

COUR DE CASSATION
Ch. soc. 13 mai 2009

Pourvoi n° 08-41399
Président : MME COLLOMP

Au nom du peuple français,

La Cour de cassation, chambre sociale, a rendu l'arrêt suivant:

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X... a été engagé le 31 août 1999 par la Société de distribution et de promotion (SDP), devenue la société Adrexo, en qualité de distributeur de journaux gratuits et de publicités ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes tendant notamment à la qualification de son contrat de travail en contrat à temps complet et au paiement d'un rappel de prime d'ancienneté ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 3123-14 du code du travail ;

Attendu, selon ce texte, que le contrat de travail des salariés à temps partiel est un contrat écrit ; qu'il mentionne la durée hebdomadaire ou, le cas échéant, mensuelle prévue et la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine et entre les semaines du mois ; qu'il en résulte que l'absence d'écrit mentionnant la durée du travail et sa répartition fait présumer que l'emploi est à temps complet et qu'il incombe à l'employeur qui conteste cette présomption de rapporter la preuve, d'une part, de la durée exacte hebdomadaire ou mensuelle convenue, d'autre part, que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur ;

Attendu qu'après avoir qualifié le contrat de travail en contrat à temps complet sur la période de septembre 1999 à juin 2005, l'arrêt énonce qu'à compter du mois de juillet 2005, le rythme de travail du salarié s'est suffisamment stabilisé pour considérer que l'employeur détruit la présomption à partir de cette date et rapporte la preuve d'un travail à temps partiel "réparti seulement sur les lundis et quelques mardis en plus des mardis suivants les lundis fériés" ;

Qu'en se déterminant comme elle a fait, sans rechercher si, pour la période considérée, l'employeur rapportait la preuve, d'une part, de la durée exacte hebdomadaire ou mensuelle convenue, d'autre part, de ce que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à sa disposition, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa

décision ;

Et sur le premier moyen, pris en ses troisième et quatrième branches :

Vu les articles L. 3171-4, L. 3231-1, L. 3232-1 et L. 3232-3 du code du travail ;

Attendu, selon ces textes, d'une part, que sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et quel que soit le mode de rémunération pratiqué, un salarié a droit à une rémunération au moins égale au salaire minimum de croissance pour le nombre d'heures qu'il a effectué, d'autre part, que la preuve des heures effectuées n'incombe à aucune des parties, lorsque le salarié fournit au juge des éléments de nature à étayer sa demande, il appartient à l'employeur d'apporter des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande de rappel de salaire à compter du mois de juillet 2005 l'arrêt énonce que celui-ci est au moins égal au SMIC horaire, ce qui se vérifie au regard du nombre d'heures mentionné sur chaque bulletin, rapporté au taux horaire moyen mentionné et appliqué, taux qui correspond bien au SMIC horaire alors en vigueur (8,03 euros pour 2005) ;

Qu'en statuant comme elle a fait, sans vérifier si l'employeur avait respecté son obligation de rémunérer les heures réellement effectuées par le salarié à un niveau au moins égal à ce minimum légal, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le second moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 1er de la convention collective nationale de travail des cadres, techniciens et employés de la publicité française du 22 avril 1955 étendue par arrêté du 29 juillet 1955 ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande de rappel de prime d'ancienneté jusqu'au 1er juillet 2005, date d'entrée en vigueur de la convention collective de la distribution directe du 9 février 2004, la cour d'appel retient que l'activité principale de la société Adrexo n'entre pas dans le champ d'application de la convention collective des entreprises de la publicité ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que la société Adrexo avait pour activité principale la distribution de documents publicitaires et de journaux gratuits, ce dont il se déduisait qu'elle était appelée à intervenir dans le cadre de campagnes publicitaires et qu'elle faisait dès lors partie du groupe APE 77.10 "créateurs et intermédiaires en publicité" visé par le texte précité, la cour d'appel l'a violé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches des moyens :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a débouté le salarié de ses demandes de rappel de salaire sur la base de 169 heures mensuelles à compter du mois de juillet 2005 et de rappel d'une prime d'ancienneté jusqu'au 1er juillet 2005, l'arrêt rendu le 23 janvier 2008, entre les parties, par la cour d'appel de Grenoble ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Chambéry ;

Condamne la société Adrexo aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer à M. X... la somme de 2 500 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits par Me Le Prado, avocat aux Conseils pour M. X... .

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué ;

D'AVOIR débouté le salarié de ses demandes de rappel de salaire et indemnités pour la période postérieure à juin 2005 ;

AUX MOTIFS QUE « le contrat de travail signé entre les parties le 31 août 1999 indiquait que l'activité confiée à Daniel X... consistait à distribuer des documents publicitaires ou des journaux gratuits dans les boîtes aux lettres ; que le signataire se déclarait « disponible pour effectuer des distributions les LMMJV » et la société SDP s'engageait à lui fournir, dans le cadre de ces « disponibilités » du salarié, une quantité minimale de 500 boîtes aux lettres à servir par période hebdomadaire ; que le contrat contenait par ailleurs les dispositions suivantes : article 4 « ...Sous réserve du respect des instructions et consignes, vous resterez entièrement libre de l'organisation des distributions qui vous seront confiées...Article 5 rémunération : « les distributions effectuées en vertu du présent contrat seront rémunérées au rendement en fonction du nombre des documents distribués dans les boîtes aux lettres qui vous ont été confiées dans le présent contrat

ou que vous accepterez de servir dans le cadre de vos disponibilités. Vous reconnaissez avoir pris connaissance des tarifs en vigueur dans l'entreprise à ce jour et les accepter expressément. Les tarifs comprennent le salaire brut ainsi que les congés payés. Votre salaire vous sera réglé le dernier jour ouvrable de chaque mois. Il ne pourra jamais être inférieur au montant du SMIC horaire rapporté à la durée du travail figurant sur votre fiche de paye » ; mais que ce contrat ne prévoyant pas la durée du travail ni sa répartition, au sens de l'article L. 212-4-3 du Code du travail, il fait présumer que l'emploi est à temps complet ; qu'il incombe en conséquence à la société ADREXO, qui conteste cette présomption, de rapporter la preuve, d'une part, qu'il s'agissait d'un emploi à temps partiel, d'autre part, que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il ne devait pas à se tenir constamment à la disposition de son employeur ; par ailleurs que, sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et quel que soit le mode de rémunération pratiqué, le salarié a droit à une rémunération au moins égale au salaire minimum de croissance pour le nombre d'heures qu'il a effectué ; qu'il résulte de l'article L. 212-1-1 du Code du travail que la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties et que, lorsque le salarié fournit au juge des éléments de nature à étayer sa demande, il appartient à l'employeur d'apporter des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés ; que le contrat est antérieur au 1er juillet 2005, date laissée à l'entreprise pour se mettre en conformité avec les dispositions de la convention collective nationale des entreprises de la distribution directe du 9 février 2004, étendu par arrêté du 16 juillet 2004 ; laquelle prévoit la mention, sur les bulletins de paye des distributeurs, d'un référencement horaire global afférent à l'ensemble des prestations réalisées, incluant le salaire de base garanti, laquelle prévoit aussi qu'une annexe doit être jointe au bulletin de paye pour détailler les éléments de rémunération pris en compte pour chaque distribution réalisée et leurs référencements horaires ; que les bulletins de paye remis à Daniel X... jusqu'au 31 juillet 2005 font référence à une durée horaire normale, à des « salaires de préparation prospectus », à des « salaires de distribution prospectus », à des « salaires journaux internes », à des « primes poids poignée », à des « forfaits », à des « primes qualités », tout élément dont le mode de calcul demeure en pratique complétement invérifiable en l'absence d'éléments concrets, à l'exception de ceux afférent au salaire de janvier 2004 dont un calcul détaillé est produit ; que l'employeur invoque une rémunération au rendement ou à la tâche mais s'abstient de produire tous éléments permettant de reconstituer la durée d'exécution réelle de la tâche confiée, qui comprend non seulement l'activité de distribution proprement

dite mais aussi des activités de préparation en dépôt ; qu'il ressort des explications et des conclusions des parties que les durées de travail portées sur ces bulletins étaient, en réalité, purement théoriques mais non pas « effectives » au sens de l'article D. 141-3 du Code du travail, puisque aucun décompte journalier de la durée de travail effectif n'avait été tenu, de l'aveu même de l'employeur et puisque cette durée était reconstituée selon une méthode abstraite, à partir du nombre et des caractéristiques des documents à distribuer et en fonction de caractéristiques attribuées aux secteurs de distribution ; que les termes du contrat et d'ailleurs de la propre « convention collective d'entreprise sur les conditions d'emploi de travail et les avantages et garanties sociales des salariés de SDP » signée le 5 juillet 1993 et dont la société ADREXO invoque l'application à son activité, prévoient des jours de disponibilité des salariés dans la semaine et prévoient que tout manquement du distributeur aux prestations contractuelles qu'il s'est engagé à réaliser pour le compte de SDP (ADREXO) sans justificatif fourni à l'employeur, sera considéré comme faute grave après relance écrite laissée sans réponse durant deux semaines ; que le contrat signé entre ADREXO et Daniel X... prévoyait comme jours de disponibilités les cinq jours ouvrables de chaque semaine, qu'aucun délai de prévenance n'était stipulé ; que l'employeur ne démontre pas qu'un délai de prévenance quelconque était observé en pratique ; que l'examen des listings de l'employeur fait apparaître qu'en pratique non seulement Daniel X... travaillait tous les lundis mais que, certaines semaines, un travail lui avait bien été confié d'autres jours ; que tel a été le cas pas seulement lorsque le lundi était férié, le salarié ayant alors travaillé le mardi suivant, mais encore, d'autres mardis, en dehors de ce cas de figure et même certains mercredis et certains jeudis ; qu'ainsi, l'examen des mêmes listings fait apparaître que Daniel X... a du effectuer des distributions, en plus de celles des lundis : en 1999 : 12 mardis et 6 mercredis ; en 2000 : 29 mardis, 8 mercredi et 1 jeudi ; en 2001 : 20 mardis, 5 mercredis et 1 jeudi, en 2002 : 4 mardis et 2 mercredis, en 2003 : 5 mardis et 1 jeudi, en 2004 : 6 mardis et 1 mercredi, au cours du 1er semestre 2005 : 3 mardis, le tout à des fréquences et à dates irrégulières d'une année sur l'autre ; que ces distributions supplémentaires intervenaient donc bien à des dates aléatoires ; que, pendant cette période, Daniel X... était donc susceptible d'être requis à tout moment pour effectuer des distributions un autre jour que le lundi, l'un quelconque des quatre autres jours désignés à son contrat de travail comme jours de disponibilités et qu'il pouvait être licencié s'il n'avait pas effectué ce travail un jour de « disponibilité » ; que malgré l'existence d'un contrat écrit et contrairement à ce que soutient l'intimée, l'horaire de travail du salarié variait d'un mois à l'autre en dehors des

prévisions de son contrat de travail, qui ne comportait pas de réparation de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois ; que l'intéressé avait bien été mis dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler chaque mois et s'était trouvé dans l'obligation de se tenir en permanence à la disposition de l'employeur ; qu'en revanche, à partir du 18 juillet 2005 et au moins jusqu'au 7 mai 2007, il n'a plus travaillé que les lundis et quelques mardis en plus des mardis suivant les lundis fériés ; qu'aucun travail n'apparaît plus effectué les mercredi, jeudi ou vendredi ; que le salarié s'est d'ailleurs plaint à l'audience d'un cantonnement de son travail au lundi et à un seul secteur ; qu'ainsi, il apparaît qu'à compter du mois de juillet 2005, son rythme de travail habituel s'était suffisamment stabilisé pour considérer que l'employeur détruit la présomption à partir de cette date et rapporte la preuve d'un travail à temps partiel réparti seulement sur ces deux jours de la semaine pour la période qui a suivi ; que jusqu'au mois de juillet 2005 aucune feuille de route ni de bon de travail mentionnant un temps d'exécution défini ou un délai butoir ou des cadences de distribution n'est produit, permettant de vérifier la réalité des heures de travail portées sur les bulletins de salaire ; qu'en revanche, à partir également du 18 juillet 2005, le salarié s'est vu remettre des feuilles de route et des listes détaillées des salaires qui décomposaient son activité et faisaient apparaître un temps de travail, qui mentionnaient notamment pour chaque journée de travail les volumes d'heures de travail affectées au temps de préparation, de distribution, d'attente et aux temps de trajet « centre/UG » ; que, par ailleurs, le salaire versé à Daniel X... depuis juillet 2005 est au moins égal au SMIC horaire, ce qui se vérifie au regard du nombre d'heures mentionné sur chaque bulletin, rapporté au taux horaire moyen mentionné et appliqué, taux qui correspond bien au SMIC horaire alors en vigueur (8,03 pour 2005) ; que le rappel n'est donc fondé que pour la période de septembre 1999 à juin 2005 ; qu'en conséquence, sur la base d'un contrat de travail à temps plein pendant cette période et d'une rémunération de ce temps de travail au SMIC horaire, sur la base également du calcul chiffré produit par le salarié, tenant compte des salaires perçus, le rappel s'établit à : 1999 : 3879,95 ; 2000 : 10.000,85 ; 2001: 9.939,11 ; 2002 : 11.144,72 ; 2003 : 11.238,48 ; 2004 : 10.081, 45 ; 2005 : 5.330,49 . Total 61.615,05 outre 6.161,50 d'indemnité compensatrice des congés payés afférents ».

ALORS, D'UNE PART, QU' aux termes de l'ancien article L. 212-4-3 du Code du travail, devenu l'article L. 3123-1 du Code du travail, le contrat de travail des salariés à temps partiel est un contrat écrit qui mentionne la durée hebdomadaire ou, le cas échéant, mensuelle prévue et la répartition de la durée du travail

entre les jours de la semaine et entre les semaines du mois ; que l'absence d'écrit mentionnant la durée du travail et sa répartition fait présumer que l'emploi est à temps complet et qu'il incombe à l'employeur qui conteste cette présomption de rapporter la preuve, d'une part, de la durée exacte hebdomadaire ou mensuelle convenue, d'autre part du fait que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur ; que la Cour d'appel a relevé qu'entre septembre 1999 et juin 2005, malgré l'existence d'un contrat écrit, l'horaire de travail du salarié variait d'un mois à l'autre, en dehors des prévisions de son contrat de travail, qui ne comportait pas de répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine, ou les semaines du mois, et que l'intéressé pouvait être requis à tout moment par l'employeur pour effectuer des distributions l'un quelconque des quatre jours de la semaine, désignés dans son contrat de travail comme jours de disponibilité pour assurer la distribution, autre que le lundi ; que la Cour d'appel a également constaté qu'à partir du 18 juillet 2005, le salarié avait travaillé les lundis et quelques mardis en plus des mardis suivant les lundis fériés ; qu'en limitant la requalification du contrat de travail à durée indéterminée, et à temps partiel du salarié, en contrat de travail à temps complet, à la seule période comprise entre le mois de septembre 1999 et le mois de juin 2005, bien qu'il résultait de ses propres énonciations, que depuis le début de la relation de travail, les horaires de travail du salarié variaient en dehors des prévisions de son contrat de travail, de sorte que l'intéressé, qui avait été mis dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler, se trouvait dans l'obligation de se tenir en permanence à la disposition de l'employeur, la Cour d'appel a violé l'article L. 3123-1 du Code du travail (ancien article L. 212-4-3 du Code du travail).

ALORS, D'AUTRE PART, QUE l'employeur ne peut pas imposer au salarié protégé une modification de son contrat de travail, ou de ses conditions de travail ; que la Cour d'appel a relevé qu'entre septembre 1999 et juin 2005, malgré l'existence d'un contrat écrit, l'horaire de travail du salarié, délégué syndical CGT depuis 2003, variait d'un mois à l'autre, en dehors des prévisions de son contrat de travail, qui ne comportait pas de répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine, ou les semaines du mois, et que l'intéressé pouvait être requis à tout moment par l'employeur pour effectuer des distributions, l'un quelconque des quatre jours de la semaine, désignés dans son contrat de travail comme jours de disponibilité pour assurer la distribution, autre que le lundi ; que la Cour d'appel a également constaté qu'à partir du 18 juillet 2005, le salarié s'était vu imposer de travailler uniquement les lundis et

quelques mardis en plus des mardis suivant les lundis fériés ; qu'elle en a déduit qu'à compter de cette date, l'employeur rapportait la preuve d'un travail à temps partiel réparti seulement sur ces deux jours ; que la Cour d'appel ne pouvait retenir que le salarié avait travaillé à temps partiel à compter de juillet 2005 au prétexte que ce dernier travaillait les lundis et quelques mardis, sans constater au préalable que Monsieur X..., salarié protégé, avait donné son accord à la modification de ses horaires de travail en juillet 2005 ; que la Cour d'appel a ainsi privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 du Code civil et L. 1221-1 du Code du travail.

ET ALORS QUE sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, et quelque soit le mode rémunération pratiqué, un salarié a droit à une rémunération au moins égale au salaire minimum de croissance pour le nombre d'heures qu'il a effectué ; que le salaire à prendre en considération est celui qui correspond à une heure de travail effectif ; que si des accords collectifs peuvent comporter des stipulations plus favorables au salarié que les dispositions légales en vigueur, ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ; que la Cour d'appel a affirmé qu'il ressortait des feuilles de route remises au salarié qu'à compter du 18 juillet 2005, il avait travaillé à temps partiel ; qu'en s'abstenant de rechercher si ces feuilles de route, prévues par la convention collective nationale de la distribution directe du 9 février 2004, ne prévoyaient pas qu'une procédure de quantification préalable des heures de travail effectuées, de sorte que les durées de travail portées sur ces feuilles ne correspondaient pas à du temps de travail effectif, mais étaient purement théoriques, la Cour d'appel, a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 3231-1 et suivants, et L. 2251-1 du Code du travail (anciens articles L. 141-1 et suivants du Code du travail, L. 132-4 et D. 141-3 du Code du travail).

ALORS, EN TOUT ETAT DE CAUSE, QUE la délivrance par l'employeur de bulletins de salaire n'emporte pas présomption de paiement ; qu'en cas de contestation, l'employeur est tenu de prouver le paiement des salaires par la production de pièces comptables ; qu'en se fondant sur les bulletins de salaire du salarié, lesquels mentionnaient un nombre d'heures de travail rapporté à un taux horaire moyen, pour dire qu'à partir du 18 juillet 2005, la rémunération mensuelle du salarié était au moins égale au SMIC, bien que les fiches de paie ne constituaient aucune garantie de paiement du salaire minimum auquel l'intéressé avait droit, la Cour d'appel a violé les articles L. 3231-1 et suivants du Code du travail (ancien article L. 141-1 et suivants du Code du travail).

SECOND MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué ;

D'AVOIR rejeté la demande de rappel de prime d'ancienneté formulée par le salarié en application de la convention collective de la publicité ;

AUX MOTIFS QUE « l'activité principale de l'entreprise dans laquelle était employé Daniel X..., à savoir la distribution dans des boîtes aux lettres de journaux gratuits, et de prospectus, même à caractère publicitaire, n'entrait pas dans le champ d'application de la convention collective des entreprises de la publicité ».

ALORS QU'aux termes de l'article 1 de la convention collective nationale de travail des cadres, techniciens, et employés de la publicité française, cette convention a pour objet de régler les conditions générales de travail et les rapports entre les employeurs et les cadres, techniciens, agents de maîtrise et employés des entreprises de la publicité et assimilées, telles que définies aux groupes 77-10 et 77-11 des nomenclatures d'activités et de produits, établies par l'INSEE ; que le groupe 77-10 concerne les créateurs et intermédiaires en publicité, tandis que le groupe 77-11 s'applique aux régies publicitaires ; que la Cour d'appel, qui a relevé que l'activité principale de l'employeur consistait en la distribution dans des boîtes aux lettres de journaux gratuits, et de prospectus, à caractère publicitaire, aurait du en déduire que la société ADREXO était intermédiaire en publicité, de sorte que le salarié pouvait revendiquer l'application à son profit de la convention collective de la publicité, et réclamer le rappel de la prime d'ancienneté prévue par cette convention ; qu'en décidant le contraire, la Cour d'appel a violé l'article 1 de la convention collective nationale de travail des cadres, techniciens, et employés de la publicité française.

ET ALORS QUE la Cour d'appel qui s'est bornée à affirmer, de manière péremptoire, que l'activité principale de l'employeur n'entrait pas dans le champ d'application de la convention collective des entreprises de la publicité, sans préciser quel était son champ d'application, et en quoi l'activité de l'employeur en était exclu, a, à tout le moins, privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1 de la convention collective nationale de travail des cadres, techniciens, et employés de la publicité française.