

COUR DE CASSATION

Audience publique du **4 novembre 2020**

Rejet

M. CATHALA, président

Arrêt n° 991 FS-P+B+R+I

Pourvois n°	Z 18-24.451	N 18-24.463	J 18-24.483	R 18-24.489
	C 18-24.454	P 18-24.464	K 18-24.484	S 18-24.490
	K 18-24.461	D 18-24.478	N 18-24.486	T 18-24.491
	M 18-24.462	G 18-24.482	Q 18-24.488	E 18-24.502

JONCTION

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

**ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE,
DU 4 NOVEMBRE 2020**

La société Bouygues travaux publics, société par actions simplifiée, dont le siège est 1 avenue Eugène Freyssinet, 78280 Guyancourt, a formé les pourvois n° Z 18-24.451, C 18-24.454, K 18-24.461, 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 contre seize arrêts rendus le 26 juillet 2018 par la cour d'appel de Caen (chambre sociale, section 1) dans les litiges l'opposant respectivement à :

- ° 1 / M. A. B,
- ° 2 / M. T. N,
- ° 3 / M. W.D,
- ° 4 / M. A. G,
- ° 5 / M. B. K,
- ° 6°/ M. Zbigniew Kubica,

- 7 / M. R. C,
- 8 / M. L. C,
- 9 / M. A. C,
- 10 / M. R. S,
- 11 / M. A. P,
- 12 / M. M. J,
- 13 / M. D. W,
- 14 / M. R.R,
- 15 / M. J. N,
- 16 / M. P. N,

domiciliés tous les seize au Cabinet de M. Wladyslaw Lis, 17 rue des Tanneurs, 13100 Aix-en-Provence,

17°/ la société Atlanco Limited, dont le siège est 89 Strvolos Avenue, Office 401, 4 th Floor, 202 Strovolos Nicosia (Chypre),

18°/ la société Welbond armatures, dont le siège est 4 rue Michaël Faraday, immeuble Ampère, hall B, 44800 Saint-Herblain,

défendeurs à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de ses pourvois, les deux moyens de cassation communs, annexés au présent arrêt.

Les dossiers ont été communiqués au procureur général.

Sur le rapport de M. Le Masne de Chermont, conseiller référendaire, les observations de la SCP Spinosi et Sureau, avocat de la société Bouygues travaux publics, de la SCP Foussard et Froger, avocat de M. Biskupski et des quinze autres salariés, de la SCP Gatineau, Fattaccini et Rebeyrol, avocat de la société Welbond armatures, et l'avis de Mme Laulom, avocat général, après débats en l'audience publique du 16 septembre 2020 où étaient présents M. Cathala, président, M. Le Masne de Chermont, conseiller rapporteur référendaire, M. Huglo, conseiller doyen, M. Rinuy, Mmes Pécaut-Rivolier, Ott, Sommé, conseillers, Mmes Chamley-Coulet, Lanoue, M. Joly, conseillers référendaires, Mme Laulom, avocat général et Mme Pontonnier, greffier de chambre,

la chambre sociale de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Jonction

1. En raison de leur connexité, les pourvois n° Z 18-24.451, C 18-24.454, K 18-24.461, 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 sont joints.

Faits et procédure

2. Selon les arrêts attaqués (Caen, 26 juillet 2018), MM. B, C, C, C, D, G, J, K, K, T.

et P. N, N, P, R, S, W, 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 Flamanville.

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

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

3°/ qu'en tout état de cause, à considérer que le régime du détachement soit applicable, si le certificat E101 délivré par l'institution désignée par l'autorité compétente d'un Etat membre, au titre de l'article 11 du règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, lie tant les institutions de sécurité sociale de l'Etat membre dans lequel le travail est effectué que les juridictions de cet Etat membre, même lorsqu'il est constaté par celles-ci que les conditions de l'activité du travailleur concerné n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel de cette disposition du règlement n° 1408/71, le retrait de ce certificat ne démontre pas à lui seul le défaut d'affiliation du travailleur détaché au régime de sécurité sociale de l'Etat membre dans lequel son employeur a son siège social et dans lequel il n'exécute pas sa prestation de travail ; qu'en l'espèce, en déduisant qu'il n'est pas justifié de l'application de la loi de sécurité sociale chypriote aux salariés de la société Atlanco mis à la disposition de la société Bouygues TP pour effectuer un travail en France, de la seule circonstance selon laquelle "le CLEISS, autorité officielle habilitée à diligenter les procédures de retrait des formulaires, a fait une démarche en ce sens le 5 juillet 2011 auprès des autorités chypriotes qui a abouti à un retrait de tous les certificats *ab initio* ce qui met à néant les déclarations effectuées", la cour d'appel a violé l'article 11 du règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, dans sa version

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

4°/ qu'en appréciant de manière globale la situation des salariés mis à disposition de la société Bouygues TP quant à l'existence des certificats 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 E 101, n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 11 du règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, ensemble les articles L. 8221-5 et L. 8222-5 du code du travail ;

5°/ qu'en ayant ainsi relevé que tous les certificats 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 Etat membre, que ceux-ci exercent leur mission dans le cadre d'un détachement au sens du droit de l'Union européenne ou en alternance dans deux 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 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 l'État membre de résidence et l'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

Énoncé 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°/ qu'il résulte des articles L. 8222-1, 1° du code du travail et L. 114-15-1 du code de sécurité sociale que ne peut être engagée la solidarité financière du donneur d'ordre, qui doit vérifier, lors de la conclusion du contrat en vue de l'exécution d'un travail, de la fourniture d'une prestation de services ou de l'accomplissement d'un acte de commerce, que son cocontractant s'acquitte des formalités mentionnées aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5 du même code, lorsque ce donneur d'ordre détient un justificatif attestant du dépôt de la demande d'obtention du certificat 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° 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 même, la cour d'appel a violé les textes précités ;

2°/ que la solidarité financière du maître de l'ouvrage ou du donneur d'ordre ne peut être retenue, sur le fondement de l'article L. 8222-5 du code du travail, dans sa rédaction applicable en l'espèce, que dans l'hypothèse d'un

travail dissimulé réalisé par un sous-traitant ou un subdéléguataire ; 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 subdéléguataire de la première, la cour d'appel a violé le texte précité ;

3°/ que l'article L. 8222-5, alinéa 2, du code du travail prévoit que le maître de l'ouvrage ou le donneur d'ordre qui n'exécute pas son obligation d'injonction envers le sous-traitant ou le subdéléguataire réalisant un travail dissimulé 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 ; 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°/ 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 oeuvre pour faire cesser la situation considérée comme irrégulière par l'ASN, ayant mis fin à la mise à disposition des travailleurs le 24 juin 2011, après avoir vainement enjoint à son cocontractant de lui fournir les certificats 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 subdéléataire 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^o à 3^o 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^o, 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^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.

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 ;

Condamne la société Bouygues travaux publics aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Bouygues travaux publics à payer à M. B. et aux quinze autres salariés la somme globale de 4 000 euros et rejette les autres demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du quatre novembre deux mille vingt.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens communs produits, aux pourvois n° Z 18-24.451, C 18-24.454, K 18-24.461, 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, par la SCP Spinosi et Sureau, avocat aux Conseils, pour la société Bouygues travaux publics

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que la société ATLANCO a effectué du travail dissimulé, condamné celle-ci à verser au salarié une indemnité forfaitaire de travail dissimulé et à régulariser la situation de celui-ci et dit que la solidarité financière de la société BOUYGUES TP est engagée au titre du travail dissimulé et condamné celle-ci au paiement de l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé ;

Aux motifs propres que « - Sur le fond

Les salariés appelants reprochent à la société Atlanco de n'avoir pas respecté la législation européenne sur le détachement des travailleurs intérimaires, de s'être soustraite à son obligation de s'immatriculer en France malgré l'activité permanente, habituelle et essentielle qu'elle y déployait et demandent à la cour de dire que c'est la législation française qui était applicable, que la société Atlanco s'est rendue coupable de travail dissimulé, que le montage juridique par lequel la société Atlanco a mis son personnel polonais à disposition des sociétés utilisatrices sur le site de Flamanville constitue une opération de prêt de main d'oeuvre illicite et un délit de marchandage et que les sociétés utilisatrices sont solidairement responsables de ces trois infractions.

Les sociétés utilisatrices plaident pour l'essentiel que les salariés polonais ne relèvent pas des règles régissant le détachement d'un salarié par un Etat membre de la Communauté européenne avec assujettissement au régime de sécurité sociale du lieu de travail soit la France mais de celles relatives aux salariés exerçant des activités alternantes dans au moins deux Etats membres de sorte que c'est la législation de l'Etat membre chypriote sur lequel la société Atlanco a son siège qui s'applique tout comme au regard du droit du travail en tant que loi du pays où est situé le siège. Par ailleurs, les sociétés utilisatrice estiment avoir accompli toutes les obligations liées à leur devoir de vigilance.

Relevant que la condamnation pénale des sociétés utilisatrices n'est pas définitive et n'a donc pas autorité de la chose jugée du pénal sur le civil, la cour estime qu'il n'est pas pertinent de s'attacher à l'argumentation

développée par les salariés sur ce terrain, étant ajouté que la démarche probatoire diffère, le ministère public étant tenu de caractériser les infractions imputées aux personnes morales poursuivies alors qu'il incombe, en matière prud'homale, aux salariés appelants de faire la preuve tant en droit qu' en fait de leurs demandes indemnitaires.

- Sur le travail dissimulé

Le code du travail prohibe le travail dissimulé par :

-dissimulation d'activité de l'article L. 822 1-3 qui réprime l'exercice à but lucratif d'une activité de transformation ou de prestation de services sans immatriculation volontaire au registre du commerce ou sans déclaration aux organismes de protection sociale ;

- par dissimulation d'emploi salarié de l'article L. 822 1-5 par soustraction intentionnelle à l'une des formalités telle que la déclaration préalable à l'embauche.

Pour déterminer le cadre régissant les relations des parties, la cour se réfère au contrat d'emploi signé avec la société ATLANCO, le 10 septembre 2009 par la société WELBOND ARMATURES et le 31 mars 2010 par la société BOUYGUES T.P, en des termes quasi-identiques.

La société ATLANCO, qui se présente comme une agence internationale d'intérim dont le siège social est situé à Chypre et dont l'activité consiste à engager des travailleurs et à les mettre à disposition de clients sur différents projets dans l'Union européenne, a donc conclu un contrat d'emploi de personnel intérimaire pour faire face à un accroissement temporaire d'activité, étant précisé que le motif de recours à un contrat d'intérim n'est pas en litige.

Ces contrats d'emploi qui fixent très précisément les droits et obligations respectives des parties indiquent très clairement que les salariés sont en détachement, en définissant cette notion dans l'entête du contrat et en annexant un modèle type du contrat souhaité ce qui éclaire d'un tout autre jour voire rend vaines les protestations des salariés, consultation juridique à l'appui, du détachement des salariés.

L'article 6 du contrat commercial stipule que "concomitamment par ATLANCO du contrat de détachement et en tout état de cause, avant qu'un travailleur intérimaire puisse rentrer sur le site de Flamanville, ATLANCO fournira les documents suivants :“ au nombre desquels figurent une copie et sa traduction de la demande de protection sociale (formulaire E 101-formulaire de demande) avec accusé de réception des autorités légales, auprès desquelles elle aura été déposée, devra être fournie à la

société utilisatrice ainsi qu'une copie de la demande acceptée dudit formulaire dès réception par la société intérimaire.

La société utilisatrice exige expressément de la société intérimaire qu'elle lui fournisse une information écrite et motivée, à défaut de réception dans un délai de 4 semaines de la demande de protection sociale acceptée par les autorités légales concernées. La société utilisatrice rappelle à la société d'intérim qu'en cas de non-respect d'une des conditions, le contrat de détachement ne sera pas signé par la société utilisatrice et elle indique plus loin que l'entreprise de travail intérimaire devra lui remettre les documents nécessaires à l'exercice légal de l'activité des salariés en France sur simple demande.

Il est constant 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 E 101 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 2011, 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 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.

Par voie de conséquence, 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, la déclaration par l'employeur des salariés auprès des organismes de protection sociale, le défaut d'accomplissement de ces diligences, avéré en l'espèce, étant constitutif du travail dissimulé.

Il y a lieu de confirmer le jugement en ce qu'il a dit que la société d'intérim était en situation de travail dissimulé et l'a condamnée à payer à chaque salarié concerné l'indemnité forfaitaire de six mois de salaire, prévue en la matière.

- Sur la solidarité financière

Les sociétés utilisatrices ne peuvent pas remettre en cause les constatations des agents de l'ASN qui se sont déplacés sur le site les 10 et 11 mai 2011 qui ont relevé le défaut de formulaire E 101 en cours de validité.

La cour relève qu'à la suite d'un précédent contrôle le 28 avril 2009 concernant une autre société d'intérim, la société Bouygues s'était engagée à tenir un tableau de suivi des formulaires E 10, E 102 ou A 1. La société WELBOND ARMATURES avait été tenue informée du problème.

Force est de constater qu'en contravention avec les stipulations des contrats d'emploi sur l'exigence de demandes de tels formulaires avant l'entrée sur le site et de leur acceptation au plus tard 4 semaines après, les sociétés utilisatrices ont continué à faire intervenir les salariés sur le chantier jusqu'à la rupture du 24 juin 2011 alors que leur situation n'était pas régularisée malgré l'injonction de l'ASN donnée dès le 25 mai 2011 de le faire "dans les plus brefs délais" et malgré la vaine sommation adressée le 31 mai 2011 à la société ATLANCO de lui adresser par retour de courrier les formulaires E 101 ou A 1 lorsqu'il s'agissait de renouvellement ainsi que la copie de la déclaration de détachement auprès de la DDTEP.

Ce n'est qu'à réception du courrier de l'ASN leur rappelant à la fois, son contrôle des 10 et 11 mai, son courrier du 25 mai et son nouveau contrôle conjoint avec l'URSSAF du 7 juin 2011, lequel a mis à jour de nouvelles irrégularités à savoir le fait que les salariés employés par ATLANCO présents sur le chantier ne possédaient ni contrats de mission ni formulaire E 101 E 102 ou A1 en cours de validité et dire la situation de travail dissimulé avérée.

La cour ne porte pas de jugement sur la réalité des efforts faits par les deux sociétés utilisatrices pour recruter du personnel qualifié en France mais constate qu'elles ont fait appel à une société basée à Chypre dont le taux de cotisation patronale était bien en deçà de celui pratiqué en France.

Ces circonstances conduisent à retenir la solidarité financière des sociétés utilisatrices prévue par l'article L. 8222-5 du code du travail et à infirmer le jugement de ce chef. » ;

Et aux motifs éventuellement adoptés que : « Dans le cas de travailleurs étrangers, la société ATLANCO Ltd devait fournir un formulaire E 101

concernant l'intéressé pour toute la durée de l'exécution de son contrat de travail. Or, ce document n'a jamais été fourni (...). En conséquence, l'intéressé n'a pu bénéficier d'une couverture sociale liée au document E 101 (...), quand bien même les cotisations sociales furent réglées aux organismes de sécurité sociales chypriotes. Donc, à défaut, le demandeur aurait dû être déclaré à l'URSSAF en France (...). Sur ce dernier point précis, la législation européenne n'a pas été intégralement respectée.

En conséquence, ce non-respect constitue au titre du droit français, un travail dissimulé avéré (...) » ;

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

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

3/ Alors qu'en tout état de cause, à considérer que le régime du détachement soit applicable, si le certificat E 101 délivré par l'institution désignée par l'autorité compétente d'un Etat membre, au titre de l'article 11 du règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, lie tant les

institutions de sécurité sociale de l'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'Etat membre dans lequel son employeur a son siège social et dans lequel il n'exécute pas sa prestation de travail ; qu'en l'espèce, en déduisant qu'il n'est pas justifié de l'application de la loi de sécurité sociale chypriote aux salariés de la société ATLANCO mis à la disposition de la société BOUYGUES TP pour effectuer un travail en France, de la seule circonstance selon laquelle « le CLEISS, autorité officielle habilitée à diligenter les procédures de retrait des formulaires, a fait une démarche en ce sens le 5 juillet 2011 auprès des autorités chypriotes qui a abouti à un retrait de tous les certificats ab initio ce qui met à néant les déclarations effectuées », la Cour d'appel a violé l'article 11 du règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement (CE) n° 118/97 du Conseil, du 2 décembre 1996, tel que modifié par le règlement (CE) n° 647/2005 du Parlement européen et du Conseil, du 13 avril 2005, et 19 du règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, ensemble les articles L.8221-5 et L.8222-5 du code du travail ;

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

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

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

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

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que la solidarité financière de la société BOUYGUES TP est engagée 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 ;

Aux motifs que « - Sur la solidarité financière

Les sociétés utilisatrices ne peuvent pas remettre en cause les constatations des agents de l'ASN qui se sont déplacés sur le site les 10 et 11 mai 2011 qui ont relevé le défaut de formulaire E 101 en cours de validité.

La cour relève qu'à la suite d'un précédent contrôle le 28 avril 2009 concernant une autre société d'intérim, la société Bouygues s'était engagée à tenir un tableau de suivi des formulaires E 10, E 102 ou A 1. La société WELBOND ARMATURES avait été tenue informée du problème.

Force est de constater qu'en contravention avec les stipulations des contrats d'emploi sur l'exigence de demandes de tels formulaires avant l'entrée sur le site et de leur acceptation au plus tard 4 semaines après, les sociétés utilisatrices ont continué à faire intervenir les salariés sur le chantier jusqu'à

la rupture du 24 juin 2011 alors que leur situation n'était pas régularisée malgré l'injonction de l'ASN donnée dès le 25 mai 2011 de le faire "dans les plus brefs délais" et malgré la vaine sommation adressée le 31 mai 2011 à la société ATLANCO de lui adresser par retour de courrier les formulaires E 101 ou A 1 lorsqu' il s'agissait de renouvellement ainsi que la copie de la déclaration de détachement auprès de la DDTEP.

Ce n'est qu'à réception du courrier de l'ASN leur rappelant à la fois, son contrôle des 10 et 11 mai, son courrier du 25 mai et son nouveau contrôle conjoint avec l'URSSAF du 7 juin 2011, lequel a mis à jour de nouvelles irrégularités à savoir le fait que les salariés employés par ATLANCO présents sur le chantier ne possédaient ni contrats de mission ni formulaire E 101 E 102 ou A1 en cours de validité et que la situation de travail dissimulé avérée.

La cour ne porte pas de jugement sur la réalité des efforts faits par les deux sociétés utilisatrices pour recruter du personnel qualifié en France mais constate qu'elles ont fait appel à une société basée à Chypre dont le taux de cotisation patronale était bien en deçà de celui pratiqué en France.

Ces circonstances conduisent à retenir la solidarité financière des sociétés utilisatrices prévue par l'article L. 8222-5 du code du travail et à infirmer le jugement de ce chef. » ;

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

2/ Alors, par ailleurs, 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/ Alors, en outre, 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° à 3° de l'article L.8222-2, dans les conditions fixées à l'article L.8222-3 ; qu'en condamnant la société utilisatrice au paiement de l'indemnité pour travail dissimulé, au titre de la solidarité financière avec la société de travail temporaire ayant réalisé le travail dissimulé, quand le paiement de cette indemnité n'est pas prévue par l'article L.8222-5, alinéa 2 du code du travail, la Cour d'appel a violé ce texte ;

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

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

6/ Alors, enfin, 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.