

C O U R D ' A P P E L D ' O R L É A N S
C H A M B R E S O C I A L E

PRUD'HOMMES

GROSSES le 13 NOVEMBRE 2014 à

Me Jean-Philippe HONNET

Me Diane LEMOINE

EXPEDITIONS le 13 NOVEMBRE 2014 à

Isabelle TOGNARELLI

SAS KANTAR

Rédacteur : CD

ARRÊT du : 13 NOVEMBRE 2014

N° : - 14 N° RG : 14/00422

DÉCISION DE PREMIÈRE INSTANCE : Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de MONTARGIS en date du 28 Janvier 2014 - Section : ACTIVITÉS DIVERSES

ENTRE

APPELANTE :

Madame Isabelle TOGNARELLI

12 bis rue Sermon

45200 MONTARGIS

comparante en personne

assistée de Me Jean-Philippe HONNET, avocat au barreau de TROYES

ET

INTIMÉE :

SAS KANTAR

prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège

2 rue Francis Pedron

BP 3

78241 CHAMBOURCY CEDEX

comparante en la personne de Mme Gwenaëlle BATAILLE, Responsable des relations sociales adjointe en vertu d'un pouvoir général

assistée de Me Diane LEMOINE (LM AVOCATS), avocat au barreau de PARIS,

Après débats et audition des parties à l'audience publique du **02 Octobre 2014**

LA COUR COMPOSÉE DE :

Monsieur Hubert DE BECDELIEVRE, Président de Chambre,

Monsieur Jean-Louis BERSCH, Conseiller,

Madame Christine DEZANDRE, Conseiller,

Assistés lors des débats de Madame Mireille LAVRUT, Faisant fonction de greffier.

Puis ces mêmes magistrats ont délibéré, dans la même formation et le **13 NOVEMBRE 2014**, Monsieur Hubert DE BECDELIEVRE, Président de Chambre, assisté de Madame Marie-Hélène ROULLET, Greffier, a rendu l'arrêt par mise à disposition au Greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

FAITS, PROCEDURE ET PRETENTIONS

Il a été conclu le 3 novembre 2004 une convention de correspondant entre Madame Izabel Tognarelli, en qualité de gérante de la société 'La Violette.com', et la société TNS Secodip, qui a une activité notamment de veille d'information .

Aux termes de cette convention, Mme Tognarelli s'engageait à enregistrer des émissions de FR3 Centre chaque jour à des plages horaires déterminées, à réaliser un journal d'écoute de certaines plages horaires, ainsi que le cas échéant et à la demande, à dactylographier telle ou telle émission dans sa totalité.

Par lettre du 15 mai 2007, la société TNS Secodip a mis fin à la convention sous préavis d'un mois en application de son article 5, en invoquant des évolutions technologiques et méthodologiques lui permettant de traiter depuis Paris les décrochages régionaux.

Mme Tognarelli a saisi la juridiction prud'homale le 6 mai 2011 d'une demande en requalification de la convention avec la société TNS Secodip en contrat de travail et paiement de diverses sommes à titre de rappel de salaire et indemnités de rupture, et par jugement du 28 janvier 2014, le Conseil de prud'hommes de Montargis s'est déclaré compétent pour connaître du litige, a débouté Mme Tognarelli de ses demandes et l'a condamnée aux dépens.

Mme Tognarelli a régulièrement interjeté appel de cette décision par déclaration au greffe du 3 décembre 2014.

Elle en demande l'infirmer, par condamnation de la société Kantar, venue aux droits de la société TNS Secodip, à lui payer :

- 50 986,17 euros à titre de rappel de salaire et 5 098,61 euros de congés payés afférents au titre des années 2006 et 2007,

- 7 245 euros à titre d'indemnité de préavis et 724,50 euros de congés payés afférents,

- 2 415 euros à titre d'indemnité de requalification,
- 2 415 euros à titre d'indemnité pour non respect de la procédure,
- 25 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement abusif,
- 14 490 euros à titre de dommages et intérêts pour travail clandestin,
- 4 642 euros à titre de remboursement d'Urssaf,
- 1 428 euros à titre de remboursement de caisse de retraite CIPAV,
- 2 152 euros à titre de remboursement de CPAM,
- 6 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Elle soutient avoir exercé son activité dans des conditions entièrement imposées par la société, démontrant l'existence d'une relation de subordination à un employeur. Elle souligne que d'autres correspondants régionaux liés à la société TNS Secodip par le même type de contrat ont obtenu la requalification devant des cours d'appel, avec rejet du pourvoi sur ce point.

Elle calcule sa demande en rappel de salaire sur un salaire horaire de base de 10,48 euros, salaire conventionnel minimum position 2 coefficient 90 de la convention collective Syntec applicable, et sur une durée moyenne de travail reconstituée pour chacune des tâches accomplies et facturées à la société TNS Secodip.

In limine litis, la société Kantar reprend son argumentation sur l'incompétence matérielle du conseil de prud'hommes pour connaître d'un litige relatif à une prestation de travail non salariée.

Sur le fond, elle demande la confirmation du jugement entrepris, outre condamnation de l'appelante à lui verser 2 500 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile, en soutenant essentiellement que Mme Tognarelli était libre d'organiser la réalisation des prestations attendues, éventuellement en faisant appel à toute autre personne, qu'elle avait le choix de ses horaires et n'était tenue que d'une obligation de résultat. Elle ajoute que Mme Tognarelli avait d'autres clients et que l'activité litigieuse présentait pour elle un caractère accessoire.

Subsidiairement, elle souligne que la demande en rappel de salaire est prescrite pour la période antérieure au 6 mai 2006, que Mme Tognarelli ne justifie pas avoir eu la qualité de cadre et qu'elle utilise pour ses calculs des temps de travail fantaisistes et excessifs, sérieusement contredits par les constats d'huissier et les témoignages de personnes pratiquant la même activité, qui sont versés aux débats.

Pour un plus ample exposé des moyens et prétentions des parties, la Cour, conformément à l'article 455 du code de procédure civile renvoie aux conclusions déposées et soutenues oralement à l'audience.

MOTIFS DE LA DECISION

' sur la compétence

L'article L.1411-1 du code du travail dispose que le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient, et qu'il juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti.

En l'espèce, Mme Tognarelli a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail, avec toutes conséquences quant aux règles applicables à l'exécution et la rupture de ce contrat.

Il résulte de l'application de l'article L.1411-1 ci-dessus que la juridiction prud'homale est compétente pour connaître du présent litige, qui porte sur la qualification en contrat de travail de la relation de travail entre les parties.

Le jugement sera donc confirmé sur ce point.

' sur l'existence d'un contrat de travail

Selon les articles L.1221-1 et suivants du code du travail, il y a contrat de travail quand une personne s'engage à travailler pour le compte et sous la subordination d'une autre, moyennant rémunération. Le lien de subordination se caractérise par le pouvoir, pour un employeur, de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements éventuellement commis. Et il est constant en droit que l'existence du contrat de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité du travailleur.

En l'espèce, Mme Tognarelli a conclu le 3 novembre 2004 en qualité de "correspondant" une convention sous l'intitulé "réseau d'enregistrement et de dactylographie de journaux télévisés", qui l'oblige à être inscrite au RCS ou au répertoire national des entreprises en tant que travailleur indépendant ou profession libérale et qui décrit les prestations qu'elle s'engage à accomplir pour le compte de la société TNS Secodip moyennant un tarif HT par type de prestation.

Cet accord instaure une présomption simple de non-salariat, qui peut être renversée par tous moyens.

A cet égard, il apparaît, d'abord, que la convention établit une liste précise des tâches à accomplir avec leurs modalités de réalisation, leurs délais de remise, brefs (du jour au lendemain) et obligatoires, et, ensuite, qu'elle est complétée par une "charte", qui décrit les missions du correspondant dans les moindres détails et fixe des normes, notamment de saisie (présentation, police et taille des caractères....), dont le respect est impératif.

On cherche alors en vain où se situerait la part d'initiative du correspondant, susceptible de caractériser un travail indépendant : pas de choix des émissions suivies, pas de possibilité de négociation du tarif et du délai, pas d'autonomie dans la conception et la réalisation du travail.

Le seul fait pour Mme Tognarelli d'être libre de répartir son temps de travail, mais seulement au cours de la journée et de la soirée, vu les délais de remise des travaux d'un jour sur l'autre, ne suffit pas à caractériser un travail accompli en toute indépendance. Et l'absence d'*intuitu personae* invoquée par l'intimée ne se déduit pas de façon certaine de la clause selon laquelle "*en cas d'indisponibilité (que qu'en soit le motif), les enregistrements, le journal d'écoute, la dactylographie et la transmission devront être assurés par un tiers, sous la responsabilité du correspondant*", sachant que les modalités d'exécution des tâches sont d'une précision telle, qu'elle rend illusoire un remplacement au pied-levé.

En réalité, l'activité du correspondant chargé de veille, telle qu'elle ressort des différentes pièces du dossier, présente les caractéristiques d'un travail à domicile tel que défini aux articles L.7412-1 et s. du code du travail, s'agissant d'exécuter un travail commandé par un tiers selon des directives précises, en contrepartie d'une rémunération fixée à l'avance.

Il découle de l'ensemble de ces constatations que la prestation fournie par Mme Tognarelli à la société TNS Secodip en exécution de la convention de correspondant du 3 novembre 2004 doit être

requalifiée en contrat de travail salarié, le jugement déferé étant infirmé sur ce point.

Mme Tognarelli sollicite alors paiement d'une indemnité de requalification, sans fondement juridique à l'appui et sans contredire l'argument pertinent de l'intimée, relevant une confusion inappropriée avec l'indemnité légale de requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée.

Aucune disposition légale ne prévoit le droit à indemnité de requalification d'une prestation indépendante en contrat de travail et la demande sera donc rejetée.

La convention étant requalifiée en contrat de travail, Mme Tognarelli, qui a été effectivement inscrite en qualité de travailleur indépendant à l'enseigne La Violette.com, et non comme gérante de société contrairement à ce qui est mentionné au contrat du 3 novembre 2004, a droit au remboursement par la société Kantar des cotisations sociales qu'elle a supportées en raison de son affiliation obligatoire au régime social des travailleurs indépendants et dont elle justifie, pour le montant total repris au dispositif ci-après.

' sur le rappel de salaire

La convention étant requalifiée en contrat de travail, Mme Tognarelli peut prétendre à une rémunération à plein temps au coefficient de sa classification selon la grille des emplois de la convention collective des bureaux d'étude (Syntec) applicable en l'espèce .

Elle revendique une position 2, coefficient 90, *'telle qu'appliquée par la Cour de Toulouse à Madame Tauzin'*, ce qui peut être un élément d'information utile mais demeure insuffisant à établir le droit de Mme Tognarelli, d'autant qu'il est sérieusement critiqué par l'intimée.

En effet, la société Kantar soutient que Mme Tognarelli, vu la simplicité des tâches effectivement réalisées, ne peut prétendre qu'à une position d'ETAM 1.4.2 (ancienne grille de classification), soit un salaire conventionnel minimum mensuel de 1 240 € au premier semestre 2006 et 1 255 € à compter du 1er juillet 2006.

Il convient d'abord de relever qu'il n'existe pas dans la convention collective ci-dessus de position 2 coefficient 90 - catégorie cadre, correspondant de surcroît à un salaire horaire de 10,48 €, dont se réclame Mme Tognarelli, sans pièce à l'appui.

Ensuite, la position 2 - coefficient 105 à 150 de la grille des emplois des ingénieurs et cadres de la convention collective Syntec - correspond aux emplois d'ingénieurs et cadres ayant de 2 à 6 ans d'expérience et réalisant des travaux d'étude, avec éventuellement la coordination de techniciens, ce qui ne correspond pas à l'activité de Mme Tognarelli.

Il résulte aussi des développements ci-dessus que Mme Tognarelli avait l'obligation de suivre une 'charte' très précise pour la réalisation de ses prestations, et elle ne rapporte pas la preuve à son dossier que l'emploi occupé correspondait effectivement à la définition conventionnelle des emplois d'ingénieur et cadre.

Il y a donc lieu de retenir la classification ETAM exactement visée en défense.

Mme Tognarelli, qui soutient avoir réalisé de nombreuses heures supplémentaires, forme une demande en paiement d'un rappel de salaire calculé sur la totalité de l'année 2006 et jusqu'à la fin du contrat le 15 juin 2007.

Or, elle a saisi le conseil de prud'hommes le 6 mai 2011, et la société Kantar souligne à juste titre qu'en application de la prescription quinquennale, la demande ne peut porter que sur la période

postérieure au 6 mai 2006.

La demande en rappel de salaire est donc irrecevable quant aux mois de janvier à avril 2006.

Ensuite, s'agissant des temps nécessaires à la réalisation des différents travaux, Mme Tognarelli affirme péremptoirement que la réalisation d'un conducteur de journal prenait entre 1 heure 30 et 2 heures, celle d'un magazine d'une heure, 10 heures de travail, et qu'elle dactylographiait 2 000 caractères à l'heure. Toutefois, ces évaluations personnelles, qui omettent de distinguer entre petits et grands conducteurs, selon que le journal dure 5', 10' ou 20' et qui, contrairement à ses dires, s'éloignent notablement de celles retenues par les juridictions dans des contentieux semblables entre la société TNS Secodip et d'autres correspondants régionaux, ne sont pas étayées par des données factuelles précises, vérifiables et comparables avec les évaluations différentes produites par l'intimée, à partir de constats d'huissier et de témoignages de chargés de veille effectuant le même type de travail.

Il sera aussi relevé que Mme Tognarelli, qui déclare aujourd'hui avoir effectué un nombre d'heures de travail très supérieur à 35 heures hebdomadaires, écrivait à la société le 25 avril 2006, à la veille de la période non prescrite de sa demande, pour demander davantage de commandes, en ces termes : "*...vous aurez entendu que je tenais à garder cette activité auprès de TNS, qui me va comme un gant, mais je tournais en rond à cause du manque d'activité imputable à ce changement de programme. J'ai d'autres activités : je travaille pour le journal local et pour une maison d'édition (...).*" Plus tard, peu avant la fin du contrat, en mars et avril 2007, elle fait état d'un "nouveau job", qui rend compte de son absence dans la journée, puis tous les après-midi du jeudi au lundi, "*mes jours de congés sont les mardis et mercredis*", ce qui ne corrobore pas les durées quotidiennes de travail pour le compte de la société TNS Secodip alléguées à son dossier, basées sur des temps d'exécution arbitraires et nettement surévalués.

Par ailleurs, les calculs refaits devant la Cour comportent des approximations et des erreurs (par exemple, 120 750 caractères retenus au mois de mai 2007, pour 28 723 effectivement facturés).

Il apparaît alors, sur la base de temps moyens déduits de l'ensemble des éléments du dossier (constats d'huissier, témoignages, vitesses courantes de dactylographie, décisions de justice) et des factures adressées à la société TNS Secodip, que de mai à septembre 2006 et de mars à juin 2007, où Mme Tognarelli ne suit que la région Centre, ses prestations ne dépassent pas la durée mensuelle légale du travail, et même lui sont inférieures à plusieurs reprises.

En revanche, d'octobre 2006 à février 2007, où elle intervient aussi pour la région Languedoc Roussillon, elle justifie d'un surcroît d'activité et de l'accomplissement d'heures supplémentaires de travail ouvrant droit à un rappel de salaire, dont la Cour est en mesure de fixer le montant, sur la base des éléments de calcul ci-dessus, à 1 927,54 € brut, outre congés payés afférents.

' sur la rupture du contrat

La convention étant requalifiée en contrat de travail salarié, force est de constater que la rupture à l'initiative de la société TNS Secodip, selon lettre du 15 mai 2007 faisant état d'évolutions technologiques et méthodologiques, qui vont lui permettre de traiter depuis Paris les décrochages régionaux, s'analyse en un licenciement irrégulier et sans cause réelle et sérieuse.

La convention a été rompue sous préavis d'un mois, alors qu'avec une ancienneté de plus de deux ans, Mme Tognarelli avait droit à un préavis de deux mois. Il lui sera donc alloué la somme de 1 255 € brut, outre congés payés afférents, à titre d'indemnité compensatrice de préavis.

Elle a également droit à une indemnité conventionnelle de licenciement, qui lui sera allouée pour le montant demandé, non critiqué par l'intimée et qui n'est pas supérieur à ce qui est dû.

Ensuite, sur le fondement de l'article L.1235-3 du code du travail et au vu de l'âge (39 ans), de l'ancienneté (deux ans et huit mois), de la qualification et de la rémunération de Mme Tognarelli, du fait qu'elle déclare elle-même avoir d'autres activités professionnelles en parallèle, et de tous éléments soumis à appréciation, il convient d'allouer la somme de 9 000 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, toutes causes de préjudice confondues.

La rupture n'ouvre pas droit à l'indemnité prévue par l'article L.8223-1 du code du travail, dès lors qu'aucune intention dissimulatrice n'est caractérisée à l'encontre de la société TNS Secodip.

En effet, la requalification ultérieure en contrat de travail ne suffit pas à caractériser l'intention dissimulatrice, justifiant une condamnation en application de l'article L.8221-5 et L.8223-1 du code du travail. Or, le dossier montre que les sommes versées par la société TNS Secodip à Mme Tognarelli en rémunération de l'activité prévue par la convention du 3 novembre 2004 ont été déclarées régulièrement aux organismes sociaux concernés par la convention et assujetties à ce titre au paiement de cotisations sociales. De plus, dans la situation particulière de l'espèce, où Mme Tognarelli était libre de vaquer à d'autres occupations indépendantes et/ou salariées, travaillait depuis son domicile à plus d'une centaine de km du siège de la société ou en tout autre lieu de son choix, la société TNS Secodip a pu en toute bonne foi proposer à Mme Tognarelli le statut d'indépendant qu'elle considérait alors approprié, sans pression d'aucune sorte sur l'intéressée.

' Sur l'article 700 du code de procédure civile et les dépens

Il convient de dédommager Madame Tognarelli de ses frais non compris dans les dépens à hauteur de 1 500€.

Les dépens seront à la charge de la société SAS KANTAR,

PAR CES MOTIFS

La Cour, statuant par mise à disposition au greffe et contradictoirement,

Infirme le jugement entrepris ;

Statuant à nouveau,

Requalifie la convention entre les parties en contrat de travail salarié ;

Condamne la société Kantar à payer à Mme Isabelle Tognarelli :

- 1 927,54 € brut à titre de rappel de salaire et 192,27 € brut de congés payés afférents,
- 1 255 € brut à titre d'indemnité compensatrice de congés payés et 125,50 € brut de congés payés afférents,
- 724,50 € à titre d'indemnité de licenciement,
- 9 000 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- 8 222 € à titre de remboursement de cotisations sociales,
- 1 500 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Ordonne à la société Kantar de remettre à Mme Isabelle Tognarelli les bulletins de paie, le certificat de travail et l'attestation Pôle Emploi conformes à la présente décision, sans qu'il y ait lieu d'ores et

déjà à astreinte ;

Rejette toute autre demande ;

Condamne la société Kantar aux dépens.

Et le présent arrêt a été signé par le président de chambre et par le greffier

Marie-Hélène ROULLET Hubert de BECDELIEVRE