

Retrait de certificats de détachement de travailleurs intérimaires : la solidarité financière de l'entreprise utilisatrice s'impose en cas de travail dissimulé

Par Laetitia DRIGUEZ, maître de conférences à l'Université Paris-1 Panthéon-Sorbonne, IREDIES, École de droit de la Sorbonne

PLAN

I. La compétence indiscutable de la loi française après le retrait des certificats de détachement des travailleurs du chantier

- A. Des institutions de sécurité sociale au centre du dispositif de détermination de la loi de sécurité sociale applicable
- B. La *lex laboris* seule compétente à l'issue du retrait de formulaires E101 ou A1

II. La portée de la solidarité financière du donneur d'ordre

- A. La solidarité financière étendue à l'entreprise utilisatrice de travail temporaire et au paiement des indemnités de travail dissimulé
- B. Des attentes renforcées autour du devoir d'injonction du donneur d'ordre

L'année 2020 n'aura pas été un long fleuve tranquille dans l'histoire du chantier de l'EPR de Flamanville. Si elle s'achève par la médiatisation par l'ONG Greenpeace de brèches inquiétantes dans la sécurité des informations relatives à l'infrastructure du réacteur, elle aura surtout été ponctuée par deux décisions de justice d'importance plaçant à nouveau sous les feux des projecteurs les nombreux manquements des conducteurs du projet en termes de droit du travail. Par un arrêt du 14 mai 2020 (1), la CJUE saisie à titre préjudiciel par la chambre criminelle de la Cour de cassation française dans le cadre de poursuites dirigées contre Bouygues du chef de l'infraction de travail dissimulé a rappelé, en matière de détachement de travailleurs, les effets obligatoires attachés à la détention de formulaires E101 ou A1 en matière de législation de sécurité sociale mais non pas en droit du travail. Le 4 novembre 2020, par l'arrêt noté P + B + R + I, objet du présent commentaire, c'est la chambre sociale de la Cour de cassation qui s'est prononcée sur les conséquences civiles de l'infraction de travail dissimulé au sujet d'autres travailleurs du chantier pour lesquels les certificats de détachement ont cette fois été retirés. Ainsi, outre l'éclairage qu'elles portent sur les travers sociaux d'un projet ambitieux dont le calendrier et les coûts furent semble-t-il, dès le début, mal évalués, ces décisions de justice font progresser la compréhension du droit du détachement et des sanctions se rapportant à l'infraction de travail dissimulé.

Démarré en 2007, le grand chantier du réacteur nucléaire de Flamanville qui devait être la vitrine commerciale de l'un des premiers EPR dans le monde a rapidement montré ses failles. Bouygues Travaux Publics qui a remporté le marché de la construction du bâtiment pour le compte du maître d'ouvrage EDF recourt à plusieurs sous-traitants qui sous-traitent à leur tour une partie du travail à des sociétés de travaux ou de travail temporaire établies à l'étranger (Roumanie, Irlande et Chypre). En 2008 et 2011, les missions d'inspection du travail exercées par les ingénieurs et techniciens de l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN *infra*, art. R. 8111-11 du Code du travail) mettent en évidence de graves manquements aux règles en matière d'hygiène et de sécurité, la sous-déclaration des accidents du travail ainsi que des irrégularités manifestes en termes de détachement des travailleurs et de dissimulation d'activité aux organismes de sécurité sociale français. Plusieurs enquêtes préliminaires déclenchées par le parquet de Cherbourg aboutissent aux condamnations pénales à l'origine du présent pourvoi en cassation.

En l'espèce, l'entreprise de travail temporaire de droit chypriote Atlanco Limited qui avait mis à disposition des sociétés Bouygues TP et Welbond armatures des travailleurs intérimaires polonais

s'est vu retirer les certificats de détachement E101 que lui avait initialement délivrés l'institution de sécurité sociale compétente de Chypre. L'entreprise Atlanco fut condamnée en France

(1) Aff. C-17/19, Bouygues Travaux Publics e. a.

pour travail dissimulé et les travailleurs agissent en justice pour réclamer à Atlanco l'indemnité de travail dissimulé ainsi que la régularisation sociale de leur situation. La cour d'appel de Caen fit droit à leur demande et prononça la solidarité financière de Bouygues Travaux Publics pour le paiement de ces sommes. La société se pourvut en cassation en contestant, en substance, d'une part la compétence de la législation française de sécurité sociale à l'égard des travailleurs polonais et, d'autre part, la réunion des conditions nécessaires à la mise en cause de sa responsabilité solidaire. Les juges étaient ainsi invités à trancher deux questions de droit nouvelles. Il s'agissait premièrement de savoir quelles conséquences il convenait de tirer du retrait par l'institution compétente étrangère des certificats de détachement en termes de législation sociale applicable aux travailleurs. À cet égard, la chambre sociale adopte une position assurée : « après avoir constaté que les salariés employés par la société Atlanco et mis à disposition des sociétés Bouygues TP et Welbond armatures exerçaient une activité salariée sur le territoire français, à Flamanville, et que les certificats A1/E101 délivrés par l'institution compétente chypriote avaient été retirés, la cour d'appel, sans avoir à procéder à des recherches que ces constatations rendaient inopérantes et sans méconnaître le principe de l'égalité des armes garanti par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des

droits de l'homme et des libertés fondamentales, a exactement retenu que ces salariés étaient soumis à la législation française ».

Quant à la seconde question de savoir si, dans le silence des textes, les entreprises utilisatrices de main-d'œuvre intérimaire non déclarée aux organismes sociaux français pouvaient être tenues solidairement responsables du paiement de l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé prévue à l'article L. 8223-1 du Code du travail, la Cour répond sans hésitation par l'affirmative : « Les articles L. 8222-2, 3°, et L. 8222-5, alinéas 1 et 2, du Code du travail, doivent être interprétés en ce sens qu'il appartient à l'entreprise utilisatrice, informée de l'intervention de salariés, employés par une entreprise de travail temporaire, en situation irrégulière au regard des formalités mentionnées aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5 de ce Code, d'enjoindre aussitôt à celle-ci de faire cesser sans délai cette situation. À défaut, elle est tenue solidairement avec l'entreprise de travail temporaire au paiement des indemnités pour travail dissimulé. »

En rejetant le pourvoi, les juges français accordent une portée nouvelle à la compétence de principe de la législation sociale de l'État membre où le travailleur exerce une activité et consacrent une interprétation large du dispositif de solidarité financière du donneur d'ordre en cas de travail dissimulé.

I. La compétence indiscutable de la loi française après le retrait des certificats de détachement des travailleurs du chantier

Puisque les certificats de détachement attestant initialement du rattachement des travailleurs polonais à la loi de sécurité sociale chypriote ont été retirés avec effet rétroactif par l'institution compétente de Chypre, quelle législation de sécurité sociale s'applique à la situation des travailleurs ? Bouygues plaidait pour un réexamen de la situation factuelle par les juges du fond et critiquait leur abstention. La Cour de cassation donne en revanche raison à la cour d'appel de Caen d'avoir écarté cet argument. En matière de détachement ou de travail au sein de plusieurs États membres, les institutions de sécurité sociale exercent une compétence déterminante, en vertu des règles européennes de coordination des régimes de sécurité sociale, pour déterminer la loi applicable aux travailleurs (A). La Cour en déduit

qu'en cas de retrait de certificats de détachements, la *lex laboris* s'applique sans que le juge ait à rechercher la possibilité d'une autre compétence légale (B).

A. Des institutions de sécurité sociale au centre du dispositif de détermination de la loi de sécurité sociale applicable

Au cours des dernières années, l'essentiel du contentieux en matière de détachement ou d'exercice d'une activité dans plusieurs États membres a concerné la détermination de la valeur et de la portée des certificats E101 ou A1 établis conformément aux règlements de coordination des régimes de sécurité sociale respectifs (CEE) n° 1408/71 et (CE) n° 883/2004 (2). À travers la délivrance de ces documents, les institutions de sécurité sociale

(2) V. en dernier lieu CJUE, 2 avril 2020, aff. jtes C-370/17, *Caisse de retraite du personnel navigant professionnel de l'aéronautique*

civile et C-371/17, *Vueling Airlines SA* et notre commentaire à la SSL, suppl., n°1933, 14 décembre 2020, pp. 45-49.

désignées en annexe des règlements attestent que les travailleurs en cause demeurent rattachés à la loi de sécurité sociale de l'État membre dans lequel ils exercent normalement leur activité (dans le cadre du détachement) ou dans lequel ils résident ou bien où leur employeur a son domicile ou son siège (dans le cas de travailleurs exerçant leur travail dans plusieurs États membres). Mais jamais encore ni les juges européens ni les juges français n'ont eu à tirer les conséquences du retrait de ces certificats.

Selon Bouygues, le fait que l'institution compétente chypriote ne considère plus les travailleurs polonais intérimaires d'Atlenco comme relevant de la législation chypriote de sécurité sociale lorsqu'ils travaillent sur le chantier français de l'EPR n'implique pas que la législation française soit automatiquement applicable. Les juges auraient au contraire dû apprécier « la situation concrète et réelle de cette mise à disposition » et « rechercher si elle justifiait l'affiliation de ceux-ci au régime de sécurité sociale chypriote ». Autrement dit, le retrait du certificat aurait pour conséquence de retourner à un état d'indétermination de la loi de sécurité sociale applicable et contraindrait le juge saisi, dans le cadre de son office, à procéder à cette recherche.

La chambre sociale conteste cette analyse. Faisant siens les principes de coordination européens des régimes de sécurité sociale, à savoir le rattachement obligatoire de tout travailleur à un régime de sécurité sociale et l'unicité de rattachement, mais également le principe de coopération loyale entre institutions de sécurité sociale et la confiance mutuelle qui s'impose entre elles, elle insiste tout particulièrement sur le rôle qu'occupent ces dernières lorsqu'elles sont désignées comme compétentes par les règlements afin de traiter des situations particulières. Ainsi rappelle-t-elle qu'en vertu des règlements, « l'institution désignée vérifie si une situation de détachement est caractérisée en sorte que la législation applicable est celle de l'État membre de cette institution » ou bien « détermine, dans une situation d'exercice d'une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres, quelle est la législation applicable (3) ». Pour une situation de détachement, la Cour précise que cette institution est celle de l'État où l'employeur exerce normalement son activité. C'est pourquoi en l'espèce l'institution chypriote s'était prononcée dans un premier temps

pour délivrer les certificats, avant finalement de procéder à leur retrait. Et puisque Bouygues soutenait que la situation litigieuse n'était pas un détachement de travailleurs mais celle de travailleurs exerçant leur travail dans plusieurs États membres, la Cour prend soin d'identifier également l'institution qui aurait été compétente alors, à savoir celle de Pologne, État membre de résidence des travailleurs concernés, conformément à l'article 16 du règlement 987/2009. Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation déduit de ces différents textes la compétence exclusive de ces institutions pour déclarer compétentes d'autres législations que la législation du lieu d'exercice du travail, conformément aux règles de conflit de loi : « il résulte des textes précités que la caractérisation de situations de détachement ou d'exercice d'une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres au sens des règlements de coordination 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 second cas, de l'institution désignée par l'autorité compétente de l'État membre de résidence ».

En l'espèce, le dialogue entre institutions de sécurité sociale avait bien fonctionné. L'institution chypriote était compétente s'agissant à première vue de travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation d'intérim international depuis Chypre (4). Cette institution avait logiquement été sollicitée par Atlenco pour la délivrance à ses travailleurs intérimaires de certificats attestant leur rattachement au régime de sécurité sociale chypriote. Par la suite, le CLEISS, qui est l'institution compétente française, était intervenu auprès de son homologue dans les règles prévues pour dénoncer l'irrégularité des détachements en cause et avait obtenu le retrait des certificats.

En d'autres contextes contentieux, les juges français ont pu souhaiter s'émanciper des décisions prises par des institutions de sécurité sociale jugées peu regardantes quant aux conditions de délivrance des certificats ou peu coopératives dans les décisions de retrait face à de forts soupçons de fraude (5). La Cour de justice de l'UE avait elle-même rappelé aux institutions que le principe de coopération loyale impliquait une certaine célérité de réponse (6), sans toutefois

(3) Art. 11 § 1 et 12 bis, point 1, sous b), du règlement n° 574/72 et art. 15 § 1 et 16 § 2 du règlement n° 987/2009.

(4) Art. 1^{er} § 3 sous c) de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services ; v. également sur cette pratique importante les précisions apportées par la directive modificative UE 2018/957 du 28 juin 2018, art. 1, § 3 sous c).

(5) V. par exemple les décisions françaises, Crim., 11 mars 2014, n° 12-81461 (Vueling) et n° 11-88420 (Easyjet) et, dans une autre affaire, la question préjudicielle finalement posée par l'Assemblée plénière qui a donné lieu à l'arrêt CJUE, 27 avril 2017, aff. C-620/15, A-RosaFlusschiff.

(6) CJUE, gde ch., 6 février 2018, aff. C-359/16, Altun, Europ. 2018, com. 142, obs. L. Driguez ; J.-Ph. Lhernould, « La fraude au détachement reconnue mais strictement balisée », SSL, n° 1804, pp. 11-13.

se montrer trop exigeante sur le sujet (7). Dans la présente affaire cependant, alors que la coopération interinstitutionnelle paraît avoir bien fonctionné (et, pour parler franchement, a abouti au résultat escompté du retrait), la compétence institutionnelle en matière de détermination de la législation applicable est non seulement admise comme centrale du dispositif de coordination des régimes de sécurité sociale mais aussi unique, c'est-à-dire exclusive.

Dans ces conditions, quelle est la législation applicable aux travailleurs détachés quand leurs certificats E101 ou A1 ont été retirés ? Le sujet de la loi peut-il encore être débattu devant le juge ?

B. La *lex laboris* seule compétente à l'issue du retrait de formulaires E101 ou A1

Tirant les conséquences du raisonnement attribuant aux institutions de sécurité sociale désignées par les règlements compétence « unique » pour déterminer la législation applicable aux travailleurs détachés, la chambre sociale conclut que le système de coordination ne confère « *aux institutions compétentes de l'État membre d'exercice du travail ou à ses juridictions nationales aucune compétence pour procéder à une telle caractérisation afin de retenir l'application d'une loi autre que celle de cet État.* »

On savait déjà que l'institution nationale de l'État membre au sein duquel s'effectue le détachement n'a pas compétence pour déterminer unilatéralement un rattachement à la législation sociale de tel ou tel État, notamment quand des certificats ont été délivrés. Mais plus radicalement, c'est ici en cas de retrait des certificats que les juges déniaient toute compétence, non seulement à l'institution nationale, mais surtout aussi aux juges, pour rechercher la législation compétente. Alors que, techniquement, le retrait atteste uniquement que les travailleurs concernés ne sont pas rattachés au régime de sécurité sociale de l'institution émettrice puis auteure du retrait, ce qui constitue *a priori* une donnée objective, la solution retenue va plus loin. Selon la Cour de cassation, l'acte de retrait détermine non seulement la législation qui n'est pas applicable mais aussi, en creux, la législation applicable qui est celle de l'État membre d'exercice du travail.

Les juges expliquent en effet que « *en l'absence de certificat E101/A1 résultant d'un refus de délivrance ou d'un retrait par l'institution compétente, seule trouve à s'appliquer la législation de l'État membre où est exercée l'activité salariée* ». Cette solution binaire s'arrime très sûrement au « *système complet et uniforme de règles de conflit de lois* » des règlements européens et au rapport d'exception à principe établi en matière de détachement de travailleurs. Le principe est bien que « *la personne qui exerce une activité salariée (8) sur le territoire d'un État membre est soumise à la législation de cet État membre (9)* ». Ce n'est que par « *exception (10)* », ou bien au titre de « *règles particulières (11)* », que les travailleurs détachés demeurent soumis à la législation de l'État membre dans lequel il exerce normalement son activité.

Le retrait n'est donc pas seulement le constat d'une absence de rattachement, c'est-à-dire un acte à la portée négative. C'est une décision aux conséquences juridiques positives puisqu'elle détermine un retour obligatoire à la règle de compétence de principe de la loi du lieu de travail ou *lex laboris*. Selon la Cour de cassation, la même déduction doit être faite de l'absence de délivrance de certificats. Cela ne fait pas de doute si ces certificats ont été sollicités par l'employeur mais qu'un refus lui a été opposé puisqu'une décision administrative est bien rendue, bien que négative. En l'absence de toute demande formulée par l'employeur, on pourrait s'interroger plus avant sur la pertinence de la déduction puisque aucune décision n'est adoptée par l'institution compétente. Cependant, il est aussi possible de considérer que l'abstention de l'entreprise de solliciter la reconnaissance d'une situation d'exception en termes de rattachement à la sécurité sociale vaut acceptation tacite que la règle de principe (la *lex laboris*) s'applique.

Cette solution paralyse certes la compétence des juges pour rechercher la loi qui serait objectivement applicable à la situation qui leur est présentée, à la différence de ce que l'on exige d'eux quand il s'agit de rechercher par exemple la loi applicable à un contrat de travail ou bien la compétence juridictionnelle. Mais plus fondamentalement, elle fait obstacle à ce que l'entreprise qui détache des travailleurs dans un État

(7) Arrêt de la CJUE du 14 mai 2020, préc. dans l'affaire Vueling qui estime qu'un délai de réponse de deux ans est trop long ; v. aussi le constat sur ce point par la Commission européenne dans son rapport du 25 septembre 2019, COM, 2019, 426 final, qui souligne les progrès réalisés en matière de coopération administrative mais pointe aussi les efforts qui restent à mener notamment sur la question des délais de réponse lorsqu'une autorité administrative sollicite son homologue d'un autre État membre pour des informations.

(8) Nous soulignons.

(9) Art. 13, § 2 sous a) du règl. 1408/71 ; art. 11, § 3 sous a) du règl. 883/2004.

(10) Art. 14, § 1 sous a) du règl. 1408/71.

(11) Art. 12, § 1 sous a) du règl. 883/2004.

membre en l'absence de certificats E101 ou A1 puisse venir encore contester devant le juge l'applicabilité de la loi de sécurité sociale du lieu de travail. En l'espèce, la Cour rejette les arguments du pourvoi qui reprochaient à la cour d'appel de ne pas avoir examiné si les travailleurs n'étaient pas, plutôt que des travailleurs détachés, des travailleurs « alternants » ou exerçant leur activité salariée dans plusieurs États membres, ce qui impliquait d'autres règles de conflit de loi (« sans avoir à procéder à des recherches que ces constatations rendaient inopérantes »). Elle rejette également l'argument avancé par la société Bouygues selon lequel l'arrêt aurait méconnu « le principe de l'égalité des armes garanti par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » en l'empêchant de présenter sa cause, et notamment de présenter des éléments de preuve établissant que les salariés exerçaient dans plusieurs États membres. En effet, puisque l'institution de résidence des travailleurs n'a pas été saisie d'une demande de certificats et que ceux-ci n'ont pas été délivrés, l'absence de certificats fait simplement présumer l'application de la loi du lieu de travail, ici la loi française. Cette présomption apparaît alors comme irréfragable, bien que la Cour n'emploie pas cet adjectif.

La Cour n'exprime aucun doute quant à la validité de cette interprétation, laquelle est d'ailleurs conforme à l'avis rendu par l'avocate générale Sylvaine Laulom, publié sur le site Internet de la Cour de cassation. Les magistrats motivent ainsi l'inutilité selon eux de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne : « cette conclusion s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable au regard des caractéristiques propres des règlements de coordination et de l'absence de toute difficulté particulière d'interprétation ou de tout risque de divergence de jurisprudence à l'intérieur de l'Union ».

Partant, elle conclut au rejet du moyen du pourvoi en constatant que « les salariés employés par la société Atlanco et mis à disposition des sociétés Bouygues TP et Welbond armatures exerçaient une activité salariée sur le territoire français, à Flamenville, et que les certificats A1/E101 délivrés par l'institution compétente chypriote avaient été retirés », ce dont il se déduisait que la cour d'appel avait exactement retenu que ces salariés étaient soumis à la législation française.

La Cour de cassation confirme également la condamnation par la cour d'appel de la solidarité financière mise à la charge de l'entreprise utilisatrice.

II. La portée de la solidarité financière du donneur d'ordre

Dès lors que les salariés d'Atlanco travaillant sur le chantier de l'EPR relevaient de la loi de sécurité sociale française, leur employeur établi dans un autre État membre que la France était soumis aux obligations de déclaration aux organismes de sécurité sociale français. Faute de quoi, il s'exposait aux sanctions de l'infraction prévue par les articles L. 8221-3 et L. 8221-5 du Code du travail. Parmi celles-ci, l'employeur doit aux salariés une indemnité forfaitaire pour travail dissimulé (12). Mais à quelles conditions l'entreprise utilisatrice peut-elle être tenue solidairement responsable du paiement de ces sommes ? La société Bouygues critiquait en deux points l'arrêt de la cour d'appel de Caen qui a retenu sa solidarité financière : d'abord en ce que sa situation ne relèverait pas du champ d'application personnel et matériel de la solidarité financière du donneur d'ordre à l'époque des faits ; ensuite parce que la cour d'appel n'aurait pas caractérisé le manquement à l'obligation d'injonction prévu par le texte.

A. La solidarité financière étendue à l'entreprise utilisatrice de travail temporaire et au paiement des indemnités de travail dissimulé

Une première série de griefs formulés contre l'arrêt concerne la portée des textes relatifs à la solidarité financière du donneur d'ordre. Ils impliquent un véritable effort d'interprétation, auquel se livre avec plus de laconisme cette fois la chambre sociale. Introduit par la loi du 31 décembre 1991 relative au renforcement de la lutte contre le travail clandestin et de la lutte contre l'entrée et le séjour des étrangers en situation irrégulière, l'article L. 8222-5 du Code du travail, dans sa version applicable au litige énonce que « le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre, informé par écrit par un agent de contrôle [...] ou par un syndicat ou une institution représentative du personnel, de l'intervention d'un sous-traitant ou d'un subdélégué en situation irrégulière au regard des formalités mentionnées aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5 enjoint aussitôt à son cocontractant de faire

(12) C. trav., art. L. 8223-1.

cesser sans délai cette situation. À défaut, il est tenu solidairement avec son contractant au paiement des impôts, taxes, cotisations, rémunérations et charges mentionnés aux 1^o et 3^o de l'article L. 8222-2, dans les conditions fixées à l'article L. 8222-3 ». Cette disposition présente le double intérêt d'inciter les maîtres d'ouvrage et donneurs d'ordre à se montrer vigilants quant au choix des professionnels auxquels ils confient la réalisation de prestations et d'offrir une garantie pour le paiement des sommes qui seraient dues en raison d'un travail illicite, à travers une solidarité du client français d'autant plus utile que le sous-traitant condamné à des sanctions financières et à diverses obligations de régularisation sociale et fiscale n'est plus présent sur le territoire français. Dans sa première version, elle comporte un certain flou cependant quant à sa portée personnelle et matérielle.

La chambre sociale passe assez vite sur l'argument tiré du champ d'application personnel de la solidarité financière qui n'inclurait pas les entreprises utilisatrices. Bien que ces dernières ne soient pas expressément mentionnées par les textes de l'époque qui visent les seules chaînes de sous-traitance (et les subdélégations dans le seul cas de délégations de missions de service public), les juges retiennent du terme de « *donneur d'ordre* » employé à l'article L. 8222-5 du Code du travail et dans le titre du chapitre II une acception très large qui inclut implicitement les entreprises utilisatrices. Dans le cadre d'une interprétation téléologique du chapitre intitulé « *Obligations et solidarité financière des donneurs d'ordre et des maîtres d'ouvrage* », ils découvrent en effet une obligation de solidarité financière à la charge des « *personnes qui recourent aux services de [l'entreprise qui exerce un travail dissimulé]* (13) afin de prémunir ces créanciers du risque d'insolvabilité du débiteur principal ». Cette lecture englobante doit aussi certainement être comprise à la lumière de la modification introduite à l'article L. 8222-5 par la loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, qui a ajouté au texte le terme générique de « *cocontractant* », ouvrant ainsi plus largement les conditions personnelles de la solidarité financière (14).

La chambre sociale ne consacre guère plus de développements à justifier sa solution concernant le champ d'application matériel de la solidarité financière. Celle-ci s'applique aussi, décide la Cour, au paiement de l'indemnité forfaitaire pour travail

dissimulé. S'appuyant à nouveau sur « *l'objet et [...] l'économie des articles L. 8222-2 et L. 8222-5 du Code du travail* », elle décide que « *ce mécanisme de garantie est applicable aux créances indemnitaires pour travail dissimulé des salariés employés par des entreprises de travail temporaire* ». En effet, le chapitre « *Obligations et solidarité financière des donneurs d'ordre et des maîtres d'ouvrage* » instaure « *au bénéfice du Trésor, des organismes de sécurité sociale et des salariés, une garantie de l'ensemble des créances dues par l'employeur qui exerce un travail dissimulé* ». Que l'ensemble des créances soient couvertes, notamment l'indemnité pour travail dissimulé, résulte en particulier du texte de l'article L. 8222-2, 3^o qui vise le « *paiement des rémunérations, indemnités et charges dues [...] 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 d'embauche* ». Or se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de cette formalité de déclaration préalable permet bien de réputer le travail salarié accompli de travail dissimulé (15). La terminologie d'« *indemnités* » est encore une fois comprise dans le sens le plus large afin d'appréhender l'ensemble des sommes dues par l'entreprise employant de façon irrégulière des travailleurs.

La chambre sociale en déduit que « *les articles L. 8222-2, 3^o, et L. 8222-5, alinéas 1 et 2, du Code du travail, doivent être interprétés en ce sens qu'il appartient à l'entreprise utilisatrice, informée de l'intervention de salariés, employés par une entreprise de travail temporaire, en situation irrégulière au regard des formalités mentionnées aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5 de ce Code, d'enjoindre aussitôt à celle-ci de faire cesser sans délai cette situation. À défaut, elle est tenue solidairement avec l'entreprise de travail temporaire au paiement des indemnités pour travail dissimulé* ».

Mais quelle est l'étendue de l'injonction attendue de l'entreprise donneuse d'ordre, seule à même de l'exonérer de sa solidarité financière ?

B. Des attentes renforcées autour du devoir d'injonction du donneur d'ordre

Il ressort de l'article L. 8222-5 du Code du travail que seule engage sa solidarité financière l'entreprise donneuse d'ordre qui, informée des irrégularités sociales ou fiscales de l'activité de son sous-traitant, ne l'a pas enjoint aussitôt de faire cesser

(13) Nous soulignons.

(14) V. à cet égard les éléments éclairants apportés par l'avis de l'avocate générale.

(15) C. trav., art. L. 8221-5.

sans délai cette situation. Bouygues Travaux Publics reprochait ainsi à la cour d'appel de ne pas avoir tenu compte des démarches accomplies auprès d'Atlanco. La demanderesse au pourvoi soutenait en particulier « avoir tout mis en œuvre pour faire cesser la situation considérée comme irrégulière par l'ASN » : comme l'a noté la cour d'appel, après avoir été enjointe le 25 mai 2011 par l'ASN de faire cesser la situation de travail dissimulé, Bouygues aurait vainement enjoint à son tour Atlanco, par sommation du 31 mai 2011, de lui fournir les certificats E101 et la copie de la déclaration de détachement auprès de l'administration du travail. Puis, sans réponse du cocontractant, elle avait mis un terme aux contrats de mission des travailleurs intérimaires. La Cour estime pourtant que la cour d'appel a bien répondu à ces conclusions prétendument délaissées. Ayant constaté que les sociétés Bouygues et Welbond « se sont abstenues, en l'absence de certificats A1/E101, d'enjoindre aussitôt [à Atlanco] de faire cesser cette situation en accomplissant les formalités prescrites par ces articles », la cour d'appel a « exactement retenu » que les sociétés étaient solidairement tenues au paiement des indemnités pour travail dissimulé.

Il faut reconnaître que ni le législateur ni le pouvoir réglementaire n'a précisé ce qui est exactement attendu du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage en ce domaine. Une circulaire de 2005 indiquait uniquement qu'ils devaient s'être « effectivement enquis de faire cesser ou de régulariser une situation de travail dissimulé constatée auparavant (16) ». On déduira du rejet du pourvoi que l'injonction à laquelle doit procéder le donneur d'ordre au titre de l'article L. 8222-5 du Code du travail doit répondre à certaines conditions, temporelles et matérielles. Le texte indique déjà qu'elle doit suivre immédiatement l'information sur l'irrégularité. En l'espèce, l'écoulement de six jours entre l'information et la réaction par le donneur d'ordre a certainement paru conforme à cette exigence puisqu'il n'en a pas été question ensuite. Mais surtout, dans le silence des textes concernant le contenu de l'injonction, il ressort de l'arrêt qu'une injonction à communiquer des formulaires valides de détachement puis la sanction de l'absence de réaction par la rupture des contrats de mission ne suffisent pas à remplir cette obligation. Il convient en outre selon la cour d'appel, approuvée en cela par la Cour de cassation, d'exiger l'accom-

plissement des formalités légales en France. Ce point est important : le donneur d'ordre ne peut pas se contenter de faire peser sur les travailleurs étrangers, en rompant simplement leur contrat de mission, les conséquences de l'abstention de l'employeur à produire les formulaires de détachement. Il est bien plus pertinent, au regard de la finalité des textes sur le travail dissimulé en termes de concurrence loyale et de protection des travailleurs d'exiger de l'employeur la régularisation de leur situation auprès notamment des organismes collecteurs des cotisations de sécurité sociale et de l'administration du travail. Cela suppose cependant bien évidemment que le donneur d'ordre accepte lui-même de reconnaître que les travailleurs en question relèvent du régime de sécurité sociale français. Faute de quoi, sa solidarité financière demeure engagée.

Cette exigence renforcée concernant le contenu de l'injonction est à rapprocher de celle attendue du donneur d'ordre dans le cadre de l'obligation de vigilance mise à sa charge par l'article L. 8221-1 du Code du travail. La Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que faute pour l'entreprise de s'être fait remettre par son cocontractant les documents mentionnés à l'article D. 8222-5 du Code du travail, elle n'avait pas procédé aux vérifications qui lui incombent, de sorte qu'elle était tenue à la solidarité financière prévue par l'article L. 8222-2 du Code du travail (17). Dans ce cas précis, un texte réglementaire donne consistance à l'obligation de vigilance à travers une liste de documents à exiger périodiquement du cocontractant afin de s'assurer de la régularité de sa situation et d'anticiper d'éventuels manquements. Par le présent arrêt, c'est la jurisprudence qui donne corps à l'obligation d'injonction des maîtres d'ouvrage et donneurs d'ordre, lesquels doivent exiger de leurs cocontractants une mise en conformité avec le droit français. L'efficacité complète du dispositif de solidarité financière de l'article L. 8222-5 du Code du travail est à ce prix.

La chambre sociale a souhaité donner la plus large diffusion à cet arrêt. Elle apporte en effet sa pierre à l'édifice de la lutte contre le travail dissimulé dans le cadre d'opérations de détachement irrégulières qui font l'objet de toutes les attentions des pouvoirs publics depuis plusieurs années (18).

Latetitia Driguez

(16) Circulaire interministérielle DILTI du 31 décembre 2005 relative à la solidarité financière des donneurs d'ordre en matière de travail dissimulé, point 4.3.

(17) V. Civ., 2^e, 11 février 2016, n° 14-10.614 et Civ., 2^e, 11 février 2016, n° 15-10168, JCP S, n° 13, 5 avril 2016, p. 1120, note Thibault Lahalle.

(18) V. la Lettre Trésor-Éco n° 171 publiée en juin 2016 ; Cour des comptes, « La lutte contre la fraude au travail détaché : un cadre juridique renforcé, des lacunes dans les sanctions », Rapport public annuel, 2019, pp. 57-91.

DÉTACHEMENT Travail illégal – Coordination des systèmes de sécurité sociale au sein de l'UE – Détermination de la législation applicable – Règle générale de l'application de la législation de l'État d'exercice de l'activité salariée – Exceptions – Travail détaché et exercice normal d'une activité salariée dans plusieurs États membres – Caractérisation de la situation de détachement par l'institution de sécurité sociale compétente – Compétence de l'institution de l'État membre dans lequel l'employeur exerce normalement son activité ou de l'institution désignée par l'autorité compétente de l'État membre de résidence – Absence ou retrait du certificat E101/A1 – Application de la législation du lieu d'exercice de l'activité – Obligations et solidarité financière des donneurs d'ordre – Interprétation des articles L. 8222-2, 3^o, et L. 8222-5, alinéas 1 et 2, du Code du travail – Solidarité de l'entreprise utilisatrice avec l'entreprise de travail temporaire au paiement des indemnités pour travail dissimulé.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 4 novembre 2020
Bouygues Travaux Publics, société par actions simplifiée
contre M. A... X... et autres (n°18-24.451 et s. P + B + R + I)

Faits et procédure

2. Selon les arrêts attaqués (Caen, 26 juillet 2018), MM. X..., Y..., Z..., ZA..., ZB..., ZC..., ZD..., ZE..., ZF..., B... et C... ZG..., ZH..., ZI..., ZJ..., ZK..., ZL..., de nationalité polonaise et domiciliés en Pologne, ont été mis à disposition de la société Bouygues Travaux Publics (la société Bouygues TP) ou de la société Welbond armatures par la société de travail temporaire Atlanco Limited, entreprise de droit chypriote (la société Atlanco), entre le mois de mars 2010 et le mois de juin 2011, pour exercer une activité salariée sur le chantier de construction d'un réacteur nucléaire de nouvelle génération sur le site de Flamenville.

3. L'institution compétente de l'État chypriote, sur le territoire duquel est situé le siège de l'employeur, a retiré les certificats E101 et A1 qu'elle avait précédemment délivrés pour les salariés.

Examen des moyens

Sur le premier moyen

Énoncé du moyen

4. 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 pour travail dissimulé et à régulariser leur situation ainsi que 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 cette indemnité forfaitaire, alors :

« 1^o / 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 États 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 États 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'État 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^o / 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 celle-ci n'avaient pas souhaité se placer sous le régime de l'alternance, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code de procédure civile, 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^o / qu'en tout état de cause, à considérer que le régime du détachement soit applicable, si le certificat E101 délivré par l'institution désignée par l'autorité compétente d'un État 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'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 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'État 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 E101, quand celle-ci faisait valoir 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 E101, 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 1^{er} mai 2010 bénéficiaient à tout le moins d'une demande de certificat E101, 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 E101, 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 E101 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 en ce qu'elle faisait valoir que les salariés mis à disposition après le 1^{er} mai 2010 bénéficiaient à tout le moins d'une demande de certificat E101 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 E101 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 État 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 États 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 E101 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 État 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 ».

Réponse de la Cour

5. Les dispositions du titre II du 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 du Parlement européen et du Conseil, du 17 juin 2008, et du titre II 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 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 européenne 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 (CJCE, 24 mars 1994, Van Poucke/Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen e.a., C-71/93, point 22 ; CJCE, 10 février 2000, FTS, C-202/97, point 20).

6. 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 (CJCE, 10 février 2000, FTS, C-202/97, point 51).

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

8. Selon les articles 13 § 2, sous a), du règlement n° 1408/71 et 11 § 3, sous a), du règlement n° 883/2004, la règle générale est celle de l'application de la législation de l'État d'exercice de l'activité salariée.

9. Il résulte de l'article 14, point 1, sous a), et point 2, du règlement n° 1408/71 et des articles 12 § 1 et 13 § 1 du règlement n° 883/2004 que font exception à cette règle, les situations de travail détaché et d'exercice normal d'une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres.

10. Conformément à l'article 14, point 1, sous a) du règlement n° 1408/71, aux articles 11 § 1 et 12 bis, point 1, sous b), du 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 l'article 12 § 1 du règlement n° 883/2004, aux articles 15 § 1 et 16 § 2 du 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, l'institution désignée vérifie si une situation de détachement est caractérisée en sorte que la législation applicable est celle de l'État membre de cette institution ou détermine, dans une situation d'exercice d'une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres, quelle est la législation applicable.

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

12. Dans le cas d'une situation d'exercice d'une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres, ladite institution est celle de l'État membre de résidence de la personne concernée.

13. Selon les articles 11 § 1, 12 bis, points 2 et 4, du règlement n° 574/72, l'article 19 § 2 du règlement n° 987/2009, à la demande de la personne concernée ou de l'employeur, l'institution compétente de l'État membre dont la législation est applicable atteste, par la délivrance des certificats A1/E101, que cette législation est applicable.

14. Il résulte des textes précités que la caractérisation de situations de détachement ou d'exercice d'une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres au sens des règlements de coordination 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 second cas, de l'institution désignée par l'autorité compétente de l'État membre de résidence.

15. Le système complet et uniforme de conflit de lois ainsi institué par les titres II des règlements de coordination, en l'absence de fraude et lorsque État membre de résidence et État membre où est exercée l'activité salariée ne coïncident pas, ne confère aux institutions compétentes de ce dernier État ou à ses juridictions nationales aucune compétence pour procéder à une telle caractérisation afin de retenir l'application d'une loi autre que celle de cet État.

16. Dès lors, en l'absence de certificat E101/A1 résultant d'un refus de délivrance ou d'un retrait par l'institution compétente, seule trouve à s'appliquer la législation de l'État membre où est exercée l'activité salariée.

17. Cette conclusion s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable au regard des caractéristiques propres des règlements de coordination et de l'absence de toute difficulté particulière d'interprétation ou de tout risque de divergence de jurisprudence à l'intérieur de l'Union en sorte qu'il n'y a pas lieu de poser de question à titre préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne.

18. Il en résulte que, après avoir constaté que les salariés employés par la société Atlanco et mis à disposition des sociétés Bouygues TP et Welbond armatures exerçaient une activité salariée sur le territoire français, à Flamanville, et que les certificats A1/E101 délivrés par l'institution compétente chypriote avaient été retirés, la cour d'appel, sans avoir à procéder à des recherches que ces constatations rendaient inopérantes et sans méconnaître le principe de l'égalité des armes garanti par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, a exactement retenu que ces salariés étaient soumis à la législation française.

19. D'où il suit que le moyen, inopérant en ses huitième et neuvième branches en ce que celles-ci critiquent des motifs surabondants relatifs au défaut d'immatriculation au registre du commerce, n'est pas fondé.

Sur le second moyen

Enoncé du moyen

20. 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 :

« 1^o / qu'il résulte des articles L. 8222-1, 1^o 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'acquiesce 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 E101 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 [E101]" ; qu'en constatant ainsi un manquement de cette société à son obligation découlant de l'article L. 8222-1, 1^o du code du travail, quand ce texte lui faisait simplement obligation de détenir les demandes de certificats E101 et non nécessairement les certificats E101 eux-mêmes, la cour d'appel a violé les textes précités ;

2^o / 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 subdélégué ; 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 subdélégué de la première, la cour d'appel a violé le texte précité ;

3^o / 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 subdélégué 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 prévu 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 E101 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 E101 ou A1 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° / 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 œuvre 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 E101, en méconnaissance des dispositions de l'article 455 du code de procédure civile ;

6° / 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 ».

Réponse de la Cour

21. Aux termes de l'article L. 8222-5, alinéas 1 et 2, du code du travail, dans sa rédaction alors applicable, 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 subdélégué 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. À 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.

22. Sont mentionnées à l'article L. 8222-2, 3°, du code du travail les rémunérations, les indemnités et les charges dues par celui qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour délit de 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.

23. Ces articles L. 8222-2 et L. 8222-5 du code du travail figurent dans le chapitre de ce code intitulé « Obligations et solidarité financière des donneurs d'ordre et des maître d'ouvrage » qui instaure, par les dispositions qu'il prévoit, au bénéfice du Trésor, des organismes de sécurité sociale et des salariés, une garantie de l'ensemble des créances dues par l'employeur qui exerce un travail dissimulé à la charge des personnes qui recourent aux services de celui-ci afin de prémunir ces créanciers du risque d'insolvabilité du débiteur principal.

24. Il résulte de l'objet et de l'économie desdites dispositions que ce mécanisme de garantie est applicable aux créances indemnitaires pour travail dissimulé des salariés employés par des entreprises de travail temporaire.

25. Aussi, les articles L. 8222-2, 3°, et L. 8222-5, alinéas 1 et 2, du code du travail, doivent être interprétés en ce sens qu'il appartient à l'entreprise utilisatrice, informée de l'intervention de salariés, employés par une entreprise de travail temporaire, en situation irrégulière au regard des formalités mentionnées aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5 de ce code, d'enjoindre aussitôt à celle-ci de faire cesser sans délai cette situation. À défaut, elle est tenue solidairement avec l'entreprise de travail temporaire au paiement des indemnités pour travail dissimulé.

26. Après avoir constaté que les sociétés Bouygues TP et Welbond armatures, informées le 25 mai 2011 de l'intervention de la société Atlanco en situation irrégulière au regard des formalités mentionnées aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5 du code du travail, se sont abstenues, en l'absence de certificats A1/E101, de lui enjoindre aussitôt de faire cesser cette situation en accomplissant les formalités prescrites par ces articles, la cour d'appel, qui a répondu aux conclusions prétendument délaissées, a exactement retenu que les sociétés Bouygues TP et Welbond armatures étaient solidairement tenues, avec la société Atlanco, au paiement des indemnités pour travail dissimulé.

27. D'où il suit que le moyen, inopérant en sa première branche, n'est pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

DIT n'y avoir lieu de poser une question à titre préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne ;

REJETTE les pourvois ;

(M. Cathala, prés. – SCP Spinosi et Sureau – SCP Foussard et Froger ; SCP Gatineau, Fattaccini et Rebeyrol av.)