



**RAPPORT DE M. LE MASNE DE CHERMONT,
CONSEILLER REFERENDAIRE**

Arrêt n° 991 du 4 novembre 2020

N° Z 18-24.451 et suivants

Décision attaquée : 26 juillet 2018 de la cour d'appel de Caen

la société Bouygues travaux publics

C/

M. A... X...

Rapport commun aux dossiers n° Z 18-24.451, K 18-24461, C 18-24454, M 18-24.462, N 18-24.463, P 18-24.464, D18-24.478, G 18-24.482, J 18-24.483, K 18-24.484, N 1824.486, Q 18-24.488, R8-24.489, S 18-24.490, T 18-24.491 et E 18-24.502

1 - Rappel des faits et de la procédure

Présente affaire

Il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que la société Bouygues travaux publics (la société Bouygues TP) a obtenu l'attribution de marchés pour la construction, à Flamanville, d'un réacteur nucléaire de nouvelle génération.

Elle a constitué pour leur exécution, avec deux autres entreprises, une société en participation, laquelle a sous-traité certains travaux à un groupement d'intérêt économique composé, notamment, de la société Welbond Armatures.

MM. X..., Y..., Z..., W..., V..., U..., T..., S..., R..., Q..., P..., O..., N..., M..., L..., K..., de nationalité polonaise et domiciliés en Pologne, ont été mis à disposition de la société Bouygues TP et/ou de la société Welbond Armatures par la société de travail intérimaire Atlanco Limited, entreprise de droit chypriote (ci-après « la société Atlanco »), entre le mois de mars 2010 et le mois de juin 2011.

Ils ont saisi le conseil de prud'hommes de Cherbourg qui, par jugements du 12 février 2014, a, en particulier, condamné la société Atlanco à payer à chaque salarié une certaine somme à titre d'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé et écarté, à cet égard, la solidarité financière des sociétés utilisatrices en considérant que ces dernières avaient respecté le devoir de vigilance mis à leur charge par les textes.

Par arrêts du 26 juillet 2018, après avoir constaté que tous les certificats E101 ou A1 délivrés aux salariés avaient été retirés par l'institution compétente chypriote, la cour d'appel de Caen a confirmé ces jugements en ce que ceux-ci allouent aux salariés certaines sommes à titre d'indemnités forfaitaires pour travail dissimulé.

Elle a infirmé le jugement pour le surplus et, statuant à nouveau sur les chefs infirmés, a dit, en particulier, que la solidarité financière des sociétés utilisatrices était engagée au titre du travail dissimulé.

La société Bouygues TP a formé un pourvoi contre cet arrêt, le 14 novembre 2018. Elle a sollicité la condamnation des défendeurs au pourvoi au paiement de la somme de 5 000 euros.

En tant que de besoin, elle a demandé que soit adressée à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles suivantes :

« 1°/ L'article 11 du règlement (CEE) n°574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement (CE) n°118/97 du Conseil, du 2 décembre 1996, tel que modifié par le règlement (CE) n°647/2005 du Parlement européen et du Conseil, du 13 avril 2005, et 19 du règlement (CE) n°987/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, fixant les modalités d'application du règlement (CE) n°883/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale doit-il être interprété en ce sens qu'un certificat E 101 délivré par l'institution désignée par l'autorité compétente d'un État membre, au titre de l'article 14, paragraphe 1 et paragraphe 2, sous b), du règlement n°1408/71, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement n°118/97, tel que modifié par le règlement (CE) n°647/2005 du Parlement européen et du Conseil, du 13 avril 2005, ou A 1 délivré au titre de l'article 13, paragraphe 1, du règlement,

n°883/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale lie les juridictions de l'Etat membre dans lequel le travail est effectué pour déterminer la législation applicable, non seulement au régime de sécurité sociale, mais aussi au droit du travail, lorsque cette législation définit les obligations des employeurs et les droits des salariés ?

2°/ Le retrait du certificat E 101 délivré par l'institution désignée par l'autorité compétente d'un Etat membre, au titre de l'article 14, paragraphe 1 et paragraphe 2, sous b), du règlement n°1408/71, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement n°118/97, tel que modifié par le règlement (CE) n°647/2005 du Parlement européen et du Conseil, du 13 avril 2005, ou A 1 délivré au titre de l'article 13, paragraphe 1, du règlement, n°883/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale lie-t-il les juridictions de l'Etat membre dans lequel le travail est effectué pour déterminer la législation applicable, sans pouvoir examiner la situation réelle et concrète dans laquelle les salariés sont mis à disposition d'une entreprise utilisatrice par une entreprise de travail temporaire dont le siège social est situé dans un autre Etat membre que celui dans lequel le travail est réalisé et implique-t-il ainsi l'application de la loi de sécurité sociale de l'Etat dans lequel le travail est effectué ? »

Après avoir, dans des conclusion banales de défense déposées le 13 mai 2019, conclu au rejet des pourvois et à la condamnation de la société Bouygues TP au paiement d'une somme de 3 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, la société Welbond Armatures, dans un mémoire complémentaire, a demandé à être mise hors de cause des pourvois n° Z 18-24.451, N 18-24.463, P 18-24.464, D 18-24.478, G 18-24.482, J 18-24.483, K 18- 24.484, N 1824.486, Q 18-24.488, R 18-24.489, S 18-24.490, T 18-24.491, M 18-24.462 et E 18-24.502 au motif que ces derniers sont formés contre des arrêts dans lesquels elle n'était pas partie.

Elle s'est associée aux critiques du pourvoi principal pour conclure à la cassation et à l'annulation des arrêts attaqués par les pourvois n° C18-24.454 et K 18-24.461.

Les salariés ont déposé un mémoire en défense, le 27 mai 2019, et sollicité le paiement de la somme de 4 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Affaire pendante devant la chambre criminelle

L'emploi de travailleurs polonais, autres que ceux parties dans la présente affaire, mis à la disposition des sociétés Welbondes Armatures et Bouygues TP par la société Atlanco sur le chantier de Flamanville a donné lieu à des poursuites pénales.

Par jugement du tribunal correctionnel de Cherbourg en date du 7 juillet 2015, la société Atlanco a, en particulier, été déclarée coupable de faits de travail dissimulé par personne morale.

Les sociétés Bouygues TP et Welbond Armatures ont été déclarées coupables des faits de recours par personne morale aux services d'une personne exerçant un travail dissimulé, à savoir la société Atlanco, entre le mois de juin 2008 et le mois d'août 2011. Ces dernières condamnations ont été confirmées par arrêt de la cour d'appel de Caen, du 20 mars 2017.

Les sociétés Bouygues TP et Welbond Armatures ont formé un pouvoir contre cet arrêt.

Elles ont fait valoir que la cour d'appel a méconnu les effets attachés aux certificats E 101 devenus A 1.

Lesdites sociétés ont également soutenu que la mise à disposition à disposition de salariés ne devait être analysée que comme une prestation de services exclusive de détachement.

Après avoir relevé que l'incrimination de travail dissimulé réprimait non seulement le défaut de déclarations relatives aux salaires et aux cotisations sociales auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales, mais aussi l'absence de déclarations nominatives préalables à l'embauche de salariés, la chambre criminelle s'est posé la question de savoir si les effets attachés aux certificats E 101, devenus A 1, délivrés au titre de l'article 14, § 1, et § 2, sous b), du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, puis de l'article 13, § 1, du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, quant à la détermination de la loi applicable au régime de sécurité sociale s'étendent à la détermination de la loi applicable quant au droit du travail.

Aussi, par arrêt du 8 janvier 2019, elle a sursis à statuer et renvoyé à la Cour de justice de l'Union européenne la question suivante :

« Les articles 11 du règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement (CE) n° 118/97 du Conseil, du 2 décembre 1996, tel que modifié par le règlement (CE) n° 647/2005 du Parlement européen et du Conseil, du 13 avril 2005, et 19 du règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale doivent-ils être interprétés en ce sens qu'un certificat E 101 délivré par l'institution désignée par l'autorité compétente d'un État membre, au titre de l'article 14, paragraphe 1 et paragraphe 2, sous b), du règlement n° 1408/71, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement no 118/97, tel que modifié par le règlement (CE) n° 647/2005 du Parlement européen et du Conseil, du 13 avril 2005, ou A 1 délivré au titre de l'article 13, paragraphe 1, du règlement n° 883/2004, du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale lie les juridictions de l'Etat membre dans lequel le travail est effectué pour déterminer la législation applicable, non seulement au régime de sécurité sociale, mais aussi au droit du travail, lorsque cette législation définit les obligations des employeurs et les droits des salariés, de sorte qu'à l'issue du débat contradictoire, elles ne peuvent écarter lesdits certificats que si, sur la base de l'examen des éléments concrets recueillis au cours de l'enquête judiciaire ayant permis de constater que ces certificats avaient été obtenus ou invoqués frauduleusement et que l'institution émettrice saisie s'était abstenue de prendre en compte, dans un délai raisonnable, ces juridictions caractérisent une fraude constituée, dans son élément objectif par l'absence de respect de conditions prévues à l'une ou l'autre des dispositions précitées des règlements (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971 et (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 et, dans son élément subjectif, par l'intention de la personne poursuivie de contourner ou d'éluder les conditions de délivrance dudit certificat pour obtenir l'avantage qui y est attaché ? »

Ainsi, par cette question la Cour de justice de l'Union européenne est interrogée sur le périmètre *ratione materiae* de la présomption attachée aux certificats E101 devenus A1 et sur la force de cette présomption. Celle-ci ne vaut que pour les situations dans lesquelles de tels certificats n'ont pas été retirés par l'autorité émettrice.

La présente affaire ne se rapporte pas à cette hypothèse.

2 - Analyse succincte des moyens

Premier moyen

La société Bouygues TP fait grief à l'arrêt de dire que la société Atlanco a effectué du travail dissimulé, de condamner cette dernière à verser aux salariés une indemnité forfaitaire de travail dissimulé et à régulariser leur situation et de dire que la solidarité financière de la société Bouygues TP est engagée au titre du travail dissimulé et de la condamner au paiement de l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé, alors, selon le moyen :

1°/ que, au sens du droit de l'Union, exercent des activités alternantes, peu importe la fréquence de l'alternance, les personnes qui exercent de manière successive des activités dans au moins deux Etats membres pour le compte d'employeurs différents ; que la société utilisatrice soutenait que les salariés employés par la société ATLANCO exerçaient des activités alternantes dans au moins deux Etats membres de l'Union européenne, de sorte que la législation applicable en matière de droit du travail était celle du siège social de l'employeur, soit le droit chypriote, et non celle de l'Etat dans lequel les salariés exerçaient leur activité ; que la Cour d'appel, qui s'est bornée à relever que les contrats d'emploi conclus entre la société utilisatrice et la société de travail temporaire le 31 mars 2010 indiquaient que les salariés sont en détachement pour en déduire que la législation applicable en matière de droit du travail est le droit français, sans rechercher, comme cela lui était demandé, si, au regard des éléments extrinsèques à ces contrats, ils n'étaient pas soumis au régime de l'alternance, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 14, 2) du règlement n°1408/71/CEE du 14 juin 1971, 13 du règlement n°883/2004/ CE et L.8221-5 et L.8222-5 du code du travail ;

2 °/ que le juge, interprétant la commune intention des parties, est tenu de restituer à l'acte litigieux son exacte qualification, sans s'en tenir à la lettre de celui-ci ; qu'en se bornant à retenir que la lettre des contrats de travail impliquait l'application du régime du détachement sans jamais rechercher quelle avait été l'intention commune des parties et si celles-ci n'avaient pas souhaité se placer sous le régime de l'alternance, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 et l'article 12 du code de procédure civile, ensemble l'article 14, 2) du règlement n°1408/71/CEE du 14 juin 1971, l'article 13 du règlement n°883/2004/ CE et les articles L.8221-5 et L.8222-5 du code du travail ;

3°/ qu'en tout état de cause, à considérer que le régime du détachement soit applicable, si le certificat E 101 délivré par l'institution désignée par l'autorité compétente d'un Etat membre, au titre de l'article 11 du règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, lie tant les institutions de sécurité sociale de l'Etat membre dans lequel le travail est effectué que les juridictions de cet Etat membre, même lorsqu'il est constaté par celles-ci que les conditions de l'activité du travailleur concerné n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel de cette disposition du règlement n° 1408/71, le retrait de ce certificat ne démontre pas à lui seul le défaut d'affiliation du travailleur détaché au régime de sécurité sociale de l'Etat membre dans lequel son employeur a son siège social et dans lequel il n'exécute pas sa prestation de travail ; qu'en l'espèce, en déduisant qu'il n'est pas justifié de l'application de la loi de sécurité sociale chypriote aux salariés de la société ATLANCO mis à la disposition de la société BOUYGUES TP pour effectuer un travail en France, de la seule circonstance selon laquelle « le CLEISS, autorité officielle habilitée à diligenter les procédures de retrait des formulaires, a fait une démarche en ce sens le 5 juillet 2011 auprès des autorités chypriotes qui a abouti à un retrait de tous les certificats ab initio ce qui met à néant les déclarations effectuées », la Cour d'appel a violé l'article 11 du règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres

de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement (CE) n° 118/97 du Conseil, du 2 décembre 1996, tel que modifié par le règlement (CE) n° 647/2005 du Parlement européen et du Conseil, du 13 avril 2005, et 19 du règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, ensemble les articles L.8221-5 et L.8222-5 du code du travail ;

4°/ qu'en appréciant de manière globale la situation des salariés mis à disposition de la société BOUYGUES TP quant à l'existence des certificats E 101, quand celle-ci faisait valoir (p. 8 et suivantes des conclusions aux fins de saisir la CJUE en interprétation de la société BOUYGUES TP) que tous les salariés ayant été mis à sa disposition pour travailler sur le site de Flamanville n'étaient pas concernés par le retrait des certificats E 101, que les motifs du retrait de ces certificats n'étaient pas connus, de sorte que l'irrégularité de la situation des salariés ne pouvait être déduite de la seule absence de ces documents et que les salariés mis à disposition après le 1er mai 2010 bénéficiaient à tout le moins d'une demande de certificat E 101, peu important que le certificat n'ait pas été émis avant le début de l'exécution du travail, la Cour d'appel, qui n'a pas procédé aux distinctions ainsi indiquées n'a pas recherché si certains salariés n'étaient pas concernés par la procédure de retrait des certificats E 101, n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 11 du règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, ensemble les articles L.8221-5 et L.8222-5 du code du travail ;

5°/ qu'en ayant ainsi relevé que tous les certificats E 101 avaient été retirés par l'autorité chypriote, à la demande des autorités françaises, la Cour d'appel n'a pas répondu aux conclusions de la société BOUYGUES TP (p. 8 et suivantes de ses conclusions aux fins de saisir la CJUE en interprétation) en ce qu'elle faisait valoir que les salariés mis à disposition après le 1er mai 2010 bénéficiaient à tout le moins d'une demande de certificat E 101 qui suffisait à justifier leur rattachement à la législation de sécurité sociale chypriote en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

6°/ qu'en raison du retrait des certificats E 101 par l'autorité compétente, le juge a le pouvoir et le devoir d'apprécier la situation concrète et réelle dans laquelle les travailleurs sont détachés pour exécuter un travail en France, par l'entreprise de travail temporaire ayant son siège social dans un autre Etat membre, que ceux-ci exercent leur mission dans le cadre d'un détachement au sens du droit de l'Union européenne ou en alternance dans deux Etats membres au moins, afin de déterminer la législation de sécurité sociale qui leur est applicable ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel, qui a constaté que les certificats E 101 émis par l'autorité chypriote avaient été retirés par celle-ci et en a déduit que la législation de sécurité sociale chypriote n'était pas applicable aux salariés mis à la disposition de la société BOUYGUES TP pour effectuer un travail en France, sans apprécier, ainsi qu'il lui était pourtant demandé, la situation concrète et réelle de cette mise à disposition ni rechercher si elle justifiait l'affiliation de ceux-ci au régime de sécurité sociale chypriote, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 11 du règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, ensemble les articles L.8221-5 et L.8222-5 du code du travail ;

7°/ qu'en relevant que « la défaillance de la société ATLANCO devant la cour d'appel ne lui permet plus de défendre et de justifier de la régularité de son rattachement au droit de la sécurité sociale chypriote notamment par la justification du travail en alternance des travailleurs polonais dans d'autres pays de l'Union européenne, les sociétés utilisatrices étant dans l'incapacité de faire cette preuve », ce dont il s'évince que la société BOUYGUES TP était dans l'impossibilité matérielle de justifier de l'affiliation des travailleurs mis à sa disposition au régime de sécurité sociale chypriote et, partant, n'avait pas une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions ne la plaçant pas dans une situation de désavantage par rapport à ces derniers, la Cour d'appel a méconnu le principe de l'égalité des armes, garanti par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble les articles L.8221-5 et L.8222-5 du code du travail ;

8°/ que l'immatriculation d'une société étrangère dépourvue de siège en France ne s'impose qu'autant qu'existe un établissement en France et donc une activité stable ; qu'en déduisant l'existence d'une situation de travail dissimulé résultant d'un défaut d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés en considération du seul fait que « faute de justifier du rattachement des travailleurs intérimaires à Chypre, la société ATLANCO se devait de respecter la législation française exigeant son immatriculation au registre du commerce français », sans expliquer en quoi la société ATLANCO, dont le siège est à Chypre, aurait été soumise à une obligation d'immatriculation en France, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L.8221-3 du code du travail, ensemble l'article L.8222-5 du même code ;

9/ que l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne consacre le principe de la liberté de prestation de services ; que la Cour de justice de l'Union européenne a pu juger que l'intervention durant trois années sur le territoire d'un Etat membre pour les besoins d'un chantier ne relève pas d'une activité stable mais d'une prestation de services (CJUE, 11 décembre 2003, Schnitzer, aff. C-215/01) ; qu'en s'abstenant, en l'espèce, d'examiner si la société ATLANCO avait exercé une activité stable au sens du droit de l'Union européenne avant de retenir qu'elle aurait dû procéder à son d'immatriculation au registre du commerce et que le défaut d'accomplissement de cette formalité constitue une situation de travail dissimulé, la Cour d'appel n'a pas justifié sa décision au regard du droit européen ;

Second moyen

La société Bouygues TP fait grief à l'arrêt de dire que sa solidarité financière est engagée au titre du travail dissimulé réalisé par la société Atlanco et de la condamner au paiement de l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé, alors, selon le moyen :

1°/ qu'il résulte des articles L.8222-1, 1° du code du travail et L.114-15-1 du code de sécurité sociale que ne peut être engagée la solidarité financière du donneur d'ordre, qui doit vérifier, lors de la conclusion du contrat en vue de l'exécution d'un travail, de la fourniture d'une prestation de services ou de l'accomplissement d'un acte de commerce, que son cocontractant s'acquitte des formalités mentionnées aux articles L.8221-3 et L.8221-5 du même code, lorsque ce donneur d'ordre détient un justificatif attestant du dépôt de la demande d'obtention du certificat E 101 prévu à l'article 11 du règlement (CEE) n° 574/72 ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel, qui a retenu la solidarité financière des sociétés utilisatrices sur le fondement de l'article L.8222-5 du code du travail, a également reproché à la société BOUYGUES TP d'avoir laissé intervenir les salariés mis à sa disposition « en contravention avec les stipulations des contrats d'emploi sur l'exigence de demandes de tels formulaires [E 101] » ; qu'en constatant ainsi un manquement de cette société à son obligation découlant de l'article L.8222-1, 1° du code du travail, quand ce texte lui faisait simplement obligation de détenir les demandes de certificats E 101 et non nécessairement les certificats E 101 eux même, la Cour d'appel a violé les textes précités ;

2°/ que la solidarité financière du maître de l'ouvrage ou du donneur d'ordre ne peut être retenue, sur le fondement de l'article L.8222-5 du code du travail, dans sa rédaction applicable en l'espèce, que dans l'hypothèse d'un travail dissimulé réalisé par un sous-traitant ou un subdélégataire ; qu'en retenant, en l'espèce, la solidarité financière de la société utilisatrice à l'égard de la société de travail temporaire auteur du travail dissimulé, quand cette dernière n'était ni le sous-traitant ni le subdélégataire de la première, la Cour d'appel a violé le texte précité ;

3°/ que l'article L.8222-5, alinéa 2 du code du travail prévoit que le maître de l'ouvrage ou le donneur d'ordre qui n'exécute pas son obligation d'injonction envers le sous-traitant ou le subdélégataire réalisant

un travail dissimulé est tenu solidairement avec son cocontractant au paiement des impôts, taxes, cotisations, rémunérations et charges mentionnés aux 1^o à 3^o de l'article L.8222-2, dans les conditions fixées à l'article L.8222-3 ; qu'en condamnant la société utilisatrice au paiement de l'indemnité pour travail dissimulé, au titre de la solidarité financière avec la société de travail temporaire ayant réalisé le travail dissimulé, quand le paiement de cette indemnité n'est pas prévue par l'article L.8222-5, alinéa 2 du code du travail, la Cour d'appel a violé ce texte ;

4^o/ que l'article L.8222-5 du code du travail fait obligation au donneur d'ordre d'enjoindre à son cocontractant de faire cesser sans délai la situation considérée comme irrégulière par un agent de contrôle mentionné à l'article L.8271-7, dès lors qu'il en est informé par celui-ci ; qu'en l'espèce, après avoir rappelé que l'ASN a relevé l'absence de certificats E 101 pour les salariés mis à la disposition de la société BOUYGUES TP par la société ATLANCO et qu'elle a donné le 25 mai 2011 injonction à la société utilisatrice de faire cesser cette situation, la Cour d'appel a expressément constaté que cette dernière a agi à l'égard de son cocontractant en lui ayant adressé une « vaine sommation (...) le 31 mai (...) de lui adresser par retour de courrier les formulaires E 101 ou A 1 lorsqu'il s'agissait de renouvellement ainsi que la copie de la déclaration de détachement auprès de la DDTEP », ce dont il se déduisait qu'elle avait exécuté l'obligation mise à sa charge par l'article précité ; qu'en décidant l'inverse, pour retenir la solidarité financière de la société utilisatrice à l'égard de la société de travail temporaire auteur du travail dissimulé, la Cour d'appel a violé ces dispositions légales;

5^o/ qu'en retenant ainsi la solidarité financière de la société utilisatrice, la Cour d'appel a laissé sans réponse les conclusions de celle-ci aux termes desquelles elle soutenait avoir tout mis en oeuvre pour faire cesser la situation considérée comme irrégulière par l'ASN, ayant mis fin à la mise à disposition des travailleurs le 24 juin 2011, après avoir vainement enjoint à son cocontractant de lui fournir les certificats E 101 (p. 37 et 38 des conclusions en réplique et récapitulatives de la société exposante), en méconnaissance des dispositions de l'article 455 du code de procédure civile.

6^o/ qu'en procédant à une appréciation globale de l'ensemble des dossiers qui lui étaient soumis, sans tenir compte de la situation particulière de chaque salarié, notamment des dates de fin de missions de chacun des 16 salariés demandeurs mis à la disposition de la société BOUYGUES TP, dont certaines étaient antérieures à l'injonction faite par l'ASN le 25 mai 2011, la Cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle et a privé sa décision de motifs, en méconnaissance des dispositions de l'article 455 du code de procédure civile.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

- Portée de la décision, de l'institution compétente d'un État membre autre que l'État d'exercice de l'activité salariée, de retrait d'un certificat A1/E101 quant à la soumission de la personne qui exerce cette activité à la législation sociale de ce dernier État membre.
- Possibilité, en présence d'une telle décision, pour une juridiction de l'État membre d'exercice de l'activité salariée de retenir l'application d'une législation sociale autre que cette dernière.
- Portée de l'obligation d'injonction prévue à l'article L. 8222-5 du code du travail dans les situations de recours à des entreprises de travail temporaire.

- Portée de la solidarité financière instituée par cet article quant aux indemnités pour travail dissimulé.
- Teneur de l'injonction délivrée, en vertu dudit article, à la société de travail temporaire.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1 Cadre juridique

- Droit de l'Union

Il convient de distinguer, en droit de l'Union, les règles de conflit en matière de sécurité sociale de celles afférentes au droit du travail.

Les secondes ne sont pas invoquées dans le présent pourvoi.

Les premières étaient prévues par le règlement (CEE) n°1408/71, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, tel que modifié par le règlement (CE) n° 592/2008, et par son règlement d'application, le règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement n° 1408/71, tel que modifié par le règlement (CE) n° 120/2009, de la Commission, du 9 février 2009.

À compter du 1^{er} mai 2010, ces règlements ont été remplacés par le règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du conseil, du 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et par le règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement n° 883/2004.

Eu égard à la période d'emploi des travailleurs intérimaires sur le territoire français, leur situation est soumise ratione temporis à l'ensemble de ces textes.

Les dispositions afférentes à la détermination de la législation applicable figurent sous les titres II des règlements n°1408/71 et n°883/2004 (ci-après « les règlements de base »).

Les articles 13 § 1 du règlement n°1408/71 et 11 § 1 du règlement n°883/2004 posent, dans des termes identiques le principe de l'unicité d'affiliation selon lequel les personnes auxquelles ces règlements s'appliquent ne sont soumises à la législation que d'un seul État membre.

Par ailleurs, ainsi que spécifié au dixième considérant du règlement n° 1408/71, la « règle générale » est que la législation applicable est celle de l'État membre sur le territoire duquel l'intéressé exerce son activité salariée ou non salariée.

L'article 13 § 2, sous a), de ce dernier règlement dispose, à cet égard :

« Sous réserve des articles 14 à 17:

a) la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un État membre est soumise à la législation de cet État, même si elle réside sur le territoire d'un autre État membre ou si l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre État membre; »

Dans des termes similaires, l'article 11 § 3, sous a), du règlement n° 883/2004 prévoit :

« Sous réserve des articles 12 à 16:

a) la personne qui exerce une activité salariée ou non salariée dans un État membre est soumise à la législation de cet État membre; »

Au nombre des exceptions à cette règle générale de l'application de la législation de l'État d'exercice de l'activité salariée, figurent des exceptions afférentes à plusieurs catégories de salariés dont, en particulier, les salariés détachés et les salariés exerçant normalement une activité salariée sur le territoire de deux ou de plusieurs États membres.

Ainsi, l'article 14 de la directive n° 1408/71 est ainsi rédigé :

« La règle énoncée à l'article 13 paragraphe 2 point a) est appliquée compte tenu des exceptions et particularités suivantes:

- 1) a) la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un État membre au service d'une entreprise dont elle relève normalement et qui est détachée par cette entreprise sur le territoire d'un autre État membre afin d'y effectuer un travail pour le compte de celle-ci, demeure soumise à la législation du premier État membre, à condition que la durée prévisible de ce travail n'excède pas douze mois et qu'elle ne soit pas envoyée en remplacement d'une autre personne parvenue au terme de la période de son détachement;
- b) [...]
- 2) la personne qui exerce normalement une activité salariée sur le territoire de deux ou plusieurs États membres est soumise à la législation déterminée comme suit:
 - a) la personne qui fait partie du personnel roulant ou navigant d'une entreprise [...]
 - b) la personne autre que celle visée au point a) est soumise:

- i) la législation de l'État membre sur le territoire duquel elle réside, si elle exerce une partie de son activité sur ce territoire ou si elle relève de plusieurs entreprises ou de plusieurs employeurs ayant leur siège ou leur domicile sur le territoire de différents États membres;
- ii) à la législation de l'État membre sur le territoire duquel l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile, si elle ne réside pas sur le territoire de l'un des États membres où elle exerce son activité;

[...] »

L'article 12 § 1 du règlement n°883/2004, propre aux travailleurs détachés, prévoit, dans des termes similaires à l'article 14, point 1, de la directive 1408/71, que « la personne qui exerce une activité salariée dans un État membre pour le compte d'un employeur y exerçant normalement ses activités, et que cet employeur détache pour effectuer un travail pour son compte dans un autre État membre, demeure soumise à la législation du premier État membre, à condition que la durée prévisible de ce travail n'excède pas vingt-quatre mois et que cette personne ne soit pas envoyée en remplacement d'une autre personne détachée ».

Sous l'intitulé « Exercice d'activités dans deux ou plusieurs États membres », l'article 13 du règlement n° 883/2004 dispose, à son paragraphe 1 :

« La personne qui exerce normalement une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres est soumise:

- a) à la législation de l'État membre de résidence, si elle exerce une partie substantielle de son activité dans cet État membre; ou
- b) si elle n'exerce pas une partie substantielle de ses activités dans l'État membre de résidence:
 - i) à la législation de l'État membre dans lequel l'entreprise ou l'employeur a son siège social ou son siège d'exploitation, si cette personne est salariée par une entreprise ou un employeur; ou

[...] »

L'article 14 du règlement d'application n° 987/2009 précise, s'agissant des articles 12 et 13 du règlement de base n° 883/2004 :

« 1. Aux fins de l'application de l'article 12, paragraphe 1, du règlement de base, une 'personne qui exerce une activité salariée dans un État membre pour le compte d'un employeur y exerçant normalement ses activités, et que cet employeur détache dans un autre État membre' peut être une personne recrutée en vue de son détachement dans un autre État membre, à condition qu'elle soit, juste avant le début de son activité salariée, déjà soumise à la législation de l'État membre dans lequel est établi son employeur.

2. Aux fins de l'application de l'article 12, paragraphe 1, du règlement de base, les termes 'y exerçant normalement ses activités' désignent un employeur qui exerce généralement des activités substantielles autres que des activités de pure administration interne sur le territoire de l'État membre dans lequel il est établi. Ce point est déterminé en tenant compte de tous les facteurs

caractérisant les activités de l'entreprise en question; les facteurs pertinents doivent être adaptés aux caractéristiques propres de chaque employeur et à la nature réelle des activités exercées.

[...]

5. Aux fins de l'application de l'article 13, paragraphe 1, du règlement de base, une personne qui «exerce normalement une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres» désigne en particulier une personne qui :

- a) tout en maintenant une activité dans un État membre, en exerce simultanément une autre, distincte, dans un ou plusieurs autres États membres, quelles que soient la durée ou la nature de cette activité distincte;
- b) exerce en permanence des activités alternantes, à condition qu'il ne s'agisse pas d'activités marginales, dans deux États membres ou plus, quelles que soient la fréquence ou la régularité de l'alternance.

[...]

7. Pour distinguer les activités visées aux paragraphes 5 et 6 des situations décrites à l'article 12, paragraphes 1 et 2, du règlement de base, la durée de l'activité exercée dans un ou plusieurs États membres (qu'elle soit de nature permanente ou ponctuelle et temporaire) est un facteur déterminant. À ces fins, il est procédé à une évaluation globale de tous les faits pertinents, y compris, en particulier dans le cas d'une activité salariée, le lieu de travail tel qu'il est défini dans le contrat d'engagement.

8. Aux fins de l'application de l'article 13, paragraphes 1 et 2, du règlement de base, une «partie substantielle d'une activité salariée ou non salariée» exercée dans un État membre signifie qu'une part quantitativement importante de l'ensemble des activités du travailleur salarié ou non salarié y est exercée, sans qu'il s'agisse nécessairement de la majeure partie de ces activités.

Pour déterminer si une partie substantielle des activités est exercée dans un État membre, il est tenu compte des critères indicatifs qui suivent:

- a) dans le cas d'une activité salariée, le temps de travail et/ou la rémunération; et
- b) dans le cas d'une activité non salariée, [...] .

Dans le cadre d'une évaluation globale, la réunion de moins de 25 % des critères précités indiquera qu'une partie substantielle des activités n'est pas exercée dans l'État membre concerné.

[...]

10. Pour déterminer la législation applicable au titre des paragraphes 7 et 8, les institutions concernées tiennent compte de la situation future prévue pour les douze mois civils à venir.

[...] »

Par ailleurs, l'article 11 § 1 du règlement d'application n° 574/72 prévoit la remise, à la demande du salarié détaché ou de son employeur, d'un certificat par l'institution désignée par l'autorité compétente de l'État membre dont la législation

reste applicable, attestant que ce salarié reste soumis à cette législation, appelé le certificat E101.

Selon l'article 12 bis, point 2), sous a), et point 4), dudit règlement ce certificat est également remis par la même institution au salarié qui exerce normalement une activité salariée sur le territoire de deux ou plusieurs états membres.

L'articles 19 § 2 du règlement d'application n° 987/2009 prévoit la remise d'un certificat pour l'ensemble des situations de conflit :

« À la demande de la personne concernée ou de l'employeur, l'institution compétente de l'État membre dont la législation est applicable en vertu d'une disposition du titre II du règlement de base atteste que cette législation est applicable et indique, le cas échéant, jusqu'à quelle date et à quelles conditions. »

Ce dernier certificat est appelé A1.

- **Droit national**

Sont distingués, par les articles L. 8221-3 et L. 8221-5 de ce code, le travail dissimulé par dissimulation d'activité et le travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié.

Aux termes de l'article L. 8221-3 du même code, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 :

« Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'activité, l'exercice à but lucratif d'une activité de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services ou l'accomplissement d'actes de commerce par toute personne qui, se soustrayant intentionnellement à ses obligations :

1° Soit n'a pas demandé son immatriculation au répertoire des métiers ou, dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, au registre des entreprises ou au registre du commerce et des sociétés, lorsque celle-ci est obligatoire, ou a poursuivi son activité après refus d'immatriculation, ou postérieurement à une radiation ;

2° Soit n'a pas procédé aux déclarations qui doivent être faites aux organismes de protection sociale ou à l'administration fiscale en vertu des dispositions légales en vigueur. Cette situation peut notamment résulter de la non-déclaration d'une partie de son chiffre d'affaires ou de ses revenus ou de la continuation d'activité après avoir été radié par les organismes de protection sociale en application de l'article L. 133-6-7-1 du code de la sécurité sociale. »

L'article L. 8221-5 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2011-672, du 16 juin 2011 dispose :

« Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur :

1° Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche ;

[...]

3° Soit de se soustraire intentionnellement aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale en vertu des dispositions légales. »

L'article L. 8221-1 du code du travail interdit en ces termes le travail dissimulé :

« Sont interdits :

1° Le travail totalement ou partiellement dissimulé, défini et exercé dans les conditions prévues aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5 ;

[...]

3° Le fait de recourir sciemment, directement ou par personne interposée, aux services de celui qui exerce un travail dissimulé. »

L'article L. 8222-5 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2014-790, du 10 juillet 2014, prévoit une solidarité financière du maître de l'ouvrage ou du donneur d'ordre, qui s'abstient de procéder à l'injonction que cet article met à sa charge, avec son cocontractant en situation irrégulière au regard desdites dispositions :

« Le maître de l'ouvrage ou le donneur d'ordre, informé par écrit par un agent de contrôle mentionné à l'article L. 8271-7 ou par un syndicat ou une association professionnels ou une institution représentative du personnel, de l'intervention d'un sous-traitant ou d'un subdélégataire en situation irrégulière au regard des formalités mentionnées aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5 enjoint aussitôt à son cocontractant de faire cesser sans délai cette situation.

A défaut, il est tenu solidairement avec son cocontractant au paiement des impôts, taxes, cotisations, rémunérations et charges mentionnés aux 1° à 3° de l'article L. 8222-2, dans les conditions fixées à l'article L. 8222-3.

[...] »

L'article L. 8222-2 du code du travail dispose :

« Toute personne qui méconnaît les dispositions de l'article L. 8222-1, ainsi que toute personne condamnée pour avoir recouru directement ou par personne interposée aux services de celui qui exerce un travail dissimulé, est tenue solidairement avec celui qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour délit de travail dissimulé :

[...]

3° Au paiement des rémunérations, indemnités et charges dues par lui à raison de l'emploi de salariés n'ayant pas fait l'objet de l'une des formalités prévues aux articles L. 1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche et L. 3243-2, relatif à la délivrance du bulletin de paie. »

4.2 Examen des moyens

4.21 Sur le premier moyen, pris en ses sept premières branches

L'examen du premier moyen conduit à s'interroger sur l'articulation des règles de conflit établies par les règlements de base et d'application dans l'hypothèse du retrait, constaté par la cour d'appel, des certificats E101 ou A1 émis par l'institution désignée par l'autorité compétente de l'État dans lequel l'employeur a son siège.

Un tel retrait est-il, en soi, de nature à établir que les salariés concernés ne relèvent pas des exceptions à la règle générale de l'application de la législation de l'État d'exercice de l'activité salariée, propres aux salariés détachés et aux salariés exerçant normalement une activité salariée sur le territoire de deux ou de plusieurs États membres ?

Convient-il davantage de considérer que, en l'absence de toute attestation d'une affiliation à la législation d'un autre État membre, une juridiction de l'État d'exercice de l'activité salariée ne puisse faire application de la règle générale d'affiliation que dans la mesure où la situation des salariés ne caractérise pas un détachement ou une situation d'alternance de l'État d'activité ?

Dans cette dernière hypothèse, se poseraient les questions suivantes :

- au regard des constatations de la cour d'appel, les salariés peuvent-ils être dans une situation de détachement au sens des règlements de coordination ?
- au regard des mêmes constatations, peut-il être considéré qu'ils exercent normalement une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres au sens des mêmes règlements ?

Les conséquences du retrait des certificats E101/ A1 sur l'application de la règle générale d'affiliation :

La Cour de justice de l'Union européenne répète, avec la constance d'un métronome, que les dispositions des titres II des règlements de base constituent 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 (voir, notamment, arrêts du 24 mars 1994, Van Poucke / Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen e.a., C-71/93, point 22, du 10 février 2000, FTS, C-202/97, point 20).

Ce système repose sur le principe de coopération loyale qui impose à l'institution de sécurité sociale compétente de procéder à une appréciation correcte des faits pertinents pour l'application des règles relatives à la détermination de la législation applicable et, partant de garantir l'exactitude des mentions figurant dans le certificat délivré (arrêt du 10 février 2000, FTS, C-202/97, point 51).

Le principe de coopération loyale, aujourd'hui énoncé à l'article 4, §3, du Traité sur l'Union européenne, impose aux États membres de faire preuve de loyauté à l'égard des obligations nées des traités. Cette loyauté se traduit par l'obligation d'adopter un comportement positif : celui de relayer au mieux l'action de l'Union européenne, soit en prenant des mesures générales ou particulières, soit en facilitant à cette dernière l'accomplissement de sa mission. Elle impose également aux États membres un devoir d'abstention : ne prendre aucune mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des buts du Traité.¹

Ce principe implique également celui de confiance mutuelle (CJUE, arrêt du 6 février 2018, Altun e.a., C-359/16, point 40).

Le système constitué par les règlements de coordination peut être ainsi décrit :

- la règle générale est celle de l'application de la législation de l'État d'exercice de l'activité salariée,
- font exception à la règle *lex locis laboris*, les situations de travail détaché et l'exercice normal d'une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres.

Les articles 15 § 1 et 16 § 1 du règlement d'application n° 987/2009 font reposer sur l'employeur une obligation d'information de l'institution compétente sur ces situations.

Cette institution est, dans le cas d'une situation de détachement, celle de l'État où l'employeur exerce normalement son activité².

Dans le cas d'une situation d'exercice d'une activité salariée dans plusieurs États membres, ladite institution est celle de l'État membre de résidence³.

¹I. Pingel(dir), « De Rome à Lisbonne. Commentaire article par article des Traités UE et CE », « article 10 CE », II p. 293, par I. Pingel, Helbing & Lichtenhahn, Dalloz, Bruylant, 2010, 2^e édition.

² Article 12 § 1 du règlement de base n° 883/2004.

³ Article 16 § 1 du règlement d'application n° 987/2009.

Au vu des informations communiquées et compte tenu des dispositions des règlements de base et d'application⁴, l'institution vérifie si une situation de détachement est caractérisée en sorte que la législation applicable est celle de l'État de cette institution⁵ ou détermine, dans une situation d'exercice d'une activité dans deux ou plusieurs États membres quelle est la législation applicable⁶. Dans cette seconde situation, cette détermination devient définitive dans les deux mois suivant sa notification par l'institution de l'État membre de résidence aux institutions des États membres où une activité est exercée⁷.

À la demande de la personne concernée ou de l'employeur, l'institution compétente de l'État membre dont la législation est applicable atteste que cette législation est applicable et indique, le cas échéant, jusqu'à quelle date et à quelles conditions⁸.

En raison du principe selon lequel les travailleurs doivent être affiliés à un seul régime de sécurité social, ce certificat implique nécessairement que le régime d'un autre État membre n'est pas susceptible de s'appliquer (voir, en ce sens, CJUE, arrêt du 10 février 2000, FTS, C-202/97, point 49).

Il crée une présomption de régularité de l'affiliation des travailleurs concernés (voir, en ce sens, CJUE, arrêt du 10 février 2000, FTS, C-202/97, point 53).

Aussi longtemps que le certificat n'a pas été retiré ou déclaré invalide, il s'impose à l'institution compétente de l'État membre d'accueil qui ne saurait, par conséquent, soumettre les travailleurs en question à son propre régime de sécurité sociale (voir, en ce sens, CJUE, arrêt du 10 février 2000, FTS, C-202/97, points 53 et 55), quand bien même cette institution a procédé à l'affiliation à sa législation de ces travailleurs avant la délivrance du certificat, ce dernier pouvant avoir un effet rétroactif (arrêt du 6 septembre 2018, Alpenrind e.a., C-527/16, point 73).

⁴ Article 14, point 1, sous a), du règlement de base n° 1408/71 et articles 11 § 1 et 12 bis, point 1, sous b), du règlement d'application n° 574/7 - Articles 12 et 13 du règlement de base n° 883/2004, articles 14, 15 § 1 et 16 § 2 du règlement d'application n° 987/2009.

⁵ Voir, en ce sens, CJUE, arrêt du 10 février 2000, FTS, C-202/97, point 42.

⁶ Article 12 bis, point 1, sous b), du règlement d'application n° 574/72 et article 16, §2, du règlement d'application n° 987/2009.

⁷ Article 16 § 3 du règlement n° 987/2009.

⁸ Article 19 § 2 du règlement n° 987/2009 et articles 11 § 1, 12 bis, point 2), sous a), et point 4), du règlement n° 574/72.

Il s'impose également aux juridictions de l'État membre d'accueil qui ne sont pas habilitées vérifier la validité d'un certificat E 101 en ce qui concerne l'attestation des éléments sur la base desquels un tel certificat a été délivré (CJUE arrêts du 26 janvier 2006, *Herbosch Kiere*, C-2/05, point 32, du 6 septembre 2018, *Alpenrind e.a.*, C-527/16, point 47).

Il lie tant les institutions de sécurité sociale de l'État membre dans lequel le travail est effectué que les juridictions de cet État membre, même lorsqu'il est constaté par celles-ci que les conditions de l'activité du travailleur concerné n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel de la disposition sur la base de laquelle le certificat a été délivré (CJUE, arrêt du 27 avril 2017, *A-Rosa Flussschiff*, C-620/15, point 61).

Toutefois, la fraude à la délivrance des certificats est de nature, dans certaines conditions, à faire obstacle à la présomption attachée à ceux-ci.

Ainsi, lorsque l'institution de l'État membre dans lequel les travailleurs ont été détachés a saisi l'institution émettrice de certificats E 101 d'une demande de réexamen et de retrait de ceux-ci à la lumière d'éléments recueillis dans le cadre d'une enquête judiciaire ayant permis de constater que ces certificats ont été obtenus ou invoqués de manière frauduleuse, et que l'institution émettrice s'est abstenue de prendre en considération ces éléments aux fins du réexamen du bien-fondé de la délivrance desdits certificats, le juge national peut, dans le cadre d'une procédure diligentée contre des personnes soupçonnées d'avoir eu recours à des travailleurs détachés sous le couvert de tels certificats, écarter ces derniers si, sur la base desdits éléments et dans le respect des garanties inhérentes au droit à un procès équitable qui doivent être accordées à ces personnes, il constate l'existence d'une telle fraude (CJUE, arrêt du 6 février 2018, *Altun e.a.*, C-359/16, point 61).

Le certificat n'a pas de caractère définitif. Il incombe à l'institution compétente de l'État membre qui l'a délivré de le retirer lorsque sa délivrance n'est pas fondée (voir, en ce sens, CJUE, arrêt du 10 février 2000, *FTS*, C-202/97, point 56).

Cet examen du système de règles de conflit institué par les règlements de coordination permet d'opérer les constatations suivantes :

La délivrance des informations de nature à établir des situations de détachement ou d'exercice d'une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres au sens des règlements de coordination incombe soit à l'employeur soit au salarié. En l'absence de délivrance de telles informations, les institutions compétentes de l'État membre dans lequel l'employeur exerce normalement son activité, de l'État membre de résidence du salarié ou même de l'État membre d'accueil n'ont pas à rechercher si le salarié relève d'une de ces exceptions à la règle générale. En d'autres termes, il appartient soit aux employeurs, dans le cas d'un

détachement, soit aux salariés, dans le cas de l'exercice d'activités dans deux ou plusieurs États membres, de rapporter la preuve que les personnes exerçant l'activité salariée considérée relèvent de l'exception à cette règle.

La caractérisation de ces situations ressort uniquement à la compétence soit de l'institution compétente de l'État membre dans lequel l'employeur exerce normalement son activité, dans le cas où une situation de détachement est alléguée, soit, dans le cas de l'exercice d'activités dans deux ou plusieurs États membres, de l'institution désignée par l'autorité de l'État membre de résidence. En l'absence de fraude, il n'est conféré aux institutions compétentes de l'État d'accueil ou à leurs juridictions aucun rôle à cet égard, en sorte qu'ils ne tirent des règlements de coordination aucune compétence pour procéder à une telle caractérisation.

La délivrance et le retrait d'un certificat E101 ou A1 font suite à un examen, répondant aux exigences propres au principe de coopération loyale, par l'institution compétente des informations communiquées, au terme duquel il a été conclu soit que la législation de l'État membre du siège de l'entreprise ou de la résidence du salarié s'applique soit que cette législation ne s'applique pas.

Aussi, l'examen du premier moyen, pris en ses sept premières branches, conduit à se poser deux questions.

La première est celle de savoir si le système de conflit institué par les règlements de coordination peut être complété de sorte que, en concurrence avec les institutions compétentes de l'État membre de résidence ou de l'État membre dans lequel l'employeur exerce normalement son activité, désignées par ces règlements, les juridictions de l'État membre d'accueil doivent pouvoir, pour les salariés exerçant une activités sur le territoire de ce dernier, d'abord, caractériser une situation de détachement ou d'exercice d'activités dans deux ou plusieurs États membres, au sens desdits règlements, et, ensuite, décider de l'application d'une législation autre que celle de cet État membre d'accueil.

La seconde porte sur l'autorité conférée, dans le système des règlements de coordination, aux décisions des institutions compétentes désignées par ces règlements pour résoudre les conflits de lois. Cette autorité, qui découle du principe de coopération loyale à laquelle l'institution émettrice est tenue et du principe de confiance mutuelle qui s'impose aux juridictions nationales, fait-elle obstacle à ce que ces dernières, à la suite d'une décision de retrait de certificats A1 ou E101 s'assurent du bien fondé de cette décision en vérifiant que n'est caractérisé ni une situation de détachement ni une situation d'exercice d'une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres au sens de ces règlements ?

Il ne semble pas que la Cour de cassation, qu'il s'agisse de la chambre criminelle, de la deuxième chambre civile ou de la chambre sociale, ait eu à connaître de ces questions dans une situation telle que celle en cause où les certificats A1 et E101 ont été retirés.

Néanmoins, il convient de relever, d'abord, que, à la suite de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 27 avril 2017, A-Rosa Flussschiff (C-620/15), la Cour de cassation considère que, hors les situations de fraude, la délivrance d'un certificat A1 ou E101 par les institutions compétentes d'un autre État membre fait obstacle à toute appréciation par les juges nationaux de l'existence de situations de détachement au sens des règlements de coordination.

Cette jurisprudence exclut que, en présence d'un tel certificat, les juridictions nationales puissent, pour la détermination de la loi applicable en matière de sécurité sociale, agir en concurrence avec les institutions compétentes désignées par les règlements de coordination.

Ensuite, la cour de cassation a eu à s'interroger sur les modalités de preuve de la régularité de situations de détachement au regard de la législation sociale.

Par deux arrêts du 6 novembre 2016, l'assemblée plénière a exclu, au visa des articles 11, §1, sous a) du règlement d'application n°574/72 et 14, point 1, sous a), du règlement de base n° 1408/71, que le document visé à l'article D. 8222-7, 1°, b, du code du travail permettant au donneur d'ordre de rapporter la preuve de la régularité de la situation sociale d'un cocontractant dont les salariés sont en situation de détachement au sens de cet article 14, point 1, sous a), puisse être autre que le certificat E101.

Ass. plén., 6 novembre 2015, pourvoi n° 14-10.182, Bull. 2015, Ass. plén, n° 7

Ass. plén., 6 novembre 2015, pourvoi n° 14-10.193, Bull. 2015, Ass. plén, n° 8

Il résulte de l'article 11, § 1, sous a, du règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 que, dans le cas, prévu par l'article 14, point 1, sous a), du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971, d'une personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un Etat membre au service d'une entreprise dont elle relève normalement et qui est détachée par cette entreprise sur le territoire d'un autre Etat membre afin d'y effectuer un travail pour le compte de celle-ci, l'institution désignée par l'autorité compétente de l'Etat membre dont la législation reste applicable délivre, à la demande du travailleur salarié ou de son employeur, un certificat attestant que le travailleur salarié demeure soumis à cette législation et indiquant jusqu'à quelle date.

Le certificat E 101 délivré conformément à l'article 11, § 1, sous a, du règlement n° 574/72 est en conséquence le seul document susceptible d'attester la régularité de la situation sociale du cocontractant établi ou domicilié à l'étranger au regard du règlement n° 1408/71, au sens de l'article D. 8222-7, 1°, b, du code du travail.

Il était précisé dans la note explicative accompagnant ces arrêts :

« Le législateur européen a voulu que le certificat E 101 ait une forme standardisée pour l'ensemble du territoire de l'Union européenne, afin d'éviter que les juges nationaux ne soient confrontés à la diversité des documents administratifs émanant des États membres et des langues utilisées pour leur élaboration. Il a, en outre, attribué à ce document une force probatoire qui lui est propre, afin de limiter les hypothèses dans lesquelles les certificats E 101 produits par les parties pourraient être remis en cause. La recevabilité de la production de tout document national pertinent serait de nature à remettre en cause ces objectifs. »

Quoique portant sur l'interprétation d'une disposition réglementaire énumérant les pièces dont la remise à la personne morale par le cocontractant domicilié ou établi à l'étranger est requise, cet arrêt s'inscrit dans la logique du système instauré par les règlements de coordination qui font du certificat A1 ou E101 la preuve de la situation de détachement au sens de ces derniers.

Dans un arrêt antérieur (2e Civ., 5 avril 2007, pourvoi n° 05-21.596, Bull. 2007, II, n° 90), la deuxième chambre civile a exclu, en l'absence d'un tel certificat, la caractérisation d'une situation de détachement au motif qu'il n'était pas justifié d'une affiliation au régime de sécurité sociale de l'État membre où l'entreprise est établie (voir également, dans une situation alléguée de travail indépendant de salariés portugais, Soc., 27 mars 1997, pourvoi n° 95-18.115) .

Elle s'est, à cet égard, montrée insensible à l'argumentation de l'entreprise utilisatrice qui, invoquant une violation de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, faisait état de l'impossibilité, pour elle, d'obtenir ce certificat.

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Limoges, 17 octobre 2005), qu'à la suite d'un contrôle, l'URSSAF a réintégré dans l'assiette des cotisations sociales dues en 2002 par la société Serrurerie objatoise (la société) le montant des rémunérations versées à trois employés mis à sa disposition par des entreprises de travail temporaire portugaises et dont elle prétendait que par application de l'article 14 § 1 du Règlement (CEE) n° 1408/71 du 14 juin 1971, ils étaient restés affiliés au régime de sécurité sociale portugais ;

Attendu que la société fait grief à la cour d'appel de l'avoir déboutée de son recours, alors, selon le moyen :

[...]

2°/ qu'en sa qualité d'employeur, l'entreprise de travail temporaire est seule débitrice de l'obligation d'obtenir de l'institution désignée par l'autorité compétente de l'Etat membre dont la législation reste applicable le formulaire de détachement attestant de l'affiliation des salariés détachés ; qu'en subordonnant la validité et l'opposabilité du détachement invoqué à la production par l'entreprise utilisatrice, d'un formulaire de détachement qu'elle n'avait pas le pouvoir d'obtenir, la cour d'appel a violé les articles 14 et 17 du Règlement (CEE) n° 1408/71 du 14 juin 1971, 11 du Règlement (CEE) n° 54/72 du 21 mars 1972, les articles L. 124-1 et L. 124-8 du code du travail et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

[...]

Mais attendu qu'il résulte de l'article 3 de la décision de la Commission administrative des Communautés européennes pour la sécurité sociale des travailleurs migrants n° 181 du 13 décembre 2000 que l'article 14 § 1 du Règlement (CEE) n° 1408/71 du 14 juin 1971 continue à s'appliquer lorsque le travailleur soumis à la législation d'un Etat membre conformément aux dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71, est embauché dans cet Etat membre où l'entreprise a son siège ou son établissement en vue d'être détaché pour le compte de cette entreprise sur le territoire d'un autre Etat membre ;

Et attendu qu'ayant relevé au vu des documents qui lui étaient soumis que lors de leur embauche par des entreprises de travail temporaire portugaises, les trois salariés concernés avaient leur résidence en France et que leur affiliation préalable au régime de sécurité sociale de "l'Etat d'envoi" n'était pas justifiée, ce dont il résultait qu'ils n'étaient pas en situation de détachement au sens de l'article 14 § 1 précité, la cour d'appel en a exactement déduit, sans encourir les griefs du moyen, que ces salariés devaient être affiliés au régime de sécurité sociale de l'Etat membre où s'exerçait leur activité et que la société Serrurerie objatoise devait assumer les obligations qui en résultait à l'égard de l'URSSAF ;

[...] »

Cependant, si cet arrêt impose à l'entreprise qui invoque une situation de détachement de justifier de l'affiliation du salarié à un régime de sécurité sociale étranger, il ne semble pas pouvoir en être nécessairement induit que cette justification ne peut passer que par la production d'un certificat A1 ou E101.

La caractérisation de la situation de détachement :

Ainsi que précisé dans l'étude intitulée « *Posting of Workers Directive - current situation challenges* »⁹, publiée au mois de juin 2016 par la direction générale pour les politiques intérieures du Parlement européen à l'occasion de la révision de la directive sur le détachement, dans des circonstances normales, le droit de l'Union repose sur le principe selon lequel tout travailleur qui travaille dans un Etat membre donné est soumis à la législation de cet Etat dans le respect des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination. Cependant, le détachement de salariés fait exception à la règle *lex loci laboris* en ce que les travailleurs restent affiliés au système de sécurité social de leur Etat de résidence.

Selon la même étude, le traitement dérogatoire des travailleurs détachés dans la coordination européenne des système de sécurité sociale et l'application des droits de l'Etat de résidence plutôt que ceux de l'Etat d'accueil étaient justifiés par la Commission par la nécessité d'éviter des mesures d'application importantes et compliquées. La pleine application du droit du pays d'accueil obligerait les travailleurs, qui peuvent être détachés pour des périodes très courtes et/ou dans de nombreux Etats membres différents à s'affilier à la sécurité sociale de tous les Etats. Cela compliquerait la détermination, par exemple, des droits à pension de ces travailleurs.

⁹ pp 25 et 26

Ainsi, l'article 12 § 1 du règlement n°883/2004, propre aux travailleurs détachés, prévoit, dans des termes similaires à l'article 14, point 1, de la directive 1408/71, que « la personne qui exerce une activité salariée dans un État membre pour le compte d'un employeur y exerçant normalement ses activités, et que cet employeur détache pour effectuer un travail pour son compte dans un autre État membre, demeure soumise à la législation du premier État membre, à condition que la durée prévisible de ce travail n'excède pas vingt-quatre mois et que cette personne ne soit pas envoyée en remplacement d'une autre personne détachée ».

Il s'en déduit que la caractérisation d'une situation de détachement au sens des règlements de coordination requiert, notamment, que le travailleur exerce, au moment où il est envoyé dans un autre État membre, une activité salariée dans l'État membre dans lequel son employeur exerce normalement son activité en sorte qu'il relève de la législation de ce dernier.

L'article 14 §1 du règlement d'application n° 987/2009 précise, à cet égard, que « aux fins de l'application de l'article 12, paragraphe 1, du règlement de base, une 'personne qui exerce une activité salariée dans un État membre pour le compte d'un employeur y exerçant normalement ses activités, et que cet employeur détache dans un autre État membre' peut être une personne recrutée en vue de son détachement dans un autre État membre, à condition qu'elle soit, juste avant le début de son activité salariée, déjà soumise à la législation de l'État membre dans lequel est établi son employeur ».

Cette condition de soumission préalable du salarié à la législation sociale de l'État sur le territoire duquel l'employeur exerce normalement ses activités a été récemment explicitée par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 25 octobre 2018, Walltopia (C-451/17) :

« 34 Il découle ainsi du libellé même de l'article 14, paragraphe 1, du règlement n° 987/2009 que la circonstance qu'une personne est recrutée en vue de son détachement dans un autre État membre ne fait pas obstacle à ce qu'elle puisse être considérée comme étant une 'personne qui exerce une activité salariée dans un État membre pour le compte d'un employeur y exerçant normalement ses activités, et que cet employeur détache pour effectuer un travail pour son compte dans un autre État membre', au sens de l'article 12, paragraphe 1, du règlement n° 883/2004, de telle sorte que, lorsque tel est le cas, sous réserve du respect des autres conditions prévues par cette dernière disposition, lesquelles ne font pas l'objet du présent renvoi préjudiciel, cette personne demeure soumise à la législation de l'État membre dans lequel son employeur exerce normalement ses activités, en vertu de cette dernière disposition.

35 S'il n'est ainsi pas exigé, aux fins de l'application de l'article 12, paragraphe 1, du règlement n° 883/2004, qu'une personne recrutée en vue de son détachement dans un autre État membre ait exercé, dans l'État membre dans lequel son employeur exerce normalement ses activités, une activité salariée pour le compte de celui-ci avant son détachement, il ressort néanmoins du libellé de l'article 14, paragraphe 1, du règlement n° 987/2009, que cette personne doit avoir été, juste avant le début de son détachement, déjà soumise à la législation de l'État membre dans lequel est établi son employeur.

36 Il découle ainsi du libellé même de l'article 14, paragraphe 1, du règlement n° 987/2009 que la circonstance qu'une personne est recrutée en vue de son détachement dans un autre État membre ne fait pas obstacle à ce qu'elle puisse être considérée comme étant une « personne qui exerce une activité salariée dans un État membre pour le compte d'un employeur y exerçant normalement ses activités, et que cet employeur détache pour effectuer un travail pour son compte dans un autre État membre », au sens de l'article 12, paragraphe 1, du règlement n° 883/2004, de telle sorte que, lorsque tel est le cas,

sous réserve du respect des autres conditions prévues par cette dernière disposition, lesquelles ne font pas l'objet du présent renvoi préjudiciel, cette personne demeure soumise à la législation de l'État membre dans lequel son employeur exerce normalement ses activités, en vertu de cette dernière disposition.

37 S'il n'est ainsi pas exigé, aux fins de l'application de l'article 12, paragraphe 1, du règlement n° 883/2004, qu'une personne recrutée en vue de son détachement dans un autre État membre ait exercé, dans l'État membre dans lequel son employeur exerce normalement ses activités, une activité salariée pour le compte de celui-ci avant son détachement, il ressort néanmoins du libellé de l'article 14, paragraphe 1, du règlement n° 987/2009, que cette personne doit avoir été, juste avant le début de son détachement, déjà soumise à la législation de l'État membre dans lequel est établi son employeur. »

Ainsi, ce n'est que dans les mesure où les salariés ont été, juste avant le début de leur détachement, soumis à la législation cypriste qu'ils sont susceptibles de relever de la qualification de travailleurs détachés au sens des règlements de coordination.

Par ailleurs, de manière constante depuis l'arrêt *Manpower*, du 17 décembre 1970, la Cour de justice de l'Union européenne soumet l'exception de détachement à la condition d'un exercice normal, par l'employeur, de ses activités sur le territoire de l'État dans lequel il est établi.

Ainsi au point 33 de l'arrêt du 10 février 2000 (FTS, C-202/97), elle dit pour droit que l'article 14, § 1, sous a), du règlement n° 1408/71 doit être interprété en ce sens que, pour bénéficier de l'avantage offert par cette disposition, une entreprise de travail temporaire qui met, à partir d'un État membre, des travailleurs à la disposition d'entreprises situées sur le territoire d'un autre État membre doit exercer normalement ses activités dans le premier État.

Seule une entreprise qui exerce habituellement des activités significatives sur le territoire de l'État membre d'établissement peut bénéficier de l'avantage offert par l'exception prévue par cette disposition (arrêt du 10 février 2000, FTS, C-202/97, point 40).

Au nombre des critères permettant d'établir si une entreprise de travail temporaire exerce habituellement de telles activités figurent notamment le lieu du siège de l'entreprise et de son administration, l'effectif du personnel administratif travaillant respectivement dans l'État membre d'établissement et dans l'autre État membre, le lieu où les travailleurs détachés sont recrutés et celui où sont conclus la plupart des contrats avec les clients, la loi applicable aux contrats de travail conclus par l'entreprise avec ses travailleurs, d'une part, et avec ses clients, d'autre part, ainsi que les chiffres d'affaires réalisés pendant une période suffisamment caractéristique dans chaque État membre concerné. Cette liste ne saurait être exhaustive, le choix des critères devant être adapté à chaque cas spécifique (arrêt du 10 février 2000, FTS, C-202/97, point 42 et 43).

Ainsi, une entreprise de construction, établie dans un État membre, qui envoie ses travailleurs sur le territoire d'un autre État membre dans lequel elle exerce la totalité de ses activités, à l'exception d'activités de gestion purement internes, ne saurait se prévaloir de l'article 14, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 1408/71 (CJUE, arrêt du 9 novembre 2000, Plum, C-404/98, point 22).

En conséquence, au cas présent, dans le cas où notre chambre considérerait que, nonobstant le retrait des certificats A1 et E101, il peut être justifié d'une situation de détachement, notre chambre aura, en particulier, à s'interroger sur le point de savoir s'il ressort ou non des constatations de l'arrêt qu'il n'est pas établi que les salariés polonais ont été soumis, juste avant leur détachement, à la législation chypriote ou que l'entreprise de travail temporaire exerce habituellement des activités significatives sur le territoire chypriote, autres que des activités de gestion purement interne.

La caractérisation de l'exercice normal d'une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres :

L'article 13 du règlement n° 883/2004 pose également, à son paragraphe 1, une exception à la règle générale d'affiliation, pour les personnes qui exercent normalement une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres.

Cette notion est explicitée à l'article 14, §§ 5 et 7, du règlement d'application n° 987/2009 selon lequel une personne qui «exerce normalement une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres» désigne notamment une personne qui exerce en permanence des activités alternantes, à condition qu'il ne s'agisse pas d'activités marginales, dans deux États membres ou plus, quelles que soient la fréquence ou la régularité de l'alternance.

Pour distinguer l'exercice d'activités dans deux ou plusieurs États membres des situations de détachement, la durée de l'activité exercée dans un ou plusieurs États membres (qu'elle soit de nature permanente ou ponctuelle et temporaire) est un facteur déterminant. À ces fins, il est procédé à une évaluation globale de tous les faits pertinents, y compris, en particulier dans le cas d'une activité salariée, le lieu de travail tel qu'il est défini dans le contrat d'engagement.

Conformément audit article 14 § 10, il convient de tenir compte de la situation future prévue pour les douze mois civils à venir.

La Commission européenne, dans un document intitulé « *Guide pratique sur la législation applicable dans l'Union européenne (UE) dans l'Espace économique*

*européen (EEE) et en Suisse »*¹⁰, donne les indications suivantes quant à la mise en oeuvre de ces critères :

« Les activités exercées en alternance ne sont pas menées simultanément sur le territoire de plusieurs États membres, mais consistent en missions successives effectuées l'une après l'autre dans différents États membres. Pour déterminer si ces activités sont exercées au cours de périodes successives, il convient non seulement de tenir compte de la durée prévue des périodes d'activité, mais également de la nature de l'emploi en question. Si la fréquence de l'alternance importe peu, une certaine régularité de l'activité est toutefois nécessaire. Ainsi, un représentant commercial qui se rendrait chaque année dans un État membre pour y faire de la prospection pendant neuf mois et qui retournerait travailler dans son État membre de résidence pendant les trois mois restants exercerait des activités en alternance.

L'État membre de résidence appelé à déterminer la législation applicable devra procéder à une évaluation détaillée des faits pertinents et garantir que les informations sur la base desquelles le certificat A1 est délivré sont exactes.

Aux fins de cette évaluation, il importe, en premier lieu, de vérifier si, à la date de détermination de la législation applicable, il est prévisible que des périodes de travail effectuées dans plusieurs États membres vont se succéder avec une certaine régularité au cours des douze mois civils à venir. La nature du travail, telle qu'elle ressort du ou des contrats de travail, revêt une importance particulière à cet égard.

En deuxième lieu, les activités décrites dans le ou les contrats doivent concorder avec celles que le travailleur va probablement exercer. Lorsqu'elle apprécie les faits en vue de déterminer la législation applicable, l'institution peut, le cas échéant, également tenir compte:

de la manière dont les contrats de travail entre l'employeur et le travailleur ont été concrètement exécutés par le passé;

du type de contrat (s'agit-il, par exemple, d'un 'contrat-cadre' qui n'indique pas précisément l'État membre dans lequel le travailleur effectuera son travail?) ainsi que des caractéristiques et des conditions de l'activité de l'employeur.

Si l'évaluation révèle une situation de fait différente de celle décrite dans le contrat de travail, l'institution compétente doit se baser sur la situation réelle de l'intéressé, telle qu'elle ressort de l'évaluation, et non sur le contrat de travail. En outre, si l'institution compétente constate, après la délivrance du certificat A1, que les conditions de travail réelles diffèrent de la situation décrite dans le contrat et si elle a des doutes sur l'exactitude des faits qui sont à la base du certificat A1, il lui incombe de reconsidérer le bien-fondé de cette délivrance et, le cas échéant, de retirer le certificat. »

Il ressort de la lecture de ce guide et des dispositions que celui-ci explicite que, pour pouvoir être qualifiées d'exercées normalement, en alternance, dans deux ou dans plusieurs États membres, les activités salariées doivent répondre à une condition de prévisibilité ou de régularité et avoir un caractère substantiel. Ces critères sont appréciés in concreto.

¹⁰ Décembre 2013.

La Cour de justice de l'Union européenne a été appelée à se prononcer, dans ce sens, sur le caractère « normal » de l'exercice des activités exercées dans le cadre de l'interprétation de l'article 14, § 2, sous b), i), du règlement n° 1408/71.

Une telle exigence suppose que la personne concernée exerce habituellement des activités significatives sur le territoire de deux ou plusieurs États membres (Arrêt du 13 septembre 2017, X, C-570/15, point 19).

La circonstance que la personne concernée exerce des activités de façon simplement ponctuelle sur le territoire d'un État membre ne saurait être prise en compte aux fins de l'application de l'article 14, paragraphe 2, sous b), i), du règlement n° 1408/71 (arrêt du 13 septembre 2017, X, C-570/15, point 20).

Afin d'apprécier si une personne doit être considérée comme exerçant normalement une activité salariée sur le territoire de deux ou plusieurs États membres, ou, au contraire, s'il s'agit d'activités réparties sur le territoire de plusieurs États membres de façon simplement ponctuelle, il y a lieu d'avoir égard, en particulier, à la durée des périodes d'activité et à la nature du travail salarié telles que définies dans les documents contractuels, ainsi que, le cas échéant, à la réalité des activités exercées (voir, en ce sens, arrêts du 12 juillet 1973, Hakenberg, 13/73, EU:C:1973:92, point 20, du 4 octobre 2012, Format Urzadzenia i Montaze Przemyslowe, C-115/11, EU:C:2012:606, point 44, ainsi que du 13 septembre 2017, X, C-569/15, point 21).

Plus précisément, dans son arrêt du 4 octobre 2012, Format Urzadzenia i Montaze Przemyslowe (C-115/11), la Cour de justice de l'Union européenne a eu à se prononcer sur l'interprétation de l'article 14, §2, du règlement n° 1408/71 dans une situation d'emploi se rapprochant de celle présentement en cause.

Dans cet arrêt, elle a exclu qu'une personne exerçant, dans le cadre de chacun de ses contrats de mission, une activité salariée dans un État membre unique autre que celui du siège de son employeur relève de l'article 14 § 2 du règlement n° 1408/71. Pour aboutir à une telle conclusion, elle a examiné la situation de travail réelle du salarié et retenu que, même si d'un contrat de mission à l'autre, l'État membre d'exercice de l'activité salariée pouvait changer, le salarié n'exerçait pas normalement une telle activité sur le territoire de deux ou de plusieurs États membres. Elle a exclu que les caractères de l'activité salariée soient appréciés au prisme de l'activité internationale de l'employeur.

« 39 En effet, en tout état de cause, ainsi que la Commission l'a souligné, pour relever de l'article 14, paragraphe 2, du règlement no 1408/71, une personne doit exercer 'normalement' une activité salariée sur le territoire de deux ou plusieurs États membres.

40 Il s'ensuit que, si l'exercice d'une activité salariée sur le territoire d'un seul État membre constitue le régime normal de la personne concernée, celle-ci ne peut relever du champ d'application dudit article 14, paragraphe 2.

[...]

48 Dans les contrats en cause au principal, mentionnés aux points 16 et 17 du présent arrêt, le lieu du travail était décrit comme étant «les installations et constructions en Pologne et sur le territoire de l'Union européenne (Irlande, France, Grande-Bretagne, Allemagne, Finlande), selon les instructions de l'employeur». Toutefois, ainsi qu'il ressort des informations non contestées fournies à la Cour par la juridiction de renvoi, par Format et par le ZUS, dans le cadre desdits contrats, M. J... exerçait en permanence une activité pendant plusieurs mois ou plus de dix mois sur le territoire d'un seul État membre, à savoir, en France. Par ailleurs, dans le cadre du contrat de travail suivant, conclu de nouveau entre Format et M. J... pour une durée déterminée, ce dernier travaillait sur le seul territoire finlandais. Il ressort du dossier que, dans le contexte de chacun de ces trois contrats, lorsque le travail était terminé, M. J... obtenait un congé sans solde et qu'il était ensuite mis prématurément fin, d'un commun accord, au contrat concerné.

49 Dans de telles circonstances, compte tenu des développements figurant aux points 39 et 40 du présent arrêt, il ne saurait être valablement considéré qu'un travailleur salarié dans une situation telle que celle de M. J... puisse relever de la notion de «personne qui exerce normalement une activité salariée sur le territoire de deux ou plusieurs États membres» au sens de l'article 14, paragraphe 2, du règlement no 1408/71. »

La situation de la société Atlanco, la société de travail intérimaire à laquelle, dans la présente affaire, il a été fait appel, n'est pas totalement inconnue de la Cour de justice de l'Union européenne.

Elle a fait l'objet de conclusions de l'avocat général Bot, présentées le 21 mai 2015, dans l'affaire C-189/14, Bogdan Chain, alors que cette cour était saisie d'une question d'une juridiction chypriote portant sur la détermination de la législation applicable à un salarié de cette société.

L'avocat général Bot a défendu que l'affiliation du salarié, d'une société de travail intérimaire ayant son siège dans un premier État membre, qui réside dans un deuxième État membre et qui n'a jamais exercé une quelconque activité professionnelle dans ce premier État membre, qui est employé par cette société pour exercer une activité salariée dans d'autres États membres dans le cadre de contrats de mission est de nature à relever de l'exception à la règle *lex locis laboris*.

Il a fait valoir, en substance, qu'une telle solution faciliterait la libre prestation de services ainsi que la libre circulation des travailleurs migrants en leur garantissant une protection sociale permanente ne souffrant pas de la complexité engendrée par les cumuls de législations.

À la suite d'un retrait de la question posée, l'affaire C-189/14 a été radiée.

En conséquence, au cas présent, dans le cas où notre chambre considérerait que, nonobstant le retrait des certificats A1 et E101, il peut être justifié d'une situation d'exercice d'une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres, notre chambre aura, en particulier, à s'interroger sur le point de savoir si'il ressort ou non des

constatations de l'arrêt qu'il n'est pas établi que les salariés ont exercé de manière prévisible ou régulière des activités significatives dans plusieurs États membres ou été employés au cours de leur mission ailleurs qu'en France sur le site de l'EPR.

4.22 Sur le premier moyen pris en ses huitième et neuvième branches :

La huitième et la neuvième branches critiquent l'arrêt en ce que celui-ci retient que la société Atlanco est soumise à une obligation d'immatriculation.

Il ne conviendra d'y répondre que dans la mesure où ces motifs ne sont pas surabondants, c'est à dire s'il est considéré qu'il n'est pas établi à suffisance de droit que la législation française en matière de sécurité sociale vient à s'appliquer aux salariés.

Ledit grief repose sur le postulat que les activités de la société Atlanco relèvent de la libre prestation de services garantie à l'article 56 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et que l'obligation d'immatriculation est une restriction disproportionnée et, partant injustifiée, à cette liberté.

À cet égard, il peut être rappelé que, ayant à connaître d'une obligation similaire, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit, dans son arrêt, que le droit de l'Union en matière de libre prestation des services s'oppose à ce qu'un opérateur économique soit soumis à une obligation d'inscription au registre des métiers qui retarde, complique ou rend plus onéreuse la prestation de ses services dans l'État membre d'accueil dès lors que sont remplies les conditions prévues par la directive de reconnaissance des qualifications professionnelles applicable pour l'exercice de cette activité dans ledit État membre (CJUE, arrêt du 11 décembre 2003, Schnitzer, C-215/01, point 40).

Cependant une telle entrave n'est, en l'occurrence, susceptible d'exister qu'autant que l'activité professionnelle en cause, à savoir l'offre de travail temporaire sur le territoire français, ressort à la libre prestation de services et non à la liberté d'établissement.

Pour le déterminer, il convient de rechercher si l'activité professionnelle de cette société établie à Chypre n'est pas exercée de façon stable et continue sur le territoire français (CJUE, arrêt du 11 décembre 2003, Schnitzer, C-215/01, point 28).

Faute de répondre à ces critères de stabilité et de continuité la situation considérée relève de l'article 56 TFUE, disposition d'effet direct de nature à faire obstacle à une obligation d'immatriculation qui ne serait pas justifiée.

Au vu de ces considérations et dans l'hypothèse où il ne serait pas établi à suffisance de droit que les salariés sous soumis à la législation française de sécurité sociale, notre chambre dira si, au regard des caractéristiques de l'activité professionnelle d'Atlanco sur le territoire national, la cour d'appel a pu valablement retenir que cette société était soumise à une obligation d'immatriculation.

4.23 Sur le second moyen, pris en sa première branche

La première branche critique l'arrêt en ce que, pour retenir la solidarité des sociétés utilisatrices, il retient que celles-ci ont continué à faire intervenir les salariés sur le chantier en contravention avec les stipulations des contrats d'emploi sur l'exigence de demandes de formulaires E 10, E 102 et A1 avant l'entrée sur le site de l'EPR et de l'acceptation de ces demandes au plus tard quatre semaines après.

Or, la solidarité financière a été retenue au visa de l'article L. 8222-5 du code du travail, dans sa rédaction alors applicable, qui sanctionnait non pas une carence du donneur d'ordre dans la demande de ces certificats, mais l'absence d'injonction immédiate du maître de l'ouvrage ou du donneur d'ordre, informé de l'intervention d'un sous-traitant ou d'un subdélégataire en situation irrégulière au regard des formalités mentionnées aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5 du code du travail.

La cour d'appel a constaté la carence des sociétés utilisatrices qui bien qu'ayant été informée de la situation irrégulière au regard de la législation sociale des salariés employés par la société Atlanco a continué à les faire intervenir sur le chantier.

En conséquence, il appartiendra à la chambre de s'interroger sur le point de savoir si ledit grief ne critique pas des motifs surabondants.

4.24 Sur le second moyen, pris en sa deuxième branche

La deuxième branche soutient que l'entreprise Atlanco n'ayant ni la qualité de sous-traitant ni celle de subdélégataire, les entreprises utilisatrices échappaient à la solidarité financière prévue à l'article L. 8222-5 du code du travail.

La consultation de la base de données jurinet n'a pas permis d'identifier de précédents de notre chambre ou de la deuxième chambre civile faisant application de cet article.

Pour mémoire, il convient de rappeler que ledit article, alinéa 1^{er}, dans sa rédaction issue de l'ordonnance de recodification n° 2007-329 du 12 mars 2007 et antérieure à la loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014, fait obligation au maître de l'ouvrage ou au donneur d'ordre, informé par écrit par un agent de contrôle mentionné à l'article

L. 8271-7 ou par un syndicat ou une association professionnels ou une institution représentative du personnel, de l'intervention d'un sous-traitant ou d'un subdélégataire en situation irrégulière au regard des formalités mentionnées aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5 d'enjoindre aussitôt à son cocontractant de faire cesser sans délai cette situation.

Ce texte a été amendé par cette dernière loi qui y a ajouté les termes « du cocontractant » à la suite du terme « intervention ».

Il était précisé dans le rapport du député Savary¹¹ :

« L'unique alinéa du présent article insère à l'article L. 8222-5 les mots 'du cocontractant' après le mot 'intervention' afin de compléter la liste des personnes morales dont le maître ou d'ouvrage ou le donneur d'ordre sont responsables, au même titre que pour les sous-traitants ou subdélégataires. Ainsi, il devra enjoindre à son partenaire de faire cesser sans délai toute situation irrégulière signalée par écrit par un agent de contrôle, un syndicat ou une association professionnels ou encore une association représentative des personnels.

En cas de manquement à ces diligences, le donneur d'ordre ou maître d'ouvrage est tenu solidairement avec son cocontractant au paiement des impôts, taxes, cotisations, rémunérations et charges. »

Dans son rapport¹², la sénatrice Emery-Dumas exposait que la « proposition de loi maintient toutes les dispositions de l'article L. 8222-5, mais élargit leur application à tous les contrats conclus par un maître d'ouvrage ou un donneur d'ordre ».

Pour autant, un tel élargissement, signifie-t-il que le législateur n'ait pas précédemment entendu soumettre à l'obligation de solidarité financière le donneur d'ordre recourant pour les besoins de ses activités professionnelles à une société de travail intérimaire employant des salariés en situation irrégulière au regard de la législation en matière de sécurité sociale et, partant, souhaité, s'agissant des garanties octroyées, faire une distinction entre les salariés en situation irrégulière selon que ces derniers sont employés par une entreprise de travail temporaire et une autre catégorie de sous-traitant ?

Convient-il davantage de considérer que la notion de « sous-traitant » au sens de l'article L. 8222-5 du code du travail comprend la société de travail temporaire ?

C'est à ces questions qu'il appartiendra à notre chambre de répondre en examinant ladite branche.

¹¹ Rapport n° 1686, déposé le 11 février 2014, sur les propositions de loi visant à renforcer la responsabilité des maîtres d'ouvrage et des donneurs d'ordre dans le cadre de la sous-traitance et à lutter contre le dumping social et la concurrence déloyale.

¹² Rapport n° 487, déposé le 30 avril 2014.

4.25 Sur le second moyen, pris en sa troisième branche

Il est soutenu, par la troisième branche, que l'indemnité de travail dissimulé n'est pas comprise dans les sommes énumérées à l'article L. 8222-5 du code du travail, pour le paiement desquelles la solidarité financière du donneur d'ordre est prévue.

Cet article, alinéa 2, dispose que le donneur d'ordre « est tenu solidairement avec son cocontractant au paiement des impôts, taxes, cotisations, rémunérations et charges mentionnés aux 1^o à 3^o de l'article L. 8222-2, dans les conditions fixées à l'article L. 8222-3 ».

Cette liste ne fait pas expressément mention de sommes de nature indemnitaire.

Cependant, l'article L. 8222-3, 3^o, du code du travail fait état en sus des rémunérations et des charges, des indemnités dues par celui qui exerce un travail dissimulé, à raison de l'emploi de salariés n'ayant pas fait l'objet de l'une des formalités prévues aux articles L. 1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche et L. 3243-2, relatif à la délivrance du bulletin de paie.

Au surplus, il convient de relever que l'article L. 8222-6 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, qui est le pendant, pour les personnes morales de droit public, de l'article L. 8222-5 du code du travail, sanctionne la carence de celles-ci à la suite d'une information sur une situation de travail dissimulé chez un cocontractant par une solidarité financière qui couvre indistinctement les « sommes » mentionnées au 1^o et au 3^o de l'article L. 8222-2 du code du travail.

En d'autres termes retenir que la solidarité financière des entreprises privées à l'égard de leurs sous-traitants exclut les indemnités pour travail dissimulé aboutirait à un traitement moins favorable des salariés en situation irrégulière mis à disposition de ces entreprises que celui réservé aux salariés mis à dispositions des personnes morales de droit public.

Il appartiendra à notre chambre d'apprécier si le législateur a entendu procéder à une telle distinction des garanties offertes selon la nature du donneur d'ordre ou si, par le renvoi opéré à l'article L.8222-2 du code du travail, l'article L. 8222-5, alinéa 2, du même code couvre l'ensemble des sommes visées par le premier de ces textes.

4.26 Sur le second moyen pris en ses quatrième à sixième branches

Le second moyen pris en ses trois dernières branches invite à s'interroger sur le délai et la teneur de l'injonction devant être délivrée à l'entreprise de travail

temporaire en situation irrégulière en vertu de l'article L. 8222-5, alinéa 1^{er}, du code du travail.

Cette disposition fait obligation au donneur d'ordre, informé d'une intervention d'un sous-traitant dans une telle situation, d'enjoindre aussitôt à son cocontractant de faire cesser sans délai, cette situation.

Le moyen fait, en particulier, valoir que répondait aux exigences de cette disposition la sommation délivrée, à la suite d'une injonction de l'Autorité de sûreté nucléaire du 25 mai 2011, à la société Atlanco, le 31 mai 2011, de lui adresser par retour de courrier les formulaires E101 ou A1 lorsqu'il s'agissait de renouvellement ainsi que la copie de la déclaration de détachement auprès de la DDTEP.

Une telle argumentation n'est de nature à prospérer que dans la mesure où notre chambre fait le choix d'opérer un contrôle sur l'appréciation, sur ce point, des juridictions du fond.

Dans le cas où un contrôle est exercé sur la teneur de l'injonction de régularisation, il devra être déterminé si, dans une situation où la législation sociale de l'État membre sur lequel l'activité salariée est exercée s'applique, une sommation de produire des certificats A1 et E101 est de nature à constituer une telle injonction.

Dans la mesure où les motifs en cause ne sont pas surabondants, il pourra également être déterminé s'il convient de considérer, à l'instar de la cour d'appel de Caen, que l'obligation d'injonction induit, en l'absence de régularisation immédiate, celle de rompre toute relation contractuelle avec le cocontractant, à peine, pour le donneur d'ordre, d'engager sa solidarité financière, dans la mesure où celui-ci est averti du caractère illicite de son recours direct indirect aux services d'une personne qui exerce un travail dissimulé.