidence de la famille ? On peut juger que le principe d'égalité de traitement postule que les familles vivant dans le même pays doivent recevoir les mêmes prestations. Mais le rattachement à la loi du pays d'emploi préserve le principe d'unicité de la loi applicable et peut parfois se réclamer d'une idée d'aide ou de solidarité entre le pays d'emploi du

²⁷ CJCE, 11 juin 1998, Kuusijärvi, aff. C-275/96, point 34.

²⁸ V. art. 13 § 2 f) du règlement 1408/71 ; article 11 § 3 d) du règlement 883/2004.

²⁹ CJCE, 11 nov. 2004, Adanez-Vega, aff. C-372/02, point 25.

travailleur migrant et le pays de résidence de la famille, si le niveau des prestations y est moins, voire beaucoup moins élevé³⁰.

Que le règlement de coordination ait fini par opter clairement pour l'application de la loi de l'Etat compétent, c'est-à-dire en règle générale la loi du pays d'emploi³¹, n'a nullement fait disparaître la pression qu'exerce la loi du lieu de résidence. La Jurisprudence de la Cour de justice témoigne à ce sujet d'une évolution remarquable, car elle laisse aujourd'hui au rattachement par la résidence la possibilité de s'appliquer, alors que l'on n'est nullement dans un contexte d'inactivité, que le rattachement à la loi du lieu d'emploi opère et que l'application de la loi de résidence pour les prestations familiales ne s'accorde pas avec le principe d'unicité de la loi applicable.

La Cour de justice a ainsi pu admettre que l'Etat du lieu de résidence, en fonction de sa propre législation, puisse octroyer des prestations familiales à une personne dont la situation, en vertu de la coordination européenne, relevait cependant de la loi du lieu de son emploi³². Elle l'a fait en précisant qu'aucun cumul n'en résultait, la loi du pays d'emploi (eu égard à l'âge des enfants) ne prévoyant pas le versement d'allocations familiales. La règle générale désignant la loi du lieu d'emploi pour régir les prestations familiales « *n'est pas une règle absolue* », avait-elle déjà dit³³ ; réciproquement, la règle de l'unicité de législation ne l'est pas non plus et peut parfois être écartée³⁴.

7. Des confrontations en extension. La confrontation entre rattachements peut aussi prendre d'autres configurations.

Le rattachement à la loi du lieu de résidence, dans des conditions comparables où la protection de la loi de l'Etat d'emploi se montre défailante, peut s'étendre à d'autres prestations que les prestations familiales, l'assurance vieillesse par exemple³⁵.

Un travailleur détaché pourra percevoir des prestations familiales que lui octroie l'Etat membre sur le territoire duquel il est détaché, l'Etat d'origine, Etat compétent, n'y pourvoyant pas³⁶. La confrontation oppose loi d'origine ou, plus exactement, loi de l'Etat d'établissement de l'employeur, et loi du lieu de travail

³⁰ Comme l'affaire Pinna l'avait clairement mis en lumière, CJCE, 15 janv. 1986, Pinna (I), aff. 41/84, CJCE, 2 mars 1989, Pinna (II), aff. 359/87, Rev. trim. dr. eur. 1989, p. 297, obs. P. Rodière

³¹ Règlement modificatif n° 3427/89 supprimant la dérogation dont bénéficiait jusque là la France

³² CJUE, 20 mai 2008, Bosmann, aff. C-352/06 ; v. également, CJUE, 14 oct. 2010, Schwemmer, aff. C-16/09

³³ CJCE, 5 juin 2005, Dodl, aff. C-543/03, point 49.

³⁴ V. CJCE, 20 janv. 2005, Effing, aff. C-302/02, points 38 et 39.

³⁵ CJUE, 23 avril 2015, Franzen, aff. C-382/13, concl. Szpunar.

³⁶ CJUE, 12 juin 2012, Hudzinski, aff. C-611/10.

temporaire, résidence et lieu de travail habituel n'apparaissant pas en tant que facteurs de rattachement.

Si le risque constitué par l'état de dépendance n'est pas assuré dans l'Etat du lieu de résidence, dont la législation est désormais applicable, après que l'intéressé a cessé son activité dans un autre Etat membre, l'assurance dépendance de l'ancien Etat d'emploi pourra être mise en œuvre si ce dernier Etat en prévoit la possibilité³⁷. Solution qui traduit une double ouverture. La situation type dans laquelle le rattachement prévu par le législateur de l'Union bute sur celui que le législateur national attribue à la loi de résidence se retrouve inversée. La solution s'étend à d'autres prestations que familiales.

Place est faite à l'application de règles de rattachement prévues unilatéralement par les Etats face à celles que commande la coordination européenne. La Cour de justice offre ainsi aux autorités nationales des possibilités de réaction aboutissant à substituer l'application de leur législation à celle que réclame le règlement de coordination.

B. Correction des désavantages constitutifs d'entraves

8. Application d'une autre loi que celle de l'Etat compétent. Qui dit réaction nationale à la loi désignée par la règle de conflit de lois pense évidemment au mécanisme de l'ordre public international connu du droit international privé. L'observation de la jurisprudence de la Cour de justice démontre toutefois le caractère plus qu'approximatif du rapprochement.

Le point de départ, cependant, est celui que connaît bien le droit international privé. La règle de conflit désigne la loi d'un Etat en tant que loi applicable sans tenir compte du contenu de celle-ci, indépendamment du niveau ou de la qualité de protection que son dispositif législatif permet d'assurer. La Cour de justice répète régulièrement que le traité ne garantit pas que l'exercice de la liberté de circulation sera « *neutre en matière de sécurité sociale* », qu'il peut être avantageux ou désavantageux pour l'intéressé selon les dispositions qui sont celles du nouvel Etat compétent ; de pareils effets sont inhérents aux mécanismes européens³⁸. La coordination, encore une fois, n'est pas l'harmonisation et laisse en l'état chaque droit national, avec ses forces et ses faiblesses³⁹, ainsi, faut-il ajouter, que ses évolutions progressistes ou régressives en matière de protection sociale.

³⁷ CJUE, 30 juin 2011, da Silva Martins, aff. C-388/09.

³⁸ V. par exemple, CJCE, 19 mars 2002, INASTI c. Hervein, aff. C-393/99, points 50 à 52 ; CJUE, 30 juin 2011, da Silva Martins, points 71 à 73.

³⁹ V. supra n° 1.

Mais peut-on rester entièrement indifférent à l'idée de protection sociale qui est au tréfonds de la matière ? Peut-on se contenter de faire disparaître les lacunes dans la détermination de la loi applicable, sans égard pour les lacunes que présente la protection offerte par celle-ci ? Suffit-il de poser qu'une loi est applicable à la protection sociale de l'intéressé sans se préoccuper de savoir si elle assure une protection ?

Sa jurisprudence actuelle⁴⁰ montre qu'il n'en est rien, puisque la Cour de justice admet de laisser s'exprimer la protection d'une loi nationale en lui permettant de suppléer celle, défailante, de la loi désignée par la règle de conflit européenne. Elle le fait sur la base d'une argumentation téléologique mêlant comme souvent l'économique et le social. Les règlements de coordination des sécurités sociales doivent s'interpréter en fonction de l'objectif auquel ils concourent, réaliser une liberté de circulation aussi complète que possible, répète-t-elle⁴¹. Ces règlements participent aussi à un objectif de progrès social et d'amélioration des conditions de vie⁴². D'empêcher un Etat membre, l'Etat de résidence notamment, d'octroyer des prestations en application de sa législation, parce qu'il n'est pas l'Etat compétent, risque de dissuader la personne intéressée d'exercer son droit, droit fondamental, de circulation. Le fait d'user de son « *droit fondamental à la liberté de circulation* » ne doit pas engendrer « *une situation aussi déplorable qu'inacceptable* » pour l'intéressé, injustement privé d'un élément de protection sociale⁴³.

C'est ainsi que la personne intéressée pourra percevoir des prestations familiales, des allocations-vieillesse, une allocation-dépendance⁴⁴, une allocation d'incapacité⁴⁵, que la loi de l'Etat compétent ne lui aurait pas servies. Les lacunes de la législation de l'Etat compétent sont corrigées par l'application de la loi d'un autre Etat membre à laquelle consent la Cour de justice.

On peut s'interroger, incidemment, sur l'existence d'une atteinte ou d'une dérogation apportées au caractère en principe impératif et exclusif du rattachement imposé par le droit de l'Union. La Cour de justice place certes la discussion sur ce terrain. Mais l'idée de protection complémentaire par une loi autre que celle de l'Etat compétent est très présente et, dès lors que les solutions retenues veulent que les dispositions de la loi normalement applicable soient en

⁴⁰ V. n° précédent

⁴¹ V. par exemple, CJUE, 12 juin 2012, Hudzinski, préc., point 53 ; CJUE, 30 juin 2011, da Silva Martins, préc., point 70.

⁴² Mêmes décisions, v. point 53, point 71, se référant au préambule du règlement 1408/71.

⁴³ V. concl. Szpunar, dans l'affaire Franzen, préc., point 86.

⁴⁴ V. les arrêts cités supra n° 7.

⁴⁵ CJUE, 17 janvier 2012, Salemink, aff. C-347/10.

toute hypothèse respectées, on retrouve l'articulation entre une loi de base et une loi complémentaire naguère rencontrée avec l'arrêt Nonnenmacher⁴⁶.

9. Esprit général des solutions. Trois observations permettent de mieux comprendre la nature et l'esprit de l'infléchissement ainsi apporté au jeu normal de la coordination des sécurités sociales.

1° Ces corrections sont justifiées par la liberté de circulation des personnes, « valeur » fondamentale du droit de l'Union, comme les autres libertés de circulation. Le critère permettant à un Etat membre d'appliquer sa protection sociale alors qu'il n'est pas l'Etat compétent, réside dans l'utilité que peut avoir cette application eu égard à l'objectif de mobilité poursuivi par le droit de l'Union.

2° Un Etat membre ne peut pas décider unilatéralement d'appliquer sa législation lorsqu'il n'est pas l'Etat compétent, de la même façon qu'il ne peut pas décider de ne pas l'appliquer s'il l'est. La coordination européenne lui a enlevé cette compétence⁴⁷. Il faut que la Cour de justice y consente, ce qu'elle fera dans la mesure où l'application de loi de l'Etat non compétent sert la liberté de circulation. La Cour ne commande pas à l'Etat non compétent d'appliquer sa législation, ce serait tout de même paradoxal, elle l'y autorise.

3° On est donc loin d'un mécanisme traditionnel de réaction de l'ordre public international, même si l'idée que l'application de la loi de l'Etat compétent conduit à des résultats inacceptables, joue un rôle. L'hypothèse n'est pas celle d'un juge national qui réagit face à une loi étrangère dont son ordre public international ne peut pas admettre l'application et qui lui substitue celle de la loi du for. Elle montre un juge certes, mais juge transnational, admettant que des autorités nationales, parmi lesquelles les juridictions de l'Etat intéressé, mettent en application leur loi propre, car la loi applicable selon la règle de conflit conduit à un résultat qu'il convient d'écarter parce qu'il est socialement d'autant plus inacceptable qu'il compromet la réalisation d'un objectif économique fondamental.

Cette dernière observation peut aisément servir de transition vers les questions que soulève l'application de la loi de sécurité sociale étrangère et le rôle rempli par la règle de conflit de lois.

II SUR LE ROLE RESTREINT DE LA REGLE DE CONFLIT

⁴⁶ Supra n° 5.

⁴⁷ V. les arrêts cités supra n° 3.

10. Problématique générale. Ce rôle se retrouve diminué ou amenuisé de deux façons qui s'opposent de façon apparemment paradoxale, voire contradictoire.

10.1. « *Auctor regit actum* ». Pour pouvoir parler d'un système de conflit de lois, encore faut-il, suivant l'analyse usuelle, qu'une place soit faite à l'application de la loi étrangère. Il ne suffit pas d'une règle de conflit permettant de déterminer la loi applicable, loi étrangère le cas échéant, il faut en outre que l'autorité saisie de la question, le juge tout spécialement, puisse mettre en application la loi étrangère ainsi désignée.

On est accoutumé, en droit international privé, à se poser la question concernant l'action juridictionnelle. Saisi d'un litige de droit privé, opposant deux personnes privées, ou deux particuliers, le juge, en application de la règle de conflit appropriée, désigne le cas échéant une loi étrangère en tant que loi applicable, en prend connaissance et l'applique à la situation en respectant si possible l'interprétation qui en est donnée dans l'ordre juridique qui l'a édictée.

Ce schéma type d'une situation de conflit de lois ne se retrouve pas dans la coordination européenne des sécurités sociales.

Le premier élément de distinction ou d'opposition vient évidemment du fait que la matière met avant tout, le plus fréquemment, en scène des relations et en conséquence un éventuel contentieux entre des personnes privées et l'administration de la sécurité sociale. Cette appartenance au droit public entraîne avec elle le postulat que le juge n'a compétence que pour appliquer sa propre loi. Il en sera du moins ainsi tant que l'on est dans le cadre d'un système de sécurité sociale public, par opposition à un système d'assurance privé.

A ce premier élément de distinction s'en lie directement un autre, tout aussi marquant. La relation juridique de sécurité sociale – expression que l'on peut utiliser – implique l'action administrative et à celle-ci s'attache un autre postulat, voulant qu'une administration ne puisse appliquer d'autre loi que celle sous l'autorité de laquelle elle agit.

L'action administrative est au cœur de la discussion. Lorsque le règlement européen désigne « l'Etat compétent », ce n'est pas seulement pour dire quelle est la loi applicable, mais quelle administration agira. La question précédemment posée au regard du droit international privé se déplace. Elle n'est pas tant de savoir si une juridiction saisie d'un contentieux de sécurité sociale appliquera le cas échéant la loi d'un autre Etat membre, que de décider si l'institution de sécurité sociale de l'Etat compétent sera appelée à appliquer une autre loi que la sienne.

A cette question, la réponse est négative. « *Auctor regit actum* », la coordination européenne des sécurités sociales confirme l'adage de Niboyet. La « *lex auctoris* » est seule applicable.

Ce qui vaut ainsi pour les institutions de sécurité sociale des Etats membres vaut-il aussi pour ses juges ?

10.2. Quid de l'action juridictionnelle ? Il est remarquable de constater que depuis bientôt soixante ans que la coordination européenne des sécurités sociales existe, la place occupée par les interventions juridictionnelles sur cette question pourtant importante qui est celle de l'application de la loi étrangère de sécurité sociale reste invisible⁴⁸.

Est-ce dire que le juge n'intervient pas ? Si, bien sûr, il le fait et le travail très considérable d'affinement des solutions relatives à la détermination de la loi de sécurité sociale applicable se réalise par des décisions, en grand nombre, prises par la Cour de justice dans le cadre de recours préjudiciels formés par des juridictions nationales⁴⁹. On peut d'ailleurs se féliciter de constater que le mécanisme de coopération à la formation d'un système de solutions européennes convenablement uniformisées que constitue le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice fonctionne efficacement en cette matière.

Mais les questions portées devant la Cour s'arrêtent à la détermination de la loi applicable, plus largement à celle de l'« Etat compétent », elles ne pénètrent pas sur le terrain de l'application juridictionnelle de la loi de sécurité sociale étrangère que désigne la règle de conflit. Le contentieux reste en deçà de cette difficulté.

L'analyse peut même être poussée plus loin. Dans le contentieux existant, la question pourrait venir à se poser lorsqu'une juridiction nationale est saisie d'un recours mettant en cause l'action administrative d'un autre Etat membre. L'hypothèse étant que cette action s'est réalisée sous l'empire de la loi de l'autorité saisie, le juge d'un autre Etat membre pourrait être appelé à vérifier la régularité de cette action sous l'empire de la loi étrangère à laquelle elle était soumise. Or, il lui est fait défense de le faire.

Bien plus, ces difficultés étant réglées sur la base de ce que veut la Cour de justice sur la manière correcte de procéder en pareil cas, elles le seront dans l'indifférence à l'égard des désignations de compétence résultant de la règle de

⁴⁸ Faut-il penser que les interrogations et les objections restent celles que P. Gothot et D. Holleaux exprimaient il y a près de quarante ans ? V. leurs observations sur Cass. crim. 18 février 1971, Methfessel et Saud Ben Jalwi, Rev. crit. DIP, 1973, p. 671.

⁴⁹ V. P. Rodière, Droit social de l'Union européenne, préc., v. n° 602 et s.

conflit de lois, dont le rôle est ainsi annulé. Est ici visé un contentieux relatif à la reconnaissance de l'action administrative étrangère⁵⁰.

Gardant le parti de parler de ce qui existe, nous vérifierons ces assertions en constatant, à travers la jurisprudence de la Cour de justice, d'abord que les règlements européens de coordination des sécurités sociales ont uniquement pour effet de conduire les autorités nationales à appliquer leur propre législation, du moment où celle-ci a été désignée par la règle de conflit de lois (A), ensuite que ces autorités nationales sont tenues de reconnaître les actes ou décisions pris par les autorités des autres Etats membres, sans que la règle de conflit de lois applicable ait à entrer en considération (B).

A. Les autorités nationales appliquent leur propre législation, en tant que « lex auctoris ».

11. Coopération institutionnelle et loi applicable. Qu'elles le fassent lorsqu'elles appartiennent à l'Etat compétent désigné par la règle de conflit applicable à la situation de l'intéressé n'a évidemment rien que de normal. Mais que se passera-t-il lorsque l'autorité qui intervient n'est pas celle de l'Etat compétent ? Que se passera-t-il aussi lorsqu'une situation voisine se présente dans laquelle l'institution de l'Etat compétent intervient mais pour le compte de celle d'un autre Etat membre ? Devra-t-elle appliquer une autre loi que la sienne ?

On peut prendre l'exemple parlant d'un assuré social qui reçoit des soins sur le territoire d'un autre Etat membre que l'Etat compétent. Les règlements énoncent qu'en pareil cas, les prestations en nature sont servies pour le compte de l'institution compétente par l'institution du lieu de séjour, « *selon les dispositions de la législation qu'elle applique, comme si les personnes concernées étaient assurées en vertu de cette législation* »⁵¹. L'institution du lieu de séjour applique sa propre loi, alors que cette loi n'est pas celle de l'Etat compétent.

L'exemple illustre une règle de portée générale, applicable dans de nombreuses hypothèses. Les institutions de sécurité sociale des Etats membres ont l'obligation de coopérer loyalement entre elles et seront appelées à agir pour le compte d'institutions d'un autre Etat membre, « *comme s'il s'agissait de*

⁵⁰ Le thème de la « reconnaissance des situations », spécialement celles qui résultent d'actes administratifs étrangers, fait depuis quelques années l'objet de réflexions approfondies de la doctrine du droit international privé. V. spécial., dans une bibliographie importante, P. Lagarde, « La reconnaissance, mode d'emploi », in Mélanges H. Gaudemet-Tallon, Dalloz, Paris 2008, p. 481 ; La reconnaissance des situations juridiques en droit international privé, ouvr. collect. dir. P. Lagarde, Pédone, Paris, 2013 ; v. également, E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », Trav. Com. fr. DIP, 2006-2008, Pédone Paris, 2009, p. 71

⁵¹ Article 19 § 1 du règl. 883/2004, article 22 § 1 du règl. 1408/71

l'application de leur propre législation », disent les règlements, formule dont la signification est double. Lorsqu'elles interviennent dans le cadre de la coopération avec celles d'un autre Etat membre, elles se doivent d'être aussi vigilantes que si elles le faisaient pour elles-mêmes, suivant le principe du traitement national ou encore non-discriminatoire. Pour autant, dans la mission qu'elles exécutent, on ne leur demande pas de mettre en oeuvre d'autres règles que les leurs. Il est d'ailleurs heureux qu'il en soit ainsi, tant il serait peu réaliste de réclamer des caisses de sécurité sociale qu'elles appliquent une autre réglementation que celle déjà bien complexe de leur propre système juridique, outre que le principe d'égalité des droits risquerait d'en souffrir.

Une première hypothèse exemple vient d'être évoquée. Un assuré séjournant sur le territoire d'un autre Etat que l'Etat compétent y reçoit des soins : examen médical, délivrance de médicaments, éventuelle hospitalisation, des pièces en attestant seront délivrées.

Un exemple bien connu d'une situation dans laquelle l'institution de l'Etat compétent intervient pour compte d'un autre Etat membre, se présente en cas de détachement temporaire dans le cadre d'une prestation de services. L'institution de l'Etat membre où est établi l'employeur délivre un certificat attestant que le travailleur détaché est localement affilié et ne doit pas l'être dans l'Etat de détachement⁵².

On peut aussi se trouver dans une situation où les institutions de deux Etats membres, successivement compétents dans le cadre d'un conflit mobile des lois applicables, se délivrent mutuellement des attestations qu'elles établiront chacune de leur côté en application de leur propre loi. Il en sera ainsi pour les besoins de la liquidation de pensions de retraite, lorsqu'un assuré a été soumis *pro rata temporis* à la législation des Etats membres successifs de son activité⁵³.

Les institutions concernées sont tenues d'établir les documents requis en procédant à une appréciation correcte des faits et de garantir la véracité de leurs attestations, obligation qui est en général la leur, évidemment, mais que le principe de coopération loyale vient renforcer⁵⁴.

Chaque fonctionnement institutionnel national reste refermé sur lui-même. La règle traditionnelle de droit international privé voulant qu'une autorité administrative ne soit liée que par sa propre loi n'est pas démentie. La loi

⁵² Certificat ou formulaire E 101, devenu A 1 ; v. CJCE 10 févr. 2000, FTS, aff. C-2002/97 ; CJCE 26 nov. 2006, Kiere, aff. C-2/05.

⁵³ V. article 46 du règlement 1408/71, article 52 du règlement 883/2004.

⁵⁴ V. CJCE 10 févr. 2000, FTS, préc., points 48 à 51, CJCE 26 nov. 2006, Kiere, préc., points 21-22

applicable à l'action administrative ou institutionnelle reste la loi de l'administration ou institution qui agit.

B. Les autorités nationales donnent effet aux décisions de l'autorité étrangère, sans considération de la loi applicable

12. Une reconnaissance placée sous le contrôle des autorités de l'Etat d'origine. Les autorités nationales sont tenues de les reconnaître et de donner effet aux actes et décisions pris par l'autorité d'un autre Etat membre et c'est à cette dernière qu'il revient d'exercer les contrôles nécessaires. La jurisprudence de la Cour de justice le veut ainsi.

Sur la foi des documents qui lui ont été transmis dans les hypothèses qui ont été évoquées (v. n° précédent), l'Etat du lieu de détachement temporaire, non compétent, s'abstiendra d'imposer double affiliation et doubles cotisations ; l'Etat compétent, du lieu de travail en règle générale, remboursera l'institution de l'Etat de séjour pour les frais de maladie qu'elle a éventuellement exposés ; Chacun des Etats compétents procèdera à la liquidation *pro rata temporis* de la pension de retraite après avoir opéré une totalisation des périodes d'assurance accomplies sous sa législation avec les périodes d'assurance accomplies sous celle d'un autre Etat membre ; etc...

Sur la manière dont l'institution étrangère a dressé l'acte ou pris la décision auxquels l'autorité de réception doit donner effet, cette dernière a-t-elle une marge d'appréciation⁵⁵ ?

Elle peut en effet avoir des doutes sur la véracité du document reçu. Mais que peut-elle faire en pareil cas ? La Cour de justice lui permet uniquement de saisir l'institution émettrice afin que celle-ci procède aux vérifications nécessaires. Quels que soient les éléments qu'elle possède et sont de nature à établir l'invalidité de l'acte transmis par l'institution étrangère, elle ne peut décider par elle-même

Quant au juge de l'Etat de réception des documents, lui non plus « *n'est pas habilité à vérifier la validité du certificat* » transmis par l'institution d'un autre Etat membre. Aux juridictions de l'Etat d'émission de le faire, si elles sont saisies.

Tant que l'acte suspecté « *n'a pas été retiré ou invalidé par les autorités – retiré par l'administration ou invalidé par une juridiction – de l'Etat membre l'ayant*

⁵⁵ Sur ces questions, v. Etienne Pataut, « Détachement et fraude – Retour sur le détachement de travailleurs salariés en Europe », Rev. dr. trav. n° 1 2014, p. 23 ; Pierre Rodière, « Le détachement de travailleurs dans l'UE : une zone d'affrontements », Sem. soc. Lamy, n° 1628 du 28 avril 2014, n° 1629 du 5 mai 2014.

délivré, le certificat lie l'institution compétente et les juridictions de l'Etat membre » de réception⁵⁶.

Le pouvoir de contrôle de l'Etat de réception se réduit à pouvoir demander aux autorités de l'Etat d'émission de bien vouloir exercer un contrôle.

On constate donc que le système mis en place, tel qu'il est piloté par la Cour de justice, interdit aux autorités d'un Etat membre de vérifier si celles d'un autre Etat membre ont convenablement agi conformément à la législation applicable. Aux autorités de l'Etat membre dont l'institution est intervenue de veiller à ce qu'elle le fasse correctement. Aux juridictions de ce même Etat de s'en assurer.

13. Et la règle de conflit ? Quelle est finalement la place de la règle de conflit de lois dans les opérations de contrôle qui viennent d'être décrites ? La question demeure.

Mais de quelle règle de conflit parle-t-on ? Le postulat est que les autorités nationales ayant agi l'ont fait sous l'empire de leur propre législation, qu'elles soient ou non celles de l'Etat compétent pour régir la situation sociale de l'intéressé (tel que déterminé par les règles de conflit de lois du règlement de coordination) (v. supra, n° 11). « *Auctor regit actum* », c'est la règle de rattachement ici en cause.

13.1. Donnant ainsi effet dans leur ordre juridique à une loi autre que la leur, les autorités de l'Etat « de réception » appliquent-elles la loi étrangère sous l'empire de laquelle l'acte a été accompli ? Il y aurait là un angle d'attaque possible pour l'analyse. Mais cette question doit, nous semble-t-il, recevoir une réponse négative⁵⁷.

Certes, l'autorité étrangère doit être regardée comme ayant agi sous l'empire de sa propre loi, « *auctor regit actum* », et la réception de l'acte qu'elle a accompli se traduit ainsi par une mise en œuvre de la loi étrangère dans l'ordre juridique de réception. Mais appliquer une loi est autre chose. N'est-ce pas, en ayant pris connaissance, répondre à la question juridique qui se pose en procédant aux appréciations et raisonnements (syllogistiques) nécessaires pour subsumer la situation sous la règle juridique applicable ? Or, que fera l'institution de sécurité sociale concernée ? Enregistrer et mettre en œuvre un acte ou une décision d'une autorité étrangère; les recevoir dans son ordre juridique, c'est tout, sans disposer d'une marge d'appréciation sur leur régularité et sans que la juridiction de l'Etat de réception en ait une.

⁵⁶ Arrêt Kiere, préc. points 32 et 33

⁵⁷ V. les analyses d'Etienne Pataut, « Territorialité et coordination ... », préc. supra n° 2.

Laisser la loi d'un Etat étranger, telle qu'elle a été appliquée par les autorités de cet autre Etat, produire ses effets dans un ordre juridique d'accueil ou de réception, ce n'est pas l'appliquer.

13.2. Les décisions de la Cour de justice présentent cette particularité notable de ne faire aucune référence au problème de la loi applicable ni à la règle de conflit de lois.

Présence sous-jacente de la règle de conflit, inutilité d'y faire référence, indifférence à son égard ? On peut hésiter.

Par hypothèse, l'autorité administrative concernée a agi sous l'empire de sa loi propre, seule applicable ? Pourquoi le rappeler, du moment où le point n'est pas en discussion. On peut peut-être protester que la qualité de la motivation en est affaiblie. Dans le contentieux visé, sont en jeu des constatations de fait : L'intéressé est-il ou non affilié à la sécurité sociale ? A-t-il ou non été malade, avec quel diagnostic ? Combien de temps a-t-il cotisé auprès d'un régime de retraite ? Etc. Les réponses, sollicitant simplement l'honnêteté ou la loyauté, sont les mêmes, quelle que soit la loi applicable. Pourquoi invoquer celle-ci ?

Dans le contrôle relatif à la régularité ou à la véracité des documents établis par les autorités d'un Etat membre, seules comptent les règles matérielles – obligation de coopération loyale, présomption de bonne foi – et les obligations procédurales – renvoi aux autorités administratives et juridictionnelles de l'Etat membre d'origine – fixées par la Cour de justice. La question de la loi applicable, au prix d'une lacune dans l'armature du raisonnement – il faut bien qu'il y en eu une ! – est repoussée dans un lointain indifférent.

14. Conclusions. On conclura en débordant le champ couvert par les analyses qui précèdent et en glissant vers l'expression d'opinions plus personnelles. Dans la jurisprudence de la Cour de justice sur la coordination des législations de sécurité sociale et les techniques du conflit de lois, la Cour de justice de l'Union cède au double entêtement qui est de longue date le sien, en partage, il est vrai, avec la Commission européenne. Elle le fait sur deux questions d'importance cruciale.

La Cour favorise avec résolution la liberté de circulation des personnes, en tant qu'élément essentiel de la liberté des échanges. Elle privilégie les solutions qui permettent de lever les obstacles à la mobilité des personnes et qui, dans la matière ici examinée, peuvent venir de la disparité des systèmes nationaux de sécurité sociale. Qu'elle mette en avant la règle de principe voulant que l'exercice de la liberté de circulation ne soit pas « neutre » en matière de protection sociale, ne l'empêchera pas d'encourager les dérogations à ce principe, lorsque la mobilité de l'intéressé risque d'en être freinée parce qu'il se retrouve placé dans une

situation désavantageuse (v. supra, spécial. N° 2, n° 8 et 9). La citoyenneté de l'Union y est sans doute pour quelque chose puisqu'elle a permis d'étendre et de renforcer la liberté de circulation des personnes. Mais cette liberté n'en a pas pour autant cessé de constituer l'une des libertés économiques de l'Union et ce que promeut la Cour de justice, en matière de sécurité sociale comme dans d'autres domaines, est avant tout une liberté de circulation des moyens économiques, de production comme de consommation des richesses, quitte d'ailleurs à accentuer, entre les Etats membres, le phénomène de la concurrence par les coûts sociaux.

Le principe voulant que les Etats membres coopèrent loyalement entre eux en vue de réaliser les objectifs de l'Union est inscrit dans les traités. La coordination des sécurités sociales requiert des administrations nationales de la sécurité sociale qu'elles agissent, le cas échéant, pour compte de celles d'autres Etats membres. La jurisprudence de la Cour de justice a posé que l'action de l'administration d'un Etat membre, qui, au demeurant, appliquera sa propre loi, sera contrôlée par les juridictions de ce même Etat. L'autre Etat concerné par le mécanisme de coopération est privé du pouvoir d'exercer un contrôle (v. supra, spécial. n° 3, n° 10, n° 12). Une confiance de principe va à l'Etat d'émission d'un document ou d'un acte administratif, Etat d'origine ; on peut y voir un signe de défiance à l'égard de l'Etat de réception de cet acte ou document. La déloyauté ne se présume pas, non plus d'ailleurs que l'incurie, mais faut-il vraiment attendre de celui qui n'y a pas intérêt qu'il se comporte d'une façon tout à fait loyale et diligente à l'égard de celui dont les intérêts sont opposés ? Pour être plus net, faut-il attendre de celui qui a intérêt à la fraude qu'il soit le censeur de sa fraude ? La Cour de justice, à l'instar de la Commission, veut croire dans les vertus d'un principe de coopération loyale dont le respect n'est pas clairement démontré.

Et l'harmonisation des législations nationales de la sécurité sociale dans le sens du progrès dont on disait introductivement qu'elle fait partie de ces bonnes intentions dont on avoue soi-même qu'elles seront sans conséquence ? Un peu de convergence des politiques nationales, sans idée de progrès social ; c'est toute la dynamique souhaitée par la Commission, sur le mode « doux » ou mou. Une coordination non harmonisatrice des législations nationales propre à assurer au mieux le jeu des libertés économiques de circulation, c'est ce que veut, sur le mode « dur » ou comminatoire, la Cour de justice.

Aix en Provence, 15 janvier 2015