

**COUR D'APPEL DE GRENOBLE**  
**CHAMBRE SOCIALE**  
23 JANVIER 2008

APPELANT :

Monsieur Daniel X...  
26200 MONTELMAR  
Comparant en personne

INTIMÉE :

La S. A. R. L. ADREXO  
Domaine de Collongue  
13627 AIX-EN-PROVENCE CEDEX 1  
Représentée par Me Dominique CHABAS (avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE)

COMPOSITION DE LA COUR :

LORS DES DEBATS ET DU DELIBERE :

Monsieur Daniel DELPEUCH, Président de Chambre,  
Madame Hélène COMBES, Conseiller,  
Monsieur Eric SEGUY, Conseiller,

Assistés lors des débats de Madame Simone VERDAN, Greffier.

DEBATS :

A l'audience publique du 05 Décembre 2007,  
Les parties ont été entendues en leurs conclusions et plaidoirie (s).

Puis l'affaire a été mise en délibéré au 23 Janvier 2008.

L'arrêt a été rendu le 23 Janvier 2008.

Daniel X... a été engagé en qualité de distributeur de journaux gratuits et de publicités par la Société de Distribution et de Promotion (SDP) devenue ADREXO, par contrat du 31 août 1999 et pour une durée indéterminée. Il était affecté au dépôt de Montélimar.

Il a été désigné délégué syndical par le syndicat CGT en mai 2003.

Daniel X... a saisi le conseil de prud'hommes de Montélimar, le 25 mars 2004, aux fins d'obtenir le versement d'un rappel de salaire de 277 € En dernier lieu, il a sollicité la requalification de son contrat de travail en contrat à temps plein et a réclamé un rappel de salaire de 62. 235,59 € outre congés payés, sur la base d'un horaire mensuel de 169 heures depuis son embauche ainsi que le versement d'un rappel de 2. 757,40 € de prime d'ancienneté et le versement de dommages et intérêts pour préjudice moral et pour absence de visite médicale obligatoire.

Par jugement du 10 janvier 2006 rendu sous la présidence du juge départiteur, ce conseil de prud'hommes l'a débouté de ses demandes de rappel de salaire et de dommages et intérêts au titre du préjudice moral invoqué, mais a condamné la société ADREXO à lui payer les sommes suivantes :

- 2. 071,86 € à titre de rappel de prime d'ancienneté plus les congés payés afférents,
- 150,00 € à titre de dommages et intérêts pour omission de la visite médicale obligatoire avec intérêts à compter 25 mars 2004,
- 900,00 € sur le fondement de l'article 700 du nouveau code de procédure civile.

Le conseil a, par ailleurs, ordonné la remise sous astreinte de bulletins de paye rectifiés dans les deux mois de la notification de la décision, sous une astreinte provisoire passé ce délai de 50 € par jour de retard pendant deux mois, passé lequel délai le jugement a prévu qu'il pourra être à nouveau statué.

Le 13 mars 2006, Daniel X... a interjeté un appel limité aux dispositions par lesquelles ce jugement l'a débouté de ses demandes de rappels de salaire et de dommages et intérêts pour préjudice moral ainsi que de ses autres prétentions.

Après un arrêt de radiation prononcé le 29 mai 2007 en raison d'un défaut de diligence de l'appelant, l'instance a été ré-enrôlée sur la demande formulée par ce dernier le 29 juin 2007.

Dans ses écritures déposées au soutien de ses observations orales à l'audience, Daniel X... demande à la cour, sous le visa de la convention collective nationale des entreprises de publicité et assimilées du 22 avril 1955, qu'il estime applicables à la société ADREXO jusqu'au 30 juin 2005, puis de CCN de la distribution directe du 09 février 2004, étendue :

- de juger que les modalités particulières de rémunération à l'exemplaire qui lui étaient appliquées au sein de la société ADREXO, sans référence à un horaire de travail réel, ne reposaient sur aucune base légale et ne lui procuraient pas une rémunération au moins égale au SMIC,

- de juger qu'il se trouvait dans l'obligation de se tenir en permanence à la disposition de l'employeur dès lors que son contrat de travail ne comportait pas de durée exacte de travail convenue, ni de répartition sur les jours de la semaine, ni de conditions dans lesquelles cette durée ou cette répartition pourraient être modifiées, dès lors aussi qu'il était dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler d'une semaine sur l'autre et d'un mois à l'autre, dès lors enfin que, de son point de vue, la société ADREXO n'apportait aucun élément de preuve sur ces questions,

- de juger en conséquence que son contrat de travail était conclu à temps complet sur la base de 169 heures,

- de condamner la société ADREXO à lui verser, pour la période du 31 août 1999 au 31 avril 2007, la somme brute de 83. 462,66 € à titre de rappel de salaire au taux horaire du S. M. I. C., déduction faite des sommes déjà perçues, outre la somme de 8. 346,27 € au titre de l'indemnité de congés payés afférents et l'indemnité de 1. 500 € par application de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile,

- de confirmer les autres dispositions du jugement du 14 février 2006,

-de se réserver la liquidation de l'astreinte prononcée,

-d'ordonner l'application de l'intérêt légal à compter du 25 mars 2004 pour la demande de rappel de salaires subséquente à la requalification et l'indemnité de congés payés afférente, à compter du 14 février 2006 pour des demandes formées pour défaut de visite médicale pour frais irrépétibles.

Il reproche à la société ADREXO d'avoir invoqué à tort le régime dérogatoire sur la durée du travail, en rappelant que cette position lui avait valu la censure de la Cour de Cassation, alors qu'elle aurait dû appliquer le droit commun, c'est-à-dire enregistrer et décompter le temps de travail journalier et hebdomadaire effectif des distributeurs, pour leur verser une rémunération au moins égale au SMIC horaire, ce qui n'avait pas été le cas.

Il estime que l'accord d'entreprise du 5 juillet 1993 invoqué par l'intimée était inapplicable en ce qu'il serait dérogatoire aux dispositions d'ordre public sur le salaire minimum et sur la durée du travail, serait moins favorable que la convention collective de branche, serait caduc pour être antérieur à la loi du 20 décembre 1993 sur la nécessité d'un contrat de travail écrit pour les salariés employés à temps partiel, serait nul pour porter atteinte au monopole syndical et, au demeurant, en ce qu'il serait inopérant pour avoir été dénoncé par les syndicats CFTC et FO le 30 mars 1999.

Daniel X... estime par ailleurs que la convention collective de la distribution directe du 9 février 2004, prévoyant un système de forfaits-temps et de cadences pré-établies, appliquée au 18 juillet 2005 en vertu d'un accord d'entreprise du 11 mai 2005, ne lui était pas applicable rétroactivement dès lors qu'il avait refusé la modification de son contrat de travail proposée en juillet 2005 sur la base de cette convention collective.

Il estime que l'employeur appliquait un système unilatéral de rémunération comportant en pratique 130 régimes différents par combinaison de forfaits, de tarifs et de primes.

Il fait observer qu'au cours des premières années d'emploi il travaillait plusieurs jours par semaine, qu'ensuite, il avait été restreint en nombre de jours et en secteurs géographiques de distribution, que toutefois sur la période en litige il avait distribué les lundis mais aussi d'autres jours, qu'il pouvait en tout cas lui être demandé de travailler n'importe quel jour de sorte que, selon lui, l'employeur ne pouvait écarter les notions d'imprévisibilité et de disponibilité permanente.

La société ADREXO, qui relève appel incident, demande à la cour de réformer le jugement, de débouter Daniel X... de sa demande de prime d'ancienneté conventionnelle, subsidiairement, de ne faire droit à cette dernière réclamation qu'à compter du 1er septembre 2002, de le débouter de ses demandes de requalification et de rappel de salaire, subsidiairement, plus subsidiairement de limiter le rappel à 2. 192,19 €, d'ordonner la restitution des sommes versées au titre de l'exécution du jugement et d'opérer compensation.

La société conclut au rejet des autres prétentions et réclame une indemnité de 3. 000 euros au titre de ses frais irrépétibles.

Elle soulève l'irrecevabilité de la demande de requalification du contrat de travail, en faisant observer que l'appel était limité au rejet de la demande de rappel de salaire.

Pour s'opposer à la requalification du contrat et à ses conséquences salariales, la société ADREXO estime qu'elle détruit la présomption de travail à temps complet en rapportant la preuve d'une part qu'il s'agissait bien d'un contrat à temps partiel, d'autre part que le salarié n'était pas dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et enfin qu'il n'était pas tenu constamment à disposition de son employeur.

Elle expose qu'il s'agissait d'un travail à la tâche, que le salarié n'était pas soumis à un temps d'exécution contrôlé mais seulement à une obligation de distribuer des prospectus en fonction d'un circuit prescrit, qu'il était impossible, pour l'employeur, de prévoir et de garantir un horaire, compte tenu des exigences aléatoires et très variables de ses clients, d'où le nombre garanti de boîtes aux lettres et l'application de tarifs de distribution, eux-mêmes pondérés selon les secteurs, le poids et le nombre des documents.

Elle souligne que l'intéressé était hors de son contrôle constant sur la voie publique, qu'il était libre d'organiser l'exécution de sa prestation et n'était soumis ni à une cadence, ni à un horaire d'arrivée à heure fixe au dépôt.

Elle fait observer qu'en pratique les durées moyennes portées sur les bulletins de paye étaient faibles, de l'ordre d'une et demi à deux journées de travail par semaine et elle soutient que ces heures de travail étaient bien payées au SMIC.

Elle expose plus en détail que du 1er septembre 1999 au 14 août 2005, Daniel X... avait travaillé 278 semaines, que si les dispositions salariales de la nouvelle convention collective de 9 février 2004 avaient été entièrement appliquées, il aurait perçu en moyenne 1 heure + 1 / 100ème par semaine et la société ADREXO en déduit que si un rappel de salaire pouvait être en discussion, il ne pourrait concerner qu'une différence de 273 heures soit 2. 192,19 € sur la période litigieuse.

Pour s'opposer à la réclamation formée au titre de la prime d'ancienneté, l'intimée fait valoir que son activité principale consistant en l'acheminement et la distribution manuelle des publicités dans les boîtes aux lettres n'entrait pas dans le champ d'application de la convention collective des entreprises de publicité.

Elle ajoute que la protestation concernant les visites médicales était tardive et qu'au demeurant le préjudice allégué n'était pas démontré.

L'appelant, autorisé lors de l'audience à procéder ainsi, a fait transmettre à la cour le 12 décembre 2007 ses pièces cotées 1 à 70 suivant son bordereau de communication, lui-même daté du 21 mai 2007.

**SUR QUOI :**

1o) sur le rappel de salaire pour la période du 1er septembre 1999 au 30 avril 2007 :

Attendu que Daniel X... ayant relevé appel des dispositions par lesquelles le premier juge l'avait débouté de sa demande de rappel de salaire, il est parfaitement recevable à solliciter à nouveau, pour motiver sa demande de rappel de salaire, la requalification de son contrat de travail en contrat à temps plein, ce qui ne constitue pas un chef de demande à part entière et

distinct des autres, mais seulement un moyen invoqué au soutien de sa contestation de la décision déferée et au soutien de ses prétentions chiffrées ;

Attendu 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 des ces " disponibilités " du salarié, une quantité minimale de 500 boîtes aux lettres à servir par période hebdomadaire ;

Attendu 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 Attendu 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 ;

Attendu 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 effectués ;

Attendu 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 ;

Attendu 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, étendue 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 ;

Attendu 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 ", tous éléments dont le mode de calcul demeure en pratique complètement 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, puisqu'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 ;

Attendu 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 S. D. P. " 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 ;

Attendu 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 ;

Attendu 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 dû effectuer des distributions, en plus de celles des lundis :

en 1999 : 12 mardis et 6 mercredis,  
en 2000 : 29 mardis, 8 mercredis 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 ;

Attendu 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 répartition 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 ;

Attendu 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 ;

Attendu que jusqu'au mois de juillet 2005 aucune feuille de route ni 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 2007, 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) ;

Attendu 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 : 3. 879,95 €  
-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 ;

2o) sur le rappel de prime d'ancienneté par application de la convention collective de la publicité ;

Attendu 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'entraîne pas dans le champ d'application de la convention collective des entreprises de la publicité ;

3o) sur les demandes complémentaires :

Attendu que le salarié fait valoir qu'il n'a pas été soumis à l'examen médical d'embauche, que sa première visite ne datait que 8 juin 2000 et qu'il n'avait pas été inscrit à la visite entre le 20 juin 2002 et le 30 août 2004 ;

Attendu que l'employeur reconnaît que toutes les visites médicales annuelles n'ont pas eu lieu ;

Qu'il s'en est nécessairement suivi un préjudice pour le salarié, ainsi privé d'un suivi médical régulier et d'une chance de détection d'une éventuelle inaptitude physique ou d'éventuels troubles en rapport avec son travail, alors qu'il résulte des éléments aux débats qu'il s'agit d'une activité physique (colportage de lourds paquets de documents et distribution manuelle de ces documents) qui sollicite l'organisme et qui est soumise aux éléments climatiques ;

Que le principe du préjudice a donc été consacré à juste titre par le premier juge qui a également fait une exacte appréciation de l'indemnité devant revenir au salarié en réparation de son préjudice consécutif à ce manquement ;

Attendu que Daniel X... ne justifie pas d'un préjudice moral allégué qui serait consécutif aux manquements de l'employeur ;

Attendu que la remise de bulletins de salaire rectifiés sera assortie d'une astreinte dans les termes du dispositif ;

Attendu qu'il serait inéquitable de laisser à la charge de Daniel X... ses frais irrépétibles exposés en cause d'appel ; qu'à ce titre, la société ADREXO lui versera une indemnité de 100 euros ;

#### PAR CES MOTIFS

la Cour, statuant publiquement, par arrêt contradictoire, après en avoir délibéré conformément à la loi :

déclare l'appel et les demandes du salarié recevables ;

confirme le jugement déféré en ce qu'il a débouté Daniel X... de ses demandes au titre d'un préjudice moral et en ce qu'il a mis à la charge de la société ADREXO le paiement des sommes de 150 euros à titre de dommages et intérêts pour omission de la visite médicale obligatoire et de 900 euros au titre des frais irrépétibles ;

infirme ce jugement pour le surplus ;

condamne la société ADREXO à verser à Daniel X... les sommes de 61. 615,05 € à titre de rappel de salaire pour la période du 1er septembre 1999 au 30 juin 2005 et de 6. 161,50 € à titre d'indemnité compensatrice des congés payés afférents ;

fixe le point de départ des intérêts sur ces sommes au 10 janvier 2006, date de l'audience de départage ;

ordonne la remise par l'employeur au salarié, dans le délai de deux mois à compter de la notification du présent arrêt, de bulletins de salaire rectifiés tenant compte de la présente décision, sous une astreinte de 50 euros par jour de retard passé ce délai, la cour se réservant le contentieux de la liquidation de cette astreinte ;

déboute Daniel X... du surplus de ses demandes ;

condamne la société ADREXO aux dépens d'instance et d'appel et à verser à Daniel X... une indemnité de 100 euros au titre des frais irrépétibles d'appel.

Prononcé publiquement ce jour par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du nouveau Code de procédure civile.

Signé par Monsieur DELPEUCH, Président, et par Madame VERDAN, Greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.