



AVIS DE Mme LAULOM, AVOCAT GENERAL

**Arrêt n° 991 du 4 novembre 2020
Pourvoi n° C1824454**

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

**la société Bouygues travaux publics
C/
la société Atlanco Limited**

Avis 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, D 18-24.478, G 18-24.482, J 18-24.483, K 18-24.484, N 18-24.486, Q 18-24.488, R 18-24.489, S 18-24.490, T 18-24.491 et E 18-24.502

Après avoir obtenu l'attribution de marchés pour la construction d'un réacteur nucléaire de nouvelle génération, à Flamanville, la société Bouygues travaux publics (Bouygues TP) a constitué avec deux autres entreprises, pour l'exécution de ces marchés, une société en participation, laquelle a sous-traité ceux-ci à un groupe d'intérêt économique composé, notamment, de Welbond Armatures. Le recours à des sous-traitants, qui employaient des salariés polonais, a donné lieu à des poursuites pénales. Dans le cadre de cette procédure pénale, la chambre criminelle a posé une question

préjudicielle à la Cour de Justice, à laquelle celle-ci a répondu par un arrêt du 14 mai 2020¹.

Parallèlement à cette procédure pénale, d'autres salariés de la société intérimaire Atlanco Limited ont saisi le conseil de prud'hommes de Cherbourg de demandes dirigées contre cette dernière et les sociétés Bouygues TP et Welbond, sollicitant le versement de dommages et intérêts pour travail dissimulé et délit de marchandage.

Dans ce cadre, c'est d'une autre question dont vous êtes saisis, celle de la force probante d'un retrait ou de l'absence d'un certificat A1 (anciennement E101)².

1. Faits et Procédure

La société de travail temporaire, Atlanco Limited, dont le siège social est situé à Chypre, a mis, par des contrats de mission, de mars 2010 jusqu'à fin juin 2011, des salariés de nationalité polonaise à la disposition de deux sociétés françaises, Bouygues Travaux Publics SA (Bouygues TP) et Welbond Armatures SAS, qui interviennent sur le chantier du réacteur nucléaire de Flamanville.

Suite à un conflit social en mai 2011, à l'intervention de l'Autorité de Sûreté Nucléaire (ASN), qui fait fonction d'inspection du travail sur le site de Flamanville, et de l'URSAFF, les sociétés utilisatrices ont sommé la société intérim Atlanco de lui communiquer une série de documents administratifs dans un délai impératif à peine de suspension de la relation contractuelle, le 25 juin 2011. A l'issue d'échanges écrits, les sociétés utilisatrices ont rompu la relation contractuelle à la fin du mois de juin 2011 et les salariés ont été renvoyés dans leurs pays d'origine. Il ressort des contrôles conjoints de l'ASN et de l'URSSAF que les certificats E101 n'ont pas été délivrés ou étaient périmés. Le Centre des liaisons européennes et internationales de sécurité sociale (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.

Les salariés 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.

¹ Aff. C-17/19, Bouygues travaux publics, Elco construct Bucarest, Welbond armatures. Dans son arrêt, la Cour de Justice définit le champ de la force probante des certificats E101, devenus A1: ces certificats ne produisent pas d'effet contraignant à l'égard des obligations imposées par le droit national dans des matières autres que la sécurité sociale: *"Les certificats E101 et A1, délivrés par l'institution compétente d'un Etat membre, ne lient l'institution compétente et les juridictions de l'Etat membre d'accueil qu'en ce qu'ils attestent que le travailleur concerné est soumis, en matière de sécurité sociale, à la législation du premier Etat membre"*.

² Selon la période considérée, les certificats sont nommés E101 ou A1 et nous nous référons indifféremment à ces deux dénominations.

La cour d'appel de Caen, dans ses arrêts du 26 juillet 2018, a confirmé les jugements en ce qu'ils ont dit que la société d'intérim était en situation de travail dissimulé et l'a condamné à payer à chaque salarié concerné l'indemnité forfaitaire de six mois de salaire pour travail dissimulé. Infirmant les jugements pour le surplus et statuant à nouveau, elle a dit que la solidarité financière des sociétés utilisatrices est engagée au titre du travail dissimulé.

La société Bouygues TP a formé un pourvoi en cassation.

2. Portée du retrait du certificat A1

En substance, le premier moyen du pourvoi (sept premières branches) reproche à la cour d'appel d'avoir fondé sa solution sur le constat du retrait de certificat A1 alors qu'elle aurait dû rechercher si, au regard de leur situation réelle, les salariés ne relevaient pas du régime du détachement ou de l'alternance.

Lorsque le certificat A1 a été retiré ou en son absence, le juge national de l'Etat d'emploi ne devrait-il pas rechercher si une situation de détachement ou d'exercice d'activités dans deux ou plusieurs Etats membres ne peut être caractérisée et si tel est le cas décider de l'application d'une législation autre que celle de cet Etat membre d'accueil?

En l'absence d'harmonisation des régimes de sécurité sociale, l'Union européenne a élaboré, par règlements successifs, un système complexe de coordination des régimes de sécurité sociale, incarné aujourd'hui par le règlement n°883/2004 du 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (règlement de base) et le règlement n°987/2007 (règlement d'application)³.

Quelques principes structurent ce système de coordination, avec pour objectif de favoriser la libre circulation des services et des travailleurs mais aussi d'éviter une double affiliation ou au contraire une absence d'affiliation. Le premier est celui d'unicité de la législation applicable: les personnes auxquelles s'appliquent les règles de coordination *"ne sont soumises qu'à la législation d'un seul Etat membre"*⁴. Dans la mesure où les règlements de coordination instaurent un *"système complet et uniforme de règles de conflit de lois"*, *"les travailleurs ne sauraient avoir le choix de la législation nationale applicable dès lors qu'ils rempliraient les conditions d'assujettissement à plusieurs régimes nationaux"*. De la même manière, *"les Etats membres ne disposent pas de la faculté de déterminer dans quelle mesure est applicable leur propre législation ou celle d'un autre Etat membre"* (CJCE, 23 sept. 1982, Kuijpers, aff. 276/81).

³ Ces règlements, entrés en vigueur le 1 mai 2010, se substituent aux règlements n°1408/71 du 14 juin 1971 et n°574/72 du 21 mars 1972. Sauf lorsque cela est nécessaire, c'est aux règlements en vigueur que nous nous référons, les principes dégagés par la Cour de Justice sous l'empire des règlements précédents étant toujours d'actualité.

⁴ Article 11 § 1, du règlement de base.

A ce premier principe s'en ajoute un second: *"la personne qui exerce une activité salariée ou non salariée dans un Etat membre est soumise à la législation de cet Etat membre"*⁵. Cette désignation de la *lex loci laboris* - la loi de l'Etat d'emploi - comme loi applicable de sécurité sociale incarne également le principe d'égalité de traitement en garantissant que toutes les personnes occupées sur le territoire d'un Etat membre seront soumises à la même législation de sécurité sociale et bénéficieront de la même couverture sociale.

Ce principe de l'application de la loi du pays d'Etat d'emploi connaît des dérogations et il est écarté pour les travailleurs détachés (art.12 du règlement de base) et lorsqu'un travailleur exerce simultanément son activité dans plusieurs Etats membres (art. 13 du règlement de base).

Les travailleurs détachés restent soumis à la législation de l'Etat où ils exercent normalement leur activité pour le compte de l'employeur qui les détache.

Les travailleurs, exerçant simultanément leur activité dans plusieurs Etats membres, que nous qualifierons de travailleurs alternants ou exerçant une activité alternante, sont eux soumis à la législation de l'Etat membre de résidence, s'ils exercent une partie substantielle de leur activité dans cet Etat, et sinon à la législation de l'Etat membre dans lequel les entreprises ou les employeurs ont leur siège social ou leur siège d'exploitation.

Dans ces hypothèses, le droit de l'Union européenne organise une coopération des institutions nationales de sécurité sociale où le certificat A1 joue un rôle essentiel.

C'est à l'employeur qu'il revient d'informer, préalablement au détachement, l'institution compétente de l'Etat membre dont la législation est applicable (Etat d'envoi). Cette institution doit alors informer l'institution de l'Etat d'emploi de la législation applicable (article 15 du règlement d'application). Elle doit également informer sans délai la personne concernée et son employeur des conditions à remplir pour rester assujetti à sa législation et de la possibilité de subir des contrôles tout au long de la période de détachement, afin de garantir que ces conditions continuent d'être remplies.

Au vu des informations communiquées, l'institution compétente s'assure de l'existence et du respect continu des conditions caractérisant la nature spécifique du détachement.

C'est ensuite à la demande du travailleur ou de l'employeur que l'institution compétente de l'Etat d'envoi atteste que cette législation est applicable et indique, le cas échéant, jusqu'à quelle date et à quelles conditions (art. 19 du règlement d'application).

Dans l'hypothèse d'une activité alternante, c'est au travailleur d'informer l'institution compétente de l'Etat membre de résidence. L'institution détermine alors dans les meilleurs délais, la législation applicable à la personne concernée. Cette détermination initiale est provisoire. L'institution informe de cette détermination provisoire les

⁵ Article 11 § 3 du règlement de base.

institutions désignées de chaque Etat membre où une activité est exercée. La détermination provisoire de la législation applicable devient définitive dans les deux mois suivants sa notification par l'institution de l'Etat membre de résidence aux institutions des Etats membres où une activité est exercée (article 16 du règlement d'application).

Comme pour les travailleurs détachés, il revient aux travailleurs de demander à l'institution compétente de l'Etat membre dont la législation est applicable d'attester que cette législation est applicable

Le formulaire A1, établi à la demande des travailleurs ou des employeurs, a ainsi pour objet d'attester de la législation de sécurité sociale applicable à son détenteur qui n'est pas affilié dans l'Etat où il travaille.

La force probante du certificat A1 a fait l'objet de plusieurs arrêts bien connus de la Cour de Justice, qu'il n'est pas utile de reprendre ici dans le détail. Ainsi que l'énonce la Cour européenne dans l'arrêt récent *Vueling*: *“il convient de rappeler que, en vertu du principe de coopération loyale, énoncé à l'article 4, paragraphe 3, TUE, lequel implique également celui de confiance mutuelle, le certificat E 101, en ce qu'il vise à faciliter la libre circulation des travailleurs et la libre prestation de services, s'impose, en principe, selon une jurisprudence constante de la Cour, à l'institution compétente et aux juridictions de l'État membre d'accueil, dans la mesure où il crée une présomption de régularité de l'affiliation du travailleur concerné au régime de sécurité sociale de l'État membre dont l'institution compétente a émis ce certificat (voir, en ce sens, arrêt du 6 février 2018, Altun e.a., C-359/16, EU:C:2018:63, points 35 à 40, ainsi que, par analogie, arrêt du 6 septembre 2018, Alpenrind e.a., C-527/16, EU:C:2018:669, point 47). Dès lors, aussi longtemps que le certificat E 101 n'est pas retiré ou déclaré invalide, l'institution compétente et les juridictions de l'État membre d'accueil doivent tenir compte du fait que le travailleur concerné est déjà soumis à la législation de sécurité sociale de l'État membre dont l'institution compétente a émis ce certificat (voir, en ce sens, arrêt du 6 février 2018, Altun e.a., C-359/16, EU:C:2018:63, point 41)”*⁶.

Mais qu'en est-il d'un certificat A1 qui aurait été retiré?

Selon le mémoire ampliatif, si le certificat A1 a *“une force probante contraignante, s'imposant au juge national, en revanche il ne constitue pas une condition de fond à l'existence de la situation de détachement au sens du droit de l'Union européenne”*. *“Autrement dit, s'il est légitime d'admettre que le certificat E101 établit nécessairement l'existence de la situation de détachement devant le juge national, la solution retenant que cette situation ne peut être établie que par ce document est plus contestable. Rien n'interdit effectivement au juge national d'apprécier la situation réelle des travailleurs détachés en l'absence de certificats E101, une telle interdiction ne se justifiant que lorsque ces certificats sont produits devant lui (...). Partant, l'absence de certificat E101 au jour où le juge national se prononce ne signifie pas nécessairement l'irrégularité de*

⁶ CJUE, 2 avril 2020, aff. C-370/17 et C-37/18, *Vueling*.

la situation de détachement du travailleur, de sorte que le juge doit avoir toute latitude pour apprécier cette situation". "En l'absence de certificat, les juges devraient donc rechercher si une situation de détachement ou d'exercice d'activités dans deux ou plusieurs Etats membres ne peut être caractérisé et si tel est le cas décider de l'application d'une législation autre que celle de cet Etat membre d'accueil".

Je ne partage pas cette analyse qui ne me semble pas conforme au droit de l'Union européenne et au système de coordination des régimes de sécurité sociale.

Certes, le certificat A1 n'a pas d'autre objet que d'attester d'une situation où, par exception, la législation de l'Etat d'emploi ne sera pas applicable. Il n'en demeure pas moins que, dans le système de coordination européen, seule l'institution compétente de l'Etat membre dans lequel l'employeur exerce normalement son activité, dans le cadre d'un détachement, et seule l'institution désignée par l'autorité de l'Etat membre de résidence, en cas d'activités alternantes, peuvent caractériser ces situations.

En réalité, la question n'est pas tant de déterminer la portée probatoire de l'absence du certificat A1 que de déterminer qui est compétent pour apprécier l'existence d'un détachement ou d'une situation d'activités alternantes.

Comme nous l'avons indiqué, il revient aux employeurs et aux travailleurs de demander à l'institution compétente d'attester de leur situation. La délivrance du formulaire A1 confirme l'appréciation juridique d'une situation de fait concrète. En délivrant le formulaire, l'autorité compétente considère que la législation applicable est celle du pays dont elle relève. En le retirant, elle va au contraire considérer que cette législation n'est pas applicable. Ainsi que l'a relevé la Cour de Justice, le principe de coopération loyale, reconnu par les traités, impose à *"l'institution compétente de procéder à une appréciation correcte des faits pertinents pour l'application des règles relatives à la détermination de la législation applicable en matière de sécurité sociale et de garantir l'exactitude des mentions figurant dans le certificat E101"*⁷. C'est à cette institution qu'il revient d'apprécier la réalité de la situation de détachement et de vérifier que les conditions du détachement sont bien remplies: le salarié exerçait-il, au moment où il est envoyé dans un autre Etat membre, une activité salariée dans l'Etat membre d'envoi? S'il a été recruté en vue de son détachement, a-t-il eu une activité salariée, juste avant le détachement, soumise à la législation de l'Etat membre dans lequel l'employeur est établi? Quant à l'employeur, l'institution compétente doit vérifier qu'il exerce normalement ses activités sur le territoire de l'Etat dans lequel il est établi. Ce sont ces institutions, de l'Etat d'envoi ou de l'Etat de résidence, qui sont les mieux à même d'effectuer les vérifications nécessaires.

C'est donc très clairement que les règlements européens désignent l'autorité compétente pour apprécier si les conditions des exceptions à l'application de la loi de l'Etat d'emploi sont remplies et en attester par l'émission du certificat A1. On le sait, pour la Cour de Justice, une fois émis, ce certificat s'impose à l'ensemble des autres institutions nationales et les différences d'appréciation entre institutions doivent se

⁷ CJUE, 10 février 2000, aff. C-202/97, FTS.

résoudre par une communication et une coopération de ces institutions. Pour la Cour, *“la solution inverse serait de nature à porter atteinte au principe de l’affiliation des travailleurs salariés à un seul régime de sécurité sociale, ainsi qu’à la prévisibilité du régime applicable et, partant, à la sécurité juridique. En effet, dans des cas où le régime applicable serait difficile à déterminer, chacune des institutions compétentes des deux Etats membres concernés serait portée à considérer, au détriment des travailleurs concernés, que son propre régime de sécurité sociale leur est applicable”*⁸. Comme elle vient de le décider dans l’affaire Vueling, les juridictions d’un Etat membre ne peuvent constater l’existence d’une fraude et écarter un certificat qu’après s’être assurées, d’une part, que la procédure de dialogue avec l’institution émettrice du certificat a été promptement enclenchée et l’institution compétente de l’Etat membre d’émission a été mise en demeure de réexaminer le bien-fondé de la délivrance desdits certificats à la lumière des éléments concrets soumis par l’institution compétente de l’Etat membre d’accueil qui donnent à penser que les mêmes certificats ont été obtenus ou invoqués de manière frauduleuse et, d’autre part, que l’institution compétente de l’Etat membre d’émission s’est abstenue de procéder à un tel réexamen et de prendre position, dans un délai raisonnable, sur ces éléments, le cas échéant, en annulant ou en retirant les certificats en cause”⁹.

Admettre que les juridictions françaises doivent rechercher si une situation de détachement ou d’activités alternantes n’est pas établie, alors que le certificat A1 a été annulé ou retiré revient ainsi à remettre en cause l’appréciation de la situation par l’institution émettrice.

Ce sont exactement pour ces mêmes raisons que l’on ne peut admettre qu’une autorité, concurrente de l’institution désignée par les règlements européens, puisse, en cas de retrait du certificat, évaluer l’existence d’un détachement ou d’une situation d’activités alternantes. Le même risque d’une appréciation divergente de la situation existerait, portant atteinte à la prévisibilité du régime applicable et à la sécurité juridique avec un risque non négligeable d’absence d’affiliation des salariés.

Dans un contexte un peu différent, on peut retrouver cette lecture des règlements européens dans les arrêts d’Assemblée plénière de la Cour de cassation du 6 novembre 2015¹⁰. Après avoir relevé que les règlements européens reconnaissent à l’institution, désignée par l’autorité compétente de l’Etat membre dont la législation reste applicable, le soin d’établir le certificat attestant que le travailleur salarié demeure soumis à cette législation, elle en déduit que le certificat E101 est le *“seul document susceptible d’attester la régularité de la situation sociale”* du salarié. Comme le relève le rapport annuel de la Cour de cassation, *“le législateur européen a voulu que le certificat E101 ait une forme standardisée pour l’ensemble du territoire de l’Union*

⁸ Voir par exemple, CJUE, 10 fév. 2000, aff. C-202/94, FTS, § 54.

⁹ CJUE, 2 avril 2020, C-370/17 et C-37/18, Vueling.

¹⁰ Ass. plén., 6 novembre 2015, pourvoi n° 14-10.182, Bull. 2015, Ass. plén., n° 7 et Ass. plén., 6 novembre 2015, pourvoi n° 14-10.193, Bull. 2015, Ass. plén., n° 8

européenne, afin d'éviter que les juges nationaux ne soient confrontés à la diversité des documents administratifs émanant des Etats 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 E101 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".

La solution s'impose d'autant plus que le principe général en matière de coordination des régimes de sécurité social est celui de l'application de la loi du pays d'emploi et qu'il ne revient pas aux autorités de ce pays de rechercher si, éventuellement, la situation ne relève pas d'une exception à ce principe.

Le fait que les certificats aient été retirés présume que les autorités compétentes ont estimé que les conditions du détachement n'étaient pas réunies. De la même façon que le juge national ne peut pas vérifier la validité du formulaire en ce qui concerne l'attestation des éléments sur la base desquels il a été délivré, le juge national ne peut vérifier de la validité de la décision de retrait d'un formulaire ou de non délivrance, puisque cela reviendrait pour lui à apprécier de la situation du détachement ou de l'activité alternante. En cas de doute, la contestation de la validité du formulaire repose sur une procédure administrative organisée, dans le cadre de l'article 5 du règlement n°987/2009, entre les institutions de sécurité sociale des Etats membres.

Cette solution ne porte pas atteinte à la libre circulation des services et des travailleurs. En présence d'un détachement ou d'une activité alternante, les employeurs et les travailleurs peuvent se retourner vers les institutions du pays d'envoi ou du pays de résidence pour qu'elles puissent attester de la situation réelle de travail, sachant également que la Cour de Justice a admis que le certificat puisse être émis en cours de détachement voire après et qu'il peut produire alors des effets rétroactifs¹¹.

Dans une affaire où les faits étaient assez proches de ceux de l'espèce, la Cour de Justice a eu à se prononcer sur la notion de personne "*qui exerce normalement une activité salariée sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres*". Outre l'apport de la Cour sur cette notion et sur laquelle nous reviendrons, le cadre procédural permet d'illustrer ce que les travailleurs et/ou les employeurs peuvent faire pour contester le refus d'une institution d'établir le certificat A1. Un contentieux naît ici entre une société sous-traitante qui soutient que les salariés qu'elle envoie en mission exercent des activités alternantes et la ZUS (institution polonaise compétente pour établir le certificat A1) qui, après avoir délivré un premier certificat, va estimer que les conditions ne sont pas remplies et refuser de délivrer de nouveaux certificats. La société sous-traitante va alors contester devant les juridictions polonaises le refus de délivrance du certificat et c'est dans ce cadre que ces dernières vont poser une question préjudicielle à la Cour de Justice¹². Admettre en parallèle que l'institution ou une juridiction du pays d'emploi puissent apprécier la situation, créerait ainsi le risque de décisions divergentes.

¹¹ CJCE, 30 mars 2000, aff. C-178/97, Barry Banks; CJCE, 6 sept. 2018, aff. C-527/16, Alpenrind.

¹² CJUE, 4 octobre 2012, aff. C-115/11, Format.

En l'espèce, la cour d'appel a constaté que *“la société Atlanco a choisi de solliciter des autorités chypriotes des certificats E 101 sur la base de l'article 14.2. b du règlement CEE n°1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté. Il est admis que l'opposabilité de ces certificats E101 empêche de contester leur validité et donc le rattachement des travailleurs concernés à la législation ou au régime de protection du pays d'envoi. Mais il ressort des contrôles conjoints de l'ASN et de l'URSSAF concernant les salariés appelants, et en particulier le procès-verbal dressé par l'ASN le 22 décembre 2001, que soit il n'y avait jamais eu de délivrance de formulaires soit lesdits formulaires étaient périmés, alors que les missions avaient été prolongées. Il est également acquis que 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 ainsi constaté l'absence et le retrait des certificats par l'institution compétente et elle a donc légalement justifié sa décision.

Je conclus donc au rejet du premier moyen du pourvoi, les autres branches du moyen étant dès lors surabondants.

Si vous deviez considérer que l'absence d'attestation n'empêche pas la juridiction nationale de devoir rechercher si la situation ne caractérise pas un détachement ou une situation d'alternance de l'Etat d'activité, pour justifier de l'application du droit français, une autre question se pose: au regard de ses constatations, la cour d'appel aurait-elle dû admettre l'existence d'une situation d'alternance ou d'un détachement?

3. Alternance de l'Etat d'activité et détachement

Selon l'article 14 § 5 du règlement d'application, *“une personne “qui exerce normalement une activité salariée dans deux ou plusieurs Etats membres” désigne en particulier une personne qui:*

- a) tout en maintenant une activité dans un Etat membre, en exerce simultanément une autre, distincte, dans un ou plusieurs autres Etats 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 Etats membres ou plus, quelles que soient la fréquence ou la régularité de l'alternance”*.

L'article 14 § 7 de ce même règlement donne quelques indications afin de distinguer détachement et activités alternantes: *“la durée de l'activité exercée dans un ou plusieurs Etats membres (qu'elle soit de nature permanente ou ponctuelle) est un facteur déterminant. A 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”*. Le paragraphe 10 précise que pour évaluer la situation, *“les institutions concernées tiennent compte de la situation future prévue pour les 12 mois à venir”*.

Selon le Guide pratique sur la législation applicable dans l'Union européenne¹³, *“les activités exercées en alternance ne sont pas menées simultanément sur le territoire de plusieurs Etats membres, mais consistent en missions successives effectuées l'une après l'autre dans différents Etats 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. L'Etat 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 (FTS, Banks, Formats). 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 Etats membres vont se succéder avec une certaine régularité au cours des 12 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”*.

La Cour de Justice a également eu l'occasion de préciser cette notion, notamment dans l'arrêt Format¹⁴, dont l'espèce se rapproche de celle ici en cause. L'entreprise Format est établie en Pologne d'où elle envoie des salariés travailler sur des chantiers situés sur différents pays de l'Union européenne. Ici, le travailleur va réaliser trois missions, les deux premières en France et la troisième en Finlande. Dans les trois CDD conclus, le lieu d'exécution du travail est défini comme étant *“les installations et constructions en Pologne et sur le territoire de l'Union européenne, selon les instructions de l'employeur”*. Dans le cadre de ses deux premiers contrats, le travailleur a travaillé uniquement en France et en Finlande dans le troisième. L'hypothèse du détachement est écartée, car la société Format n'exerçait pas habituellement ses activités en Pologne. Les questions préjudicielles visaient en substance à savoir si une personne qui, dans le cadre de contrats de travail successifs précisant comme lieu de travail le territoire de plusieurs Etats membres, ne travaille, dans les faits, pendant la durée de chacun de ces contrats, que sur le territoire d'un seul de ces Etats à la fois, peut relever de la notion de “personne qui exerce normalement une activité salariée sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres”. La réponse de la Cour est négative. Elle précise que par, *“la personne qui exerce normalement une activité salariée sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres”*, il faut entendre une personne qui exerce des activités réelles dans deux Etats membres. Autrement dit, la mention dans le contrat de travail de plusieurs pays de travail ou encore le fait que le salarié soit revenu en Pologne entre deux missions est insuffisant à faire entrer le salarié dans cette catégorie. Pour la Cour, en effet, *“il convient de tenir compte de l'existence d'une divergence entre, d'une part, les contrats de travail en cause au principal et les lieux d'exécution du travail qu'ils prévoient et, d'autre part, la manière dont les obligations ont été exécutées en pratique dans le cadre de ces contrats”*.

¹³ Guide publié par la Commission européenne et qui est approuvé par la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale. Déc. 2013.

¹⁴ CJUE, 4 oct. 2012, aff. C-115/11, Format et les conclusions de l'avocat général J. Mazak, présentées le 3 mai 2012. J-Ph. Lhernould, RJS 2013.

Pour apprécier la situation, l'institution qui délivre le certificat A1 doit faire une appréciation globale du contexte. L'institution concernée *“peut le cas échéant, tenir compte, en plus du libellé des documents contractuels, d'éléments tels que la manière dont les contrats de travail entre l'employeur et le travailleur concernés ont été exécutés en pratique dans le passé, les circonstances entourant la conclusion de ces contrats et, plus généralement, les caractéristiques et les modalités des activités exercées par l'entreprise concernée, dans la mesure où ces éléments peuvent éclairer la nature réelle du travail en question”*¹⁵. L'analyse doit permettre de déterminer si l'exercice d'une activité salariée sur le territoire de plusieurs Etats membres constitue le régime normal du travailleur concerné.

Concernant très brièvement la définition du détachement, On sait que si un travailleur peut être recruté en vue de son détachement, il doit avoir été, juste avant le début de son détachement, déjà soumis à la législation de l'Etat membre dans lequel est établi son employeur¹⁶. Par ailleurs, il est un principe constant selon lequel, il ne peut y avoir de détachement que si l'employeur exerce normalement ses activités dans l'Etat d'envoi.

En l'espèce, la cour d'appel a constaté que la société Atlanco a mis, par des contrats de mission, des salariés de nationalité polonaise à disposition des sociétés Bouygues TP et Welbond. Ces contrats se sont exécutés en France. Il n'y a donc pas de divergence entre les contrats de travail et les lieux d'exécution du travail. Par ailleurs, la Cour d'appel relève que *“la défaillance de la société Atlanco devant la cour d'appel ne lui permet plus de se 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”*. La cour a également constaté que *“la société Atlanco défaillante ne justifie pas de la réalité de son activité à Chypre qui paraît peu plausible, ...”*. En l'absence de certificat A1, et si l'on admet même que les juridictions nationales puissent constater une situation de détachement ou de situation d'activités alternantes, il ne leur revient pas de rechercher les éléments qui justifieraient éventuellement d'un rattachement à un autre pays que celui de l'Etat d'emploi.

Le contrat de travail et les conditions de son exercice permettaient ainsi de conclure au rattachement à la loi du pays d'emploi sans que la cour d'appel n'ait à rechercher l'existence hypothétique d'activités alternantes ou d'une situation de détachement. La cour d'appel a donc légalement justifié sa décision.

3. Sur l'admission d'une solidarité financière entre la société Bouygues TP et la société Atlanco (2^{ème} moyen)

¹⁵ CJUE, 4 oct. 2012, aff. C-115/11, Format.

¹⁶ CJUE, 25 octobre 2018, Walltopia, aff. C-451/17.

Le second moyen reproche à la cour d'appel d'avoir retenu la solidarité des sociétés utilisatrices au titre du travail dissimulé réalisée par la société Atlanco et d'avoir condamné la société Bouygues TP au paiement de l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé.

Selon l'article L.8222-5 du code du travail, dans sa version applicable au litige:

“Le maître d'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 subdéléguataire 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° et 3° de l'article L. 8222-2, dans les conditions fixées à l'article L. 8222-3

Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas au particulier qui contracte pour son usage personnel, celui de son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité, concubin, de ses ascendants ou descendants”.

Selon le second moyen (2^{ème} branche), la solidarité financière du maître d'ouvrage ou du donneur d'ordre ne pouvait être retenue, sur le fondement de cet article, dans sa rédaction applicable en l'espèce, que dans l'hypothèse d'un travail dissimulé réalisé par un sous-traitant ou un subdéléguataire mais non par une entreprise de travail temporaire.

L'article L.8222-5 (anciennement L. 324-14-1) du code du travail fait partie des nombreuses dispositions destinées à lutter contre le travail dissimulé et assurer la loyauté de la concurrence. Il a été introduit dans le code du travail par la loi n°91-1383, du 31 décembre 1991, relative au renforcement de la lutte contre le travail clandestin et le renforcement de la lutte contre l'entrée et le séjour des étrangers en situation irrégulière, afin de pouvoir remonter vers les donneurs d'ordre. Il s'agit de pouvoir mettre en cause non seulement la responsabilité de ceux qui sont les auteurs immédiats du travail dissimulé mais également des clients ou donneurs d'ordre, qui en sont les bénéficiaires.

Dès 1991, outre le cas prévu aujourd'hui à l'article L. 8222-5 du code du travail, cette solidarité financière peut être mise en oeuvre lorsqu'une personne a été condamnée “pour avoir recouru directement ou par personne interposée aux services de celui qui exerce un travail dissimulé” (art. L. 8222-2 du code du travail) ou en cas de manquement à l'obligation de vigilance (art. L. 8222-1 du code du travail).

Ainsi, “l'une des évolutions les plus significatives de la lutte contre cette fraude intervient en 1991 par la redéfinition et l'extension de la solidarité financière, fondée sur la prévention, la vigilance et la responsabilisation de tous ceux qui recourent à des opérateurs économiques, y compris dans le cadre de marchés publics”¹⁷. Ce dispositif a pour but d'amener le maître d'ouvrage et le donneur d'ordre à faire preuve d'une extrême vigilance dans le choix du professionnel à qui il confie la réalisation d'une

¹⁷ H. Guichaoua, “Quarante ans de lutte contre le travail illégal”, *Droit Social*, 2014, p. 51 (p. 55).

prestation et à ne contracter qu'avec des personnes ayant des activités licites, afin de ne pas avoir à supporter la charge de la solidarité financière. La solidarité financière est également une garantie supplémentaire pour le recouvrement ou le paiement des sommes dues car elle permet aux services fiscaux et aux organismes de protection sociale ainsi qu'aux salariés de faire face à l'éventuelle disparition, défaillance ou insolvabilité de l'entreprise qui exerce l'activité clandestine en s'adressant directement au client de celle-ci ou au bénéficiaire de la prestation. Enfin, la solidarité financière présente un avantage évident dans les situations où le client français a fait appel à une entreprise établie ou domiciliée à l'étranger et qui a effectué du travail clandestin sur le territoire français. En effet, dans ce cas, les sommes dues à raison de cette activité temporaire sur le territoire français sont réclamées au client français alors même que l'entreprise qui a effectué la prestation est répartie dans son pays d'origine et ne revient pas en France¹⁸.

L'article L. 8222-5 du code du travail a été modifié par la loi n°2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, avec l'ajout du terme "cocontractant". Désormais, l'article prévoit que "le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre, informé par écrit, ..., de l'intervention **du cocontractant**, d'un sous-traitant ou d'un subdélégataire, ...".

Selon les travaux parlementaires, l'objectif de cet ajout serait d'élargir l'application de l'article L. 8222-5 du code du travail à tous les contrats conclus par un maître d'ouvrage ou un donneur d'ordre. Le rapport de G. Savary, précise le champ de cette inclusion : ***"Néanmoins, la rédaction actuelle de l'article L. 8222-5 ne prévoit pas les cas où la sous-traitance est limitée à un maître d'ouvrage et un seul contractant. En conséquence, le présent article complète cette rédaction: outre les cas prévus actuellement (travail dissimulé exercé par un sous-traitant ou un subdélégataire), serait désormais couvert le cas d'irrégularité de la situation du cocontractant du maître d'ouvrage. L'article L.8222-5 présenterait ainsi un champ comparable à celui prévu à l'article L.8254-2-1 du code du travail, portant sur l'emploi d'étrangers sans titre de travail"***.

On ne peut déduire de la réforme de l'article L. 8222-5 du code du travail par la loi du 10 juillet 2014, qu'avant cette réforme, la solidarité financière ne pouvait jouer lorsque le travail dissimulé était réalisé par des salariés détachés par une société de travail temporaire. D'une part, si les travaux parlementaires font apparaître une volonté d'extension de l'obligation d'injonction du maître d'ouvrage et du donneur d'ordre, ils ne se réfèrent pas à l'hypothèse du travail temporaire. D'autre part et surtout, au regard de l'objectif de la loi de 1991, qui est d'assurer la loyauté de la concurrence, objectif au coeur de l'ensemble des réformes intervenant dans ce domaine, on voit mal comment pourrait se justifier l'exclusion des entreprises de travail temporaire, dont l'objet est précisément de fournir de la main d'oeuvre. Une telle exclusion créerait une différence de régime difficilement justifiable entre un détachement réalisé par une entreprise de travail temporaire et les autres formes de

¹⁸ Circulaire interministérielle du 30 décembre 1994 travail clandestin-solidarité financière des donneurs d'ordre et des maîtres d'ouvrage, BO du Ministère du travail, 20 mars 1995, n°95/5.

détachement. Il faut également noter que les formulations des anciens articles L. 324-14 (aujourd'hui L. 8222-1 du code du travail) et L. 324-13-1 (aujourd'hui L.324-13-1), prévoyant également une solidarité financière, étaient plus explicites que celles de l'article L. 324-14-1. Ces articles présentent une cohérence entre eux de sorte qu'une interprétation restrictive de l'article L. 8222-5 serait là encore difficilement compréhensible. Enfin, depuis l'adoption de ces textes en 1991, les formes de travail illégal ont évolué. L'internationalisation des relations commerciales et la multiplication du recours au détachement des salariés¹⁹ ont développé les risques de fraude et au regard là encore des objectifs du législateur en 1991, celui-ci ne pouvait entendre exclure de l'obligation de solidarité financière, le donneur d'ordre recourant pour les besoins de ses activités professionnelles à une société de travail temporaire employant des salariés en situation irrégulière.

Les autres branches du moyen ne sauraient non plus être accueillies. Selon la troisième branche du moyen, l'article L. 8222-5 n'inclurait pas l'indemnité de travail dissimulée dans le champ de la solidarité financière. Cette interprétation de cet article ne saurait être retenue. D'une part, l'article L.8222-2, 3° auquel renvoie l'article L.8222-5 fait bien mention des "indemnités et charges dues par lui". D'autre part, comme le relève M. Le conseiller rapporteur, l'article L.8222-6, qui est le pendant, pour les personnes morales de droit public, de l'article L.8222-5, renvoie indistinctement aux "sommes" mentionnées à l'article L. 8222-2, 3° du code du travail. L'indemnité de travail dissimulée entre donc bien dans le champ de la solidarité financière instituée par l'article L. 8222-5 du code du travail. Enfin, les juges du fond ont pu constater, ce qui relève de leur pouvoir souverain, que la société Bouygues TP n'avait pas rempli à son obligation d'injonction, telle qu'elle ressort de l'article L. 8222-5 du code du travail (4^{ème} et 5^{ème} branche).

La cour d'appel a ainsi caractérisé que les conditions posées à l'article L. 8222-5 du code du travail étaient remplies et elle pouvait reconnaître la solidarité financière de la société Bouygues TP, les autres branches étant dès lors surabondantes.

Je conclus donc également au rejet du second moyen.

AVIS DE REJET

¹⁹ Les rapports et recherches démontrant la hausse importante du détachement des travailleurs ne manquent pas. On peut notamment citer le Rapport n°599, Sénat, A. Canayer, A. Emery-Dumas, *Rapport d'information fait au nom de la mission d'évaluation et de contrôle de la sécurité sociale de la commission des affaires sociales sur la lutte contre la fraude sociale*, 28 juin 2017.

