

R.G : 13/08541

Décision du

Tribunal de Grande Instance de LYON

Au fond

du 25 septembre 2013

RG : 11/13459

ch n°9

LE PARGNEUX

C/

Etablissement POLE EMPLOI

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS
COUR D'APPEL DE LYON
1ère chambre civile B
ARRET DU 08 Décembre 2015

APPELANT :

M. Jacques LE PARGNEUX

né le 23 Décembre 1950 à CAEN (14000)

125, rue Duguesclin

69006 Lyon

Représenté par la SELARL PRIOU-MARGOTTON, avocat au barreau de LYON

Assisté de Me Benoît GRUAU, avocat au barreau de PARIS

INTIMEE :

Etablissement POLE EMPLOI

13 rue Crépet

69007 LYON

Représentée par la SCP J.C. DESSEIGNE ET C. ZOTTA, avocat au barreau de LYON

* * * * *

Date de clôture de l'instruction : **18 Mars 2015**

Date des plaidoiries tenues **en audience publique** : **10 Novembre 2015**

Date de mise à disposition : **08 Décembre 2015**

Composition de la Cour lors des débats et du délibéré :

- Jean-Jacques BAIZET, président
- Marie-Pierre GUIGUE, conseiller
- Michel FICAGNA, conseiller

assistés pendant les débats de Emanuela MAUREL, greffier

A l'audience, **Marie-Pierre GUIGUE** a fait le rapport, conformément à l'article 785 du code de procédure civile.

Arrêt **Contradictoire** rendu **publiquement** par mise à disposition au greffe de la cour d'appel, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 450 alinéa 2 du code de procédure civile,

Signé par Jean-Jacques BAIZET, président, et par Emanuela MAUREL, greffier, auquel la minute a été remise par le magistrat signataire.

* * * *

EXPOSÉ DU LITIGE

Par acte d'huissier du 28 octobre 2011, monsieur Jacques LE PARGNEUX a assigné POLE EMPLOI RHÔNE ALPES devant le tribunal de grande instance de Lyon en nullité de décision prises par cet organisme et en condamnation au paiement d'allocations d'aide au retour à l'emploi au titre de sa période de chômage.

Il exposait :

-avoir été employé au sein de la société RHÔNE ALPES PORTAGE en qualité de consultant à compter du 21/ 3/ 2008 pour un salaire fixe de 2.500 euros outre une partie variable en fonction des encaissements réellement perçus pour la prestation pour le compte du client VALLOUREC/MANNESMANN /DRILLING,

-que ce contrat à durée déterminée Senior, d'une durée initiale de 18 mois, a été prorogé jusqu'au 31 janvier 2011 en raison d'un complément de prestations à réaliser pour le client,

-que POLE EMPLOI a refusé de l'admettre au bénéfice des allocations d'aide au retour à l'emploi au motif que la relation contractuelle était en réalité un portage salarial.

Par jugement du 25 septembre 2013, rectifié le 16 octobre 2013, le tribunal a débouté monsieur Le Pargneux de sa demande, a débouté POLE EMPLOI de sa demande en application de l'article 700 du code de procédure civile et a condamné monsieur Le Pargneux aux dépens.

Monsieur Le Pargneux a relevé appel et demande à la cour de :

-infirmier les jugements,

-constater que le contrat conclu entre lui même et la société RHÔNE ALPES PORTAGE est un contrat de travail,

-prononcer la nullité des décisions de POLE EMPLOI en date des 17, 18 et 21 mars 2011,

-condamner POLE EMPLOI à lui payer les allocations d'aide au retour à l'emploi au titre de sa période chômage qui lui ont été refusées en prenant en considération les périodes de cotisations résultant des contrats conclus avec la société RHONE ALPES PORTAGE soit la somme brute de 4176,64 euros,

-condamner POLE EMPLOI à lui payer le complément d'aide au retour à l'emploi qu'il aurait dû cumuler avec sa rémunération perçue dans le cadre d'une reprise d'activité réduite soit la somme de 47638,38 euros,

-condamner POLE EMPLOI à lui payer la somme de 20000 euros de dommages et intérêts pour le préjudice subi avec astreinte de 100 euros par jour de retard,

-à titre subsidiaire, condamner POLE EMPLOI à lui payer les aides différentielles au reclassement lui revenant au titre de sa reprise d'activité assortie d'une rémunération inférieure à celle qu'il percevait avant la fin de son contrat soit la somme de 26986,80 euros,

En tout état de cause,

-condamner POLE EMPLOI à lui rembourser les cotisations d'assurance chômage prélevées pendant toute la durée des opérations de portage, soit la somme de 4779,42 euros,

-condamner POLE EMPLOI à lui payer la somme de 2.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Il fait valoir :

-que plusieurs décisions récentes de la Cour d'appel de Paris ont constaté que le salarié porté était lié à la société de portage par un contrat de travail,

-que l'article L.1251-64 issu de la loi n°2008-596 du 25 juin 2008 assimile le statut du « porté » à celui du salarié,

-que l'UNEDIC par sa circulaire n°2011-33 du 7 novembre 2011 a confirmé cette évolution et a décidé d'accorder aux anciens salariés portés le bénéfice des prestations de l'assurance chômage, étant précisé qu'elle n'a pas vocation à s'appliquer à monsieur Le Pargneux en raison de sa date d'entrée en vigueur mais vient conforter le régime du salariat pour les salariés portés, ce que confirme la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de Cassation,

-que les circulaires UNEDIC du 18 juillet 2013 et 22 décembre 2014 confirment cette évolution,

-qu'il résulte du contrat signé avec la société que sa mission est précisément définie, aider la société face à un accroissement de travail lié à la nécessité d'effectuer une prestation de conseil pour un client précis, VALLOUREC/MANNESMANN /VAM DRILLING,

-que le temps de travail et la possibilité de renouvellement sont clairement déterminés,

-que le contrat de travail fait référence aux dispositions du code du travail et à la Convention collective nationale des bureaux d'études techniques et cabinets d'ingénieurs conseils SYNTEC et prévoir que le salarié soit affilié et cotise au régime de retraite complémentaire et prévoyance de l'entreprise,

-que l'exécution de ses prestations ont donné lieu à remise de feuilles de paie sur lesquelles ont été prélevées les retenues en matière d'assurance sociale, de prévoyance et de chômage,

-que la rémunération fixe était exclusivement versée par la société RHONE ALPES PORTAGE laquelle entendait ainsi assumer contractuellement un éventuel risque de non-paiement par l'entreprise bénéficiaire de la prestation, de sorte que le paiement de la rémunération était indépendant du paiement par l'entreprise cliente ce qui conduit à distinguer le salaire des honoraires versés à un travailleur indépendant,

-qu'il a cotisé à l'assurance chômage et POLE EMPLOI a accepté de recevoir ces cotisations de la part de son employeur dont l'activité était exclusivement de portage reconnaissant ainsi implicitement que l'entreprise entrait dans le champ de l'assurance chômage, critère admis par la Cour de cassation,

-que le critère du lien de subordination est également caractérisé au regard de ses conditions réelles de travail en ce qu'il était soumis à l'autorité hiérarchique du représentant légal de la société selon le contrat de travail, était soumis au pouvoir de direction de l'employeur selon un horaire et un lieu de travail contractuellement prévus, était soumis au pouvoir de contrôle de l'employeur concernant ses frais professionnels et rendait compte de son activité en signant chaque mois des feuilles d'émargement,

-que se trouve ainsi caractérisé l'existence d'un contrat de travail dont la rupture ouvre droit au salarié au bénéfice de l'assurance chômage,

-que POLE EMPLOI ne justifie pas le montant de 188,27 euros au titre du salaire journalier brut de référence lequel est de 227,38 euros selon les bulletins de paie produits au débat,

-qu'ayant retrouvé un emploi à durée déterminée à compter du 4 mars 2011, il a perçu une rémunération pour un temps de travail n'excédant pas 110 heures par mois et inférieur au seuil de 70 % de l'ancienne rémunération tenant compte des congés payés et de l'indemnité de précarité ainsi que le prévoit l'article 28 du règlement général de l'Unedic du 19 février 2009 de sorte qu'il est fondé à réclamer le bénéfice du complément de l'allocation de retour à l'emploi pour la période de mars 2011 à février 2012,

-qu'à titre subsidiaire, il a droit au bénéfice de l'aide différentielle de reclassement prévue par l'article 33 du règlement général en prenant en considération la même base de rémunération intégrant les congés payés et l'indemnité de précarité, les dites rémunérations étant bien inférieures de 15% à 30 fois le salaire journalier de référence ayant servi au calcul de l'allocation de l'aide pour le retour à l'emploi,

-que sa demande additionnelle en remboursement des cotisations chômage est recevable en application de l'article 70 du code de procédure civile et bien fondée à titre subsidiaire dans le cadre de l'action en répétition de l'indû.

POLE EMPLOI demande à la cour de confirmer le jugement, subsidiairement de débouter monsieur Le Pargneux de ses demandes relatives à l'allocation d'aide au retour à l'emploi et d'aide différentielle de reclassement, de déclarer irrecevable et non fondée sa demande de remboursement des cotisations chômage, de condamner monsieur Le Pargneux au paiement de la somme de 3000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

POLE EMPLOI soutient:

- que le contrat de portage dont se prévaut monsieur Le Pargneux n'est pas un contrat de travail,
- que le portage salarial est une relation triangulaire faisant intervenir un consultant hautement qualifié, cherchant à conclure des prestations de la même manière qu'un indépendant sans toutefois en supporter le régime administratif et fiscal, tout en bénéficiant des avantages du statut de salarié (le porté ou intervenant), un client final désirant recourir au service d'un prestataire, sans avoir à embaucher des salariés, une société de portage servant d'intermédiaire et percevant pour assumer ce rôle une commission assise sur des honoraires, que le porté facture au client,
- que selon le site internet de la société de portage RAP, le porté et la société de portage concluent au préalable une convention d'adhésion par laquelle le porté prospecte le client, détermine les conditions d'exécution de sa mission, et fixe sa rémunération,
- que le client signe avec la société de portage un contrat de prestation de services,
- que vient se greffer un contrat de portage conclu entre le porté et la société de portage,
- que la société RHÔNE ALPES PORTAGE va embaucher l'intervenant pour une durée d'une ou plusieurs missions,
- que l'intervenant travaillera sous le statut salarié et bénéficiera de la protection des salariés tout en conservant l'autonomie de l'indépendant dès lors que le porté prospecte sa propre clientèle, est rémunéré sur la base de facturations qu'il établit, ce qui n'est pas le propre du contrat de travail, qu'il n'y a pas de subordination,
- que le propre du contrat de travail implique pour l'employeur de fournir à l'employé un travail à exécuter alors qu'en l'espèce c'est le futur salarié qui, avant la conclusion du contrat de travail, va négocier avec le tiers client le contenu et les conditions de sa prestation,
- que la société RHÔNE ALPES PORTAGE ne dispose d'aucune prestation à faire exécuter par le salarié de sorte que le contrat dépourvu d'objet encourt la nullité, ou à tout le moins ne peut être qualifié de contrat de travail de sorte qu'aucune indemnisation ne peut être revendiquée au titre de l'assurance chômage,
- que les documents établis entre le demandeur et la société ont en réalité pour finalité de créer l'illusion d'un contrat de travail,
- que la cause du contrat est d'assurer au porté le statut de salarié malgré une réalité en contradiction,
- que pour le porté, la cause du contrat n'est pas de se voir confier une prestation de travail, mais d'exercer des missions qu'il a lui même trouvées,
- que la cause subjective du portage est d'être détachée des formalités administratives propres aux indépendants et de percevoir le cas échéant des allocations chômage,
- que le contrat de travail n'est qu'une façade, que la prestation s'exerce pour le client,
- que la cause du contrat pour la société de portage est de percevoir des commissions en contrepartie des démarches administratives qu'elle accomplit pour le porté,
- que le véritable engagement réside dans la convention d'adhésion distincte d'une relation de travail,

- que s'agissant du client, la cause subjective n'est formalisée par aucun acte contractuel,
- que les contrats litigieux lui causent grief puisqu'ils ont pour effet de conférer artificiellement des allocations chômage à des personnes qui ne devraient pas en bénéficier, qu'il a donc intérêt à en contester la validité,
- que le système mis en place se heurte à des interdictions expresses du code du travail et procède donc d'une cause illicite, le prêt de main d'oeuvre étant interdit et les exceptions limitativement prévues à cette interdiction ne comprenant le portage salarial que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008,
- que le système du portage salarial repose également sur une cause illicite du fait du travail dissimulé non déclaré de la prospection par le consultant antérieure à toute mise en 'uvre du portage ainsi que du fait du salaire différé résultant de la violation de la règle du paiement mensuel en faisant dépendre le paiement de la partie variable de la rémunération de l'acquittement par le client des factures de prestations,
- qu'ainsi avant l'entrée en vigueur de la loi de 2008, le portage salarial était illégal,
- que l'évolution du droit positif en matière de portage salarial est sans incidence sur le litige puisque la loi du 25 juin 2008 n'a pas d'effet rétroactif et n'est pas applicable aux contrats signés avant son entrée en vigueur,
- que l'article L.1251-64 du code du travail, qui dispose que le portage salarial comporte pour la personne portée le bénéfice du salariat ne confère nullement aux portés le bénéfice d'un contrat de travail à la différence d'autres dispositions du code du travail concernant les journalistes ou les voyageur représentant placiers,
- que l'accord du 24 juin 2010 a été privé d'effet par le rapport de l'IGAS publié le 4 octobre 2011 concluant à l'impossibilité de l'étendre,
- qu'il résulte de la décision du bureau de L'UNEDIC que peuvent bénéficier de l'indemnisation, à condition que l'entreprise répond aux critères définis par l'accord du 24 juin 2010, les demandeurs d'emploi faisant l'objet d'une rupture postérieure au 23 juin 2011 ce qui n'est pas le cas en l'espèce,
- que les éléments du contrat de monsieur Le Pargneux ne permettent pas de conclure à un contrat de travail puisqu'il n'était pas soumis au règlement intérieur, ni à un quelconque contrôle de son travail et ne justifie pas avoir reçu des directives ou instructions de son employeur étant soumis à une simple obligation d'information sur l'évolution de ses travaux, qu'aucune sanction n'était prévue en cas d'échec de sa mission puisqu'il exerçait en totale indépendance vis à vis du client,
- qu'à titre infiniment subsidiaire, les demande sont infondées, faute de justifier des conditions ouvrant droit aux prestations, et en ce qu'elles procèdent de calculs erronés,
- que la demande en remboursement des cotisations d'assurance chômage est irrecevable comme étant nouvelle en appel au surplus prescrite au titre des cotisations antérieures à octobre 2008.

MOTIFS

Il résulte de l'article L.5424-1 du code du travail et de l'accord entre les partenaires sociaux du 19 février 2009 auquel renvoie l'article L.5422-20 que sont bénéficiaires de l'allocation d'aide au retour à l'emploi les salariés qui établissent la cessation de leur contrat de travail.

L'article L.1251-64 du code du travail introduit par la loi du 25 juin 2008, postérieurement aux contrats invoqués par l'appelant du 21 mars 2008, apporte une définition du portage salarial. Ce texte, qui ne peut être appliqué rétroactivement, ne précise pas le statut du porté renvoyant aux accords de branche et n'a pas d'incidence sur le présent litige.

La loi du 25 juin 2008 avait confié aux partenaires sociaux le soin d'organiser le portage salarial. Un accord a été conclu le 24 juin 2010 avec les partenaires sociaux subordonné à l'adoption des dispositions législatives et réglementaires nécessaires à son application. Toutefois, l'Inspection Générale des Affaires Sociales a conclu en septembre 2011 à l'impossibilité d'étendre cet accord et à la nécessité d'une intervention législative.

Par circulaire n°2011-33 du 7 novembre 2011, l'Unedic a décidé de prendre des mesures provisoires afin de faire bénéficier de l'assurance chômage les salariés en portage salarial, précisant explicitement que « cette décision s'applique, à titre transitoire, pour toute, rupture de contrat de portage salarial intervenue à compter du 23 juin 2011 », ce qui n'est pas le cas de l'espèce, la rupture du contrat de portage étant du 31 janvier 2011.

L'évolution postérieure résultant de la publication au journal officiel du 8 juin 2013 de l'arrêté ministériel portant extension de l'accord interprofessionnel du 24 juin 2010 et des circulaires de l'Unedic du 18 juillet 2013 et du 22 décembre 2014 n'a pas eu d'incidence sur la situation de monsieur Le Pargneux compte tenu de la date de la rupture du contrat de travail intervenue le 31 janvier 2011.

En l'absence de dispositions légales ou conventionnelles applicables au litige, il appartient donc à la cour de rechercher si la relation de monsieur Le Pargneux avec la société de portage peut s'inscrire dans le cadre juridique d'un contrat de travail dont la cessation pourrait ouvrir droit à l'allocation d'aide à l'emploi, étant relevé qu'au regard de la charge de la preuve, l'organisme Pôle Emploi est tiers aux contrats conclus dans le cadre de la relation de portage.

Selon l'article L.1221-3 alinéa 3 du code du travail, le contrat de travail comporte pour l'employeur l'obligation de fournir du travail au salarié.

L'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à la convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité professionnelle.

Le lien de subordination constituant le critère premier du contrat de travail est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné.

Il résulte des productions que la société Rhône Alpes Portage décrit son activité exclusivement consacrée au portage salarial de la façon suivante: « Intervenants : conciliez la liberté de l'indépendant et le statut de salarié, Entreprises, bénéficiez avec un excellent rapport qualité prix du réseau d'experts de RAP ": l'intervenant prospecte sa propre clientèle

et négocie les termes de son intervention et notamment les objectifs, le contenu, la durée, le planning, la tarification, les modalités de règlement. Une fois la prestation entièrement définie entre l'intervenant et le client, la société RAP reprend les éléments de la négociation et établit un contrat de prestation qui engage le client, l'intervenant, et la société RAP, l'intervenant étant cosignataire de la convention. Le client règle ses factures à la société RAP qui informe à réception l'intervenant des règlements perçus. Après déduction de ses frais de gestion, la société RAP reverse 90 à 97 % du chiffre d'affaires encaissé au bénéfice de l'intervenant sous forme de frais, salaires, taxes, primes et cotisations sociales.

Il se déduit de ces éléments non contredits par d'autres productions que le travail n'est pas fourni par la société mais que l'intervenant recherche les clients et définit avec eux les modalités de son intervention, qu'il s'agisse du contenu, des tarifs, et de la durée et définit donc lui-même les conditions d'exécution de son travail, que ce n'est qu'une fois ces négociations entre l'intervenant et le client achevées qu'intervient la société pour établir un contrat de prestation avec le client et un contrat de travail avec l'intervenant reprenant l'ensemble des éléments négociés au préalable par l'intervenant.

Il ressort du contrat invoqué par monsieur Le Pargneux à titre de contrat de travail et des productions :

-que le porté n'est pas soumis à un règlement intérieur applicable dans l'entreprise,

-qu'aucune faculté de sanction et de rupture de la convention n'est envisagée,

-que les horaires de travail, s'ils sont prédéterminés dans le contrat, ne peuvent être modifiés que d'un commun accord entre la société de portage et le porté, la société de portage n'ayant pas le pouvoir de lui imposer des jours et horaires de travail,

-que s'il est prévu un rattachement hiérarchique à un supérieur avec respect des instructions, le porté n'a pour seule obligation que de transmettre ses notes de frais et informer la société de l'état d'avancement de ses travaux,

-qu'aucune directive, instruction ou contrôle de la société n'est établie en fait pas plus que la restitution par monsieur Le Pargneux de l'état d'avancement de ses travaux et de ses relations avec le client hormis la signature de feuilles de présence, lesquelles ne caractérisent pas l'établissement de compte-rendu d'activité démontrant la faculté de contrôle par l'employeur de la prestation d'un salarié.

En conséquence, monsieur Le Pargneux ne démontre pas que dans l'exercice de sa prestation de consultant, il était soumis à un lien de subordination réel et effectif avec la société Rhône Alpes Portage.

Ne pouvant prétendre à l'existence d'un contrat de travail, le jugement sera confirmé en ce qu'il a débouté monsieur Le Pargneux de ses demandes en nullité des décisions de refus d'admission, paiement des allocations d'aide au retour à l'emploi et condamnation sous astreinte de l'organisme Pôle Emploi.

Les demandes accessoires de complément d'aide au retour à l'emploi, subsidiairement d'aide différentielle de reclassement sont, par suite, non fondées.

Monsieur Le Pargneux ne rapporte pas la preuve d'une faute de l'organisme Pôle Emploi préjudiciant à ses droits et doit être débouté de sa demande de dommages et intérêts.

La demande en répétition de l'indu au titre des cotisations chômage ne tend pas aux mêmes fins et n'est pas l'accessoire, la conséquence ou le complément de la demande en paiement de l'allocation de retour à l'emploi présentée en première instance. Cette demande doit être déclarée irrecevable en application de l'article 564 du code de procédure civile.

L'équité ne commande pas de faire application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile au bénéfice de l'une ou l'autre des parties.

PAR CES MOTIFS

LA COUR

Confirme le jugement entrepris en toutes ses dispositions,

Y ajoutant,

Déboute monsieur Le Pargneux des demandes accessoires en appel,

Déclare irrecevable la demande de monsieur Le Pargneux en restitution des cotisations chômage,

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes des parties,

Condamne monsieur Le Pargneux aux dépens d'appel avec droit de recouvrement direct par la SCP Desseigne et C.Zotta, avocats.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT