

SOC.

SM

COUR DE CASSATION

Audience publique du **9 octobre 2013**

Rejet

M. LACABARATS, président

Arrêt n° 1620 FS-P+B
sur le 1^{er} moyen

Pourvoi n° D 12-23.718

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par M. Philippe Nicolas, domicilié 1300 route de chez Coppier, 74570 Les Ollières,

contre l'arrêt rendu le 7 juin 2012 par la cour d'appel de Chambéry (chambre sociale), dans le litige l'opposant :

1^o/ à la société Billet Jorand et associés (BJA), société d'exercice libéral à responsabilité limitée, dont le siège est 11 rue de la Paix, Le Vendôme, 74000 Annecy, anciennement Cabinet Essor,

2^o/ au conseil de l'Ordre des avocats au barreau d'Annecy, dont le siège est 9 rue Guillaume Fichet, 74000 Annecy,

3^o/ au procureur général près la cour d'appel de Chambéry, domicilié en son parquet général, Palais de justice, 73018 Chambéry cedex,

défendeurs à la cassation ;

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 10 septembre 2013, où étaient présents : M. Lacabarats, président, M. Linden, conseiller rapporteur, M. Bailly, conseiller doyen, MM. Blatman, Chollet, Ludet, Ballouhey, Mmes Goasguen, Vallée, Guyot, Le Boursicot, Aubert-Monpeyssen, conseillers, Mme Mariette, M. Flores, Mme Wurtz, M. Becuwe, Mme Ducloz, M. Hénon, Mme Brinet, M. David, conseillers référendaires, M. Foerst, avocat général, Mme Piquot, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Linden, conseiller, les observations de la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de M. Nicolas, de la SCP Didier et Pinet, avocat de la société BJA, Billet Jorand et associés, l'avis de M. Foerst, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Chambéry, 7 juin 2012), que M. Nicolas et la SELARL Essor, devenue la SELARL Billet Jorand et associés (BJA), avocats (la société), ont conclu le 20 octobre 2004 un contrat de collaboration libérale à effet au 1er janvier 2005 ; qu'il était stipulé que M. Nicolas pourrait disposer du temps nécessaire au développement de la clientèle personnelle ; que la rémunération convenue consistait en une rétrocession d'honoraires, de 6 625 euros par mois ; que les parties ont, le 12 janvier 2005, modifié les conditions de la collaboration comme suit : la rémunération nette, constituant la contrepartie de deux cent vingt-neuf jours travaillés par an, a été fixée à 4 554 euros par mois, majorée de 40 % pour la prise en charge des charges sociales, soit un total de 6 372,80 euros ; que les recettes de M. Nicolas, y compris les indemnités versées pour les commissions d'office, seraient facturées par la société ; que celle-ci a, par lettre du 28 avril 2006, mis fin au contrat, le préavis expirant le 30 juillet 2006 ; que M. Nicolas a saisi le bâtonnier aux fins de requalification du contrat en contrat de travail et de paiement d'indemnités ; qu'ayant été débouté de ses demandes par décision arbitrale du 6 décembre 2010, il a formé un recours devant la cour d'appel et sollicité à titre subsidiaire le paiement de rappels et de compléments de rétrocessions d'honoraires, ainsi que d'indemnités de congés payés ;

Sur le premier moyen :

Attendu que M. Nicolas fait grief à l'arrêt de le débouter de ses demandes de requalification du contrat de collaboration libérale en contrat de travail et de paiement d'indemnités, alors, selon le moyen :

1°/ que l'avocat titulaire d'un contrat de collaboration libérale peut prétendre à la requalification de celui-ci en contrat de travail, dès lors que les conditions réelles de l'activité ne lui permettaient pas de développer une clientèle personnelle et qu'il était tenu d'agir conformément aux directives des associés du cabinet ; qu'en l'espèce, en considérant que la relation unissant la SELARL BJA et M. Nicolas devait s'analyser en un contrat de collaboration libérale alors même qu'elle constatait, d'une part, que conformément aux « modalités de collaboration » du 12 janvier 2005 modifiant le contrat de collaboration initial, M. Nicolas devait percevoir une rémunération mensuelle fixe en contrepartie de deux cent vingt-neuf jours travaillés, que d'autre part, suivant ce même document, il était prévu que « toutes les recettes de M. Nicolas en tant qu'avocat conseil (y compris d'éventuelles commissions d'office) seraient facturées par le cabinet Essor » et enfin, que la SELARL BJA et ainsi qu'en attestait l'expert-comptable, avait mis fin à leur collaboration en raison de l'adaptation difficile de M. Nicolas aux conditions de délai qui lui étaient fixées ce dont il résultait que non seulement les conditions imposées à M. Nicolas faisaient obstacle à ce qu'il puisse développer une clientèle personnelle mais encore que la SELARL BJA lui imposait des directives quant aux délais à respecter à l'égard des clients du cabinet dont elle avait sanctionné l'inobservation, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations violant l'article L. 1221-1 du code du travail ;

2°/ que les juges du fond ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes des parties sans examiner les pièces fournies par celles-ci à l'appui de leurs prétentions ; qu'en l'espèce, M. Nicolas produisait encore diverses pièces démontrant sans conteste que l'ensemble des courriers ou études qu'il adressait aux clients du cabinet, bien que parfois signés de son seul nom, étaient rédigés sur papier à entête du cabinet Essor en sorte que ces clients ne pouvaient aucunement être considérés comme relevant de sa clientèle personnelle ; qu'en se bornant, s'agissant desdites pièces à entériner les conclusions de la SELARL BJA suivant lesquelles seule figurait la signature de M. Nicolas sans prendre le soin d'examiner lesdites pièces, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ que M. Nicolas faisait précisément valoir dans ses écritures et pièces à l'appui, que les conditions de travail qui lui étaient unilatéralement imposées ne lui laissaient aucunement la possibilité de développer sa clientèle personnelle à laquelle la SELARL BJA était de toute façon hostile et qu'il agissait sous les ordres et directives des associés du cabinet ; qu'à l'appui de ses écritures, M. Nicolas produisait, notamment, l'attestation de M. Eric Rocher Thomas, juriste au sein de la SELARL BJA, lequel confirmait que M. Nicolas n'avait pas de client personnel et agissait sous les ordres et directives des associés du cabinet, des tableaux précisant jour par jour les dossiers qu'il avait à traiter le contraignant à une présence permanente et une collaboration totale avec le cabinet, divers mails de Mme Simonetti ainsi

qu'une attestation de Mme Floctel, démontrant que le cabinet s'était opposé, après le départ de M. Nicolas, au transfert de leur dossier auprès de ce dernier ainsi que des notes de service lui demandant de procéder à la rédaction de diverses conclusions ; qu'en se bornant à se référer, pour dire que la relation unissant la SELARL BJA et M. Nicolas devait s'analyser en un contrat de collaboration libérale, aux documents émanant de la SELARL BJA, sans rechercher précisément et ainsi cependant qu'elle y était invitée, si les conditions de travail imposées à M. Nicolas ne l'empêchaient pas de développer sa clientèle personnelle et si celui-ci n'agissait pas conformément aux directives de la SELARL BJA, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1221-1 du code du travail ;

Mais attendu que la cour d'appel a, par motifs propres, souverainement retenu que M. Nicolas avait bénéficié d'une grande marge d'autonomie et pu fidéliser un certain nombre de clients avec lesquels il avait noué un contact au cours de sa collaboration au sein de la société, et, par motifs adoptés, constaté qu'il avait pu développer une clientèle personnelle ; qu'elle a pu en déduire que, peu important le caractère fixe de la rémunération perçue et l'obligation faite à l'intéressé de reverser ses indemnités de commissions d'office, les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second moyen :

Attendu que M. Nicolas fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevables ses demandes de rappel et de complément de rétrocession d'honoraires et d'indemnité de congés payés, alors, selon le moyen :

1°/ que les prétentions qui constituent la conséquence des demandes initiales ne sont pas nouvelles et sont recevables devant la cour d'appel ; qu'en l'espèce, après avoir relevé que M. Nicolas, qui avait sollicité à titre principal devant le bâtonnier la requalification de son contrat de collaboration libérale en contrat de travail avait, devant les juges d'appel, sollicité subsidiairement, dans l'hypothèse où son statut de salarié ne serait pas reconnu, l'application des dispositions du contrat de collaboration libérale s'agissant des rétrocessions d'honoraires et des congés payés, la cour d'appel a considéré que ces demandes subsidiaires devaient être déclarées irrecevables en raison de leur caractère nouveau ; qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que les demandes subsidiaires formées par M. Nicolas étaient nécessairement la conséquence du rejet éventuel de ses prétentions initiales ce dont il résultait qu'elles n'étaient pas nouvelles, la cour d'appel a violé l'article 566 du code de procédure civile ;

2°/ que la juridiction d'appel saisie par l'effet dévolutif de l'ensemble du litige et investie de la plénitude de juridiction doit statuer sur

l'entier litige qui lui est dévolu, dès lors que le jugement attaqué est susceptible d'appel ; que suivant l'article 7 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée par la loi du 12 mai 2009, « les litiges nés à l'occasion d'un contrat de travail (...) ainsi que ceux nés à l'occasion d'un contrat de collaboration libérale sont, en l'absence de conciliation, soumis à l'arbitrage du bâtonnier, à charge d'appel devant la cour d'appel » ; qu'en déclarant néanmoins irrecevables les demandes subsidiaires formées par M. Nicolas au motif que celles-ci s'inscrivaient dans le cadre d'un litige relatif à l'inexécution éventuelle d'un contrat de collaboration alors que la décision du bâtonnier était susceptible d'appel, la cour d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs et violé l'article 561 du code de procédure civile ;

Mais attendu que les demandes subsidiaires formées pour la première fois en cause d'appel n'étant pas nécessairement la conséquence du rejet des prétentions initiales, la cour d'appel en a exactement déduit qu'elles constituaient des demandes nouvelles ; que le moyen, inopérant en sa seconde branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne M. Nicolas aux dépens ;

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

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du neuf octobre deux mille treize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat aux Conseils pour M. Nicolas

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur Philippe NICOLAS de sa demande tendant à la requalification de son contrat de collaboration libérale conclu avec la SELARL ESSOR devenue la SELARL BJA en contrat de travail et de l'AVOIR débouté de sa demande tendant à analyser la lettre de rupture de son contrat de collaboration en lettre de notification d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et à obtenir le paiement des sommes consécutives ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE : « Sur la qualification du contrat conclu entre les parties. Le collaborateur libéral exerce sa profession d'avocat en cette qualité auprès d'un avocat, d'une association ou d'une société d'avocats, dans le cadre d'un contrat de collaboration libérale établi par écrit à peine de nullité, et ce, en toute indépendance, sans lien de subordination, aux termes des dispositions combinées de l'article 7 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques et de l'article 18 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, auquel renvoie le premier texte : il peut compléter sa formation et peut se constituer une clientèle personnelle. Le contrat de collaboration, qui ne doit pas comporter de stipulation limitant la liberté d'établissement ultérieur du collaborateur, doit être conclu dans le respect des règles régissant la profession d'avocat et préciser, à peine de nullité suivant les dispositions du III de l'article 18 de la loi du 2 août 2005 : - sa durée, indéterminée ou déterminée, en mentionnant dans ce cas à terme et, le cas échéant, les conditions de son renouvellement, - les modalités de la rémunération, - les conditions d'exercice de l'activité, et notamment les conditions dans lesquelles le collaborateur libéral peut satisfaire les besoins de sa clientèle personnelle, - les conditions et les modalités de sa rupture, dont un délai de préavis. L'avocat salarié exerce, quant à lui, son activité professionnelle au service d'un avocat ou d'une association ou société d'avocats, en vertu d'un contrat de travail établi par écrit, qui doit préciser les modalités de sa rémunération, et ce, sans pouvoir toutefois constituer aucune clientèle personnelle et en restant soumis à un lien de subordination à l'égard de son employeur pour la détermination de ses conditions de travail, suivant l'économie des dispositions de l'article 7 de la loi du 31 décembre 1971 ; l'avocat salarié ne peut avoir de clientèle personnelle mais l'indépendance que comporte son serment d'avocat reste en toute hypothèse préservée dans l'exercice des missions qui lui sont confiées et il ne peut en aucun cas, au prétexte d'un lien de subordination rendu légalement moins contraignant pour la réaffirmation de ce caractère essentiel commun à tous

les avocats, être porté atteinte aux règles déontologiques de la profession d'avocat, et notamment au respect des obligations en matière d'aide judiciaire et de commission d'office et à la faculté pour lui de demander à être déchargé d'une mission qu'il estime contraire à sa conscience ou susceptible de porter atteinte à son indépendance. Il est constant, en l'espèce, que le contrat de collaboration conclu entre les parties le 20 octobre 2004, sur le modèle du contrat type, était conforme à l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires rappelées plus haut et que l'Ordre des avocats du barreau d'Annecy, auprès duquel était inscrite la SELARL ESSOR et devait s'inscrire Maître Philippe NICOLAS n'a pas exigé de modification de ce contrat soumis à son contrôle. Après avoir rappelé en préliminaire que Maître Philippe NICOLAS exercerait la profession d'avocat au sein du cabinet ESSOR, à compter du 1er janvier 2005 à temps complet, dans le cadre d'une "collaboration confraternelle et loyale, exclusive de tout lien de subordination" et qu'il pourrait recevoir ses clients personnels au cabinet et disposerait du temps nécessaire à la gestion et au développement de sa clientèle personnelle, en ayant à sa disposition une installation garantissant le secret professionnel et l'ensemble des moyens du cabinet (salle d'attente, secrétariat, téléphone, télécopie, messagerie électronique, accès Internet, petites fournitures etc) sans aucune restriction ni contribution financière et dans des conditions normales d'utilisation, les parties ont convenu que Maître Philippe NICOLAS devrait organiser son activité, en fonction de ses obligations de formation, favorisées par les associés de la SELARL ESSOR, et de ses propres affaires, pour consacrer le temps nécessaire au traitement des dossiers qui lui seraient confiés par ceux-ci en veillant à toujours y apporter le même soin et la même conscience que pour ses affaires personnelles (articles 3.1 et 4.1 du contrat). Maîtres Thierry BILLET et Yves JORAND, avocats associés, se sont engagés à préserver la nature strictement confidentielle de la correspondance privée, y compris les correspondances électroniques, et celle afférente aux dossiers personnels, en format électronique ou non, de Maître Philippe NICOLAS, tant dans le cadre de son activité professionnelle pour sa clientèle personnelle, qu'à titre privé (article 3.4 du contrat). Les avocats associés se sont interdits de demander à Maître Philippe NICOLAS l'accomplissement d'une mission que celui-ci considérerait comme contraire à sa conscience à ses opinions ou susceptibles de porter atteinte à son indépendance ; le collaborateur conservait la faculté de demander de se retirer d'un dossier et, inversement, la maîtrise de son argumentation et des conseils qu'il donnait, dans tous les dossiers qui lui seraient confiés par les associés, sauf à les informer de son intention de développer une argumentation contraire à la leur (article 5 du contrat). La rémunération convenue comme contrepartie de la collaboration assurée par Maître Philippe NICOLAS a été fixée sous forme d'une rétrocession d'honoraires fixe d'un montant élevé de 6 625 €, versée le 1er de chaque mois, sous réserve d'un réexamen au moins une fois par an, et ce collaborateur devait recevoir, sans délai et sur justification, le remboursement de tout frais professionnel, notamment de déplacement,

exposés dans le cadre des missions confiées par les associés ou dans l'intérêt du cabinet, tout en bénéficiant en outre, pour ses déplacements, d'un véhicule de fonction mis à sa disposition par la SELARL ESSOR (articles 7 et 8 du contrat). Maître Philippe NICOLAS s'engageait à maintenir son immatriculation en qualité de travailleur indépendant auprès de l'URSSAF et d'une caisse d'assurance-maladie affiliée à la CAMPLIF, pendant toute la durée du contrat de collaboration (article 4.4). Cet ordonnancement contractuel s'est quelque peu brouillé avec la signature sus exposée par Maître Philippe NICOLAS d'un acte intitulé "Modalités de Collaboration" du 12 janvier 2005 comportant différentes modifications et/ou précisions, par référence à des correspondances échangées les 15 juin et 27 septembre 2004, lesquelles modifications et/ou précisions n'ont pas été soumises au contrôle du conseil de l'Ordre des avocats au barreau d'Annecy et se traduisaient par : - la substitution à la rétrocession mensuelle d'honoraires fixée par le contrat de collaboration d'une rémunération mensuelle nette de 4 554 €, augmentée de la prise en charge directe, à raison de 40 % de cette somme, des charges sociales du collaborateur par la SELARL ESSOR, d'une part, et de l'avantage en nature que représentait la mise à disposition d'un véhicule de fonction et qui était évalué à 178 € par mois, d'autre part, soit un total cumulé d'engagements financiers de la part de cette société d'avocats légèrement inférieur à la rétrocession d'honoraires précédemment convenue $[(4\ 554\ € \times 40\ \%) + 178\ € = 6\ 553,60\ €]$, mais sans doute valorisé, pour aboutir à une équivalence, à la faveur de nouveaux avantages consentis à Maître Philippe NICOLAS avec la remise d'un téléphone portable et d'un badge pour les péages d'autoroutes, - la précision que la rémunération mensuelle nette de 4 554 € correspondait en 2005 à 229 jours travaillés, suivant un décompte annexé au document et justifiant ce chiffre par un calcul résultant de l'imputation des samedis, dimanches, jours fériés et jours ouvrés de congés annuels sur le nombre de jours calendaires de cette même année, sous réserve d'un nouveau calcul opéré en fin d'année, au prorata des jours réellement effectués en plus ou en moins, - l'indication, in fine, que toutes les recettes de Maître Philippe NICOLAS en tant qu'avocat-conseil (y compris d'éventuelles commissions d'office) seraient facturées par le cabinet ESSOR. Cependant, indépendamment de la formulation des clauses relatives aux droits et aux obligations de Maître Philippe NICOLAS dans le cadre du contrat de collaboration libérale primitivement conclu avec la SELARL ESSOR et soumis au contrôle ordinal et des correctifs et adjonctions apportés à ces stipulations aux termes d'un document occulte, il importe d'apprécier in concreto si les conditions de fait dans lesquelles s'est exercée l'activité professionnelle d'un avocat présenté comme collaborateur libéral objectivaient effectivement cette qualité, au sens du II de l'article 18 de la loi du 2 août 2005 et de l'article 14 du Règlement Intérieur Unifié des Barreaux de France, ou bien, à l'inverse, si les conditions d'accomplissement de son travail impliquaient nécessairement son rattachement au statut social d'un avocat salarié placé sous la dépendance plus étroite des avocats auxquels

il se trouvait lié contractuellement, quant à l'organisation matérielle quotidienne de son emploi du temps et de ses activités. Il est tout d'abord significatif qu'un certain nombre de documents émanés de la SELARL ESSOR et versés aux dossiers des deux parties ont été signés par Maître Philippe NICOLAS seul, sans qu'apparaisse jamais le nom de l'un ou de l'autre des associés, Maîtres Thierry BILLET ou Yves JORAND, abstraction faite des dispositions de l'article 132 du décret du 27 novembre 1991 applicable à l'avocat collaborateur et/ou de l'article 136 de ce même décret applicable à l'avocat salarié : - sur des lettres adressées, à compter du 9 mai 2005 à des clients du cabinet, à d'autres cabinets d'avocats, à des juridictions (pièces classées sous les n° 18, 42, 43, 44, 45 du dossier de l'intimée) - sur une consultation portant sur la création d'une commission paritaire locale destinée au règlement de litiges dans les établissements commerciaux, à l'intention du Directeur Départemental du Travail de l'Isère, le 19 avril 2005 et surtout la signature de deux conventions successives de prestations relatives à une commande de l'État en date du 3 août 2005 et du 24 octobre 2005, outre un compte rendu d'intervention substantielle transmise le 20 juillet 2006 (pièces n° 30 à 38 du dossier de l'intimé), - sur une proposition d'intervention, en date du 3 mars 2006, en faveur de l'association AGLCA, en réponse à un appel d'offres du C2RA de l'Ain, où il se présente comme "consultant chef de projet" particulièrement investi dans le traitement des aspects juridiques du fonctionnement des structures associatives et «assisté» dans la phase de préconisations et de restitution par Maître Yves JORAND (pièce n° 46 du dossier de l'intimée : p. 13 et 14) - sur une consultation en date du 22 avril 2005 et une note d'orientation en date du 13 juin 2005, destinée à la Fédération Nationale des Accidentés du Travail et Travailleurs Handicapés (pièces n° 25, 39, 41 du dossier de l'intimée), - en dernière page d'un document daté du 5 avril 2006 et intitulé «Proposition d'intervention-appel d'offres de l'AGEFIPH Centre et de la DDTEFP du Cher en faveur de la coordination PDITH du Cher», dans le cadre duquel il se présente comme le consultant proposé pour assurer la mission de coordination du dispositif objet de la proposition, en qualité d'avocat spécialiste du droit social, chargé notamment de plusieurs interventions sur des problématiques aussi variées que la réorganisation d'un service juridique d'une association spécialisée dans la défense des accidentés du travail ou que l'accompagnement d'une mission locale dans la rénovation de son projet d'intervention ou encore le règlement d'un apport partiel d'activé dans une opération de création d'un centre d'aide par le travail issu d'une entreprise adaptée, particulièrement investi dans le traitement de certains aspects notamment juridiques du contentieux de l'accident du travail est intervenue à de nombreuses reprises sur la rédaction de textes de présentation de la nouvelle loi sur le handicap et sur ses décrets d'application, (p. 10 et 11) document auquel était annexé un CV personnel succinct du même Maître Philippe NICOLAS, lequel faisait état de ses actions récentes, en qualité d'audit-conseil, de sa pratique habituelle du droit du travail et du contentieux, outre diverses missions d'assistance et de

conseil, dans une formulation laissant présumer qu'il s'agissait exclusivement de travaux personnels (pièce n° 41 du dossier de l'appelant, confirmée par une attestation figurant en pièce n° 16 et des courriers constituant les pièces 47 à 49 du dossier de l'intimée), -sur une proposition d'intervention sur l'évaluation du PDITH de Haute Saône (pièce n° 51 du dossier de l'intimée). La SELARL BJA, substituée à la SELARL ESSOR, a également communiqué des attestations établies dans les conditions définies par l'article 202 du code de procédure civile par des permanents et/ou des militants d'organisations syndicales affiliées à la CFDT, qui précisent :-que Maître Philippe NICOLAS leur a été présenté d'emblée comme avocat associé ou futur associé du cabinet et que par la suite, dans le cadre des relations de travail avec ce cabinet et que jusqu'à son départ, il avait exercé en cette qualité, se prévalant de la plus-value qu'il apportait dans les dossiers d'accidents du travail, - qu'il était amené à remplacer indifféremment Maîtres Yves JORAND et Thierry BILLET sur des dossiers, qu'il recevait seul des clients dans son bureau, qu'il était devenu personnellement le référent des syndicats métallurgie ou transports CFDT, en remplacement de Maître Thierry BILLET, surchargé et fréquemment en déplacement et que les trois avocats, de manière évidente, travaillaient sur un pied d'égalité, se répartissant le travail en fonction des urgences et des affinités des uns et des autres. L'expert-comptable de la SELARL BJA, qui est également devenu celui de Maître Philippe NICOLAS, postérieurement à son départ du cabinet et pendant la période où il était installé à son propre compte, a attesté de ce que le statut de salarié, envisageable à l'époque de la négociation des conditions d'entrée de ce nouvel avocat au cabinet, avait été écarté, «compte tenu de l'impossibilité de maintenir un lien de subordination entre des avocats anciens directeurs départementaux du travail, chargés de développer une propre clientèle et particulièrement autonomes dans la réalisation de leur travail», que l'idée principale d'une association à terme « était de développer le cabinet grâce à l'arrivée d'une personne positionnée au même niveau que les gérants», alors qu'un choix concerté avait été fait de maintenir au bénéfice de Maître Philippe NICOLAS une rémunération élevée, équivalente à son dernier traitement de directeur départemental du travail au moment de sa mise en disponibilité, suivant les explications données en réponse au questionnement de l'expert-comptable (pièce n° 17 du dossier de l'intimée). S'agissant de la rémunération, il résulte des avenants salaires signés par les partenaires sociaux pour fixer les salaires minima des avocats salariés, en application de l'article 4-2 de la convention nationale étendue des cabinets d'avocats du 17 février 1995 que les salaires minima d'un avocat ayant cinq années d'expérience dans la profession ou titulaire d'une mention de spécialisation ont été constamment inférieurs (3 000 € à la date du 1er janvier 2005 et 3 133 € à la date du 1er janvier 2007 pour un avocat inscrit à un barreau français hors Paris et barreaux d'Île-de-France) à celle obtenue par Maître Philippe NICOLAS, qui bénéficiait donc d'une situation, avantages en nature et prise en charge de cotisations sociales en sus, bien supérieure aux conditions financières et matérielles de

ses confrères salariés. L'abandon relativement rapide du projet d'association que la fixation d'une rémunération relativement élevée tendait à favoriser mais qui a été compromis par l'apparition entre les parties d'une mésentente insurmontable et par une adaptation difficile de Maître Philippe NICOLAS aux conditions de délai fixées avec les clients, suivant le témoignage de l'expert-comptable, n'implique pas pour autant comme corollaire la perte par ce même avocat de sa qualité de collaborateur libéral et son inféodation inéluctable aux deux associés cogérants. Outre l'illustration de sa grande marge d'autonomie et de son rôle actif, voire prééminent, donnée par les dossiers précédemment évoqués, qu'il a pu suivre au-delà de la négociation de marchés au printemps 2006, il se vérifie que Maître Philippe NICOLAS a pu fidéliser un certain nombre de clients, particuliers ou institutionnels, avec lesquels il avait noué un contact au cours de sa collaboration au sein du cabinet ESSOR et qu'il a conservé postérieurement à son départ (pièces n° 15, 21, 28 [au sujet d'un appel], 54, 55 et 56 du dossier de l'intimée, outre la pièce n° 41 bis du dossier de l'appelant). Les tableaux récapitulatifs du suivi des affaires auxquels s'est référé l'appelant pour dénoncer le contrôle étroit exercé par les cogérants de la SELARL ESSOR sur son activité ne permettent pas à la Cour de se convaincre de ce que Maître Philippe NICOLAS en avait été réduit à exercer son activité en étant soumis à un véritable lien de subordination, dans la mesure où les initiales des autres avocats du cabinet, notamment Maître Thierry BILLET (TB) apparaissent également sur ces tableaux. Il ne peut nullement être déduit de ces pièces ainsi présentées que Maître Philippe NICOLAS se trouvait dans l'impossibilité, sur le temps de travail défini en accord avec les associés (229 jours par an en 2005), d'en consacrer une partie à des dossiers de consultation ou de conseil comme à des dossiers de contentieux dont il a été vu qu'il les suivait personnellement et qu'il en a repris certains dans le cadre de son exercice individuel après son départ du cabinet. Dans ce contexte, le témoignage d'Éric ROCHER-THOMAS, avocat, dont il n'est pas contesté qu'il est devenu le collaborateur de Maître Philippe NICOLAS et qui a précisé n'avoir jamais parlé à aucun moment avec celui-ci de dossiers personnels confiés indépendamment de ceux du cabinet, ne permet pas d'exclure que l'appelant ait ouvert des dossiers sous l'entête de la SELARL ESSOR, conformément aux pratiques définies d'un commun accord en début de collaboration, tout en étant devenu l'interlocuteur unique et exclusif des clients concernés, dont une partie a préféré faire le choix de le conserver ensuite comme conseil, alors que la charge de travail d'un cabinet spécialisé en droit social ne saurait être considérée comme un critère décisif d'appréciation de la marge de manoeuvre d'un collaborateur libéral, dont l'activité n'est pas soumise aux dispositions légales et réglementaires limitatives de la durée quotidienne ou hebdomadaire du travail. Tout au plus, l'obligation faite à Maître Philippe NICOLAS de reverser à la SELARL ESSOR ses indemnités d'aide juridictionnelle et de commissions d'office s'est-elle poursuivie en méconnaissance des dispositions relatives à la conservation de ces indemnités par un avocat collaborateur contenues à

l'article 14.3 du Règlement Intérieur Unifié des Barreaux de France, alors qu'un accord, conclu au prétexte de régulariser une avance sur les charges sociales incombant à l'intéressé, à raison de 40 % de sa rémunération nette garantie (4 732 €), et en déni total des engagements initialement souscrits au titre d'une cession d'honoraires dans le cadre du contrat de collaboration soumise au contrôle de l'Ordre, caractérise une équivoque pour le moins critiquable, ainsi que le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats au Barreau d'Annecy l'a stigmatisé à juste titre. Cette dérive à elle seule ne suffit pourtant pas à justifier une requalification du contrat de collaboration de Maître Philippe NICOLAS en contrat de travail. Il échec dès lors de confirmer l'ordonnance critiquée qui a indiqué que le contrat entre Maître Philippe NICOLAS et la SELARL ESSOR BJA doit s'analyser en un contrat de collaboration libérale. Dans la mesure où la requalification du contrat de collaboration de Maître Philippe NICOLAS en contrat de travail est exclue, la rupture de ce contrat de collaboration ne peut s'analyser comme la notification d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, et aucun dédommagement ne peut lui être dû par la SELARL BJA, substituée à la SELARL ESSOR. Maître Philippe NICOLAS ne peut aucunement prétendre au remboursement de cotisations au régime de couverture sociale des travailleurs indépendants, dont il était personnellement débiteur en application du V de la loi du 2 août 2005 » ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE : « Il importe de relever le particularisme de la situation, qui nous est présentée, Monsieur NICOLAS n'ayant pas encore la qualité d'avocat, étant âgé d'une cinquantaine d'années, affichant des prétentions matérielles particulières (rémunération, avantages en nature, couverture sociale, frais de déménagement etc...) propres à lui permettre de maintenir le niveau de vie de sa famille et de développer celui-ci, lorsqu'il prend la décision de réorienter sa vie professionnelle et d'entrer dans le monde libéral ; C'est ainsi que les parties, après avoir défini l'ensemble des éléments destinés à procurer à Monsieur NICOLAS, une situation matérielle identique à celle dont il bénéficiait de par sa situation de Haut-Fonctionnaire, se sont attachées à rechercher le statut professionnel susceptible de lui permettre d'atteindre cet objectif ; Elles ont ainsi opté pour celui de collaborateur libéral, seul susceptible de lui permettre d'accéder à l'indépendance et à la liberté auxquelles il aspirait ; Cependant, elles s'en sont immédiatement affranchies en régularisant dès les premiers jours de leur collaboration, le 12 janvier 2005, un document intitulé « modalités comptables de collaboration » contraire aux principes édictés par les textes mais manifestement consensuel, venant instaurer, pour une période probatoire, une forme « d'indépendance économiquement maîtrisée » ; Au-delà du caractère déontologiquement méprisable de l'attitude affichée à l'égard de l'institution ordinaire à laquelle elles ont soumis un contrat qu'elles avaient décidé de ne point appliquer strictement, les parties sont manifestement librement convenues des véritables modalités de leur collaboration ; Les

correspondances par elles échangées préalablement à la régularisation du contrat du 20 octobre 2004, leur attitude lors de l'exécution de celui-ci et notamment les pièces comptables qu'elles éditaient puis leur comportement lors de sa rupture et dans la gestion de ses conséquences en attestent ; Il n'est pas contestable qu'elles projetaient l'intégration de Monsieur NICOLAS dans la société où il devait succéder à Maître JORAND dont la prise de retraite était programmée ; Enfin, les pièces produites révèlent que la séparation de 2006 s'est organisée sans heurt et dans la concertation, Monsieur NICOLAS s'orientant vers un exercice individuel n'ayant semble-t-il pas répondu à ses attentes puisqu'il a démissionné du Barreau et rejoint son corps d'origine ; La collaboration libérale se distingue du salariat par l'absence de lien de subordination et la possibilité de développer une clientèle personnelle; En l'espèce, nombre de documents produits attestent que Monsieur NICOLAS n'a jamais été présenté, traité ou considéré comme un subordonné mais comme un collaborateur libéral et futur associé, disposant d'une réelle autonomie matérielle et intellectuelle; Il apparaît également qu'il a pu développer une clientèle personnelle qui l'a suivi dans son exercice individuel après rupture du contrat ; Juriste averti et expérimenté, Monsieur NICOLAS ne peut sérieusement soutenir qu'il ignorait tout des dispositions législatives et réglementaires de la profession qu'il souhaitait exercer, ayant pu les analyser pendant plusieurs mois avant la conclusion du contrat ou au-delà et prétendre ainsi qu'il aurait accepté les modalités comptables datées du 12 janvier 2005 par ignorance, par erreur ou à la suite de manoeuvres dolosives ; Celles-ci sont d'ailleurs conformes aux exigences qu'il avait exprimées dans le cadre des pourparlers ayant précédé la conclusion du contrat et dont il convient de relever qu'elles sont exceptionnelles ; C'est à l'évidence en pleine connaissance de cause et pour s'assurer de la sécurité matérielle qu'elles devaient lui procurer qu'il les a acceptées ; Il ne saurait donc aujourd'hui venir se prévaloir de sa propre turpitude; C'est la raison pour laquelle ses prétentions seront rejetées» ces modalités fussent-elles constitutives d'un irrespect des textes, procédant d'une stipulation volontaire réfléchie et consensuelle » ;

1) ALORS QUE l'avocat titulaire d'un contrat de collaboration libérale peut prétendre à la requalification de celui-ci en contrat de travail dès lors que les conditions réelles de l'activité ne lui permettaient pas de développer une clientèle personnelle et qu'il était tenu d'agir conformément aux directives des associés du cabinet ; qu'en l'espèce, en considérant que la relation unissant la SELARL BJA et Monsieur NICOLAS devait s'analyser en un contrat de collaboration libérale alors même qu'elle constatait d'une part, que conformément aux « modalités de collaboration » du 12 janvier 2005 modifiant le contrat de collaboration initial, Monsieur NICOLAS devait percevoir une rémunération mensuelle fixe en contrepartie de 229 jours travaillés, que d'autre part, suivant ce même document, il était prévu que « toutes les recettes de Maître Philippe NICOLAS en tant qu'avocat conseil (y compris d'éventuelles commissions d'office) seraient facturées par le

cabinet ESSOR » et enfin, que la SELARL BJA et ainsi qu'en attestait l'expert comptable, avait mis fin à leur collaboration en raison de l'adaptation difficile de Maître Philippe NICOLAS aux conditions de délai qui lui étaient fixées ce dont il résultait que non seulement les conditions imposées à Monsieur NICOLAS faisaient obstacle à ce qu'il puisse développer une clientèle personnelle mais encore que la SELARL BJA lui imposait des directives quant aux délais à respecter à l'égard des clients du cabinet dont elle avait sanctionné l'inobservation, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations violant L.1221-1 du Code du travail ;

2) ALORS ENCORE QUE les juges du fond ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes des parties sans examiner les pièces fournies par celles-ci à l'appui de leurs prétentions ; qu'en l'espèce, Monsieur NICOLAS produisait encore diverses pièces démontrant sans conteste que l'ensemble des courriers ou études qu'il adressait aux clients du cabinet, bien que parfois signés de son seul nom, étaient rédigés sur papier à entête du cabinet ESSOR en sorte que ces clients ne pouvaient aucunement être considérés comme relevant de sa clientèle personnelle ; qu'en se bornant, s'agissant desdites pièces à entériner les conclusions de SELARL BJA suivant lesquelles seule figurait la signature de Monsieur NICOLAS sans prendre le soin d'examiner lesdites pièces, la cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

3) ALORS EN OUTRE QUE Monsieur NICOLAS faisait précisément valoir dans ses écritures et pièces à l'appui que les conditions de travail qui lui étaient unilatéralement imposées ne lui laissaient aucunement la possibilité de développer sa clientèle personnelle à laquelle la SELARL BJA était de toute façon hostile et qu'il agissait sous les ordres et directives des associés du cabinet; qu'à l'appui de ses écritures, Monsieur NICOLAS produisait, notamment, l'attestation de Monsieur Eric ROCHER THOMAS, juriste au sein de la SELARL BJA, lequel confirmait que Monsieur NICOLAS n'avait pas de client personnel et agissait sous les ordres et directives des associés du cabinet, des tableaux précisant jour par jour les dossiers qu'il avait à traiter le contraignant à une présence permanente et une collaboration totale avec le cabinet, divers mails de Melle SIMONETTI ainsi qu'une attestation de Melle FLOCTEL, démontrant que le cabinet s'était opposé, après le départ de Monsieur NICOLAS, au transfert de leur dossier auprès de ce dernier ainsi que des notes de service lui demandant de procéder à la rédaction de diverses conclusions; qu'en se bornant à se référer, pour dire que la relation unissant la SELARL BJA et Monsieur NICOLAS devait s'analyser en un contrat de collaboration libérale, aux documents émanant de la SELARL BJA, sans rechercher précisément et ainsi cependant qu'elle y était invitée, si les conditions de travail imposées à Monsieur NICOLAS ne l'empêchaient pas de développer sa clientèle personnelle et si celui-ci n'agissait pas conformément aux directives de la SELARL BJA, la

cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.1221-1 du Code du travail.

SECOND MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR déclaré irrecevables les demandes formées par Maître Philippe NICOLAS à titre subsidiaire portant sur le paiement de rappels et de compléments de rétrocessions d'honoraires et des indemnités de congés payés ;

AUX MOTIFS QUE : « Ainsi que l'intimée l'a soutenu ajuste titre, les demandes qui portent sur des rappels de rétrocessions d'honoraires, sur le paiement de rétrocessions d'honoraires complémentaires et de rappels d'indemnités compensatrices de congés payés ne peuvent être accueillies, dans la mesure où elles s'inscrivent, à défaut de requalification, dans le cadre d'un litige relatif à l'inexécution éventuelle d'un contrat de collaboration, où le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats au Barreau d'Annecy avait été initialement saisi sur le fondement d'une requalification de ce contrat en contrat de travail, en sa qualité d'arbitre d'un différend né à l'occasion d'un contrat de travail, suivant les dispositions du dernier alinéa de l'article 7 de la loi du 10 juillet 1991, et où l'appelant ne peut soumettre à la Cour de nouvelles prétentions qui participent d'une réorientation hypothétique de l'instance arbitrale à partir d'un nouveau fondement et qui ne répondent pas de surcroît aux conditions limitatives des articles 565 et 566 du code de procédure civile » ;

1) ALORS QUE les prétentions qui constituent la conséquence des demandes initiales ne sont pas nouvelles et sont recevables devant la cour d'appel ; qu'en l'espèce, après avoir relevé que Monsieur NICOLAS, qui avait sollicité à titre principal devant le bâtonnier la requalification de son contrat de collaboration libérale en contrat de travail avait, devant les juges d'appel, sollicité subsidiairement, dans l'hypothèse où son statut de salarié ne serait pas reconnu, l'application des dispositions du contrat de collaboration libérale s'agissant des rétrocessions d'honoraires et des congés payés, la cour d'appel a considéré que ces demandes subsidiaires devaient être déclarées irrecevables en raison de leur caractère nouveau ; qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que les demandes subsidiaires formées par Monsieur NICOLAS étaient nécessairement la conséquence du rejet éventuel de ses prétentions initiales ce dont il résultait qu'elles n'étaient pas nouvelles, la cour d'appel a violé l'article 566 du Code de procédure civile ;

2) ALORS ENCORE QUE la juridiction d'appel saisie par l'effet dévolutif de l'ensemble du litige et investie de la plénitude de juridiction doit statuer sur l'entier litige qui lui est dévolu dès lors que le jugement attaqué est susceptible d'appel ; que suivant l'article 7 de la loi du 31 décembre 1971

modifiée par la loi du 12 mai 2009, « les litiges nés à l'occasion d'un contrat de travail (...) ainsi que ceux nés à l'occasion d'un contrat de collaboration libérale sont, en l'absence de conciliation, soumis à l'arbitrage du bâtonnier, à charge d'appel devant la cour d'appel » ; qu'en déclarant néanmoins irrecevables les demandes subsidiaires formées par Monsieur NICOLAS au motif que celles-ci s'inscrivaient dans le cadre d'un litige relatif à l'inexécution éventuelle d'un contrat de collaboration alors que la décision du bâtonnier était susceptible d'appel, la cour d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs et violé l'article 561 du Code de procédure civile.