

Pourvoi n° U1410193

assemblée plénière 23 octobre 2015

Décision attaquée : 21 novembre 2013 de la cour d'appel de Bordeaux

CMSA de la Gironde  
C/  
STE Jean & fils

---

rapporteur : Laurent.Truchot

## RAPPORT

***Observation liminaire : les termes du jugement, de l'arrêt attaqué et des mémoires des parties étant, dans les affaires n° H 14-10.182 et U 14-10.193, strictement identiques, à l'exception de la seule raison sociale des parties défenderesses aux pourvois, le présent rapport est, sous la même exception, l'exacte réplique du rapport établi dans l'affaire n° H 14-10.182.***

### **1 - Rappel des faits et de la procédure**

#### ***a - Les faits***

Les faits de la cause, tels qu'ils résultent de l'arrêt attaqué, sont les suivants.

Au cours des années 2007, 2008 et 2009, la société Jaen et Fils<sup>1</sup> a confié une partie de son activité viticole à la société de droit portugais Vigma Lda<sup>2</sup>.

Cette dernière a fait l'objet de procès-verbaux pour travail dissimulé. Par jugement définitif du 17 mai 2010, le tribunal correctionnel de Bordeaux a déclaré M. X..., son gérant, coupable de travail dissimulé au cours de la période du 1<sup>er</sup> octobre 2005 au 9 juin 2009 dans les départements de la Gironde, des Landes, du Lot et Garonne et de la Dordogne, ainsi que de l'infraction d'emploi d'un étranger non muni d'une autorisation de travail salarié. M. X... a été, en revanche, relaxé des faits d'emploi d'un étranger non muni d'une autorisation de travail pour la majorité des autres salariés.

Par lettre du 15 novembre 2010, la caisse de mutualité sociale agricole de la Gironde<sup>3</sup> a adressé à la société une lettre d'observations l'avisant de la mise en oeuvre

---

<sup>1</sup> Ci-après " la société ".

<sup>2</sup> Ci-après " le sous-traitant ".

<sup>3</sup> Ci-après " la MSA ".

à son encontre de la solidarité prévue par l'article L. 8222-2 du code du travail ainsi que du montant des cotisations estimées dues, soit la somme de 80 547,93 euros.

Une mise en demeure de payer la somme finalement arrêtée à 58 133,25 euros lui ayant été délivrée le 22 mars 2011, la société a saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale de la Gironde aux fins de contester la décision de rejet de sa réclamation prise le 20 juillet 2011 par la commission de recours amiable de la MSA.

### ***b - La procédure***

Le tribunal des affaires de sécurité sociale de la Gironde a statué sur le recours par jugement du 5 avril 2013 (n° 2013/131).

Il a rappelé que la MSA, invoquant la violation des dispositions de l'article R. 324-7, 1°), b) du code du travail, devenu l'article D. 8222-7, 1°), b) du même code, reprochait à la société de ne pas avoir présenté d'attestation établie depuis moins de six mois avant la date de la conclusion du contrat et disposant que les salariés du sous-traitant avaient été préalablement déclarés auprès de ses services.

Le tribunal a toutefois relevé que ce texte n'exigeait une telle attestation qu'à défaut de document attestant la régularité de la situation sociale du cocontractant au regard du règlement (CEE) n°1408/71 du 14 juin 1971<sup>4</sup>, s'agissant d'une entreprise portugaise, et que l'absence d'attestation de la MSA ne pouvait suffire pour retenir un manquement de la société à l'obligation de vigilance pesant sur les donneurs d'ordres.

Enumérant les différentes pièces produites par la société<sup>5</sup>, le tribunal a considéré que celle-ci avait "*rempli ses obligations en qualité de donneur d'ordre*".

---

<sup>4</sup> Règlement 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 (JO L 149, 5.7.1971, p. 2).

<sup>5</sup> Ces pièces sont les suivantes : certificat portant mention du numéro d'identification fiscale concernant la TVA du sous-traitant, extrait des données enregistrées auprès du système de sécurité sociale portugais au nom de ce dernier (copies en portugais et traductions en français), certificat du conservatoire du registre commercial de Peso Da Regna au nom du sous-traitant du 21 décembre 2005 (copies en portugais et traductions en français), attestations sur l'honneur établies par le gérant du sous-traitant certifiant que ses salariés ont reçu des bulletins de paie, acte notarié de constitution de la société du sous-traitant du 11 novembre 2005 (copie en portugais et traduction en français), relevés informatiques récapitulant les cotisations sur salaires payées au Portugal par la société de 2007 à 2009, copies de documents adressés à la sécurité sociale portugaise concernant le détachement de salariés du sous-traitant en France en 2008 et 2009.

Il a ensuite rappelé que, selon la MSA, le droit interne français devait s'appliquer au cas présent et que le sous-traitant aurait dû déclarer ses salariés travaillant sur le territoire français auprès de ses services.

Le tribunal a cependant considéré que les textes n'imposaient pas au donneur d'ordre de vérifier la loi applicable et que, *"dès lors qu'à sa connaissance, il s'agissait d'une société établie au Portugal, tous les documents qui lui avaient été remis indiquant une adresse dans ce pays et aucun d'eux ne mentionnant l'existence d'un établissement secondaire en France, et qu'il lui avait été justifié de déclarations sociales auprès de l'organisme compétent au Portugal, il ne [pouvait] lui être reproché de ne pas avoir exigé une attestation de la Mutualité Sociale Agricole"*.

Ayant estimé qu'aucun manquement de la société à son obligation de vigilance n'était caractérisé, le tribunal a donc :

- déclaré recevable le recours de la société ;
- infirmé la décision de la commission de recours amiable du 20 juillet 2011 ;
- annulé le redressement et la mise en demeure du 22 mars 2011 ;
- dit n'y avoir lieu à faire application de l'article 700 du code de procédure civile ;
- dit n'y avoir lieu à statuer sur les dépens.

Par l'arrêt attaqué (n° 13/03062), la cour d'appel de Bordeaux a confirmé le jugement déféré en toutes ses dispositions et condamné la MSA à payer à la société la somme de 1 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Statuant, en premier lieu, sur le moyen, invoqué par la MSA, selon lequel la société n'avait pas satisfait à la production des formulaires E. 101 pour chacun des salariés détachés, pièces justificatives dont elle aurait dû réclamer la production à son sous-traitant, la cour d'appel a répondu dans les termes suivants :

*"La Cour considère que les premiers juges ont fait une exacte appréciation des faits de la cause et du droit des parties en relevant que l'article D 8222-7 1° b) (devenu D 8222-7 1° b) du code du travail n'exige une attestation de fourniture de déclarations sociales émanant de l'organisme français de protection sociale chargé du recouvrement des cotisations sociales incombant au cocontractant et datant de moins de six mois qu'à défaut de document attestant la régularité de la situation du cocontractant au regard du règlement CEE n° 1408/71 du 14 juin 1971.*

*De plus, la Cour estime qu'il résulte seulement de l'article R 324-7 1° b) (devenu D 8222-7) du code du travail que la société Jaen et Fils devait se faire remettre, lors de la conclusion du contrat et tous les six mois jusqu'à la fin de son exécution un document attestant la régularité*

*de la situation sociale du cocontractant au regard du règlement (CEE) n° 1408/71 du 14 juin 1971, tout document pertinent sur la régularité de la situation sociale de la société portugaise Vigma Lda vis à vis des salariés concernés suffisant.*

*Les premiers juges ont listé les nombreux documents produits par la SCEA Jaen et Fils sur la situation sociale de la société portugaise et de ses salariés et ont estimé cette production suffisante, la Cour confirmant cette analyse”.*

Statuant, en second lieu, sur le moyen, invoqué par la MSA, selon lequel les documents versés aux débats par la société ne permettaient pas de justifier que les salariés bénéficiaient au Portugal d'une couverture sociale active ni même que leur situation de détachement avait été communiquée aux autorités françaises, la cour d'appel a répondu dans les termes suivants :

*“La Cour souligne cependant que le donneur d'ordre est considéré comme ayant procédé aux vérifications requises par l'article L 324-14 du code du travail dès lors qu'il s'est fait remettre les documents visés à l'article R 324-4 devenu D 8222-5 du code du travail et que cette présomption de vérification n'est écartée qu'en cas de discordance dans les documents fournis, ce qui n'est nullement le cas d'espèce.*

*Depuis d'ailleurs, la SCEA, en s'adressant au Consulat Général du Portugal à Bordeaux en 2012, a pu obtenir, en cours de procédure, la confirmation des rémunérations réellement versées et donc déclarées aux assurances sociales (pour chacun des salariés, le service de sécurité sociale portugais a établi une attestation tamponnée et signée)“.*

L'arrêt attaqué a été notifié par le greffe le 25 novembre 2013.

Un pourvoi a été formé par la MSA le 6 janvier 2014.

Le mémoire ampliatif de la MSA a été déposé le 28 avril 2014 et signifié le 2 mai 2014, une somme de 3 000 euros étant demandée au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Le mémoire en défense de la société a été déposé et notifié le 2 juillet 2014, une somme de 3 200 euros étant demandée au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Un mémoire complémentaire en défense a été déposé le 15 septembre 2014.

Par arrêt du 13 mai 2015, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a ordonné le renvoi en assemblée plénière du présent pourvoi.

La procédure devant la Cour de cassation paraît régulière.

## **2 - Analyse succincte du moyen**

La MSA a formé un pourvoi composé d'un moyen unique.

Le moyen est tiré **d'une violation de la loi.**

Les dispositions dont la violation est invoquée sont **les articles 14 du règlement n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 et 11 du règlement CE n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972<sup>6</sup>, interprétés par la décision n° 181 de la commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants du 13 décembre 2000<sup>7</sup>.**

Selon le moyen, le formulaire E. 101 est le "*document attestant la régularité de la situation sociale du cocontractant au regard du règlement (CEE) n° 1408/71 du 14 juin 1971 ou d'une convention internationale de sécurité sociale*", au sens de l'article D. 8222-7 du code du travail.

Il en résulterait que la cour d'appel qui, pour rejeter la demande formée par la MSA, a retenu que le donneur d'ordre devait se faire remettre tout document pertinent et a jugé suffisante la production de divers documents autres que le formulaire E. 101, aurait violé les textes susvisés.

### **3 - Identification du point de droit faisant difficulté à juger**

La question de droit posée par le pourvoi porte sur le point de savoir si le certificat, anciennement dénommé E. 101<sup>8</sup>, délivré conformément à l'article 11, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 574/72 est le seul document susceptible d'attester la régularité de la situation sociale du cocontractant établi ou domicilié à l'étranger au regard du règlement n° 1408/71, au sens de l'article D. 8222-7, 1°, b) du code du travail, dont des salariés ont été détachés sur le territoire français, ou si d'autres documents, tels que des documents émanant de l'autorité compétente de

---

<sup>6</sup> Règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JO L. 74 du 27. 3. 1972, p. 1-83).

<sup>7</sup> Décision n° 181 du 13 décembre 2000 concernant l'interprétation des articles 14, paragraphe 1, 14 bis, paragraphe 1, et 14 ter, paragraphes 1 et 2, du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil relatifs à la législation applicable aux travailleurs salariés détachés et aux travailleurs non salariés qui exercent temporairement une activité en dehors de l'Etat compétent (JO, n° L. 329 du 14 décembre 2001, p. 73).

<sup>8</sup> Le certificat E. 101 est devenu l'attestation A1 à la suite de l'entrée en vigueur, à compter du 1<sup>er</sup> mai 2010, des règlements (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (JO L 166 du 30. 4. 2004, p. 1-123), dont l'article 90 a abrogé le règlement n° 1408/71, et n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement n° 883/2004 (JO L 284 du 30. 10. 2009, p. 1-42).

l'Etat membre dont la législation reste applicable, peuvent attester la régularité de sa situation sociale.

#### **4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine**

Avant d'examiner les divers éléments légaux et jurisprudentiels susceptibles de conduire à l'identification du type de document permettant d'attester la régularité de la situation sociale d'un sous-traitant établi à l'étranger et dont des salariés ont été détachés en France (II), il convient de rappeler le cadre juridique du litige à l'origine du présent pourvoi, qui oppose une entreprise donneur d'ordre à un organisme de protection sociale, au sujet d'un manquement prétendu à l'obligation de vérification de la régularité de la situation sociale d'un tel sous-traitant (I).

##### ***I - La solidarité financière des donneurs d'ordre et maîtres d'ouvrage du fait de la violation de leur obligation de vérification***

La société Jaen et Fils, donneur d'ordre, s'est vue réclamer les cotisations sociales non payées par son sous-traitant, la société Vigma, ***en application des règles du code du travail relatives à la solidarité financière des donneurs d'ordre et maîtres d'ouvrage.***

La MSA a d'abord constaté que la société sous-traitante Vigma avait effectué des prestations de services consistant en des travaux viticoles, en violation des articles L. 8221-1, L. 8221-3 et L. 8221-5 du code du travail, ces manquements étant constitutifs du délit de travail dissimulé par dissimulation d'activité et dissimulation de salariés.

On rappellera que l'infraction de travail dissimulé, lequel est interdit par l'article L. 8221-1, 1° du code du travail, figure au nombre des infractions constitutives de travail illégal. Le travail dissimulé est défini et exercé dans les conditions prévues aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5 du même code, qui distinguent la dissimulation d'activité et la dissimulation de salariés<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> **Article L. 8221-1** : "Sont interdits :

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

2° La publicité, par quelque moyen que ce soit, tendant à favoriser, en toute connaissance de cause, le travail dissimulé ;

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

**Article L. 8221-3** : " Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'activité, l'exercice à but lucratif d'une activité de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services ou l'accomplissement d'actes de commerce par toute personne qui, se soustrayant intentionnellement à ses obligations :

La MSA a ensuite relevé que la société Jaen et Fils ne s'était pas assurée de la régularité de la situation sociale de son sous-traitant, en vertu de l'article L. 8222-4 du code du travail, et n'avait dès lors pas respecté ce qu'il est convenu d'appeler l'obligation de vérification ou de vigilance, qui lui incombait, en ayant omis de se faire remettre les documents mentionnés à ***l'article D. 8222-7 du même code, qui institue une présomption de vérifications résultant de l'obtention par le donneur d'ordre d'un certain nombre de documents.***

Le code du travail sanctionne la violation de l'obligation de vérification des donneurs d'ordre et maîtres d'ouvrage, énoncée à l'article L. 8222-1 de ce code, par ***une obligation solidaire au paiement, notamment, de cotisations obligatoires dues aux organismes de protection sociale,*** fixée par l'article L. 8222-2 du même code.

C'est le dispositif de solidarité légale institué par l'article L. 8222-2, précité, que, par décision du 31 juillet 2015, le Conseil constitutionnel, saisi par le Conseil d'Etat, a considéré comme conforme à la Constitution, sous la réserve que les dispositions contestées n'interdisent pas au donneur d'ordre, sous peine de méconnaître l'article 16 de la Déclaration de 1789, ***“de contester la régularité de la procédure, le bien-fondé***

---

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

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

**Article L. 8221-5 :** *“ Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur :*

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

*2° Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 3243-2, relatif à la délivrance d'un bulletin de paie, ou de mentionner sur ce dernier un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du livre Ier de la troisième partie ;*

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

Ces trois textes sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2008. Ils ont remplacé les articles L. 324-9 et L. 324-40 du code du travail, abrogés à compter de cette date.

*et l'exigibilité des impôts, taxes et cotisations obligatoires ainsi que des pénalités et majorations y afférentes au paiement desquels il est tenu*<sup>10</sup>.

Aux termes de l'**article L. 8222-1, 1°**), dans sa rédaction applicable entre le 1<sup>er</sup> mai 2008 et le 22 décembre 2010 (anciennement article L. 324-14), *“Toute personne vérifie lors de la conclusion d'un contrat dont l'objet porte sur une obligation d'un montant minimum 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, et périodiquement jusqu'à la fin de l'exécution du contrat, que son cocontractant s'acquitte : 1° Des formalités mentionnées aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5”*.

Selon l'**article L. 8222-2, 1°**), dans sa rédaction applicable depuis le 1<sup>er</sup> mai 2008, *“Toute personne qui méconnaît les dispositions de l'article L. 8222-1, ainsi que toute personne condamnée pour avoir recouru directement ou par personne interposée aux services de celui qui exerce un travail dissimulé, est tenue solidairement avec celui qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour délit de travail dissimulé : 1° Au paiement des impôts, taxes et cotisations obligatoires ainsi que des pénalités et majorations dus par celui-ci au Trésor ou aux organismes de protection sociale”*.

L'**article D. 8222-7**, dans sa rédaction applicable du 1<sup>er</sup> mai 2008 au 16 mars 2009, est rédigé ainsi qu'il suit, la différence avec la version suivante, applicable du 16 mars 2009 au 1<sup>er</sup> janvier 2012, se limitant à la substitution à l'article L. 8224-4, visé au premier alinéa, de l'article L. 8222-4, précité :

*“La personne qui contracte, lorsqu'elle n'est pas un particulier répondant aux conditions fixées par l'article D. 8222-6, est considérée comme ayant procédé aux vérifications imposées par l'article L. 8224-4 si elle se fait remettre par son cocontractant établi ou domicilié à l'étranger, lors de la conclusion du contrat et tous les six mois jusqu'à la fin de son exécution :*

*1° Dans tous les cas, les documents suivants :*

*a) Un document mentionnant son numéro individuel d'identification attribué en application de l'article 286 ter du code général des impôts. Si le cocontractant n'est pas tenu d'avoir un tel numéro, un document mentionnant son identité et son adresse ou, le cas échéant, les coordonnées de son représentant fiscal ponctuel en France ;*

---

<sup>10</sup> Décision n° 2015-479 QPC, Société Gecop. Par arrêt du 28 février 2013, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation avait dit n'y avoir lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel des questions prioritaires de constitutionnalité relatives aux dispositions des articles L. 8222-1 et L. 8222-2 du code du travail, aux motifs qu'elles ne présentaient pas un caractère sérieux *“ dès lors que les dispositions critiquées qui s'inscrivent dans le dispositif de lutte contre le travail dissimulé et tendent à assurer la loyauté de la concurrence, ne portent pas atteinte à la liberté d'entreprendre, ni à la liberté contractuelle qui découlent de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ”*, et que *“ tendant au paiement effectif des cotisations et contributions dues à raison de l'emploi d'un salarié, elles ne contreviennent pas davantage au principe de l'égalité devant les charges publiques énoncé à l'article 13 de la même Déclaration ”* (n°12-40.099, Bull. 2013, II, n° 46).



**b) Un document attestant la régularité de la situation sociale du cocontractant au regard du règlement (CEE) n° 1408 / 71 du 14 juin 1971 ou d'une convention internationale de sécurité sociale ou, à défaut, une attestation de fourniture de déclarations sociales émanant de l'organisme français de protection sociale chargé du recouvrement des cotisations sociales incombant au cocontractant et datant de moins de six mois ;**

2° Lorsque l'immatriculation du cocontractant à un registre professionnel est obligatoire dans le pays d'établissement ou de domiciliation, l'un des documents suivants :

a) Un document émanant des autorités tenant le registre professionnel ou un document équivalent certifiant cette inscription ;

b) Un devis, un document publicitaire ou une correspondance professionnelle, à condition qu'y soient mentionnés le nom ou la dénomination sociale, l'adresse complète et la nature de l'inscription au registre professionnel ;

c) Pour les entreprises en cours de création, un document datant de moins de six mois émanant de l'autorité habilitée à recevoir l'inscription au registre professionnel et attestant de la demande d'immatriculation audit registre ;

3° Lorsque le cocontractant emploie des salariés pour accomplir une prestation de services d'une durée supérieure à un mois, une attestation sur l'honneur établie par ce cocontractant, certifiant de la fourniture à ces salariés de bulletins de paie comportant les mentions prévues à l'article R. 3243-1 ou de documents équivalents<sup>11</sup>.

Selon l'article L. 8222-4, dans sa rédaction applicable depuis le 1<sup>er</sup> mai 2008 :  
"Lorsque le cocontractant intervenant sur le territoire national est établi ou domicilié à l'étranger, les obligations dont le respect fait l'objet de vérifications sont celles qui résultent de la réglementation d'effet équivalent de son pays d'origine et celles qui lui sont applicables au titre de son activité en France".

Ainsi qu'il résulte de l'article D. 8222-7, 1°, b) du code du travail, sur lequel est fondé le moyen unique du présent pourvoi, le donneur d'ordre est considéré comme ayant satisfait à son obligation de vérifications s'il se fait remettre par son cocontractant établi ou domicilié à l'étranger, lors de la conclusion du contrat et tous les six mois jusqu'à la fin de son exécution [...], "un document attestant la régularité de la situation sociale du cocontractant au regard du règlement (CEE) n° 1408 / 71 du 14 juin 1971".

C'est du sens qui doit être attribué à cette disposition, interprétée de manière opposée par les parties, que dépend l'issue du pourvoi.

**II - Les documents permettant d'attester la régularité de la situation sociale d'un sous-traitant établi à l'étranger**

---

<sup>11</sup> Souligné par le rapporteur.

La MSA fait valoir que seul le certificat E. 101, délivré conformément à l'article 11, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 574/72, constitue le document visé par l'article D. 8222-7, 1°, b). Elle fonde son analyse sur les dispositions des articles 14 du règlement n° 1408/71 et 11 du règlement n° 574/72, ainsi que sur la décision n° 181 du 13 décembre 2000 de la commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants<sup>12</sup>.

La société Jaen et Fils soutient, au contraire, que les juges du fond ont apprécié de manière souveraine que les documents produits, de diverses natures, mais dont aucun n'était un certificat E. 101, justifiaient la régularité de la situation sociale de la société Vigma à l'égard de ses salariés et qu'il s'en déduisait qu'elle avait procédé aux vérifications imposées par l'article L. 8222-4 du code du travail conformément aux exigences de l'article D. 8222-7 du même code.

S'agissant de l'exigence, invoquée par la MSA, du seul certificat E. 101, la société expose que le texte de l'article D. 8222-7, 1°, b) mentionne "*un document*" attestant la régularité de la situation sociale du cocontractant sans exiger un document en particulier. Le donneur d'ordre devrait être considéré comme ayant rempli son obligation de vigilance s'il s'est fait remettre par son cocontractant des documents dont il ressort que celui-ci est en situation régulière vis-à-vis de ses obligations sociales. La présentation du certificat E. 101, qui permet d'éviter une double affiliation dans le pays d'origine et en France, ne serait toutefois pas un document que le contractant d'une société domiciliée à l'étranger devrait nécessairement se faire remettre par celle-ci avant la conclusion du contrat. Son objet serait de justifier l'affiliation du travailleur étranger au régime de sécurité sociale d'un autre Etat membre et donc la dispense d'affiliation en France et non d'attester la régularité de la situation sociale de l'entreprise qui l'emploie. Il permettrait aux institutions compétentes de l'Etat membre sur le territoire duquel l'activité est exercée de vérifier que les cotisations sociales sont effectivement versées sur le territoire de l'Etat d'origine de la société qui les emploie. En outre, comme le certificat E. 101 peut avoir un effet rétroactif, il ne saurait être imposé au cocontractant établi ou domicilié à l'étranger sa remise au contractant avant la conclusion du contrat. La société ajoute que ce document est d'autant moins le seul document susceptible d'attester la régularité de la situation sociale du cocontractant au regard du règlement n° 1408/71, au sens de l'article D. 8222-7 du code du travail, que sa force probante n'est pas absolue, ainsi qu'il résulterait de la jurisprudence de la Cour de cassation.

#### **a - Législation et jurisprudence européennes**

La question, posée par le pourvoi, de la détermination du document permettant de justifier la situation sociale d'un sous-traitant établi ou domicilié à l'étranger, au

---

<sup>12</sup> Ci-après "*la Commission administrative*".

regard du règlement n° 1408/71, requiert le rappel des règles de droit de l'Union applicables en la matière.

Le règlement n°1408/71, bien qu'abrogé par l'article 90 du règlement n° 883/2004, est cependant applicable aux faits à l'origine du présent pourvoi, son abrogation ayant pris en effet le 1<sup>er</sup> mai 2010. Il en est de même du règlement n° 574/72, abrogé par l'article 96 du règlement n° 987/2009.

Ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne l'a rappelé, les dispositions du titre II du règlement n° 1408/71, intitulé "*détermination de la législation applicable*", constituent un système complet et uniforme de règles de conflits de loi dont le but est de soumettre les travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de l'Union au régime de la sécurité sociale d'un seul État membre, de sorte que les cumuls de législations nationales applicables et les complications qui peuvent en résulter soient évités<sup>13</sup>.

L'article 13 de ce règlement a ainsi posé deux principes. Le premier, énoncé par le paragraphe 1<sup>er</sup> de ce texte, est que les personnes auxquelles ce dernier est applicable "*ne sont soumises qu'à la législation d'un seul État membre*", le second, qui résulte de son paragraphe 2, étant que la législation applicable est la loi nationale du lieu de travail (*lex loci laboris*)<sup>14</sup>.

Parmi les exceptions à ce dernier principe, on trouve celle des travailleurs détachés qui, selon l'article 14, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71, à certaines conditions, restent soumis à la législation de l'État où ils sont habituellement employés.

#### **Article 14, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71<sup>15</sup>**

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

1)

**a) la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un État membre au service d'une entreprise dont elle relève normalement et qui est détachée par cette entreprise sur le territoire d'un autre État membre afin d'y effectuer un travail pour le compte de celle-ci, demeure soumise à la législation du premier État membre, à condition que la durée prévisible de ce travail n'excède pas douze mois et qu'elle ne soit pas envoyée en remplacement d'une autre personne parvenue au terme de la période de son détachement;**

---

<sup>13</sup> Arrêt du 4 octobre 2012, Format, C-115/11, point 29 et la jurisprudence citée.

<sup>14</sup> JJ. Dupeyroux et autres, "*Droit de la sécurité sociale*", précis Dalloz, 18<sup>ème</sup> édition, point 512.

<sup>15</sup> Souligné par le rapporteur.

*b) si la durée du travail à effectuer se prolonge en raison de circonstances imprévisibles au-delà de la durée primitivement prévue et vient à excéder douze mois, la législation du premier État membre demeure applicable jusqu'à l'achèvement de ce travail, à condition que l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel l'intéressé est détaché ou l'organisme désigné par cette autorité ait donné son accord; cet accord doit être sollicité avant la fin de la période initiale de douze mois. Toutefois, cet accord ne peut être donné pour une période excédant douze mois<sup>16</sup>.*

Il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne que *"l'article 14, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 1408/71 a notamment pour objet de promouvoir la libre prestation des services au bénéfice des entreprises qui en font usage en envoyant des travailleurs dans d'autres États membres que celui dans lequel elles sont établies"* et que celle-ci *"vise à surmonter les obstacles susceptibles d'entraver la libre circulation des travailleurs et également à favoriser l'interpénétration économique en évitant les complications administratives, en particulier pour les travailleurs et les entreprises"*<sup>16</sup>.

**L'article 11 du règlement n° 574/72** a pour objet, selon son titre, les *"Formalités en cas de détachement d'un travailleur salarié en application de l'article 14 paragraphe 1 et de l'article 14 ter paragraphe 1 du règlement en cas d'accords conclus en application de l'article 17 du règlement"*.

Il dispose :

*"1. L'institution désignée par l'autorité compétente de l'État membre dont la législation reste applicable délivre un certificat attestant que le travailleur salarié demeure soumis à cette législation et indiquant jusqu'à quelle date:*

*a) à la demande du travailleur salarié ou de son employeur dans les cas visés à l'article 14 paragraphe 1 et à l'article 14 ter paragraphe 1 du règlement ;*

*b) en cas d'application de l'article 17 du règlement.*

*2. L'accord prévu dans les cas visés à l'article 14 paragraphe 1 point b) et à l'article 14 ter paragraphe 1 du règlement est à demander par l'employeur"*.

Le certificat visé par l'article 11, paragraphe 1, est le certificat E 101<sup>17</sup>.

La Commission administrative, instituée auprès de la Commission européenne par l'article 80 du règlement n° 1408/71 et qui exerce la mission d'interprétation de ce règlement prévue par l'article 81, a pris une décision destinée à interpréter diverses

---

<sup>16</sup> Arrêt du 10 février 2000, FTS, C-202/97, point 28.

<sup>17</sup> Arrêt FTS, précité, point 10. Le certificat E. 101 est un formulaire-type.

dispositions, dont l'article 14, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71<sup>18</sup>, à l'occasion de laquelle elle aborde les caractéristiques du certificat E. 101.

Le préambule de cette décision en éclaire les dispositions. Il prévoit ce qui suit :

*“(14) Il est nécessaire de pouvoir effectuer, au cours du détachement, tous les contrôles, notamment quant au versement des cotisations et quant au maintien du lien organique, permettant d'éviter une utilisation abusive des dispositions précitées, et d'organiser une information adéquate des instances administratives, des employeurs et des travailleurs.*

*(15) Notamment, le travailleur et l'employeur doivent être dûment informés des conditions auxquelles le maintien du travailleur détaché à la législation du pays d'envoi est subordonné.*

*(16) L'attestation (formulaire E 101), quoique devant de préférence être délivrée a priori, peut avoir un effet rétroactif.*

*(17) Il y a lieu de préciser les effets juridiques de cette attestation visée par les articles 11 et 11 bis, du règlement (CEE) n° 574/72 et, partant, les contours du devoir de coopération entre institutions”.*

Les dispositions de la décision n° 181 consacrées au certificat E. 101 sont les suivantes :

*“6. Le formulaire E 101 doit de préférence être délivré avant le début de la période concernée ; toutefois il peut aussi être délivré au cours de cette période, même après son expiration, auquel cas il peut avoir un effet rétroactif.*

*7. Le devoir de coopération auquel se réfère le point 5 d) de la présente décision impose également à :*

*a) l'institution compétente de l'État d'envoi de procéder à une appréciation correcte des faits pertinents pour l'application des articles 14, paragraphe 1, 14 bis, paragraphe 1, et 14 ter, paragraphes 1 et 2, du règlement (CEE) n° 1408/71 et 11, et 11 bis, du règlement (CEE) n° 574/72 et, partant, de garantir que les mentions figurant dans le formulaire E 101 soient bien complétées ;*

---

<sup>18</sup> Décision n° 181 du 13 décembre 2000 concernant l'interprétation des articles 14, paragraphe 1, 14 bis, paragraphe 1, et 14 ter, paragraphes 1 et 2, du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil relatifs à la législation applicable aux travailleurs salariés détachés et aux travailleurs non salariés qui exercent temporairement une activité en dehors de l'Etat compétent (JO L. 329/73 du 14. 12. 2001). Selon la jurisprudence de la Cour de justice, "une décision de la commission administrative, tout en étant susceptible de fournir une aide aux institutions de sécurité sociale chargées d'appliquer le droit communautaire dans ce domaine, n'est pas de nature à obliger ces institutions à suivre certaines méthodes ou à adopter certaines interprétations lorsqu'elles procèdent à l'application des règles communautaires" (Voir, par exemple, arrêts du 5 décembre 1967, 19/67, p. 445, du 14 mai 1981, Romano, C-98/80, point 20 et FTS, précité, point 32).

b) l'institution compétente de l'État d'emploi et de tout autre État membre de se considérer comme liée par le formulaire E 101 aussi longtemps qu'il n'aura pas été retiré ou déclaré invalide par l'institution compétente de l'État d'envoi ;

c) l'institution compétente de l'État d'envoi de reconsidérer le bien-fondé de la délivrance de ce formulaire et, le cas échéant, de retirer ledit formulaire lorsque l'institution de l'État d'emploi émet des doutes sur l'exactitude des faits à la base dudit formulaire“.

Le guide pratique intitulé “*La législation applicable aux travailleurs dans l'Union européenne (UE), l'Espace économique européen (EEE) et en Suisse*“, élaboré par la Commission européenne, a consacré sa première partie au détachement de travailleurs.

Au point 11 de la première partie, intitulé “*quelles sont les procédures à suivre dans le cadre d'un détachement ?*“, la Commission précise ce qui suit :

“*Une entreprise qui détache un travailleur dans un autre État membre, ou, dans le cas d'un travailleur non salarié, la personne elle-même, doit prendre contact avec l'institution compétente de l'État d'envoi, si possible avant le début de la période de détachement.*

**L'institution compétente dans l'État d'envoi doit sans délai informer l'institution de l'État d'emploi de la législation applicable.** Elle doit également informer la personne concernée et son employeur (dans le cas d'un salarié), des conditions à remplir pour rester assujetti à sa législation, et de la possibilité de subir des contrôles tout au long de la période de détachement, afin de garantir que lesdites conditions continuent d'être remplies.

**Lorsqu'un travailleur salarié ou non salarié va être détaché dans un autre État membre, son employeur ou lui-même doit solliciter une attestation A1 (sous l'ancienne législation, «certificat E101») auprès de l'institution compétente. Cette attestation certifie que le travailleur est soumis aux règles spéciales relatives aux travailleurs détachés jusqu'à une date déterminée.** Elle doit également indiquer, lorsque cela est nécessaire, les conditions à remplir par le travailleur détaché pour bénéficier de ces règles “<sup>19</sup>.

Pour statuer sur le moyen invoqué par la MSA, l'assemblée plénière devra préalablement définir les rapports entre l'article 11, paragraphe 1, sous a) du règlement 574/72, dont la portée a été ainsi précisée par les dispositions interprétatives qui précèdent, et l'article D. 8222-7, 1°, b) du code du travail et, pour ce faire, définir ce qu'il convient d'entendre par les mots “*un document attestant la régularité de la situation sociale du cocontractant au regard du règlement n° 1408/71*”.

**b - Les rapports entre l'article 11, paragraphe 1, sous a) du règlement 574/72 et l'article D. 8222-7, 1°, b) du code du travail**

---

<sup>19</sup> p.16, souligné par le rapporteur.

Il convient d'observer que l'article D. 8222-7, issu d'un texte créé par le décret 92-508 du 11 juin 1992, se réfère à la notion générique de "*document*" et ne mentionne pas le certificat prévu par l'article 11, paragraphe 1, du règlement n° 574/72.

L'article D. 8222-7 renvoie en outre au règlement n°1408/71, sans plus de précisions sur les dispositions de ce règlement qui régiraient la situation d'un sous-traitant établi à l'étranger.

Cette formulation générale peut s'expliquer de diverses manières.

D'un côté, il apparaît, à la lecture du texte, que le terme "*document*" est placé en facteur commun aux deux normes à l'égard desquelles la pièce en cause servirait à attester la "*régularité de la situation sociale*" de l'intéressé, le règlement n° 1408/71 et une convention internationale de sécurité sociale, au regard de laquelle le certificat E 101 n'est pas pertinent. La référence au certificat E. 101 serait donc sous-entendue par la référence au règlement n° 1408/71.

De l'autre, même limitée à la preuve de la régularité de la situation sociale du cocontractant au regard du seul règlement n° 1408/71, la notion de "*document*" pourrait recouvrir d'autres éléments pertinents de ce texte que ceux pouvant faire l'objet d'un certificat E 101, sans exclure ce dernier.

Dans un cas comme dans l'autre, l'article D. 8222-7 n'exclut pas une référence implicite à l'article 11 du règlement n° 574/72.

Une lecture littérale plus complète conduit cependant à s'interroger sur la réalité d'un renvoi de ce texte aux dispositions de l'article 11.

La notion de "*régularité de la situation sociale du cocontractant au regard du règlement n° 1408/71*", au sens de l'article D. 8222-7, désigne en effet l'appréciation de la conformité à ce règlement de l'activité de l'employeur, établi à l'étranger, de travailleurs salariés détachés.

Or, en raison de son objet même, qui consiste à coordonner les régimes nationaux de sécurité sociale et non à les harmoniser<sup>20</sup>, le règlement n°1408/71 ne fixe pas de règles dont dépendrait la régularité de la situation sociale du sous-traitant à qui il a vocation à s'appliquer.

---

<sup>20</sup> P. Léger (dir), "*Commentaire article par article des Traités UE et CE*", "*Article 42 par B. Jesus*", I, p. 359-360, Helbing & Lichtenhahn, Dalloz, Bruylant, 2000, 1<sup>ère</sup> édition (L'article 42 du Traité instituant la Communauté européenne est l'ancien article 51 du Traité instituant la Communauté économique européenne, qui constitue l'une des bases juridiques du règlement n° 1408/71, et est devenu l'article 48 du TFUE).

Les dispositions pertinentes du règlement n° 1408/71 étant celles qui sont réunies sous le titre II relatif à la détermination de la législation applicable, il conviendrait, pour décider que le document de l'article D. 8222-7 du code du travail est le certificat de l'article 11 du règlement n° 574/72, d'interpréter l'article D. 8222-7 en ce sens que la régularité de la situation sociale du sous-traitant au regard du règlement n° 1408/71 désigne, en réalité, la régularité de sa situation sociale au regard de la loi applicable, en vertu des dispositions du titre II de ce dernier texte, et non d'une quelconque règle de droit de l'Union spécifique et autonome.

Une telle interprétation, éloignée de la lettre de l'article D. 8222-7, 1°, b), va d'autant moins de soi qu'il existe, de surcroît, une différence de contenu entre ce que recouvre, d'une part, la notion de "régularité de la situation sociale" et, d'autre part, le certificat E. 101.

Il paraît utile, pour mieux mesurer cette différence, de rappeler les termes de la jurisprudence constante de la Cour de justice sur la finalité et l'objet du certificat E 101.

Selon la Cour, "*le maintien d'un lien organique entre l'entreprise établie dans un État membre et les travailleurs qu'elle a détachés sur le territoire d'un autre État membre, pendant la durée du détachement de ces derniers, est l'une des conditions requises pour que s'applique l'article 14, paragraphe 1, sous a), du règlement 1408/71 (voir, en ce sens, arrêt FTS, précité, point 24). La déclaration contenue dans le certificat E 101 a pour base l'existence d'un tel lien*"<sup>21</sup>.

Le certificat E 101 "vise - à l'instar de la réglementation de droit matériel prévue à l'article 14, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 1408/71 - à faciliter la libre circulation des travailleurs et la libre prestation des services.

**Dans ledit certificat, l'institution compétente de l'État membre où l'entreprise de travail temporaire est établie déclare que son propre régime de sécurité sociale restera applicable aux travailleurs détachés pendant la période de détachement.** Ce faisant, en raison du principe selon lequel les travailleurs doivent être affiliés à un seul régime de sécurité sociale, ce certificat implique nécessairement que le régime de l'autre État membre n'est pas susceptible de s'appliquer.

**Toutefois, la force probante du certificat E 101 se limite à la constatation par l'institution compétente de la législation applicable,** mais n'est pas de nature à porter atteinte à la liberté des États membres en matière d'organisation de leur propre régime de protection sociale ni à la réglementation par ces derniers des conditions d'affiliation aux divers régimes de sécurité sociale, lesquelles continuent de relever, ainsi que le soutient le gouvernement français, de la seule compétence de l'État membre concerné.

---

<sup>21</sup> Arrêt du 26 janvier 2006, Herbosch Kiere, C-2/05, point 19.



*Le principe de coopération loyale, énoncé à l'article 5 du traité CE (devenu article 10 CE), impose à l'institution compétente de procéder à une appréciation correcte des faits pertinents pour l'application des règles relatives à la détermination de la législation applicable en matière de sécurité sociale et, partant, de garantir l'exactitude des mentions figurant dans le certificat E 101<sup>22</sup>.*

Il résulte de ces éléments que le certificat E. 101 a pour seule fonction de prouver à l'institution compétente de l'Etat membre dans lequel est détaché le travailleur salarié que ce dernier reste soumis au régime de sécurité sociale de l'Etat membre dans lequel son employeur est établi, ce dont il peut être déduit que le régime du premier Etat membre n'est pas applicable.

L'attestation de la "*régularité de la situation sociale*" d'un employeur sous-traitant, quant à elle, pourrait ne pas se limiter à la preuve d'une affiliation effective à un régime de sécurité sociale unique. La référence opérée par ce texte à l'article L. 8222-4, qui dispose que "*lorsque le cocontractant intervenant sur le territoire national est établi ou domicilié à l'étranger, les obligations dont le respect fait l'objet de vérifications sont celles qui résultent de la réglementation d'effet équivalent de son pays d'origine et celles qui lui sont applicables au titre de son activité en France*"; invite à une interprétation plus étendue du "*document*" visé par l'article R. 324-7, 1°, b) du code du travail et par l'article D. 8222-7, 1°, b) du même code, qui lui a succédé.

Cependant, le respect des obligations visées par l'article L. 8222-4 est établi par la remise au donneur d'ordre de l'ensemble des documents décrits par l'article D. 8222-7 et pas seulement du document litigieux. Reste posée, en conséquence, la question du contenu de ce dernier, qui pourrait être défini, d'une manière incertaine peu compatible avec les exigences de sécurité juridique de notre droit, par retranchement de l'objet et du contenu des autres documents de l'article D. 8222-7.

Comme l'on peut s'y attendre, s'agissant d'un texte aussi peu précis, les autres sources d'interprétation sont d'une utilité variable.

Les auteurs dont le rapporteur a consulté les commentaires des articles R. 324-7, 1°, b) et D. 8222-7, 1°, b) du code du travail, se bornent à reproduire les termes "*document attestant la régularité de la situation sociale du cocontractant au regard du règlement (CEE) n° 1408/71*", sans plus de précisions.

L'administration à l'origine du texte, a, quant à elle, interprété cette notion.

Dans une circulaire du 31 décembre 2005, après avoir rappelé que le donneur d'ordre professionnel contractant avec un prestataire établi ou domicilié à l'étranger "*doit se faire remettre les documents figurant parmi la liste indiquée à l'article R. 324-7*

---

<sup>22</sup> Arrêt FTS, précité, points 48 à 51, souligné par le rapporteur.

du code du travail<sup>23</sup>, elle cite l'exemple d'un donneur d'ordre qui utilise les services d'une société industrielle polonaise créée depuis plus d'un an et employant du personnel salarié en précisant que le donneur d'ordre doit être en possession de divers documents, parmi lesquels *“un document attestant de la régularité de la situation sociale délivré par le Zakład Ubezpieczeń Społecznych (ZUS), organisme polonais de recouvrement des cotisations sociales”*, sans préciser si un tel document devait ou pouvait être un certificat E. 101<sup>23</sup>.

En revanche, dans une circulaire du 16 novembre 2012, adoptée à la suite de la réforme du code du travail intervenue après l'entrée en vigueur des règlements n° 883/2004 et 987/2009, l'administration a clairement désigné, *“dans l'hypothèse d'un détachement, (...) l'attestation A1 prévue par le règlement européen (CE) n° 883/2004”*<sup>24</sup>, dont on rappellera qu'elle a succédé au certificat E. 101.

A la suite de la réforme, le 1°, b) de l'article D. 8222-7 a été complété par l'ajout de l'obligation d'une remise au donneur d'ordre, *“ lorsque la législation du pays de domiciliation le prévoit, [d']un document émanant de l'organisme gérant le régime social obligatoire et mentionnant que le cocontractant est à jour de ses déclarations sociales et du paiement des cotisations afférentes, ou [d']un document équivalent ou, à défaut, [d']une attestation de fourniture des déclarations sociales et de paiement des cotisations et contributions de sécurité sociale prévue à l'article L. 243-15 du code de la sécurité sociale. Dans ce dernier cas, elle doit s'assurer de l'authenticité de cette attestation auprès de l'organisme chargé du recouvrement des cotisations et contributions sociales”*<sup>25</sup>.

On pourrait déduire de la mention de ces documents supplémentaires qu'avant la réforme de 2011, le document de l'article D. 8222-7, 1°, b) n'était pas censé attester de l'existence de déclarations sociales et du paiement des cotisations afférentes, ce qui accrédirait l'idée d'un document dont l'objet serait limité, comme le certificat E. 101, à la preuve d'une affiliation.

En l'absence d'indication précise résultant de l'article D. 8222-7 du code du travail, il convient, pour l'interpréter, de se tourner vers le règlement 1408/71 lui-même, auquel il renvoie, pour identifier celles des règles qu'il édicte dont le respect doit être vérifié en application de l'article D. 8222-7.

---

<sup>23</sup> Circulaire interministérielle DILTI du 31 décembre 2005 relative à la solidarité financière des donneurs d'ordre en matière de travail dissimulé (Bulletin officiel du ministère de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement, 30 mars 2006, p.1).

<sup>24</sup> Circulaire interministérielle DSS/SD/5C n° 2012-186 du 16 novembre 2012, Bulletin officiel du ministère des affaires sociales et de la santé, n° 2013/2 du 15 mars 2013, p. 450).

<sup>25</sup> Décret n° 2011-1601 du 21 novembre 2011.

Une autre approche pourrait, en effet, consister à se demander quelles sont les formalités que le droit de l'Union, et, singulièrement, les règlements n°1408/71 et 574/72, imposent au salarié détaché ou à son employeur lorsque, comme en l'espèce, le détachement relève des dispositions de l'article 14, 1°, sous a) du règlement n° 1408/71.

On sait qu'aux termes de l'article 288, alinéa 2, du TFUE, le règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre. En outre, le juge national doit interpréter son droit national dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la règle du droit de l'Union applicable pour atteindre le résultat visé par celle-ci. Ainsi que cela a été relevé, *“bien qu'élaborée à l'égard des directives, la théorie de l'interprétation conforme est ici fondamentale et paraît pouvoir être invoquée aussi pour l'interprétation, si celle-ci est nécessaire, des mesures réglementaires prises en droit national pour l'application d'un règlement ou d'une décision des autorités européennes”*<sup>26</sup>.

Les incertitudes et les silences éventuels du droit interne ne sauraient donc faire obstacle à l'exécution par les Etats membres des obligations qui leur incombent en vertu des traités et du droit dérivé.

La question posée par le pourvoi impose en conséquence de s'interroger sur la finalité, le contenu et la portée de la règle de l'article 11, paragraphe 1, sous a) du règlement n° 574/72, selon laquelle l'institution désignée par l'autorité compétente de l'Etat membre dont la législation reste applicable délivre un certificat attestant que le travailleur salarié demeure soumis à cette législation et indiquant jusqu'à quelle date, à la demande du travailleur salarié ou de son employeur dans le cas visé à l'article 14, paragraphe 1.

C'est aussi en fonction de ces éléments qu'il sera possible de déterminer si la délivrance d'un certificat E. 101 par l'institution nationale compétente est impérative en toute circonstance ou si l'objectif poursuivi par ce texte est atteint par la délivrance de documents comportant les mêmes informations que celles figurant dans le certificat.

Ainsi qu'il a été précédemment rappelé, le certificat E. 101 remplit une fonction exclusive de preuve de la constatation par l'institution compétente de la législation applicable. Cette fonction vise à permettre d'assurer le respect de la règle énoncée par l'article 13 du règlement n° 1408/71, selon laquelle les personnes auxquelles le règlement est applicable ne sont soumises à la législation que d'un seul Etat membre. Il semble résulter tant de la formulation de l'article 11, paragraphe 1, sous a) du règlement n° 574/72 que de la nature de cet acte en droit de l'Union une force obligatoire en droit interne.

---

<sup>26</sup> JG. Huglo, Jurisclasseur Europe, fascicule 490, *“voies de droit et moyens d'application du droit de l'Union européenne en France”*, point 86.

Ces éléments sont à rapprocher des caractéristiques des documents produits dans l'affaire à l'origine du présent pourvoi, lesquels ont été considérés par la cour d'appel comme suffisants<sup>27</sup>.

Les documents versés aux débats ont des objets divers et contiennent des informations dépassant le contenu du certificat E. 101. Des relevés informatiques, par exemple, ont été produits, qui attestent du paiement des cotisations sur salaires par l'employeur au cours de la période litigieuse. Aussi n'apparaît-il pas excessif de déduire de telles pièces, comme l'ont fait les juges du fond, la preuve de l'affiliation du sous-traitant à son organisme national de sécurité sociale.

Cette identité de fonction probatoire des pièces produites et du certificat E. 101 doit toutefois être confrontée, pour mieux évaluer le caractère substituable des premières au second, aux éléments suivants.

D'une part, l'article 11, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 574/72 et l'article D. 8222-7 du code du travail ne poursuivent pas exactement le même but. L'objectif du certificat E. 101, ainsi qu'il vient d'être rappelé, est limité à la preuve de l'applicabilité de la législation nationale de l'Etat d'envoi. Celui, plus étendu, assigné aux documents recensés par l'article D. 8222-7, est de permettre au donneur d'ordre, par la production de ces documents, de bénéficier d'une présomption de vérifications de l'accomplissement par le sous-traitant avec lequel il contracte des formalités dont le défaut caractériserait les infractions de travail dissimulé. On peut cependant considérer que l'absence d'information précise de l'organisme de sécurité sociale de l'Etat d'emploi sur le régime national de sécurité sociale applicable, en ce qu'il prive l'organisme en cause, ignorant des obligations imposées par ce régime, de la faculté de contrôler la régularité de la situation sociale du sous-traitant, méconnaît l'objectif poursuivi par l'article D. 8222-7, quand bien même le pouvoir réglementaire n'aurait pas entendu imposer la production d'un certificat E. 101.

D'autre part, bien qu'ayant une fonction de simple coordination des régimes nationaux, les règlements n° 1408/71 et 574/72 fixent des règles et définissent des procédures qui ont vocation à s'appliquer de manière uniforme dans les droits nationaux. La Cour de justice de l'Union européenne a ainsi rappelé que les dispositions du titre II du règlement n° 1408/71, intitulé "*détermination de la législation applicable*", constituaient un système complet et uniforme de règles de conflits de loi<sup>28</sup>. La délivrance d'un document standardisé commun à l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne et de l'Espace économique européen, d'une utilisation pour cette raison plus aisée, pourrait devoir s'imposer à l'ensemble de ces Etats.

---

<sup>27</sup> Voir l'énumération de ces documents en note 5 du présent rapport.

<sup>28</sup> Arrêt Format, précité, point 29 et la jurisprudence citée.

Enfin, il doit être relevé que les juges du fond ont approuvé le tribunal d'avoir considéré comme "suffisante", pour établir la régularité de la situation sociale de la société Vigma, la production de différents documents, ce qui paraît impliquer une appréciation, par le juge de l'Etat d'emploi, de la pertinence du contenu des pièces versées au débat différente de celle que lui dénie la Cour de justice dans sa jurisprudence constante en matière de certificat E. 101, ainsi qu'il résulte des termes suivants de l'arrêt *Herbosch Kiere*, précité<sup>29</sup> :

*"En ce qui concerne les institutions compétentes de l'État membre dans lequel sont détachés les travailleurs, il résulte des obligations de coopération découlant de l'article 10 CE que ces obligations ne seraient pas respectées – et **les objectifs des articles 14, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 1408/71 et 11, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 574/72 seraient méconnus – si les institutions dudit État membre considéraient qu'elles ne sont pas liées par les mentions du certificat et soumettaient ces travailleurs également à leur propre régime de sécurité sociale** (voir arrêt *FTS*, précité, point 52).*

*Par conséquent, **le certificat E 101, dans la mesure où il crée une présomption de régularité de l'affiliation des travailleurs détachés au régime de sécurité sociale de l'État membre où est établie l'entreprise qui a détaché ces travailleurs, s'impose à l'institution compétente de l'État membre dans lequel sont détachés ces travailleurs** (voir, en ce sens, arrêt *FTS*, précité, point 53).*

*La solution inverse serait **de nature à porter atteinte au principe de l'affiliation des travailleurs salariés à un seul régime de sécurité sociale, ainsi qu'à la prévisibilité du régime applicable et, partant, à la sécurité juridique**. En effet, dans des cas où le régime applicable serait difficile à déterminer, chacune des institutions compétentes des deux États membres concernés serait portée à considérer, au détriment des travailleurs concernés, que son propre régime de sécurité sociale leur est applicable (voir arrêt *FTS*, précité, point 54).*

*Dès lors, **aussi longtemps que le certificat E 101 n'est pas retiré ou déclaré invalide, l'institution compétente de l'État membre dans lequel sont détachés les travailleurs doit tenir compte du fait que ces derniers sont déjà soumis à la législation de sécurité sociale de l'État où l'entreprise qui les emploie est établie et cette institution ne saurait, par conséquent, soumettre les travailleurs en question à son propre régime de sécurité sociale** (voir arrêt *FTS*, précité, point 55).*

*Toutefois, il incombe à l'institution compétente de l'État membre qui a délivré ce certificat de reconsidérer le bien-fondé de cette délivrance et, le cas échéant, de retirer le certificat lorsque l'institution compétente de l'État membre dans lequel sont détachés les travailleurs émet des doutes quant à l'exactitude des faits qui sont à la base dudit certificat et, partant, des mentions qui y figurent, notamment parce que celles-ci ne correspondent pas aux exigences de l'article 14, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 1408/71 (voir arrêt *FTS*, précité, point 56).*

*Dans l'occurrence où les institutions concernées ne parviendraient pas à se mettre d'accord notamment sur l'appréciation des faits propres à une situation spécifique et, par conséquent, sur la question de savoir si celle-ci relève de l'article 14, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 1408/71, il leur est loisible d'en appeler à la commission administrative (voir arrêt *FTS*, précité, point 57).*

---

<sup>29</sup> Points 23 à 33, souligné par le rapporteur.

*Si cette dernière ne parvient pas à concilier les points de vue des institutions compétentes au sujet de la législation applicable en l'espèce, il est à tout le moins loisible à l'État membre sur le territoire duquel sont détachés les travailleurs concernés et ce, sans préjudice des éventuelles voies de recours de nature juridictionnelle existant dans l'État membre dont relève l'institution émettrice, d'engager une procédure en manquement, conformément à l'article 227 CE, aux fins de permettre à la Cour d'examiner, à l'occasion d'un tel recours, la question de la législation applicable auxdits travailleurs et, partant, l'exactitude des mentions figurant dans le certificat E 101 (voir arrêt FTS, précité, point 58).*

*S'il était admis que l'institution nationale compétente puisse, en saisissant une juridiction de l'État membre d'accueil du travailleur détaché dont elle relève, faire déclarer invalide un certificat E 101, le système fondé sur la coopération loyale entre les institutions compétentes des États membres risquerait d'être compromis.*

**Aussi longtemps qu'il n'est pas retiré ou déclaré invalide, le certificat E 101 s'impose dans l'ordre juridique interne de l'État membre dans lequel sont détachés les travailleurs concernés et, partant, lie ses institutions.**

**Il en découle qu'une juridiction de l'État membre d'accueil n'est pas habilitée à vérifier la validité d'un certificat E 101 en ce qui concerne l'attestation des éléments sur la base desquels un tel certificat a été délivré, notamment l'existence d'un lien organique entre l'entreprise qui détache un travailleur et le travailleur détaché.**

La Cour de justice ne reconnaît donc pas au juge de l'Etat membre d'accueil du travailleurs détaché le droit de remettre en cause les mentions du certificat E. 101 dont il résulterait une affiliation régulière au régime de sécurité sociale de l'Etat membre d'envoi.

La règle jurisprudentielle ainsi dégagée ne tranche pas la question de savoir si le certificat E. 101 est le seul document qui puisse attester de la régularité de la situation sociale du travailleur salarié détaché.

Cependant, si les Etats membres devaient se voir reconnaître le droit de ne pas recourir au certificat E. 101 et ainsi bénéficier du droit de décider du régime de sécurité sociale applicable sur la foi d'autres documents considérés comme dotés d'une force probante équivalente, le caractère transposable de cette solution à un litige qui, tel que celui à l'origine du présent pourvoi, se cristallise autour de la régularité et de la force probante de documents autres que le certificat E. 101, pourrait se poser sous l'angle du contournement possible des règles européennes régissant l'office du juge en la matière.

Dans son avis rendu le 4 mars 2015, dans la présente affaire, l'avocat général Mme Lapasset a considéré que " l'exigence ab initio du formulaire E. 101 est incontestablement protectrice des intérêts des salariés et du donneur d'ordre ", mais s'interrogeait sur le point de savoir si cette exigence était " proportionnée au but dès lors que la preuve par d'autres moyens du paiement de cotisations dans le pays d'origine peut aboutir au même but ", ce qui l'a conduit à conclure que le présent pourvoi devait être rejeté.

C'est à la lumière de l'ensemble de ces éléments que l'assemblée plénière devra dire si, en l'espèce, la cour d'appel pouvait considérer que d'autres documents que le certificat E. 101 suffisaient à attester la régularité de la situation sociale de la société Vigma au regard du règlement n° 1408/71, au sens de l'article D. 8222-7 du code du travail.

**Nombre de projet(s) préparé(s)** : deux projets sont proposés