

**TRIBUNAL
DE GRANDE
INSTANCE
DE PARIS**

1ère chambre
Section sociale

N° RG :
06/08817

N° MINUTE : *9*

**JUGEMENT
rendu le 18 mars 2008**

Assignation du :
12 juin 2006

**BENEFICE
ALLOCATIONS
CHOMAGES SOUS
ASTREINTE**

DEMANDEURS

Madame Marie Alice CHRISTIAN
266 Faubourg Saint Martin
75010 PARIS

Monsieur Pascal MAHE
122 boulevard Murat
75016 PARIS

Madame Béatrice DOREZ
16/18 rue des Taillandiers
75011 PARIS

Madame Gisèle BOURQUIN
4 rue de l'Abbé Roussel
75016 PARIS

Madame Nelly LEVY
86, rue de la Folie Méricourt
75011 PARIS

SYNDICAT CFDT BETOR PUB
7/9 rue Euryale Dehaynin
75019 PARIS

représentés par Me Franceline LEPANY, avocat au barreau de PARIS,
vestiaire W.06

*2 expédits
exécutés
délivrés
le 18 MAR. 2008*

PA P.M.

DÉFENDERESSE

ASSEDIC DE PARIS

62 rue Amelot
75011 PARIS

INTERVENANTE VOLONTAIRE

UNEDIC

80 rue Reuilly
75012 PARIS

représentées par Me Frédéric SICARD (SELARL LAFARGE ASSOCIES), avocat au barreau de PARIS, vestiaire T 10

COMPOSITION DU TRIBUNAL

Monsieur Philippe HERALD, Premier Vice-Président
Président de la formation

Madame Monique MAUMUS, Vice-Présidente
Monsieur Maurice RICHARD, Vice-Président
Assesseurs

assistés de Elisabeth AUBERT, Greffier

DÉBATS

A l'audience du 12 février 2008
tenue en audience publique

JUGEMENT

Prononcé en audience publique

Contradictoire

En premier ressort

Sous la rédaction de Monsieur Maurice RICHARD

Par assignation en date du 12 juin 2006, puis conclusions récapitulatives du 18 septembre 2007, **Mme Marie Alice CHRISTIAN, M. Pascal MAHE, Mme Béatrice DOREZ, Mme Gisèle BOURQUIN et Mme Nelly LEVY** demandent au tribunal :

- de constater qu'ils sont liés à la société ITG par un contrat de travail,
- d'ordonner à l'ASSEDIC de Paris de les faire bénéficier des allocations chômage et ce sous astreinte de 200 € par jour de retard et par salarié concerné à compter du jugement à intervenir,
- de se réserver la liquidation de l'astreinte,
- de condamner conjointement et solidairement l'ASSEDIC de Paris et l'UNEDIC à payer à chaque demandeur la somme de 10.000 € en réparation du préjudice subi et celle de 1.500 € au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile.

Le syndicat CFDT BETOR PUB demande quant à lui la condamnation conjointe et solidaire de l'ASSEDIC de Paris et de l'UNEDIC à lui payer la somme de 5.000 € à titre de dommages intérêts outre celle de 1.500 € au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile.

L'UNEDIC intervient volontairement dans l'instance.

*

Chacun des salariés a conclu avec la société ITG, dite de "portage" un contrat de travail dans les conditions suivantes :

* Mme Marie Alice CHRISTIAN : un contrat à durée déterminée à temps partiel pour une mission allant du 21 février au 20 mai 2005, renouvelé une fois jusqu'au 30 septembre 2005.

* M. Pascal MAHÉ : un contrat à durée indéterminée à temps partiel le 1^{er} avril 2004 qui s'est terminé par son licenciement le 28 mars 2005.

* Mme Béatrice DOREZ : un contrat à durée indéterminée à temps partiel conclu le 1^{er} juin 2004 qui s'est terminé par son licenciement le 31 décembre 2004 pour non réalisation des objectifs.

* Mme Gisèle BOURQUIN : un contrat à durée déterminée en 1998, puis à durée indéterminée le 15 avril 2003 qui s'est terminé par son licenciement le 30 décembre 2004 pour non atteinte des objectifs fixés.

* Mme Nelly LEVY : un contrat à durée déterminée à temps partiel pour la période du 22 novembre 2004 au 30 juin 2005.

Ces personnes se sont toutes vu refuser par l'ASSEDIC de Paris et pour deux d'entre elles, par sa commission de recours, le bénéfice des allocations chômage au motif que la relation contractuelle qui les liait à la société ITG n'était pas assimilable à un contrat de travail.

*

Les demandeurs reprochent à l'ASSEDIC de ne pas avoir procédé à l'examen individuel de chaque dossier et de leur avoir fourni une réponse négative stéréotypée qui ne correspond pas à la réalité de la société ITG laquelle a instauré une réelle relation salariale avec ses salariés.

Ils produisent en outre deux décisions de l'ASSEDIC de Paris du 11^{ème} arrondissement en date des 17 et 29 décembre 2003 qui ont admis deux salariés d'ITG au bénéfice des allocations chômage et ils se plaignent d'une rupture d'égalité.

Les demandeurs expliquent que le contrat de portage se situe entre le travail salarié et le travail indépendant.

Il fait intervenir un employeur (la société de portage), un salarié (le porté) et un client et s'articule autour de deux conventions :

- le contrat de travail conclu entre la société de portage et le salarié porté,
- le contrat de prestations de service conclu entre la société de portage et l'entreprise cliente.

Le salarié prospecte les différentes entreprises et négocie les conditions de la prestation ; la société de portage valide alors ou non la négociation et en cas de validation assure la gestion des factures, ainsi que les démarches administratives pour le compte du salarié et transforme une partie des honoraires facturés aux clients en salaires du "porté".

Ce montage, relativement récent, s'adresse souvent à des salariés "seniors" très qualifiés, sortis de la sphère de l'emploi.

Il n'est pas en lui-même réglementé mais fait l'objet d'une réflexion de la part des pouvoirs publics et des partenaires sociaux et le plan national d'action concerté pour l'emploi des seniors, signé le 9 mars 2006, prévoit que le portage salarial donne lieu à une convention entre l'Etat et l'UNEDIC afin de définir de bonnes pratiques.

Les demandeurs estiment, en ce qui les concerne, qu'ils étaient réellement liés par un contrat de travail avec la société ITG, laquelle leur fournit les garanties d'un véritable contrat de travail et assure le contrôle de leur activité.

Selon eux cette relation contractuelle est caractérisée par les éléments suivants :

un lien de subordination

les salariés doivent établir " des rapports d'activité mensuels relatant les heures ou les jours travaillés avec l'indication du lieu et du type d'activité, ainsi que les frais de mission correspondants "(article 3.2.2.E de l'accord collectif d'entreprise).

Au terme du règlement intérieur tout jour non renseigné correspond à une absence non justifiée et ne peut donner lieu à rémunération.

Par ailleurs, les objectifs sont fixés par la société en accord avec le salarié et ITG a le pouvoir de sanctionner le salarié qui n'atteint pas les objectifs fixés (cas de M. Pascal MAHE, Mme Béatrice DOREZ et Mme Gisèle BOURQUIN).

Les salariés appartiennent également à un service organisé dans la mesure où ITG met à leur disposition des moyens matériels et leur applique strictement la législation du travail (paie, paiement des cotisations sociales, règles d'hygiène et de sécurité etc...).

De même ITG a mis en place l'ensemble des institutions représentatives du personnel et un accord de participation.

Les salariés sont également soumis au règlement intérieur de la société qui s'applique à eux, qu'ils travaillent chez le client ou dans les locaux de l'entreprise.

L'existence d'un lien économique

La rémunération prend en compte les jours et heures de travail ainsi que ceux consacrés à la prospection et ceux consacrés à la formation.

Cette rémunération est fonction du rapport d'activité mensuel établi par le salarié et elle comprend un fixe qui est égal aux minima prévus dans la convention collective de branche (soit 58% de la rémunération en 2006).

Ainsi, les demandeurs exposent que l'ensemble de ces éléments est de nature à caractériser l'existence d'un véritable contrat de travail existant entre eux et la société ITC.

Ils font état du préjudice financier et moral que leur a causé le refus de l'ASSEDIC et réclament pour chacun d'eux la somme de 10.000 € à titre de dommages intérêts.

El H. H.

Le syndicat CFDT BETOR PUB fait valoir qu'il représente l'intérêt collectif de la profession et qu'il est fondé à ce titre à réclamer la condamnation solidaire des défenderesses à lui payer la somme de 5.000 € en réparation de son dommage.

Dans leurs dernières conclusions du 26 octobre 2007, **l'ASSEDIC de Paris et l'UNEDIC** demandent au tribunal de débouter les requérants en totalité et de condamner chacun d'eux au paiement d'une indemnité de 500 € au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile.

Elles rappellent qu'elles gèrent le régime d'assurance chômage à la demande des partenaires sociaux et qu'elles n'ont pas à se prononcer sur l'utilité du portage salarial, sur le bienfait d'expérimentations en cours ou d'éventuelles évolutions législatives, mais qu'elles jouent un rôle de pur gestionnaire dans la stricte mise en oeuvre des règles qui gouvernent le régime d'assurance chômage telles qu'elles sont fixées par le droit positif.

En l'espèce **l'ASSEDIC de Paris** estime que les contrats de travail dont se prévalent les demandeurs sont fictifs.

Elle rappelle, citant un arrêt rendu le 4 mars 1983 par l'assemblée plénière de la Cour de cassation que "la volonté des parties est impuissante à soustraire des travailleurs du statut social qui découle des conditions d'accomplissement de leur tâche".

Elle fait valoir que le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun (article L121-1 du code du travail) et que son objet implique l'obligation pour l'employeur de fournir un travail à l'employé et l'obligation pour ce dernier de l'exécuter.

Or, dans le "système ITG" c'est l'inverse qui se produit dans la mesure où le salarié porté prospecte les différentes entreprises qui sont susceptibles de faire appel à ses services et négocie les conditions de sa prestation, négociation qui est ultérieurement validée ou non par ITG.

Selon elle, cette dernière n'a donc aucune prestation de travail à faire effectuer par le prétendu salarié et le contrat de travail conclu fictivement dans un second temps encourt la nullité comme étant dépourvu d'objet et fondé sur une fausse cause.

Plus, elle estime que le système mis en place a une cause illicite comme s'apparentant à un prêt de main d'oeuvre (article 1.125-1 du code du travail) ou à du travail dissimulé (article L324-9 du code du travail) dans la mesure où les heures de prospection ne sont ni rémunérées, ni mentionnées sur le bulletin de paie.

Elle réfute par ailleurs tout lien de subordination, lequel se définit comme "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" ; cette définition serait exclusive de la large autonomie dont disposent les salariés "portés" et qui est rappelée à plusieurs reprises dans l'accord d'entreprise, lequel précise même que "les consultants sont déclarés propriétaires de leur clientèle, les entreprises de l'UES ITG ne pouvant en conséquence revendiquer aucun droit à ce titre".

A.P.H.

De la même façon cette profonde autonomie exclut tout travail au sein d'un service organisé et la détermination unilatérale des conditions d'exécution du travail par l'employeur.

Il n'existerait pas plus de critère de dépendance économique puisqu'il n'existe de mission qu'autant que le consultant l'a négociée avec le client.

Quant à la rémunération, il s'agit en réalité d'une partie des honoraires du consultant qui sont transformés en salaires nets, ce qui confère à ce dernier la qualité d'associé de fait et non de salarié.

Ainsi, l'ASSEDIC de Paris et l'UNEDIC rappellent que la loi ne reconnaît pas le portage salarial et que si les demandeurs se recommandent de nouvelles pratiques, de formes innovantes de salariat correspondant au passage d'une économie de type industriel à une économie de services, cette forme d'activité ne correspond pas à la définition actuelle du contrat de travail.

Elles se font l'écho des réflexions actuelles et citent par exemple une étude du ministère du travail qui souligne que "cette forme d'organisation semble en effet pouvoir répondre à des situations spécifiques rencontrées notamment par les seniors. Cependant, elle ne dispose pas à ce jour de base juridique adaptée".

Elles indiquent enfin que le 21 mars 2007 le bureau de l'UNEDIC s'est déclaré défavorable à sa participation au projet d'expérimentation sur le portage social en considérant "que la question du portage salarial figure parmi les thèmes à aborder dans le cadre de la délibération sociale, avec la remise à plat de l'assurance chômage".

L'affaire a été clôturée le 18 décembre 2007, renvoyée à l'audience de plaidoirie du 12 février 2008 et mise en délibéré à ce jour.

MOTIFS DE LA DECISION

L'ASSEDIC de Paris a refusé le droit aux allocations de chômage aux cinq demandeurs au motif que l'examen de leur dossier confirmait l'absence de contrat de travail lié à leur activité dans l'entreprise ITG. Le manuel de l'assurance chômage édité par l'UNEDIC indique que "sans remettre en cause les objectifs des sociétés de portage et leurs résultats en matière de réinsertion de personnels qualifiés, et en l'absence d'une disposition législative ou d'une jurisprudence explicite, le régime d'assurance chômage considère que cette construction ne permet pas de conclure que le contrat conclu entre le consultant et l'entreprise de portage est un contrat de travail au sens du droit du travail ; en effet, le lien de subordination entre le consultant et l'entreprise de portage est inexistant".

Cependant les contrats de travail et leurs avenants, signés par chacun des requérants, sont conformes en tous points aux contrats de travail habituellement signés entre un employeur et un salarié, font notamment référence aux dispositions du code du travail ainsi qu'à la convention collective Syntec applicable et mentionnent également la déclaration préalable de l'embauche auprès de l'URSSAF.

Ainsi, en présence de contrats de travail apparents, il appartient aux défenderesses, qui invoquent leur caractère fictif, d'en rapporter la preuve.

L'argument principal avancé par elles pour dénier l'existence d'un contrat de travail est de considérer que les contrats conclus entre ITG et le "salarié" porté sont sans objet au sens de l'article L121-1 du code du travail au terme duquel la relation salariée implique l'obligation pour l'employeur de fournir à l'employé un travail à exécuter et l'obligation pour ce dernier de l'exécuter. Elles estiment que "le système ITG" ne répond pas à cette exigence dans la mesure où c'est le salarié porté qui prospecte les différentes entreprises susceptibles de faire appel à ses services, ITG n'intervenant que dans un second temps pour valider ou non sa négociation. L'entreprise, prétendue employeur, n'aurait donc aucune prestation de travail à faire exécuter par le prétendu salarié.

Les critères principaux retenus pour caractériser un contrat de travail sont la réunion cumulative d'un lien de subordination et le versement d'une rémunération.

Il convient donc d'examiner les contrats conclus entre les demandeurs et ITG à l'aune de ces critères.

le lien de subordination

Il doit être apprécié au regard de la spécificité des activités de portage qui confèrent aux "salariés" une grande indépendance technique et organisationnelle, ainsi que cela se pratique dans toutes les prestations de type intellectuel que développent l'économie actuelle, comme par exemple pour les cabinets de conseil, d'avocats ou d'experts comptables.

* sur le plan économique

Si les contrats sont bien apportés par le consultant, il est fondamental de relever que les contrats de prestations de services ne sont jamais signés entre lui et le client mais toujours entre ce dernier et ITG. Chacun des contrats soumis au tribunal précise de plus que "la société se réserve le droit de ne pas accepter telle ou telle intervention pour quelque raison que ce soit".

Par ailleurs, le consultant doit accomplir sa mission une fois celle-ci acceptée (article 5 des contrats) "en respectant strictement les normes de qualité des consultants du réseau ITG".

Ainsi, les salariés portés ne peuvent être assimilés à des travailleurs indépendants dans la mesure où ils ne prennent aucun risque d'entreprise et où leurs missions sont contrôlées par l'entreprise.

* sur les pouvoirs de l'employeur

Il s'agit ici d'examiner si un lien de subordination existe au sens traditionnel, soit "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".

De ce point de vue, certaines dispositions des contrats retiennent l'attention du tribunal: l'article 2 précise que le salarié "s'engage à se conformer aux dispositions du règlement intérieur et notamment à fournir chaque mois son rapport mensuel d'activité dont la prise en compte est obligatoire pour l'établissement de la paie"; quant à l'article 4 du règlement intérieur, il prévoit que "le défaut de déclaration d'activité équivaut à une absence non justifiée et sera apprécié comme tel".

De plus, la société ITG fixe des objectifs en accord avec le salarié porté et a le pouvoir de le licencier en cas de non-respect de ces objectifs (cas de Mme Béatrice DOREZ et de Mme Gisèle BOURQUIN) ou de faute grave (cas de M. Pascal MAHE).

*sur l'appartenance à un service organisé

Ce critère est traditionnellement retenu comme un indice du lien de subordination ; à cet égard, les éléments significatifs suivants seront soulignés :

- l'adhésion d'ITG à la convention collective de branche SYNTEC CICF, puis la conclusion d'un accord d'entreprise "UES ITG" le 26 avril 2004 qui procure des garanties aux salariés (mise en place d'institutions représentatives du personnel, accord de participation, formation professionnelle), mais détaille également les dispositions applicables en matière de durée du travail, de contrôle du contenu du travail et de suivi de ce dernier.

Il convient de relever que le préambule de l'accord collectif indique que l'objectif poursuivi est de consacrer "l'existence d'une communauté de salariés réunissant l'ensemble des personnels des sociétés de l'UES ITG", qu'il fait référence à la convention collective de branche pour la classification des salariés et précise que l'activité des consultants s'exerce dans le cadre d'un contrat de travail à durée déterminée ou indéterminée en cas d'activité se poursuivant de manière récurrente (article 3.2.2 et 3.2.2.A).

- l'existence d'un règlement intérieur qui précise que le travail peut se dérouler dans les locaux de l'entreprise, à domicile ou dans les locaux des clients et qu'en toute hypothèse "les salariés demeurent soumis aux règles disciplinaires prévues par le présent règlement" ; ce dernier ajoute que le personnel opérationnel (consultants) ne peut subir une sanction quelconque de la part d'un client et doit refuser toute intégration dans un organigramme de ce dernier.

Le versement d'une rémunération

L'examen des contrats de travail et des bulletins de paie de chacun des requérants permet de constater que la rémunération est constituée d'une partie fixe au moins égale aux minima prévus dans la convention collective et qui repose sur les journées de mission effectuées, les heures consacrées à la prospection de clients et celles consacrées à la formation, et d'une partie variable qui dépend du résultat obtenu.

Par ailleurs, ITG cotise à tous les régimes obligatoires institués par la loi et qui organisent la protection sociale des salariés.

L'URSSAF de Paris a procédé à un contrôle d'ITG et lui a adressé ses observations le 9 février 2004 ; il en résulte qu'elle n'a nullement remis en cause la qualité de salariés des consultants, même si elle a présenté des observations en ce qui concerne la possibilité pour l'employeur d'appliquer les allègements de charges prévues dans la loi AUBRY II (réduction du temps de travail).

En définitive, l'examen approfondi des rapports créés entre ITG et ses consultants fait apparaître qu'ils s'inscrivent dans de réels liens de subordination juridique et économique tels que recherchés pour caractériser l'existence d'un contrat de travail.

CH. P. H.

Si le consultant dispose d'une large autonomie dans ses démarches commerciales, il remplit en même temps une fonction technique de conseil pour le compte et sous le contrôle de son employeur qui lui demande de réaliser ce travail après l'avoir validé.

La situation des contrats examinés par le tribunal, se rapproche de celles d'autres professions actuelles de nature commerciale ou intellectuelle dans lesquelles une grande marge d'initiative est laissée au salarié, lequel reste néanmoins sous la dépendance d'un employeur sur les plans juridique et économique.

Dans ces conditions les développements de la défenderesse et de l'UNEDIC sur les différentes causes de nullité des contrats soumis à l'appréciation du tribunal apparaissent dépourvues de pertinence.

L'ASSEDIC de Paris devra, en conséquence, prendre en compte les périodes cotisées par les demandeurs au titre des contrats de travail conclus avec la société ITG, et faire bénéficier ces derniers du régime des allocations de chômage correspondantes, sous astreinte de 50 € par jour de retard et par salarié, à l'expiration du délai d'un mois à compter de la signification du présent jugement, le tribunal se réservant la liquidation de l'astreinte.

En revanche, le tribunal ne fera pas droit aux demandes en paiement de dommages intérêts présentées par l'ensemble des requérants dans la mesure où aucune faute caractérisée de l'ASSEDIC de Paris et de l'UNEDIC n'est établie. En effet, compte tenu du manque de réglementation du travail porté et des hésitations tant de la doctrine que des pouvoirs publics mais aussi de l'absence de jurisprudence établie, il ne peut leur être reproché d'avoir, de mauvaise foi, refusé de faire droit aux demandes des requérants.

Sur le fondement des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile, l'ASSEDIC de Paris servira à chacun des salariés la somme de 1.000 € au titre de ses frais irrépétibles, le syndicat CFDT BETOR PUB étant également débouté de ce chef pour ce qui le concerne.

Compatible avec la nature de l'affaire et nécessaire, l'exécution provisoire sera ordonnée.

PAR CES MOTIFS

Le Tribunal, statuant en audience publique, contradictoirement et en premier ressort :

Ordonne à l'ASSEDIC de Paris de faire bénéficier Mme Marie Alice CHRISTIAN, M. Pascal MAHE, Mme Béatrice DOREZ, Mme Gisèle BOURQUIN et Mme Nelly LEVY du régime des allocations chômage pour les périodes cotisées au titre de leurs contrats de travail conclus avec la société ITG ;

Assortit cette condamnation d'une astreinte de 50 € par jour de retard et par salarié à l'expiration du délai d'un mois à compter de la signification du jugement à intervenir ;

Se réserve la liquidation de l'astreinte ;

EXPÉDITION exécutoire dans l'affaire :

1er Demandeur : **Mme Marie Alice CHRISTIAN** et autres

contre 1er Défendeur : **ASSEDIC DE PARIS** et autres

EN CONSÉQUENCE, LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE mande
et ordonne :

A tous les huissiers de justice, sur ce requis, de mettre ladite
décision à exécution,

Aux Procureurs Généraux et aux Procureurs de la République
près les Tribunaux de Grande Instance d'y tenir la main,

A tous commandants et officiers de la force publique de prêter
main-forte lorsqu'ils en seront requis.

En foi de quoi la présente a été signée et délivrée par nous
Greffier en Chef soussigné au Greffe du Tribunal de Grande
Instance de Paris

p/Le Greffier en Chef

