

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 6 - Chambre 4
ARRÊT DU 20 FEVRIER 2018

Numéro d'inscription au répertoire général S 15/12899

Décision déferée à la Cour : jugement rendu le 22 Octobre 2015 par le Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de PARIS section activités diverses RG n° 15/04684

APPELANT

Monsieur Freddy Z
PARIS
né en 1968 à LA ROCHE SUR YON (85000)
comparant en personne, assisté de Me Christophe PASCAL, avocat au barreau de PARIS,
toque C0792

INTIMÉ

Me Y Xavier (SCP Y DAUDE) - Mandataire liquidateur de l'Association COMPAGNIE LES AMES EN SCENE
PARIS

Représentée par Me Arnaud CLERC de la SELARL LAFARGE ASSOCIÉS, avocat au barreau de PARIS, toque T10 substituée par Me Charlotte CASTETS, avocat au barreau de PARIS, toque T10

PARTIE INTERVENANTE

Association UNEDIC DÉLÉGATION AGS CGEA IDF OUEST
LEVALLOIS PERRET
représentée par Me Arnaud CLERC de la SELARL LAFARGE ASSOCIÉS, avocat au barreau de PARIS, toque T10 substituée par Me Charlotte CASTETS, avocat au barreau de PARIS, toque T10

COMPOSITION DE LA COUR

En application des dispositions de l'article 945-1 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 16 Octobre 2017, en audience publique, les parties ne s'y étant pas opposées, devant Mme Roselyne GAUTIER, Conseillère, chargée du rapport.

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

Mme Roselyne GAUTIER, Conseillère, faisant fonction de Président

Mme Soleine HUNTER FALCK, Conseillère

Madame Marianne FEBVRE-MOCAER, Conseillère

qui en ont délibéré

Greffier : Mme Chantal HUTEAU, lors des débats

ARRÊT :

- Contradictoire,

- prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt 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,

- signé par Mme Soleine HUNTER FALCK, Conseillère, faisant fonction de Président, pour Président empêché et par Madame Chantal HUTEAU, Greffier à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire

Monsieur Freddy Z, né en 1968, a été engagé, à compter du 26 septembre 2011 par l'association LA COMPAGNIE LES AMES EN SCENE en qualité d'artiste pour jouer le rôle de LEBRET dans la pièce CYRANO DE BERGERAC.

A ce titre, il s'est vu remettre plusieurs contrats de travail à durée déterminée d'usage. Les relations de travail ont pris fin le 21 novembre 2014.

Le 20 avril 2015, Monsieur Freddy Z a saisi le Conseil des Prud'hommes de PARIS pour voir requalifier la relation de travail en contrat à durée indéterminée et voir condamner l'employeur au paiement notamment, d'indemnités et de dommages et intérêts pour licenciement irrégulier et sans cause réelle et sérieuse et de rappels de salaires.

Par jugement en date du 22 octobre 2015, le Conseil de prud'hommes de Paris a :

Requalifié le contrat durée déterminée en un contrat à durée indéterminée;

Fixé le salaire mensuel de Monsieur Freddy Z à 630,00 euros;

Condamné l'ASSOCIATION LA COMPAGNIE LES AMES EN SCENE à payer à Monsieur Freddy Z les sommes suivantes

-630,00 euros au titre de l'indemnité de l'Article L.1245-2 du Code du Travail avec intérêts au taux légal sur ces sommes, à compter du jour du prononcé du jugement.

- 1 260,00 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis;

- 378,00 euros à titre d'indemnité de licenciement;

-11 175,00 euros à titre de rappel de salaire;

- les intérêts au taux légal sur ces sommes, à compter de la date d'envoi à la partie défenderesse de la convocation devant le bureau de jugement;
- 630,00 euros à titre d'indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement;
- 1260 euros à titre de dommages et intérêts pour rupture abusive;
- les intérêts au taux légal sur ces sommes à compter du jour du prononcé du jugement;

Ordonné la remise des documents sociaux conformes au présent jugement.

Ordonné l'exécution provisoire du présent jugement en application de l'article R 1245-1 du Code du Travail;

Débouté les parties du surplus de leurs demandes;

Condamné l'ASSOCIATION LA COMPAGNIE LES AMES EN SCENE au paiement des entiers dépens."

La cour statue sur l'appel régulièrement interjeté le 14 décembre 2015, par Monsieur Freddy Z.

En cours de procédure, le 12 mai 2016 le Tribunal de grande instance de Paris a ouvert la liquidation judiciaire de l'ASSOCIATION LA COMPAGNIE LES AMES EN SCENE et désigné Maître Xavier Y ès qualités de mandataire liquidateur.

Vu les conclusions du 16 octobre 2017 au soutien de ses observations orales par lesquelles Monsieur Freddy Z demande à la cour de : Infirmer le jugement ;

Fixer la rémunération mensuelle moyenne de Monsieur Z à 1.340,52 euros ;

Ordonner l'inscription au passif de l'Association LES AMES EN SCENE d'un rappel de salaires de 43.228,66 euros au bénéfice de Monsieur Freddy Z;

Ordonner la remise à Monsieur Freddy Z par l'Association LES AMES EN SCENE sous astreinte de 500 euros par jour de retard à compter du prononcé du Jugement à intervenir, de l'ensemble des documents sociaux afférents au contrat de travail, certificat de travail, bulletins de paie, attestation POLE EMPLOI conformes;

Ordonner l'inscription au passif de l'Association LES AMES EN SCENE d'une somme de 10.000 euros à titre de dommages intérêts en réparation des préjudices subis par Freddy Z, du fait de l'inexécution par l'Association LES AMES EN SCENE de ses obligations de remise d'un contrat de travail et de l'ensemble des documents sociaux afférents, certificat de travail, bulletins de paye et attestation POLE EMPLOI conformes;

Ordonner l'inscription au passif de l'Association LES AMES EN SCENE pour Monsieur Freddy Z de :

- Une indemnité de requalification au titre de l'article L 1245-2 du Code du Travail de 1.340,52 euros;
- une indemnité de préavis de 2.681,03euros en application de l'article 7.6 de

la Convention Collective;

- une indemnité de licenciement de 804,31 euros en application de l'article 7.7 de la Convention Collective;

- une indemnité pour non respect de la procédure de licenciement (article L 1235-2 du Code du Travail) de 1.340,52 euros ;

-une indemnité de 17.000 euros en application de l'article L1235-3 du Code du Travail

Constater l'existence d'un travail dissimulé en l'absence de contrat de travail, bulletins de paye et documents sociaux, pour l'ensemble des périodes de travail concernées; Ordonner l'inscription au passif de l'Association LES AMES EN SCENE d'une indemnité forfaitaire de 8.043,12 euros ; Confirmer le Jugement en ce qu'il a :

- Requalifié la relation de travail entre Monsieur Freddy Z et l'Association LES AMES EN SCENE en un contrat de travail à durée indéterminée ayant couru à compter du 26 septembre 2011;

- Constaté que cette relation a été rompue sans motif et sans respect d'une quelconque procédure de licenciement le 23 novembre 2014; Dire que l'AGS doit sa garantie, dans la limite du plafond 6; Ordonner l'inscription au passif de l'Association LES AMES EN SCENE d'une somme de 5.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure Ordonner l'inscription au passif de l'Association LES AMES EN SCENE des dépens de l'instance .

Vu les conclusions du 16 octobre 2017 au soutien de leurs observations orales par lesquelles L'UNEDIC DÉLÉGATION AGS CGEA d'Ile de France Ouest et Maître Xavier Y ès qualités de mandataire liquidateur de l'Association LES AMES EN SCENE demande à la cour de :Dire et juger que Monsieur Z a été embauché par l'Association La Compagnie LES AMES EN SCENE par contrats de travail à durée déterminée - intermittents du spectacle en qualité d'acteur;

Dire et juger que ses contrats précisent à chaque fois les dates des interventions et leur objet, et que les bulletins de salaires ont été établis sur ces bases;

Débouter Monsieur Z de sa demande de requalification de ses contrats à durée déterminée d'usage d'intermittents du spectacle en contrat à durée indéterminée et des demandes y afférentes;

Dire et juger en toute hypothèse que Monsieur Z n'était pas à la disposition de l'Association la Compagnie LES AMES EN SCENE puisqu'il avait d'autres activités en parallèle notamment de coach sportif mais également de producteur financier et de comédien interprète;

Débouter Monsieur Z de sa demande de requalification de contrat à temps partiel en temps plein à hauteur d'un SMIC;

A titre subsidiaire,

Dire et juger que la Compagnie LES AMES EN SCENES employait moins de 11 salariés;

Débouter monsieur Z de sa demande de dommages et intérêts pour rupture abusive dès lors qu'il ne verse aucun justificatif de son préjudice;

Infirmier jugement de première instance en ce qu'il a accordé une indemnité au titre du non-respect de la procédure de licenciement;

A titre très subsidiaire,

Limiter le montant des dommages et intérêts à un euro symbolique;

Rejeter la demande d'indemnité pour travail dissimulé dès lors qu'il a bien été remis à Monsieur Z des contrats à durée déterminée d'usage - intermittents du spectacle ainsi que des bulletins de salaires correspondants;

Dire et juger que s'il y a lieu à fixation, celle-ci ne pourra intervenir que dans les limites de la garantie légale; Dire et juger qu'en tout état de cause, la garantie prévue aux dispositions de l'article L.3253-6 du code du travail ne peut concerner que les seules sommes dues en exécution du contrat de travail au sens dudit article L.3253-8 du code du travail, les astreintes, dommages et intérêt mettant en oeuvre la responsabilité de droit commun de l'employeur ou article 700 étant ainsi exclus de la garantie;

Dire et juger qu'en tout état de cause la garantie de l'AGS ne pourra excéder, toutes créances confondues, l'un des trois plafonds fixés, en vertu des dispositions des articles L.3253-17 et D.3253-5 du code du travail; Statuer ce que de droit quant aux frais d'instance sans qu'ils puissent être mis à la charge de l'UNEDIC AGS.

Pour un plus ample exposé des faits, de la procédure et des moyens et prétentions des parties, la cour se réfère à leurs dernières conclusions visées par le greffier et développées lors de l'audience des débats.

SUR CE

Sur le rappel de salaires

La demande de rappel de salaires est fondée à la fois sur nombre de représentations assurées et sur l'application du salaire minimum.

La convention collective applicable est celle des entreprises du secteur privé du spectacle vivant, entrée en vigueur et étendue à compter du 1er juillet 2013.

Jusqu'à cette date il conviendra d'appliquer le montant des cachets fixés aux termes des contrats.

A compter du 1er juillet 2013, au vu des mentions de la convention collective la Cour considère que le cachet minimum applicable est celui de 100 euros par représentation et à compter du 1er janvier 2014 celui de 101 euros.

Par ailleurs au vu des plannings produits non sérieusement, contestés par l'employeur, plannings corroborés par les échanges de mail et plusieurs attestations concordantes de salariés et de spectateurs, qui font état de nombreuses séances supplémentaires notamment

pendant les vacances scolaires, il est établi que Monsieur ... a assuré de nombreuses représentations en plus de celles ayant fait l'objet de contrats d'usage.

Il convient donc d'infirmier le jugement et au vu des éléments du dossier, de retenir le nombre de représentations décomptées par le salarié.

La convention collective rend obligatoire la rémunération des répétitions.

Par ailleurs il convient de considérer que ces répétitions indispensables à la bonne marche du spectacle constituent un travail effectif, et que l'employeur ne peut pas opposer le fait qu'il était d'usage de considérer que les répétitions relevaient du bénévolat.

Il y a donc lieu d'infirmier le jugement sur ce point de faire droit à la demande en paiement de ce chef à hauteur des sommes réclamées, le nombre de répétitions n'étant pas contesté.

Au vu des considérations ci-dessus énoncées il y a lieu de faire droit à la demande de rappel de salaires à hauteur de 30 043,56 euros et de fixer le salaire mensuel moyen en référence aux 3 derniers mois, à la somme de 1140,20 euros.

Sur la requalification de la succession de contrats à durée déterminée d'usage

Un contrat de travail à durée déterminée ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire notamment lorsqu'il s'agit d'emplois à caractère saisonnier ou pour lesquels, dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par convention ou accord collectif de travail étendu, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois (article L 1242-2 3° C. ...).

Deux conditions de fond doivent donc être réunies pour justifier légalement le recours aux contrats à durée déterminée d'usage : la première tient au secteur d'activité, la seconde à la nature temporaire de l'emploi pourvu.

En ce qui concerne le secteur d'activité, le seul fait qu'il figure dans la liste fixée par le décret (C. trav., art. D.1242-1) ne suffit pas à justifier pour tous les emplois de ce secteur, le recours à un contrat à durée déterminée d'usage.

Il faut également qu'il soit d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de l'emploi concerné.

Dans ce cas, des contrats à durée déterminée successifs peuvent être conclus avec un même salarié à condition d'être justifiés par des raisons objectives qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi.

C'est à l'employeur qui se prévaut de cet usage d'en apporter la preuve. Le contrat à durée déterminée d'usage est obligatoirement écrit.

En l'espèce L' ASSOCIATION LES AMES EN SCENE de par la nature de ses activités à savoir la production de pièces de théâtre est en droit d'utiliser les contrats à durée déterminée d'usage mais à la condition d'en respecter les conditions.

Or, au vu des pièces produites aux débats, contrats à durée déterminée d'usage successifs, attestations de salariés et de spectateurs, échanges d'email entre le salarié et l'employeur, planning envoyés par mails, il est établi que :

- les parties ont signé successivement du 1er novembre 2011 au 1er octobre 2014, plusieurs contrats d'usage à durée déterminée, tous datés du 1er jour du mois, chacun étant relatif à une seule représentation ;

-ces contrats de travail qui ne visent pas la convention collective applicable, qui font référence au contrat à durée déterminée d'usage sans préciser la nature de l'emploi occupé, Monsieur Z étant engagé en qualité d'artiste, sans autres précisions, ne sont pas conformes aux exigences légales;

-Monsieur Z a été engagé pour assurer de manière continue le rôle de LEBRET dans la pièce CYRANO de BERGERAC, un spectacle joué plusieurs fois par semaine pendant au minimum 3 ans;

-de très nombreuses représentations assurées par Monsieur Z n'ont pas fait l'objet de contrats ;

-les parties n'ont signé aucun contrat avant le 1er novembre 2011 alors même qu'il ressort des conclusions du mandataire liquidateur que le salarié a commencé à jouer la pièce en septembre 2011;

Au vu de ces constatations, de la nature permanente du rôle assuré par Monsieur Z, dans une pièce de théâtre produite par l' ASSOCIATION LES AMES EN SCENE et jouée sur plusieurs années le caractère temporaire de son emploi n'est pas établi.

Par ailleurs il n'est pas justifié de contrats écrits dès le début de la relation de travail, ni même tout au long de la relation de travail.

Il convient donc de confirmer le jugement qui a fait droit à la demande de requalification de l'ensemble de la relation de travail en un contrat à durée indéterminée et ce, à compter du 26 septembre 2011.

Il y a lieu de constater que contrairement à ce que prétend l'employeur, le salarié n'a jamais sollicité la requalification à temps plein.

Sur les conséquences de la requalification du contrat de travail en contrat à durée indéterminée

Le salarié est en droit du fait de la requalification de prétendre au paiement d'une indemnité fixée en application de l'article 1245-2 du code du travail à la somme de 1140,20euros.

La requalification de l'ensemble de la relation de travail en contrat à durée indéterminée entraîne nécessairement la requalification de la rupture intervenue à l'issue du dernier contrat d'usage, en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

En application de la convention collective et du code du travail, le salarié qui a plus de 2 ans d'ancienneté est en droit de prétendre au paiement des sommes suivantes :

- 2280,40 euros au titre de l'indemnité compensatrice de préavis ;

-684,12 euros au titre de l'indemnité de licenciement;

Il n'est pas contesté que l'entreprise comptait moins de 11 salariés.

Il convient pour évaluer le préjudice du salarié, pour licenciement abusif de tenir compte de son ancienneté, des circonstances du licenciement notamment de l'interruption brutale de son contrat, alors qu'il était prévu sur le planning jusqu'en février 2015, et qu'il menait une action afin de régularisation du paiement de ses cachets, mais aussi de l'absence de tous éléments justificatifs de la réalité de l'évolution de sa situation.

Dès lors il est alloué à Monsieur Z la somme de 5000 euros en application de l'article L 1235-5 du code du travail.

La qualification de licenciement découlant de la requalification de la relation de travail, il n'est pas contestable que la procédure de licenciement, n'a pas été respectée.

Cependant, en l'absence de tout préjudice spécifique distinct de celui déjà réparé au titre de la rupture abusive du contrat de travail il y a lieu d'infirmier le jugement et de dire que la demande d'une indemnité supplémentaire pour licenciement irrégulier au visa de l'article L1235-2 du code du travail, n'est pas fondée.

Sur le travail dissimulé

L'article L.8221-1 du code du travail prohibe le travail totalement ou partiellement dissimulé défini par les articles L.8221-3 et L.8221-5 du même code.

Aux termes de l'article L.8223-1 du code du travail, le salarié auquel l'employeur a recours dans les conditions de l'article L.8221-3 ou en commettant les faits prévus à l'article L.8221-5 du même code relatifs au travail dissimulé a droit, en cas de rupture de la relation de travail, à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire.

Toutefois, la dissimulation d'emploi salarié prévue par ces textes n'est caractérisée que s'il est établi que l'employeur a agi de manière intentionnelle.

En l'espèce il vient d'être jugé que le salarié qui n'a signé des contrats et reçu des bulletins de paie que pour 139 représentations devait être rémunéré pour 464 représentations.

L'importance de l'activité non déclarée et l'absence de toute justification de déclaration préalable d'embauche caractérise la mise en oeuvre intentionnelle d'un mécanisme frauduleux, constitutif du délit de travail dissimulé.

Il convient donc d'infirmier le jugement et de faire droit à la demande d'indemnité forfaitaire au titre du travail dissimulé hauteur de 6841,20 euros.

Sur la demande de dommages et intérêts fondée sur les articles 1142 du code civil et les articles L2141-5 et L2141-8 du code du travail

Cette demande de dommages et intérêts qui vise le non-respect par l'employeur de ses obligations contractuelles relatives à la remise d'un contrat de travail et des documents sociaux n'est nullement explicité. Il convient donc de confirmer le jugement qui, relevant l'absence de préjudice distinct de celui résultant du licenciement a rejeté la demande.

Sur la remise des documents sociaux

Il y a lieu d'ordonner la remise par le mandataire liquidateur des documents sociaux notamment le certificat de travail et l'attestation pôle emploi conformes au présent arrêt et d'infirmer le jugement du Conseil de Prud'hommes sur le prononcé de l'astreinte qui n'apparaît nullement nécessaire.

Sur les intérêts

Si les créances de nature salariale portent intérêts de droit à compter de la date de réception par la partie défenderesse de la convocation devant le bureau de conciliation, soit le 25 avril 2014, et les créances à caractère indemnitaire à compter du jour du prononcé du présent arrêt, il convient cependant de rappeler que par application de l'article L 622-28 du code de commerce le cours des dits intérêts légaux a été arrêté par le jugement d'ouverture de la procédure collective.

Sur la garantie de L' AGS

Il résulte des articles L 622-21, L622-22,L625-3 et L626-25 du code du commerce, que les instances en cours devant la juridiction prud'homale à la date du jugement d'ouverture de la procédure collective ne sont pas suspendues mais sont poursuivies en présence du mandataire judiciaire . La procédure ne peut toutefois tendre qu'à la fixation des créances .

En l'espèce le salarié ayant été licencié avant l'ouverture de la procédure collective, les indemnités telles que la Cour les a fixées doivent être inscrites au passif de l' ASSOCIATION LES AMES EN SCENE représentée par son mandataire liquidateur et être garanties par l'AGS dans les limites légales et selon le plafond applicable.

Sur les frais irrépétibles et les dépens

Il convient de confirmer les dispositions du jugement sur les frais irrépétibles et les dépens

Par ailleurs compte tenu de la procédure de liquidation judiciaire, il y a lieu de dire que chacune de parties supportera la charge de ses frais irrépétibles exposés en cause d'appel et que le dépens de première instance et d'appel seront pris en frais privilégiés de la liquidation .

PAR CES MOTIFS

Déclare l'appel recevable

Confirme le jugement en ce qu'il a :

- Requalifié la relation de travail entre Monsieur Freddy Z et l'ASSOCIATION LES AMES EN SCENE en un contrat de travail à durée indéterminée ayant couru à compter du 26 septembre 2011;

- Dit cette relation a fait l'objet d'une rupture abusive ;

-Rejeté la demande de dommages et intérêts d'un montant de 10 000 euros;

-Rejeté les demandes au titre des frais irrépétibles;

-laissé les dépens à la charge de l'employeur Infirme le jugement du Conseil de Prud'hommes pour le surplus, et statuant à nouveau,

Fixe la créance de Monsieur Freddy Z au passif de l'ASSOCIATION LES AMES EN SCENE représentée par Xavier Y ès qualités de mandataire liquidateur aux sommes suivantes:

-30 043,56 euros au titre des rappels de salaires;

- 2280,40 euros brut au titre de l'indemnité compensatrice de préavis ;

-684,12 euros brut au titre de l'indemnité de licenciement;

-5 000 euros net au titre de dommages intérêts pour licenciement abusif;

-6841,20 euros net à titre d'indemnité pour travail dissimulé;

Ordonne la remise par Maître ès qualités de mandataire liquidateur des documents sociaux notamment le certificat de travail les bulletins de paie ou un bulletin de paie récapitulatif et l'attestation pôle emploi conformes au présent arrêt, et ce sans astreinte,

Rejette le surplus des demandes ;

Dit que L'AGS -CGEA d'île de France Ouest devra garantir le paiement des créances fixées dans la limite de sa garantie et du plafond légal;

Rappelle que le cours des intérêts qui courent au taux légal à compter 25 avril 2014, date de la convocation de l'employeur devant le bureau de conciliation pour les créances à caractère salarial, et à compter du présent arrêt pour le surplus, a été arrêté par le jugement d'ouverture de la procédure collective;

Dit que les dépens de première instance et d'appel seront pris en frais privilégiés de la liquidation.

LE GREFFIER
PRÉSIDENT