

Copie

Délivrée à: tribunal du travail francophone de Bruxelles

art. Autres

Exempt du droit de greffe - art. 280,2° C.Enr.

Expédition

Numéro du répertoire
2015 / 2972
Date du prononcé
25 novembre 2015
Numéro du rôle
2011/AB/612

Délivrée à
le
€
JGR

Cour du travail de Bruxelles

quatrième chambre

Arrêt

COVER 01-00000325839-0001-0030-01-01-1



DROIT DU TRAVAIL - contrats de travail-employé

Arrêt contradictoire

Définitif en partie

Renvoi au rôle particulier pour le surplus

La SA FNAC BELGIUM, dont le siège social est établi à 1140 Evere, avenue Jules Bordet, 142 et inscrite à la BCE sous le numéro 0421.506.570;

Appelante,

représentée par Maître Claudia Allatta, avocat à Bruxelles.

contre

Monsieur Alain S

Intimé,

représentée par Maître Valérie Leleu loco Maître Didier Lemaire, avocat à Bruxelles.

★

★ ★

INDICATIONS DE PROCÉDURE

La SA FNAC BELGIUM a interjeté appel le 7 septembre 2006 d'un Jugement prononcé par le Tribunal du travail de Bruxelles le 13 juillet 2006.

L'appel a été introduit dans les formes et les délais légaux. Dès lors, il est recevable.

La cause a été omise du rôle le 13 décembre 2010, conformément à l'article 730, § 2, du Code judiciaire. Elle a été réinscrite à la demande de Monsieur Alain S, formée par un courrier en date du 4 juillet 2011.

Les dates pour conclure ont été fixées par une ordonnance du 1^{er} juin 2012, prise à la demande de Maître LEMAIRE pour l'intimé.

L'appelante a déposé ses conclusions le 18 octobre 2011 et ses conclusions de synthèse le 9 août 2013. Elle a également déposé son dossier de pièces le 20 décembre 2013.



L'intimé a déposé ses conclusions le 12 juillet 2011, ses conclusions de synthèse le 28 janvier 2013 et ses conclusions de synthèse et ultime réplique le 20 décembre 2013. A cette date, le greffe a également reçu son dossier de pièces. Celui-ci sera déposé une seconde fois le 1^{er} octobre 2015.

La cause initialement fixée pour plaidoirie le 8 janvier 2014 a été remise au 25 novembre 2015 à la demande de Maître LEMAIRE.

Elle a été plaidée lors de l'audience publique du 25 novembre 2015 et a été prise en délibéré immédiatement.

Il a été fait application de l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire.

I. FAITS ET ANTECEDENTS DE LA PROCEDURE.

I.1. Les faits.

Les faits pertinents de la cause tels qu'ils résultent des dossiers déposés et des explications non contestées fournies par les parties, peuvent être résumés comme suit :

1.

Le 15 juillet 1998, les parties ont signé un premier contrat (dossier de l'intimé, 3^{ème} partie – nouvelles pièce 1), intitulé « *Convention de gérance* », conclu pour une période de six mois renouvelable et relatif au point de vente FNAC Service Dumon. Cette convention a été résiliée par Monsieur S par lettre recommandée du 16 octobre 1998 avec effet au 30 novembre 1998 (dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièces 15bis 1 et 15bis 2).

A la demande de Monsieur S (cf. pièce 3 du dossier de l'appelante), une seconde « *Convention de gérance* » a été conclue entre les parties en date du 23 février (lire 1999) pour une prise en charge du point de vente FNAC Service Dumon au 1^{er} avril 1999 avec une période d'essai de six mois.

Selon l'objet du contrat (article 1.1.) :

« La FNAC BELGIUM confie au gérant indépendant, qui accepte, l'exploitation d'un fonds de commerce, exploité sous l'enseigne Fnac Service, situé à l'adresse et dans les locaux désignés à l'article 26.1.

La FNAC BELGIUM reste propriétaire de son fonds de commerce.

Le gérant indépendant assume la garde et la conservation des biens qui lui sont confiés ; il vend des produits et services en nom et pour compte de la FNAC BELGIUM SA à qui il remet fidèlement la recette. ».



Suivant l'article 6, le gérant a droit à une commission égale à un pourcentage du chiffre d'affaires hors taxes réalisé par lui dans le point de vente. Cette commission, payable le vingt du mois suivant celui dans lequel le chiffre d'affaires a été réalisé, est fixée par l'article 26.4. de la manière suivante :

- sur les travaux photos, consommables et accessoires : 9% la première année, 10%, la deuxième année et de 11% la troisième année ;
- sur les consoles de jeux, jeux vidéo, logiciels et cassettes vidéo enregistrées : 5% ;
- sur les GSM : 0%.

Un avenant à la convention de gérance constate toutefois la reprise du point de vente au 24 mars 1999 et stipule, par ailleurs, en faveur de Monsieur S que « la commission mensuelle serait de 11% et que les 6 premiers mois de prestation du premier contrat lui seront acquis en tant que période d'essai » (dossier de l'appelante, pièce 4).

2.

Suite à sa récente affiliation à une caisse d'assurances sociales pour travailleurs indépendants, Monsieur S. est informé le 4 juin 1999 de ce qu'un inspecteur social de l'ONSS se présentera au magasin le 15 juin 1999 (dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièce 41).

A cette date, Monsieur S est entendu. Il explique qu'il a « tenu » le magasin FNAC SERVICE du 15 juillet 1998 au 30 novembre 1998 ; qu'après cette période, il a repris son contrat de travail chez GB ; qu'il a ensuite démissionné chez GB et a repris le magasin FNAC qu'il exploite en date du 1^{er} avril 1999 ; qu'il s'est immatriculé à la TVA et s'est inscrit au registre de commerce ; qu'il travaille seul et n'occupe pas de personnel salarié à l'exception d'étudiants durant un mois pendant les mois de vacances d'été ; que lors de la signature du contrat de gérance, toutes les conditions de travail ont été expliquées par Monsieur D (directeur FNAC SERVICE), à l'exception des heures d'ouverture et de fermeture du magasin, qui n'ont pas été spécifiées à ce moment ; que c'est la FNAC qui est titulaire du fonds de commerce et de la clientèle ainsi que locataire du magasin ; que les heures d'ouverture et de fermeture du magasin ont été imposées par la FNAC ; qu'ainsi, lorsqu'il s'est marié, il n'a pas pu fermer le magasin et a dû trouver quelqu'un pour le remplacer afin d'assurer l'ouverture du magasin ; que, concernant la gestion du magasin, il est tenu de respecter le concept FNAC et les directives énoncées par FNAC concernant l'agencement du magasin et les produits pouvant être vendus à la clientèle. Il signale également qu'il a reçu l'ordre émis par Monsieur D d'engager du personnel étudiant durant l'été 1998 afin d'assurer le service à la clientèle, l'été étant une période importante et Monsieur D ayant estimé de son propre chef qu'il ne s'en sortirait pas, raison pour laquelle Monsieur D lui a ordonné d'engager un étudiant ; qu'il a refusé d'engager la personne que Monsieur D lui proposait et qu'il a engagé un étudiant habitant dans le quartier. Il déclare, enfin, que chaque semaine, Monsieur D vient chercher la feuille reprenant le chiffre d'affaires



hebdomadaire et qu'une réunion où sont exposés les résultats financiers de chaque magasin FNAC est organisée chaque année (dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièce 41).

Le procès-verbal d'audition du 15 juin 1999 ayant été envoyé à la FNAC, Monsieur S rectifiera une partie de ses déclarations par lettre du 30 août 1999 : « ... je réponds que Monsieur D ne m'a aucunement ordonné d'engager du personnel étudiant mais plutôt qu'il m'a conseillé de me faire aider par du personnel étudiant étant donné que je débute... » (dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièce 42).

3.

Diverses difficultés émaillent les relations entre les parties.

Ainsi, dans un courrier du 31 décembre 2000 adressé à la SA FNAC SERVICE, à l'attention de Monsieur Georges D , Monsieur S invoque déjà un problème de « *faux indépendant* » ; il émet des propositions qui vont dans le sens d'une plus grande autonomie de gestion et demande une augmentation du taux de la commission sur le chiffre d'affaires (dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièce 78).

En mars 2001, il consulte le syndicat des Indépendants et des PME et émet les attentes qu'il souhaiterait voir soumettre à la FNAC, entre autres : de pouvoir commander des produits directement à la centrale d'achats, de pouvoir fermer le magasin pour des raisons exceptionnelles ou durant les congés annuels, de voir augmenter les taux de commission sur les ventes et enfin, de pouvoir souscrire avec la FNAC un contrat de franchise afin de résoudre le statut de « *faux indépendant* » (dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièce 73ter).

Le 10 juillet 2003 (dossier de l'intimé, 1^{re} partie, pièce 4), Maître LEMAIRE, conseil de Monsieur S écrit à la FNAC, d'une part, pour contester le non-versement par son client d'une somme relative à la 7^{ème} semaine de 2002, ainsi qu'un manque de communication de son client à ce sujet et, d'autre part, pour soumettre à la FNAC des plaintes de son client :

« 2. Monsieur S se plaint d'une obstruction manifeste de vos services concernant les commandes d'appareils ne figurant pas dans les listings FNAC SERVICE. Cette situation est particulièrement manifeste depuis le mois de mars 2003. Jusqu'alors, les appareils se trouvant à la FNAC étaient fournis en une semaine et les autres faisaient l'objet d'un achat par l'intermédiaire de Monsieur Y. S Cette situation se poursuit d'ailleurs encore aujourd'hui en ce qui concerne les autres FNAC SERVICE.

Par contre, quand Monsieur S commande un appareil qui ne figure pas dans le listing de FNAC SERVICE, il ne reçoit pas de réponse positive ou négative dans un premier temps et après plusieurs rappels, on lui répond systématiquement que la commande ne peut pas être honorée. Ce manque de collaboration, qui constitue d'ailleurs une discrimination par rapport aux autres FNAC SERVICE, semble provenir



d'une politique délibérée et entraîne un grand mécontentement chez les clients et souvent la perte de ceux-ci dès lors qu'il faut une longue durée pour qu'ils apprennent qu'ils sont priés d'aller passer commande directement auprès de la FNAC au centre ville.

Cette situation inacceptable entraîne également une perte de revenus évidente pour Monsieur S

Je vous prie de prendre les mesures nécessaires pour qu'il soit remédié à cet état de fait et que les services du groupe soient menés à collaborer positivement avec Monsieur S comme ce fut le cas dans le passé et comme ce l'est encore aujourd'hui avec les autres FNAC SERVICE.

3. *Enfin, il est regrettable que l'on ait supprimé à Monsieur S la vente des CD audio et des DVD d'où un manque à gagner, même si cette commercialisation était difficile ainsi qu'il fut exposé précédemment. ».*

4.

Le 17 décembre 2003 (dossier de l'intimé, 1^{re} partie, pièce 10), par un courrier officiel adressé aux avocats de la FNAC, Maître LEMAIRE effectue une mise au point concernant la somme restée impayée en février 2002 par son client (erreur de la FORTIS BANQUE) et interpelle la société concernant l'« horaire infernal » que son client a supporté « *puisque son magasin est ouvert toute l'année du lundi au samedi de 9 h 30 à 18 h 30 avec une interruption dérisoire d'une demi-heure à 13 h* ». Il précise que « *ce sont des conditions de travail inhumaines qui ne peuvent être prolongées indéfiniment* » et fait part de ce « *qu'à partir du 15 janvier 2004, en tenant compte des statistiques journalières et des habitudes des autres commerçants voisins et de la clientèle, le magasin exploité par Monsieur S sera fermé le lundi ainsi qu'une semaine en février, en juin et en octobre et que l'interruption journalière se fera de 12 h 30 à 13 h 30.* ».

La FNAC réagit à cette lettre par un courrier de son conseil en date du 9 janvier 2004 (dossier de l'intimé, 1^{re} partie, pièce 10bis) dont le contenu est en substance le suivant :

- au sujet de la somme impayée, Monsieur S est mis en demeure par la FNAC de la payer dans les 15 jours ;
- au sujet de l'horaire et des congés, la FNAC rappelle les clauses du contrat qui obligent Monsieur S à respecter les heures normales d'ouverture et de tenir le point de vente ouvert sans interruption ;
- en conséquence, la FNAC met Monsieur S en demeure de rectifier l'information déjà distribuée à la clientèle au sujet de l'horaire, de ne pas modifier cet horaire et de



ne pas fermer durant les congés, en menaçant d'appliquer l'article 15 de la convention (résiliation immédiate).

5.

Le 16 janvier 2004, l'huissier de Justice Philippe MORMAL constate que, sur la porte du point de vente, est présent un autocollant dans les deux langues nationales indiquant : « *Horaire d'ouverture du mardi au samedi de 9h30 à 12h30 et de 13h30 à 18h30* » (dossier de l'appelante, pièce 10).

Le même jour à 17 heures, sous la signature du Directeur de FNAC SERVICE, Georges D Monsieur S se voit remettre par l'huissier de justice un courrier lui notifiant la résiliation immédiate de la convention et lui intimant de restituer immédiatement le fonds de commerce et les clés du point de vente, ce que l'intéressé fait aussitôt entre les mains de l'huissier (dossier de l'intimé, 1^{re} partie, pièce 15bis).

6.

Le 19 janvier 2004 (dossier de l'intimé, 1^{re} partie, pièce 15ter), Monsieur S réagit en affirmant que l'autorité exercée par la FNAC est caractéristique du contrat de travail. Il met la FNAC en demeure de lui délivrer un certificat de chômage C4 et de lui payer toutes les sommes dues en vertu du contrat de travail, y compris une indemnité de rupture.

Dans un courrier du même jour adressé aux conseils de la FNAC, Maître LEMAIRE fait allusion à la problématique des « *faux indépendants* » (dossier de l'intimé, 1^{re} partie, pièce 15),

La FNAC ne réserve aucune suite à ces courriers (en tout cas, aucune pièce n'est produite à cet égard).

7.

Le 17 février 2004, Monsieur S cite la SA FNAC BELGIUM à comparaître devant le Tribunal du travail de Bruxelles.

I.2. L'action originaire.

Par sa citation, telle que développée ensuite par voie de conclusions prises devant les premiers juges, Monsieur Alain S sollicitait du tribunal du travail qu'il dise pour droit que le contrat le liant à la SA FNAC BELGIUM devait être qualifié de contrat de travail, son statut étant celui d'un salarié.

Il demandait que la société soit condamnée :

- à régulariser rétroactivement au 1^{er} avril 1999 la situation à l'égard de l'ONSS et,



à défaut par elle de le faire dans le mois du prononcé du jugement à intervenir, de la condamner à payer une astreinte de 100 € par jour de retard ;

• **à titre principal**, à lui payer les sommes suivantes :

- 12.500 € à titre de dommages et intérêts pour privation du bénéfice des prestations de la sécurité sociale propre aux travailleurs salariés,
- 12.500 € à titre de rémunération dans son sens le plus large,
- 15.000 € à titre d'indemnité de rupture,
- 12.400 € à titre d'arriérés de salaire pour les heures supplémentaires,
- 17.400 € à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral subi suite à la rupture unilatérale et brutale le 16 janvier 2004,

montants à majorer des intérêts compensatoires, moratoires et judiciaires, ainsi que des dépens ;

- **à titre subsidiaire**, à lui payer une somme provisionnelle de 10.000 € à majorer des intérêts judiciaires depuis le jour de la citation et désigner un expert (mission décrite en p. 17 et 18 des conclusions additionnelles reçues au greffe du tribunal le 7 mars 2006) et de renvoyer la cause au rôle pour le surplus.

I.3. Le jugement dont appel.

Par le jugement attaqué du 13 juillet 2006, le Tribunal du travail de Bruxelles, statuant contradictoirement,

« Dit la demande dès à présent fondée dans la mesure suivante :

Dit pour droit que le contrat liant Monsieur Alain S à la société défenderesse
doit être qualifié de contrat de travail.

Sursoit à statuer pour le surplus, et renvoie la cause au rôle afin qu'elle soit mise en état, conformément à la demande des parties. ».

II. OBJET DE L'APPEL – DEMANDES DES PARTIES EN DEGRE D'APPEL.

II.1.

Par sa requête et ses conclusions d'appel, la SA FNAC BELGIUM demande à la Cour du travail de réformer le jugement querellé en ce qu'il requalifie la convention de gérance indépendante conclue entre l'intimé et l'appelante en contrat de travail et, en conséquence,



de déclarer les demandes introduites par Monsieur S non fondées, de l'en débouter et de le condamner aux entiers frais et dépens des deux instances, en ce compris les indemnités de procédure.

Elle postule la non prise en compte de certaines pièces et l'écartement d'autres pièces de l'intimé.

A titre tout à fait subsidiaire, au cas où la Cour du travail estimerait que la convention de gérance doit être requalifiée en contrat de travail, l'appelante demande la réouverture des débats afin de conclure sur les montants réclamés par Monsieur S à titre d'arriérés de rémunération, indemnité de rupture et dommages et intérêts pour privation du bénéfice des prestations de sécurité sociale propres aux employés.

Dans la mesure où Monsieur S maintient en appel sa demande subsidiaire tendant à obtenir une provision de 100.000 € majorée des intérêts judiciaires, déclarer cette demande non fondée et, à titre tout à fait subsidiaire, dire pour droit que la somme provisionnelle doit être cantonnée.

Dans la mesure où Monsieur S maintient en appel sa demande subsidiaire d'entendre désigner un expert, déclarer cette demande non fondée et, à titre tout à fait subsidiaire, dire pour droit que Monsieur S doit payer la provision des frais d'expertise et supporter tous les frais y relatifs.

II.2.

Monsieur S postule, par ses conclusions de synthèse d'appel et ultime réplique, que l'appel de la SA FNAC BELGIUM soit déclaré recevable mais non fondé.

Il demande en conséquence à la Cour du travail de :

- Dire pour droit qu'aucune pièce de Monsieur S ne doit être écartée des débats.
- Confirmer le jugement du 13 juillet 2006 en ce qu'il dit pour droit que le contrat liant Monsieur Alain S à la SA FNAC doit être qualifié de contrat de travail.
- Si la Cour confirme le jugement du 13 juillet 2006 en ce qu'il dit pour droit que le contrat liant Monsieur Alain S à la SA FNAC doit être qualifié de contrat en travail, surseoir à statuer pour le surplus et renvoyer la cause au rôle pour mise en état concernant les conséquences de cette requalification et les demandes y relatives de Monsieur S dont celles originaires de la citation (reprises plus haut).
- Condamner l'appelante aux entiers frais et dépens des deux instances.



III. DISCUSSION ET DECISION DE LA COUR DU TRAVAIL.

III.1. Griefs et moyens de l'appelante.

III.1.1.

La FNAC demande tout d'abord à la cour de ne pas prendre en compte les pièces unilatérales de Monsieur S et ce, en raison du manque de crédibilité, de fiabilité et de valeur probante de celles-ci.

En outre, elle postule l'écartement de sept pièces découlant d'enregistrements effectués par Monsieur S de conversations téléphoniques et d'entretiens aux points de vente avec des employés ou supposés tels, à l'insu des personnes concernées et ce, en raison d'un manque de crédibilité et de fiabilité et également en vertu de l'infraction à la protection de la vie privée protégée par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle relève que le tribunal du travail, dans son jugement *a quo*, a refusé à juste titre de prendre en compte ces pièces (note de la cour : en réalité, le tribunal a précisé ceci : « Dans le cadre de l'examen ci-après, aucun des éléments pris en compte par le tribunal n'est repris des conversations téléphoniques enregistrées, dont le demandeur fait état et que la société défenderesse demande d'écarter. »).

III.1.2.

La FNAC soutient que c'est à tort que le tribunal du travail, dans son jugement entrepris, a décidé que l'exécution de la convention de gérance indépendante par les parties contenait un pouvoir unilatéral d'injonction débordant des nécessités purement commerciales indispensables à la réalisation de l'objet du contrat, révélant une dépendance juridique.

Elle prétend que le tribunal n'a pas démontré dans son jugement l'existence d'éléments inconciliables avec la qualification choisie par les parties pour écarter cette qualification.

Selon elle, les éléments apportés par Monsieur S démontrent tout au plus une dépendance économique visant le maintien de l'enseigne et de l'image « FNAC Service » ; une telle dépendance économique ne peut se confondre avec un lien de subordination.

III.1.3.

L'appelante reproche au tribunal du travail d'avoir ignoré certains éléments de fait invoqués par elle excluant l'existence de tout lien de subordination, tel l'engagement par Monsieur S de personnel employé. Elle fait grief aux premiers juges d'avoir considéré que la possibilité d'embaucher du personnel n'était que « virtuelle » dans le chef de Monsieur S ; alors que ce dernier a effectivement embauché du personnel, élément que du reste l'intimé ne conteste pas.



III.1.4.

La FNAC fait encore valoir que dans une affaire similaire à la présente affaire concernant une convention de gérance indépendante reprenant les mêmes termes que ceux de l'espèce, entre la SA FNAC BELGIUM et l'un de ses gérants indépendants exploitant un fonds de commerce sous l'enseigne « FNAC SERVICE », la Cour du travail de Mons, dans un arrêt du 14 décembre 2011 (dossier de l'appelante, pièce 16), a décidé que les éléments ne permettaient pas d'exclure la qualification de gérance indépendante choisie par les parties.

III.2. Quant aux demandes de non-prise en compte de certaines pièces et d'écartement d'autres pièces de l'intimé (administration de la preuve du lien de subordination).

III.2.1.

L'élément qui distingue le contrat de travail du contrat d'entreprise est le lien de subordination dans lequel se trouve le salarié à l'égard de son employeur, lien qui permet à l'employeur d'exercer un pouvoir d'autorité sur le travailleur, de lui donner des ordres et d'exiger que les ordres donnés soient exécutés.

La qualification donnée par les parties au contrat ne lie pas le juge (Cass., 14 novembre 2001, RG n° P.01.1178.F, www.juridat.be). Elle constitue cependant un élément d'appréciation important et le point de départ de son analyse ; en effet, le juge ne peut y substituer une qualification différente que s'il constate que cette qualification est inconciliable avec les clauses du contrat ou avec la manière dont il est exécuté (Cass., 23 décembre 2002, *J.T.T.*, 2003, p. 271 ; Cass., 28 avril 2003, *J.T.T.*, 2003, p. 261 ; Cass., 8 décembre 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 122 ; Cass., 3 mai 2004, RG n° S.03.0108.N, site www.cass.be).

Le juge doit préciser comment et dans quelle mesure chaque élément, pris en considération individuellement ou avec d'autres, est inconciliable avec l'exécution d'un contrat d'indépendant.

Par application des articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire, la preuve de ces éléments est exigée de celui qui poursuit la requalification du contrat (en l'occurrence, Monsieur S demandeur originaire, actuel intimé).

Les éléments dont il est question consistent en des faits, qu'ils soient matériels ou juridiques.

III.2.2.

En l'absence de présomption légale contredisant la qualification de collaboration indépendante, la preuve des modalités concrètes de l'exécution de la convention, pouvant convaincre de l'inexactitude de sa qualification, peut être apportée par toutes voies de droit, témoignages et présomptions y compris.



L'article 1349 du Code civil définit les présomptions comme étant des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu. Au sujet des présomptions qui ne sont point établies par la loi, l'article 1353 du Code civil dispose qu' « *elles sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol* ».

Le Juge déclare un fait établi lorsque tout doute raisonnable est exclu dans son esprit.

III.2.3.

La SA FNAC BELGIUM demande à la cour du travail de ne pas prendre en compte des pièces unilatérales déposées par Monsieur S, étant des lettres, fax, notes, etc. écrits de la main de Monsieur S et dont la preuve d'envoi n'est pas rapportée.

D'une part, cette demande n'a pas d'objet déterminé ou déterminable. En effet, la FNAC ne désigne pas les pièces qui, à son estime, ne devraient pas être prises en compte par la cour ; elle se contente d'énumérer des exemples en pages 8 et 9 de ses conclusions de synthèse.

D'autre part, il appartient au juge qui statue sur un cas concret d'apprécier la pertinence et la valeur probante des éléments qui lui sont régulièrement soumis.

En conséquence, cette demande, formulée de manière générale, doit être rejetée.

III.2.4.

Il en va autrement de la demande d'écarter les enregistrements de conversations téléphoniques privées effectués à l'insu des interlocuteurs.

Cette demande apparaît fondée.

En effet, des enregistrements cachés constituent des éléments de preuve obtenus irrégulièrement dans la mesure où, n'ayant pas été averties que leurs propos pourraient être écoutés par des tiers et, qui plus est, utilisés à fin de preuve dans un procès, les personnes concernées pouvaient légitimement avoir « *une attente raisonnable du respect de leur vie privée* » (cf. l'arrêt de la Cour de cassation du 9 septembre 2008, RG n° P.08.0276.N, et les conclusions de l'avocat général TIMPERMAN, www.juridat.be ; dossier de l'intimé, 3^{ème} partie, pièce 12).

En conséquence, à l'instar des premiers juges, la cour du travail n'aura pas égard à ces pièces de l'intimé, à savoir :

- 1^{re} partie, pièce a) : CD enregistrement communications téléphoniques,



- 2^{ème} partie, pièce 3 : compte-rendu conversation passage du 19 novembre 2001 + piste 16 sur le CD,
- 2^{ème} partie, pièce 20, compte-rendu de l'appel de A. H du 7 mars 2001,
- 2^{ème} partie, pièce 58bis : compte-rendu de l'appel de A. H du 16 octobre 2002.

Les pièces 28bis, 37bis et 59 sont des « historiques », soit des relevés de faits, événements, courriers et entretiens relatifs à divers sujets : CD et DVD livrés par la FNAC à Monsieur S (pièce 28bis), commandes spéciales (pièce 37bis) ou encore Microlab – Service 1 H (pièce 59).

Ces relevés sont certes unilatéraux (et la cour appréciera ci-après leur valeur probante) mais ils ne constituent pas des preuves irrégulières, même si Monsieur S y relate le contenu d'entretiens ou de correspondances.

Une partie à un procès a le droit d'exposer sa version des circonstances de fait de la cause, tout comme la partie adverse a le droit de la contester et d'exposer sa propre version.

En l'occurrence, la cour relève que lorsque Monsieur S indique, dans ses « historiques », avoir envoyé un courrier à la FNAC pour confirmer tel ou tel entretien, le courrier y relatif est joint en copie à son dossier. De même, lorsqu'il fait référence à un message par télécopieur, Monsieur S produit non seulement ce message mais également le rapport d'activité qui prouve son envoi.

Ainsi corroborés par d'autres éléments du dossier, ces « historiques », bien qu'établis unilatéralement par l'intimé, n'apparaissent pas dénués de valeur probante. Il n'y a pas lieu de les écarter.

III.3. Quant aux principes juridiques applicables.

III.3.1. La définition du contrat de travail et son caractère impératif.

En vertu des articles 2 et 3 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, le contrat de travail est le contrat par lequel le travailleur s'engage contre rémunération à fournir un travail sous l'autorité d'un employeur. Le fait d'être occupé dans les conditions visées par ces articles entraîne la protection du travailleur dans la relation de travail et son assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés.

Aussi, la Cour de cassation considère-t-elle que cette règle est de droit impératif, de sorte que les parties ne peuvent y déroger en donnant une qualification différente au contrat de travail (Cass. 3 mai 2004. RG n° S.03.0108.N, site www.cass.be).



En conséquence, le juge n'est pas tenu par la qualification donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue (jurisprudence constante, cf. notamment Cass. 7 septembre 1992, *Chr. D.S.*, 1993, p. 13 ; Cass., 14 novembre 2001, RG n° P.01.1178.F., www.luridat.be).

Lors de son appréciation de l'existence du lien de subordination invoqué, le juge est tenu d'examiner si ce lien de subordination existe réellement entre les parties à la lumière des éléments de fait de la cause qui ont été produits (Cass. 3 mai 2004. RG n° S.03.0108.N, déjà cité ; Cass. 14 novembre 2001, RG n° P.01.U78.F, déjà cité).

III.3.2. Le lien de subordination.

Le lien de subordination, qui est la caractéristique du contrat de travail, existe dès que l'employeur exerce son autorité sur les actes du travailleur.

L'autorité est caractérisée par le pouvoir de direction et de surveillance de l'employeur et par l'obligation pour le travailleur « *d'agir conformément aux ordres et aux instructions qui lui sont donnés par l'employeur, ses mandataires ou ses préposés, en vue de l'exécution du contrat* » (loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, article 17, 2°).

Le pouvoir patronal de direction est double : déterminer la prestation de travail et en organiser l'exécution.

La subordination, qui distingue le contrat de travail du contrat d'entreprise, est une notion difficile à cerner, dès lors que :

- l'autorité doit être simplement possible et non nécessairement effective et permanente (Cass., 9 janvier 1995, Pas., 1995, I, 28 ; Cass., 18 mai 1981, *Bull.*, 1981, 1079) ;
- l'indépendance technique, l'autonomie exigée de tout un chacun dans l'exercice de ses fonctions n'excluent pas la subordination, pas plus que l'obligation de respecter une déontologie professionnelle ;
- l'existence d'instructions ne suffit pas pour établir la preuve d'un lien de subordination : le droit de donner des directives peut trouver sa source dans l'obligation d'un co-contractant de respecter certaines modalités pour assurer la conformité du travail effectué par rapport au travail confié ; elles peuvent se justifier notamment en raison de l'intérêt commercial que peut avoir une marque ou une enseigne à exploiter l'ensemble de ses magasins d'une manière similaire (en ce sens, CT Bruxelles, 16 septembre 1998, RG 33399, www.luridat.be) ;



- l'existence d'un pouvoir de contrôle ne révèle pas nécessairement l'existence d'un lien de subordination propre au contrat de travail ; tel est le cas en particulier d'un contrôle général destiné à vérifier l'adéquation de la prestation effectuée à celle confiée dans le cadre d'un contrat de gérance indépendante ;
- la dépendance économique ne suffit pas à elle seule à établir la subordination juridique.

III.3.3. L'incidence de la qualification conventionnelle – Evolution de la jurisprudence.

La Cour de cassation admet que la qualification donnée par les parties à leur convention ne lie pas le juge (Cass., 7 septembre 1992, *Chr.D.S.*, 1993, p. 13 ; Cass., 14 novembre 2001, RG n° P.01.1178.F, disponible sur www.juridat.be).

D'autre part, la Cour de cassation considère que le lien d'autorité caractéristique du contrat de travail se reconnaît à la subordination juridique et non à la subordination économique (Cass., 13 avril 1992, *Bull.*, 1992, p. 725 ; Cass., 14 janvier 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 107 et conclusions du ministère public).

Longtemps, les juridictions du travail appelées à trancher la question de savoir si les parties se trouvaient dans une relation de travail salariée ou dans une relation indépendante ont recherché dans les éléments qui leur étaient soumis les indices de subordination ; si, au terme de leur examen, elles estimaient que les indices de subordination étaient plus nombreux ou plus probants que les indices d'indépendance, elles concluaient à l'existence d'un contrat de travail et requalifiaient la convention en ce sens (méthode dite « *indiciaire* »).

En 2001, la Cour du travail de Bruxelles a constaté le caractère de plus en plus insatisfaisant et difficile à mettre en œuvre de l'approche par la recherche d'indices de subordination et a souligné la nécessité d'une approche élargie telle que suggérée par l'avocat général A. WATTEYNE dans une mercuriale prononcée devant cette cour le 3 septembre 1991 (*Chr.D.S.*, 1992, p. 1), à savoir une analyse, non « *plus focalisée sur le critère du lien de subordination mais sur la recherche de caractéristiques propres au travail indépendant qui, si elles ne sont pas retrouvées dans le cas d'espèce, établissent a contrario le statut de salarié* » (Cour trav. Bruxelles, 28 juin 2001, *Chr.D.S.*, 2003, p. 26). Dans cette approche, le critère de la dépendance économique n'est plus complètement écarté.

Par un arrêt du 23 décembre 2002, la Cour de cassation a conféré à la qualification conventionnelle un rôle prépondérant en décidant que « *lorsque les parties ont qualifié leur convention, le juge du fond ne peut y substituer une qualification différente lorsque les éléments soumis à son appréciation ne permettent pas d'exclure la qualification qui avait été donnée par les parties* ». La cour suprême a cassé l'arrêt faisant l'objet du pourvoi, sur le



constat que les éléments retenus par celui-ci pour écarter la qualification de contrat d'entreprise donnée par les parties à leur convention n'étaient, ni séparément, ni conjointement, incompatibles avec l'existence d'un contrat d'entreprise (Cass., 23 décembre 2002, RG n° S.01.0169.F, déjà cité ; Cass., 28 avril 2003, RG n° S.01.0184.F, déjà cité).

Cette décision de la Cour de cassation et celles qui ont suivi ont marqué l'abandon de la méthode Indiciaire et l'adoption d'une conception stricte de la qualification contractuelle : placées devant une relation qualifiée par les parties de non salariée, les juridictions de fond ont généralement refusé la requalification en contrat de travail sauf en présence d'une erreur ou d'un dol ou de stipulations contractuelles inconciliables avec la qualification choisie par les parties.

Ultérieurement, la Cour de cassation a assoupli ou précisé sa position :

- dans un arrêt du 3 mai 2004, elle décide que « *lorsque les parties ont qualifié leur contrat de contrat de collaboration indépendante et qu'il n'existe pas de présomption légale contredisant cette qualification, la preuve d'un lien de subordination n'est pas apportée lorsque les faits constatés par le juge démontrent l'exécution d'un travail indépendant et qu'ils ne sont pas incompatibles avec celle-ci* » (Cass. 3 mai 2004, RG n° S.03.0108.N., déjà cité) ;
- dans un arrêt du 22 mai 2006, elle précise que : « *Lorsque les éléments soumis à son appréciation permettent d'exclure la qualification donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue, le juge du fond peut y substituer une qualification différente* » (Cass., 22 mai 2006, RG n° S.05.0014.F, disponible sur www.juridat.be).

III.3.4. Les enseignements de la jurisprudence – La méthode qui sera utilisée par notre cour.

Sur la base des principes dégagés par la Cour de cassation, la cour examinera successivement :

- si les faits de l'espèce démontrent l'exécution d'un travail indépendant ;
- s'ils ne sont pas incompatibles avec celle-ci.

Si les conditions de fait dans lesquelles s'est exercée l'activité de Monsieur X ne démontrent pas l'exécution d'un travail indépendant et si certains éléments permettent d'exclure le statut de travailleur indépendant que les parties ont choisi, la cour confirmera le jugement dont appel qui a requalifié la convention de gérance indépendante en contrat de travail.



III.3.5. Les critères du travail indépendant.

Dès lors qu'en présence d'une convention qualifiée d'indépendante, les juridictions du fond sont amenées à vérifier si les éléments internes (le contenu de la convention) ou externes (les modalités concrètes d'exécution de celle-ci) sont ou non conciliables avec cette qualification, il est nécessaire de définir les caractéristiques propres au travail indépendant.

La proposition de l'avocat général A. WATTEYNE reproduite dans l'arrêt de la Cour du travail du Bruxelles du 28 juin 2001, précité, énumère une série de critères utiles :

« A défaut d'une définition générale inexistante du travail indépendant, le détour par les définitions de divers types de contrats commerciaux permet de cerner au moins quelques critères intéressants, sans que leur importance respective soit prépondérante ni définitive. Tout d'abord, l'indépendant agit en son nom propre et pour son propre compte, que ce soit en vertu d'un contrat de commissionnement, de courtier, de concessionnaire de vente exclusive ou de franchisé. Ensuite, quelle que soit la formule d'entreprise personnelle, son existence même implique une clientèle, élément principal du fonds de commerce, et un droit de propriété y lié. Enfin, quand il agit dans le cadre d'un contrat d'entreprise, le travailleur indépendant prend les risques économiques et financiers de l'exploitation. Cela inclut implicitement la liberté de fixation de ses prix en vue d'un bénéfice personnel ».

La loi-programme du 27 décembre 2006 relative à la nature des relations de travail (non encore en vigueur au moment des faits), fournit également des indications intéressantes : elle fixe quatre critères généraux devant permettre de distinguer le travail salarié du travail indépendant, à savoir : la volonté des parties de collaborer ou non sur une base indépendante, la liberté d'organisation du temps de travail, la liberté d'organisation du travail et la possibilité d'exercer un contrôle hiérarchique.

Ce dernier critère est déterminant. En effet, le contrôle hiérarchique suppose l'autorité patronale. Or, dans un contrat d'entreprise, les deux parties sont, juridiquement, sur un pied d'égalité.

III.4. Les éléments de l'espèce démontrent-ils l'exécution d'un travail indépendant ?

III.4.1. Les éléments internes : examen des clauses contractuelles.

La convention des parties est qualifiée d'indépendante ; ainsi que le relève la FNAC, les termes « *gérant indépendant* » reviennent à au moins nonante reprises dans le contrat écrit.



Par ailleurs, il est indiscutable que Monsieur S souhaitait s'engager dans une collaboration indépendante, ainsi qu'il l'écrivait dans sa lettre de candidature du 27 juin 1998 (dossier de l'appelante, pièce 1).

Il prétend que cela ne fut toutefois pas le cas dans les faits et il ressort des éléments du dossier (voir l'exposé des faits) qu'il a invoqué à plusieurs reprises, dès le 31 décembre 2000, un statut de « faux indépendant ».

Le tribunal du travail a procédé à l'examen des dispositions du contrat (jugement dont appel, feuillets 10 à 15).

Il a relevé, parmi les clauses contractuelles, des dispositions établissant,

- soit un déséquilibre qui manifeste à tout le moins une dépendance économique (11^{ème} feuillet) :

« b. En ce qui concerne la non concurrence :

Obligations du gérant :

- L'article 3.1. précise que le contrat est conclu « intuitu personnae » et que le gérant ne peut (ni directement ni indirectement) exploiter un autre magasin de détail Photo-audio-vidéo ou s'intéresser à quelque titre que ce soit à « la distribution vente ou achat » de tous produits ou services concurrents de ceux de la Fnac.
- l'article 7.4 répète l'interdiction d'installer un fonds concurrent. L'article 8.3 insiste sur l'utilisation exclusive du point de vente pour l'exploitation de FNAC services, l'article 9.1 interdit au gérant de présenter d'autres marchandises à la vente et l'article 9.3 répète l'interdiction de distribuer, vendre ou s'intéresser à quelque titre que ce soit à tous produits ou services concurrents,
- après la fin du contrat, pour quelque cause que ce soit, le gérant s'interdit l'exploitation d'un point de vente de nature à porter directement ou indirectement concurrencer à la Fnac (ou à un centre appartenant au groupe Fnac) et ce, pendant un an, sur tout le territoire Bénélux (art. 16.4)

Obligations de la FNAC :

- La FNAC s'engage à ne pas s'établir dans le secteur exclusif du magasin, soit le secteur géographique fixé par la convention ; toutefois, le contrat prévoit que les limites de ce secteur pourront être revues « afin d'assurer l'expansion des magasins FNAC de la façon la plus favorable aux consommateurs » (art. 4.2.)

Pour le tribunal, ces dispositions introduisent dans les relations entre parties un déséquilibre entre, d'une part, l'obligation assumée par le gérant (clause générale de non concurrence, y compris en cas de rupture du contrat, sur une zone dépassant largement sa zone d'impact, et sans contrepartie financière), d'autant qu'il ne



bénéficie d'aucune indemnité en cas d'apport de clientèle et, d'autre part, l'obligation, limitée, assumée par la FNAC qui, en outre, peut en modifier l'impact géographique en cours de contrat.

L'incidence de ce déséquilibre, qui manifeste à tout le moins une dépendance économique, doit être appréciée au regard des éléments de la cause. »

ou encore aux 14^{ème} et 15^{ème} feuillets :

« Concernant la durée et les conditions de rupture du contrat, le contrat prévoit notamment :

- une durée déterminée, initiale de six mois, renouvelable une fois, et automatiquement reconduit pour une durée indéterminée ; chacune des parties peut y mettre fin moyennant un préavis de six mois (art.2.1) ;
- toute violation du contrat autorise l'autre à y mettre fin moyennant lettre recommandée exposant le motif justifiant la rupture (art. 15.1)
- la FNAC peut résilier le contrat, de plein droit, dès notification par pli recommandé, notamment en cas d'insuffisance ou de fausse déclaration de chiffre d'affaires ou si le gérant commet une infraction « à laquelle il n'est pas possible de remédier » (art. 15.2)
- à la fin du contrat « pour quelque cause que ce soit », le gérant doit restituer immédiatement le fonds au propriétaire (art. 5.8) ;
- le gérant ne peut réclamer aucune indemnité pour augmentation de valeur du fonds ou accroissement de clientèle même due à son activité personnelle ; toute amélioration réalisée par le gérant est de plein droit la propriété de la FNAC (art. 16.3).

Ces conditions de rupture, manifestement plus lourdes dans le chef de l'une des parties que de l'autre, révèlent à tout le moins une dépendance économique ».

- soit l'existence en germe d'une possibilité de contrôle et de surveillance permanente pouvant excéder les nécessités liées à l'objet du contrat (14^{ème} feuillet) :

« En ce qui concerne l'exploitation du point de vente :

(...)

e.3. Le gérant s'engage également à respecter des normes dites « spécifiques » d'exploitation (art. 5.1. et 8), parmi lesquelles, outre ce qui en est déjà repris ci-avant :

- le gérant s'engage à se conformer à « la politique de la FNAC même si celle-ci est périodiquement modifiée » ; le contrat justifie ces normes par la nécessité de



- maintenir une image uniforme de la FNAC (assortiment, nature et qualité de prestations, installation du point de vente), y compris d'appliquer les « méthodes FNAC » ;*
- *dans ce cadre, le gérant s'engage en particulier à ne pas dépasser les prix maximum recommandés par la FNAC (art. 8.1) ;*
 - *il s'engage à accepter « les normes de la FNAC » dans son point de vente et celles-ci comprennent : un « ensemble de caractères distinctifs pour le point de vente (y compris notamment une décoration de magasin, des dessins, couleurs, équipements, panonceaux et autre signes distinctif » et « une méthode d'exploitation (y compris les techniques de gestion, de comptabilité, des normes de qualité de produits et de services et des programmes de marketing » ; ces normes peuvent être « modifiées réduites ou complétées périodiquement par la FNAC dans l'intérêt de l'enseigne) (art. 8.2)*
 - *la conception et l'apparence du point de vente ne peuvent être modifiées sans le consentement préalable écrit de la FNAC (art. 8.3) ;*
 - *le gérant s'engage à réserver des emplacements exclusivement réservés aux «dossiers techniques, tableaux comparatifs, programmes d'activités culturelles, affiches » éditées par la FNAC (art. 11.2).*

De son côté, la FNAC « se porte fort » de fournir au gérant son savoir-faire pour le lancement et l'exploitation du point de vente (art. 11.1).

Ces dispositions introduisent des processus allant de la gestion quotidienne des marchandises et services, de leurs prix, de leur présentation dans le magasin, jusqu'à la gestion comptable et financière. Ces processus portent en germe une possibilité de contrôle et de surveillance permanente pouvant excéder les nécessités liées à l'objet du contrat ; la réalité et le caractère contraignant de ce contrôle et de cette surveillance permanente se vérifient dans l'exécution du contrat ».

La cour partage à ce sujet l'analyse pertinente des premiers juges.

A tort, la FNAC reproche au tribunal du travail d'avoir soulevé certaines clauses non invoquées par Monsieur S. En effet, d'une part, la convention de gérance est la première pièce à laquelle le tribunal devait avoir égard pour apprécier la nature de la relation de travail entre les parties. Et, d'autre part, Monsieur S. se réfère à l'intégralité de la convention et ce, depuis l'introduction de l'affaire devant les premiers juges.

Contrairement à ce que tente de soutenir la FNAC, les droits de la défense de celle-ci ont donc bien été respectés.

Outre ce qui a été relevé dans le jugement dont appel, la cour du travail épingle deux dispositions de la convention de gestion qui ne cadrent pas avec l'exécution d'un travail indépendant, à savoir :



- l'article 5.7 qui stipule que « le gérant indépendant reconnaît la nécessité de respecter les prix de vente qui lui seraient recommandés par le propriétaire, cette nécessité étant justifiée par le souci de maintenir une uniformité de prix dans tous les points de vente FNAC Service » ;
- l'article 16.3 suivant lequel, « le gérant indépendant ne pourra exiger aucune indemnité pour l'augmentation de valeur que le fonds de commerce aurait reçue, même pas pour l'accroissement de clientèle qu'il aurait procuré par son activité personnelle ».

La FNAC fait grand cas de la clause 7.2 de la convention, suivant laquelle « le gérant indépendant pourra s'adjoindre, sous sa seule responsabilité, et à ses propres frais, tout personnel utile à l'exploitation du point de vente. Il s'engage notamment à maintenir à ses propres frais un personnel de vente compétent, qualifié, nécessaire et suffisant afin de fournir au public du point de vente des services conformes à l'éthique de la profession et de respecter les heures normales d'ouverture ».

Selon la société appelante, l'existence de cette disposition contractuelle suffit à elle seule à démontrer l'exécution d'une collaboration indépendante et à exclure la subordination. Elle reproche à cet égard aux premiers juges de n'avoir pas suffisamment tenu compte de cet élément et d'avoir considéré que la possibilité d'embaucher n'était que virtuelle alors que les éléments du dossier démontrent que Monsieur S. a effectivement engagé du personnel.

La cour est d'avis que la présence d'une clause contractuelle permettant au travailleur qualifié d'indépendant de pouvoir engager du personnel n'est pas suffisante pour déterminer s'il y a collaboration indépendante ou relation de travail salarié. S'exprimant à ce sujet dans une mercuriale prononcée le 3 septembre 2002 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour du travail de Bruxelles (Chr.D.S., 2003, p.3), Monsieur l'avocat général M. PALUMBO, donnait l'exemple suivant :

« Quel est le statut du pompiste « indépendant » qui gère une station-service mise à sa disposition par une compagnie pétrolière, qui ne peut acheter que les carburants et huiles commercialisés par cette société ou celles appartenant au même groupe, qui doit réaliser un chiffre d'affaires mensuel minimum, qui est astreint à des horaires stricts, doit porter une tenue portant l'insigne de la société, ne peut prendre ses vacances qu'à certains moments et doit, à cette occasion, et après avoir reçu l'autorisation de son cocontractant, se faire remplacer par une autre pompiste logé à la même enseigne que lui, mais dont le contrat prévoit expressément qu'il travaille dans le cadre d'une collaboration indépendante et que tout litige relèvera de la compétence du tribunal de commerce ? » (souligné par la cour).



La question est de savoir dans quelles conditions concrètes le remplacement par un autre travailleur peut se faire et quel contrôle le propriétaire a sur la personne que l'indépendant peut s'adjoindre.

En l'espèce, le remplacement du gérant par une autre personne ne pouvait avoir lieu qu'avec l'approbation et sous le contrôle de la FNAC (cf. à cet égard, une lettre de Monsieur D. du 24 août 2004 relative à un remplacement de Monsieur S. pour la journée du 5 septembre 1998, dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièce 14).

La cour relève que d'autres dispositions de la convention des parties viennent contredire la prétendue liberté du gérant de se faire remplacer :

- l'article 3.1, qui stipule que « *le présent contrat est strictement personnel* » et qu'il est conclu « *intuitu personae* » ;
- l'article 7.4, qui dispose que le gérant « *exploitera le fond personnellement, sans interruption, (...)* ».

Quant à la faculté d'engager du personnel, elle apparaît essentiellement destinée à permettre le respect « *des heures normales d'ouverture* ».

A l'instar des premiers juges (jugement dont appel, 20^{ème} feuillet), la cour considère que la possibilité (théorique) d'embaucher du personnel pour assurer les heures d'ouverture importantes qui sont unilatéralement imposées au gérant ne peut suffire à exclure l'existence d'un lien de subordination lorsque d'autres éléments établissent une dépendance juridique.

D'après les déclarations faites *in tempore non suspecto* par Monsieur S. à l'inspecteur social de l'ONSS, l'engagement d'un étudiant pendant la période d'été 1998 s'est faite sur l'ordre (déclaration spontanée du 15 juin 1999 – dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièce 41) ou sur le conseil (lettre rectificative du 30 août 1999 – dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièce 42) du directeur de FNAC SERVICE.

Il est clair que le contrat ayant pour objet l'exécution d'un travail n'est pas un contrat de travail, lorsque celui qui s'engage à faire ce travail exécute le contrat avec la collaboration d'un personnel engagé et payé par lui et que l'exécution du contrat, grâce à cette collaboration, conduit à l'exploitation d'une entreprise personnelle (Cass., 16 janvier 1978, RG n° F-19780116-11, sommaire disponible sur www.cass.be).

Mais peut-on réellement parler d'« *entreprise personnelle* » lorsque, comme en l'espèce, le gérant n'a pas les moyens (cf. dossier de l'intimé, dossier de l'appelante, pièce 12) d'engager le « *personnel de vente compétent, qualifié, nécessaire et suffisant afin de fournir au public du point de vente des services conformes à l'éthique de la profession et respecter les heures*



normales d'ouverture », tel qu'exigé par l'article 7.2 de la convention de gérance, mais seulement un étudiant pour donner un coup de main pendant un mois, durant l'été, qui plus est sur le conseil insistant du directeur de la société et ce, parce que le nouveau gérant débute ?

Il ne ressort pas des pièces soumises à la cour que Monsieur S. aurait engagé d'autres travailleurs qu'un étudiant durant la période d'été (dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièces 39 et 40). Monsieur S. produit à son dossier (2^{ème} partie, pièces réunies sous le n° 79) copie de lettres qu'il a adressées à l'ONSS en 1999, 2000, 2001 et 2002 pour déclarer qu'il était « temporairement sans personnel ».

Le règlement de travail établi au nom d'Alain S. n'apporte pas la preuve que celui-ci a engagé d'autres travailleurs.

III.4.2. Les éléments externes : examen des modalités concrètes d'exécution.

Dans l'exécution de la convention, plusieurs éléments ne démontrent pas une exploitation indépendante du point de vente :

1. Monsieur S. ne dispose d'aucune liberté concernant la politique des prix. Ainsi le 16 novembre 2003, il écrit à Monsieur D. : « Le positionnement prix à 6,99 € pour le digifilm est inadéquat, les clients trouvent le prix excessif et de fait n'utilise (sic) pas ce service en magasin. Notez que pour le client cela représente : 6,99 € (digifilm) + 3,99 € (prise en charge) = 10,98 € hors tirages. Seriez-vous d'accord de payer ce prix-là en plus de vos tirages numériques ? Pouvez-vous revoir le prix du digifilm, par exemple 2,73 € comme pour le « Classic Print ? » (dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièce 30). Ceci démontre que, dans la pratique, le gérant ne se voit pas « recommander » les prix de vente, comme indiqué à l'article 5.7 de la convention, mais bien imposer ces prix.
2. Alors que l'article 5.3 de la convention de gérance prévoit que le gérant indépendant prend à sa charge tous les frais relatifs à l'exploitation du point de vente et notamment les frais de téléphone, Monsieur S. ne reçoit pas directement les factures de Belgacom ; c'est la FNAC qui, pendant tout un temps, réceptionne les factures et refacture à Monsieur S. un montant que celui-ci ne peut pas vérifier (dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièce 46). Ceci démontre à tout le moins une volonté de contrôle sur le fonctionnement du point de vente.
3. Lorsque Monsieur S. prend l'initiative de réclamer 5 BEF aux clients pour un achat en-dessous de 1.000 BEF (dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièce 43), la FNAC lui fait Interdiction de continuer. Dans une lettre du 17 octobre 2000 en réponse à un courrier de Monsieur S. du 15 octobre 2000, la FNAC confirme qu'elle prend à sa charge un certain nombre de transactions Bancontact (dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièces 44 et



- 45). Monsieur S. est alors obligé de déclarer le nombre de transactions Bancontact effectuées par jour.
4. Il résulte de la nouvelle pièce 7 (dossier de l'intimé, 3^{ème} partie), que les gérants, dont Monsieur S. ; ne peuvent commander que les produits repris sur le listing FNAC SERVICE et qu'en outre, ils doivent commander dans l'ordre du listing et faire les commandes avant le lundi matin.
 5. Il ressort des nouvelles pièces 16, 17, 18, 19, 20 et 2 (dossier de l'intimé, 3^{ème} partie), qu'entre le 25 octobre 2002 et début janvier 2003, Monsieur S. insiste sans relâche pour être approvisionné en produits dont il a passé commande et qui n'arrivent pas alors que la demande est présente et que des clients attendent.
 6. Avant la naissance du litige, Monsieur S. se plaint via son conseil (lettre de Maître LEMAIRE du 10 juillet 2003, 1^{re} partie, pièce 4, partiellement reproduite plus haut, dans l'exposé des faits) de l'obstruction manifeste de la FNAC concernant les commandes d'appareils ne figurant pas sur les listings; il précise que cela entraîne le mécontentement de sa clientèle, qui est obligée de se rendre auprès de la FNAC dans le centre-ville, ainsi qu'une perte de revenus évidente pour Monsieur S.

En conséquence, il est clair, comme constaté par les premiers juges, que Monsieur S. est lié, sans marge d'autonomie possible, dès lors que la FNAC lui impose les types de produits et de services à vendre, leur prix d'achat et leur prix de vente. Certaines commandes sont soumises à l'autorisation de la FNAC. Monsieur S. n'est pas autorisé à prendre contact avec les fournisseurs avec lesquels la FNAC travaille, pas même pour être informé de la disponibilité du produit, de son prix d'achat et de vente et du délai de livraison.

L'ensemble des éléments relevés, démontre que Monsieur S. après avoir expressément accepté le statut d'indépendant, n'a pas pu effectivement exécuter son travail conformément à cette qualification.

III.5. Des éléments de l'espèce sont-ils incompatibles avec l'exécution d'un travail indépendant?

1° Les heures d'ouverture :

L'article 7.2 de la convention de gérance dispose que le gérant s'engage à « *respecter les heures normales d'ouverture* » et précise qu'il « *pourra s'adjoindre, sous sa seule responsabilité et à ses propres frais, toute personne utile à l'exploitation du point de vente* ». L'article 7.4 ajoute que le gérant « *exploitera le fonds personnellement, sans interruption et sans déplacement du fonds* ».



Le tribunal du travail a estimé dans le jugement dont appel, que, dans son principe, une telle obligation pouvait se justifier par l'objet de la convention et ne présentait, ainsi rédigée, aucun caractère incompatible avec l'existence d'une collaboration indépendante. Il a approuvé la distinction soulignée par la SA FNAC entre une obligation de respecter les heures d'ouverture du magasin et l'obligation de respecter personnellement un horaire de travail.

Le tribunal a néanmoins décidé que lors de la mise en œuvre concrète de la convention, la société avait considéré l'article 7.2 comme une interdiction absolue de fermer le magasin sans son autorisation.

Il a fondé sa conviction à ce sujet sur divers éléments qu'il convient de réexaminer dès lors que la FNAC les conteste.

Le tribunal a, tout d'abord, relevé que la société ne contestait pas que les heures d'ouverture du magasin avaient été fixées par elle, dès l'origine (horaire affiché sur le magasin lors de l'entrée en fonction de Monsieur S.).

La FNAC soutient que cette affirmation n'est pas correcte.

Elle prétend que les heures d'ouverture avaient été convenues entre les parties déjà lors de la première convention de gérance (note de la cour : celle du 3 juillet 1998). Elle ajoute que Monsieur S. a appliqué les heures normales d'ouverture pendant plus de cinq ans et que cette exécution constituerait un « *contrat verbal sur les heures normales d'ouverture* » (conclusions de synthèse de l'appelante, page 25).

Elle prétend également et ce, en contradiction avec l'allégation précédente, que les heures d'ouverture du point de vente auraient été plusieurs fois modifiées unilatéralement par Monsieur S. sans opposition de la part de la FNAC.

Enfin, elle rappelle que les heures d'ouverture du point de vente ne peuvent se confondre avec les heures de travail, comme précisé par le tribunal dans le jugement dont appel.

La cour du travail constate que les éléments du dossier contredisent les allégations de la société appelante :

- a) Il ressort des déclarations faites par Monsieur S. à l'inspecteur de l'ONSS le 4 juin 1999 (non « *rectifiées* » sur ce point), des questions posées par Monsieur S. au syndicat des indépendants et des PME en janvier 2001 (dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièces 48 et 49), ainsi que du courrier que son conseil, Maître LEMAIRE, a adressés à la FNAC en décembre 2003, que les heures d'ouverture et de fermeture du magasin n'ont pas été discutées entre les parties



lors de la conclusion du contrat, qu'elles ont été imposées par la FNAC à Monsieur S et que, dès janvier 2001, celui-ci a considéré ces heures contraignantes comme un problème ;

- b) Monsieur S a effectivement changé l'heure d'ouverture du magasin d'une demi-heure le matin à partir de janvier 2001 et s'est ménagé une demi-heure de pause-déjeuner sur l'heure de midi et ce, sans opposition de la société appelante.
- c) Toutefois, lorsque Monsieur S a tenté de négocier avec la FNAC, en décembre 2003, une adaptation de ses horaires, une fermeture le lundi ainsi qu'une semaine de congé en février, juin et octobre, et qu'il a annoncé par lettre de son avocat du 17 décembre 2003 son intention d'appliquer le nouvel horaire à partir du 15 janvier 2004, la FNAC a réagi, par lettre officielle de son conseil du 9 janvier 2004, en mettant formellement Monsieur S en demeure de ne pas modifier l'horaire du point de vente ni de fermer durant les congés, usant ainsi d'un pouvoir d'injonction à l'égard de Monsieur S ;
- d) La FNAC a utilisé son pouvoir de contrôle en mandatant un huissier de justice, le 16 janvier 2004, pour vérifier si Monsieur S avait obtempéré à l'injonction ;
- e) Enfin, la FNAC a utilisé son pouvoir de sanction à l'égard de Monsieur S en lui signifiant par huissier de justice la rupture sur le champ et sans indemnité de la relation contractuelle pour un motif s'apparentant à de l'insubordination.

L'imprécision de la convention concernant les heures d'ouverture, le fait que Monsieur S ait légèrement allégé son horaire début 2001, le fait qu'il ait interpellé le syndicat de indépendants et des PME à ce propos en janvier 2001 et qu'il ait également interpellé la FNAC par courriers émanant de son conseil en 2003, contredisent la théorie, du reste non fondée juridiquement, du « *contrat verbal sur les heures normales d'ouverture* ».

Ces éléments démontrent que Monsieur S n'avait pas la faculté de modifier les heures d'ouverture du magasin sans le consentement de la FNAC et qu'il n'était en réalité pas libre de gérer son temps de travail. A l'occasion d'une tentative de sa part de changer l'horaire d'ouverture du magasin, la FNAC a exercé une autorité véritablement juridique à l'égard de Monsieur S

Un tel comportement est inconciliable avec un statut de gérant indépendant.



2° La gestion commerciale, comptable et informatique.

La cour constate que Monsieur S ne décidait pas de la politique commerciale ni de la politique des prix dans son magasin et que Monsieur D ou Madame H passaient au magasin chaque semaine :

- C'est la FNAC qui décide seule, sur la base d'un listing, les produits que Monsieur S peut présenter à la vente ;
- La FNAC impose les prix d'achat et de vente à la clientèle ;
- La FNAC décide unilatéralement quelles commandes spéciales seront livrées ou non à Monsieur S (dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièce 58) ;
- La FNAC décide unilatéralement de venir enlever des produits (CD et DVD ou soldes) en magasin (dossier de l'intimé, 1^{re} partie, pièce 11) ;
- La gestion des stocks échappe à Monsieur S ;
- En octobre 2003, la FNAC décide d'installer une nouvelle machine Digifilm dans le magasin tenu par Monsieur S (dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièces 29). Le 16 novembre 2003, Monsieur S constate que le nouvel équipement est très convivial et rapide mais est d'un coût trop élevé pour les clients. Il ne peut décider seul d'une révision du prix (dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièce 30) ;
- Monsieur S fait état du passage hebdomadaire de Monsieur D ou d'un employé de la FNAC lors de son audition du 15 juin 1999 par l'inspecteur de l'ONSS, dans un courrier du 19 juin 2003 adressé à FNAC SERVICE (dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièce 61) et dans un courrier du 16 novembre 2003 (dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièce 71) ;
- Monsieur S est tenu de justifier la baisse de son chiffre d'affaires (dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièce 25bis et ses annexes) ;
- Monsieur S doit suivre les injonctions de la FNAC concernant la clôture de caisse (dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièce 77) et ce, afin de « réconcilier » le chiffre d'affaires, les versements, la facturation et le paiement des commissions. Dans un courrier du 25 juillet 2001, il prend acte de ce que la société lui demande de verser désormais les recettes journalières du point de vente chaque semaine (dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièce 21) ;
- Un programme « PC anywhere » a été installé pour faciliter la collaboration commerciale entre les parties. Il permet une intervention à distance de la FNAC.

Les éléments qui précèdent pourraient indiquer une dépendance simplement économique du gérant à l'égard de la société FNAC SERVICE.

En revanche, les éléments suivants démontrent une subordination juridique :

1. D'une lettre adressée par Monsieur S à Monsieur D le 4 décembre 2002, suite à leur entretien téléphonique du même jour, il résulte que Monsieur D a fait part à Monsieur S « des changements de la ligne des travaux photos de la gamme



« standard » et les impératifs quota pour la machine « 1 heure » de 100.000 clics/an, sinon, vous enlevez la machine et la mettez ailleurs » (dossier de la partie appelante, pièce n° 12 et dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièce 60).

Ceci démontre que la FNAC, en la personne de son directeur Monsieur D. contrôle le rendement de l'activité du gérant prétendument indépendant et qu'elle s'arroge le droit de sanctionner la non-réalisation par ce dernier des quota fixés par elle en décidant unilatéralement de retirer la machine « 1 heure » du point de vente du gérant pour rentabilité insuffisante.

En outre, il apparaît des termes employés dans cette lettre que l'activité de Monsieur S doit servir les intérêts de la SA FNAC SERVICE plutôt que ceux de sa propre exploitation : **« Il me paraît néanmoins indispensable de conserver la machine 1 heure pour répondre à la demande en développement numérique de plus en plus grande même si actuellement ce poste n'est pas très « rentable » pour la société »**.

2. Un « MEMO INTERNE » co-signé par Monsieur D. et Monsieur S. révèle que, le 26 mars 2000, Monsieur D. s'est fait remettre par Monsieur S. une copie des clés (porte d'entrée et volet) du point de vente FNAC SERVICE DUMON.

La société ne conteste pas qu'elle a pénétré d'initiative dans le magasin un dimanche à l'aide du double des clés et en l'absence du gérant afin de procéder à un inventaire. Du reste, un fax du 23 octobre 2000 en atteste : **« Votre visite de dimanche 22 octobre dans mon magasin »** (dossier de l'intimé, 2^{ème} partie, pièce 54bis)

A bon droit, le tribunal a jugé cette intrusion incompatible avec une collaboration indépendante (jugement dont appel, 16^{ème} feuillet).

3. Par lettre du 26 juin 2003, adressée par fax à la FNAC, Monsieur S. écrit ce qui suit : **« depuis trois jours consécutifs ma journée est ouverte à mon arrivée. Je suppose que cela vient de chez vous. Qu'en est-il ? Quelles seraient les raisons ? »** (dossier de l'intimé, 1^{re} partie, pièce 5 et 2^{ème} partie, pièce 54bis). La FNAC ne réagit pas à ce fax. Le 29 juin 2003, Monsieur S. écrit : **« Aujourd'hui, dimanche 29 juin 03, je suis allé au magasin pour le préinventaire. En fin de journée, j'ai clôturé comme d'habitude ma journée ? Or vous avez ouvert la journée du lundi 30 juin 03 ce qui signifie que les ventes du lundi 30 juin 03 seront enregistrées à la date du mardi 1^{er} juillet 03 »** (dossier de l'intimé, 1^{re} partie, pièces). La FNAC ne réagit pas davantage. Le 11 janvier 2004, Monsieur S. interroge à nouveau la FNAC : **« Pourquoi avez-vous ouvert la journée du dimanche 11 janvier 2004 ? »**. Il n'y a toujours pas de réponse de la FNAC.

Ces éléments démontrent à suffisance que la FNAC s'immisçait d'initiative dans le système informatique afin de contrôler la comptabilité du magasin.



Cet élément est incompatible avec une collaboration indépendante.

III.6. Conclusion.

Dès lors que, d'une part, les faits ne démontrent pas l'exécution d'un travail indépendant (en ce que Monsieur S. supposé être un partenaire commercial, n'a jamais pu discuter sur un pied d'égalité avec la FNAC les heures d'ouverture, lesquelles lui ont été imposées, et qu'il n'a disposé d'aucune marge d'autonomie quant à la gestion commerciale, la politique de prix et la gestion comptable de son magasin) et que, d'autre part, plusieurs éléments sont incompatibles avec celle-ci (exercice d'un pouvoir d'injonction, de contrôle et de sanction de la FNAC quant au respect des horaires et quant à la rentabilité du magasin, intrusion d'initiative dans le magasin en l'absence du gérant et intrusion informatique dans la comptabilité du magasin), la relation contractuelle doit être requalifiée en contrat de travail.

Le jugement dont appel sera donc confirmé.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR DU TRAVAIL,

Statuant après avoir entendu les deux parties,

Reçoit l'appel et le déclare non fondé.

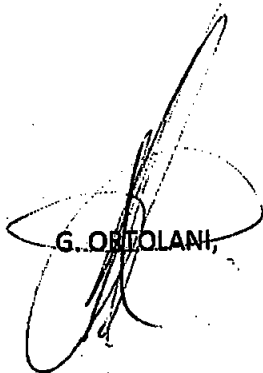
En conséquence, confirme le jugement dont appel en ce qu'il a requalifié la relation contractuelle des parties en contrat de travail.

Renvoie la cause au rôle particulier pour le surplus.

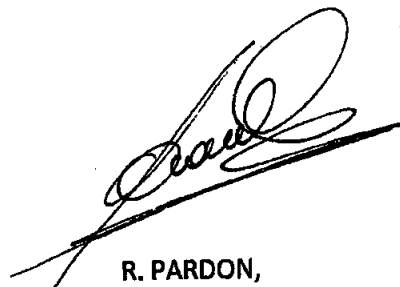


Ainsi arrêté par :

L. CAPPELLINI,	Président,
M. POWIS DE TENBOSSCHE,	Conseiller social au titre d'employeur,
R. PARDON,	Conseiller social au titre d'employé,
Assistés de G. ORTOLANI,	Greffier



G. ORTOLANI,



R. PARDON,



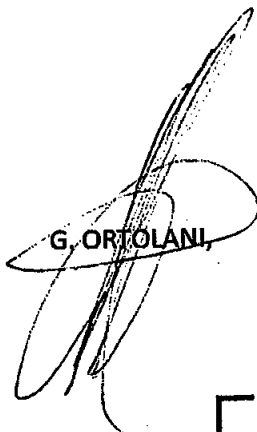
M. POWIS DE TENBOSSCHE,



L. CAPPELLINI,

et prononcé, en langue française à l'audience publique de la 4ème Chambre de la Cour du travail de Bruxelles, le 25 novembre 2015, où étaient présents :

L. CAPPELLINI,	Président,
G. ORTOLANI,	Greffier



G. ORTOLANI,



L. CAPPELLINI,

