

Texte de la décision

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X... et vingt-cinq autres salariés ont été engagés par la société Adrexo en qualité de distributeurs de journaux et de documents publicitaires dans le cadre d'un contrat de travail à temps partiel ; qu'ils ont saisi la juridiction prud'homale de demandes en requalification de leur contrat de travail à temps partiel respectif en contrat de travail à temps plein et en paiement de diverses sommes ;

Sur les premier et troisième moyens du pourvoi principal de l'employeur et sur le quatrième moyen du pourvoi incident des salariés :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ces moyens qui ne sont pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Sur le deuxième moyen du pourvoi principal de l'employeur, tel que reproduit en annexe :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de requalifier les contrats de travail à temps partiel conclus par la société Adrexo avec les salariés défendeurs en contrats de travail à temps plein et de condamner l'employeur à verser à chacun d'entre eux diverses sommes à ce titre ;

Mais attendu qu'abstraction faite des motifs erronés mais surabondants critiqués par le moyen, la cour d'appel, qui a constaté l'absence de mention dans le contrat de travail de la durée de travail et que l'employeur n'établissait pas la durée de travail convenue, a ainsi légalement justifié sa décision ;

Mais, sur le premier moyen du pourvoi incident des salariés :

Vu l'article 455 du code de procédure civile ;

Attendu que pour débouter Mmes Y... et Z... de leurs demandes de dommages-intérêts pour harcèlement moral, l'arrêt retient qu'aucun élément laissant présumer l'existence de faits de harcèlement moral n'est établi dès lors que le retard pris par l'employeur pour les convoquer à une seconde visite médicale de reprise ou le manquement à son obligation prévue à l'article L. 5213-5 du code du travail relatif au réentraînement et à la rééducation professionnelle des salariés malades dans les établissements appartenant à une même activité professionnelle de plus de 5 000 salariés ou encore le refus de deux demandes de congé opposé à Mme Z..., ne peuvent constituer des faits de harcèlement relevant de l'article susvisé ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle, n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

Sur le deuxième moyen du pourvoi incident des salariés, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 1226-2 du code du travail ;

Attendu que pour dire que le licenciement pour inaptitude physique et impossibilité de reclassement de Mme Z... reposait sur une cause réelle et sérieuse et la débouter de ses demandes d'indemnité de préavis et de dommages-intérêts pour licenciement abusif, l'arrêt retient que l'employeur, par courrier en date du 8 septembre 2011, l'a informée qu'une recherche de possibilité de reclassement avait été faite au sein du groupe SPIR communication et qu'il avait reçu une réponse de l'ensemble des responsables des sociétés de celui-ci au terme de laquelle ceux-ci ne disposaient d'aucun poste de travail en adéquation avec les restrictions émises par le médecin du travail sur son état de santé et par ce même courrier était jointe la liste des postes vacants au sein des différentes sociétés tout en précisant que ces postes n'étaient pas en adéquation avec ses aptitudes physiques professionnelles ; que l'employeur a satisfait à son obligation de reclassement après constatation de l'inaptitude physique du salarié au poste de distributeur par le médecin du travail

qui a relevé qu'aucun reclassement de la salariée dans l'entreprise n'était possible même sur un poste aménagé ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'avis d'incapacité à tout emploi dans l'entreprise délivré par le médecin du travail ne dispense pas l'employeur, quelle que soit la position prise alors par la salariée, de rechercher les possibilités de reclassement par la mise en oeuvre de mesures telles que mutations ou transformations de postes de travail au sein de l'entreprise et le cas échéant du groupe auquel elle appartient, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Sur le deuxième moyen du pourvoi incident des salariés, pris en sa seconde branche, qui est recevable :

Vu l'article L. 1226-2 du code du travail ;

Attendu que pour dire que le licenciement pour incapacité physique et impossibilité de reclassement de Mme A... reposait sur une cause réelle et sérieuse et la débouter de ses demandes d'indemnité de préavis et de dommages-intérêts pour licenciement abusif, l'arrêt retient que force est de constater que son licenciement du 16 août 2006 pour incapacité physique ne peut être contesté en raison de son refus d'accepter le poste de préparateur à domicile que lui avait proposé l'employeur au vu du certificat d'incapacité du médecin du travail au poste de distributeur lors des visites du 19 juin 2006 et 3 juillet 2006 ;

Attendu, cependant, que le refus par un salarié déclaré inapte à son poste d'une proposition de reclassement n'implique pas, à lui seul, le respect par l'employeur de son obligation de reclassement et il appartient à ce dernier, quelle que soit la position prise alors par le salarié, de tirer les conséquences de ce refus soit en formulant de nouvelles propositions de reclassement, soit en procédant au licenciement de l'intéressé au motif de l'impossibilité de reclassement ;

Qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans rechercher si l'employeur avait tenté de reclasser le salarié par la mise en oeuvre de mesures telles que mutations ou transformations de postes de travail ou aménagement du temps de travail au sein de l'entreprise et, le cas échéant, du groupe auquel elle appartient, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Et, sur le troisième moyen du pourvoi incident des salariés :

Vu l'article 1134 du code civil ;

Attendu que les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur, doivent être remboursés sans qu'il ne puissent être imputés sur la rémunération qui lui est due, à moins qu'il n'ait été contractuellement prévu qu'il en conserverait la charge moyennant le versement d'une somme fixée à l'avance de manière forfaitaire et à la condition, d'une part, que cette somme forfaitaire ne soit pas manifestement disproportionnée au regard du montant réel des frais engagés, et, d'autre part, que la rémunération proprement dite du travail reste au moins égale au SMIC ;

Attendu que pour débouter les salariés de leur demande au titre des frais professionnels l'arrêt retient que si le principe du remboursement des frais exposés par le salarié pour les besoins de son activité professionnelle n'est pas contestable, en revanche, la convention collective de la distribution directe de février 2004 en son annexe 3 définissant un forfait secteur puis l'avenant numéro 8 du 1er juin 2006, prévoyant les méthodes de calcul et de révision des kilomètres parcourus, énoncent que le salarié sera indemnisé sur la base d'une somme forfaitaire de sorte que ne peut être retenue une indemnisation évaluée sur des bases différentes alors que les distances kilométriques mentionnées sur les feuilles de route signées par le salarié, l'ont été conformément à ces dispositions collectives, la preuve d'une erreur dans l'établissement du décompte des frais n'étant pas établie ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans vérifier que la rémunération proprement dite du travail restait au moins égale au SMIC, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en ce qu'il déboute les salariés de leur demande au titre des frais professionnels, Mmes Y... et Z... de leurs demandes de dommages-intérêts pour harcèlement moral, dit que le licenciement pour inaptitude physique et impossibilité de reclassement de Mme Z... et de Mme A... reposait sur une cause réelle et sérieuse et les déboute de leurs demandes d'indemnité de préavis et de dommages-intérêts pour licenciement abusif, l'arrêt rendu le 10 février 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; 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 d'Angers ;

Condamne la société Adrexo aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Adrexo à payer aux défendeurs du pourvoi principal la somme globale de 3 000 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 dix-huit septembre deux mille treize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits AU POURVOI PRINCIPAL par la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat aux Conseils, pour la société Adrexo.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR requalifié les contrats de travail à temps partiel conclus par la société Adrexo avec Messieurs B... et C... et Mesdames E..., F..., G... et H... en contrats à temps plein et d'AVOIR, en conséquence, condamné la société Adrexo à verser à ces salariés diverses sommes à ce titre,

AUX MOTIFS QUE comme l'ont relevé les premiers juges, les contrats signés ne font état d'aucune mention de la durée hebdomadaire ou mensuelle du travail ainsi que la répartition de cette durée et que la seule référence à la répartition du travail consiste dans la détermination d'un jour de la semaine à l'occasion duquel devait s'effectuer la prestation de travail ; que ces carences contreviennent aux dispositions d'ordre public de l'article L. 3123-14 du code du travail ainsi qu'à celle de l'article 10 de la convention collective de la publicité sans que la preuve contraire en soit rapportée par l'employeur qui ne justifie pas de la durée hebdomadaire ou mensuelle du travail ou de son impossibilité d'opérer un contrôle sur la durée effective du travail de ses distributeurs ; que la circonstance que la durée du travail serait déterminée selon l'argumentation de l'appelante, eu égard à la spécificité de la distribution de journaux publicitaires par le nombre de journaux distribués sans aucune référence à un quelconque horaire de travail ni aucune obligation découlant de ce chef, les salariés ayant pour seule obligation de venir prendre livraison au dépôt d'un certain nombre de documents et des journaux qu'ils ont pour mission de déposer dans une série de boîtes aux lettres dans une zone géographique prédéfinie, ne peut être admise comme preuve de l'existence d'un contrat de travail à temps partiel, la remise des feuilles de route et des listes détaillées des rémunérations des salariés ne pouvant établir que ces derniers effectuaient bien une prestation de travail à temps partiel et qu'ils ne devaient se présenter au dépôt que le ou les jours convenus par semaine et le temps nécessaire à l'accomplissement des distributions contractuelles ou pour certains d'entre eux à des tâches de préparation et de manutention ; qu'il n'est pas non plus justifié par l'employeur d'une impossibilité de contrôler la durée exacte du travail effectué par ses distributeurs notamment par un système déclaratif ou encore par une obligation de passage par le dépôt avant et après les distributions alors qu'il résulte des éléments du dossier que les modalités d'exécution du travail mises en place par l'employeur ont pour effet de permettre à la société de rémunérer les salariés à la tâche sans considération de la durée réelle du travail effectué dans la mesure où le système de calcul du temps de travail repose sur un temps moyen estimé en fonction des volumes à distribuer et des caractéristiques du secteur sans considération des capacités physiques individuelles des salariés et du temps réel

nécessaire pour chacun d'eux pour exécuter le travail ; qu'il s'en évince comme l'ont relevé les premiers juges qu'en ne prenant pas ainsi en compte le temps réel de travail pour chaque salarié, l'employeur se dispense par lui-même de l'obligation d'ordre public de verser aux salariés une rémunération égale au salaire minimum de croissance pour le nombre d'heures effectuées ; que c'est à juste titre que les jugements du conseil de prud'hommes ont considéré que pour la période à compter du 1er juillet 2005, l'employeur ne pouvait prétendre au bénéfice des dispositions relatives au travail à temps partiel modulé sur l'année résultant de dispositions de l'article L. 3123-25 du code du travail invoquées par lui puisqu'un tel contrat ne pouvait être conclu qu'en application d'un accord collectif comportant des dispositions obligatoires ce qui n'est pas le cas de la convention collective de la distribution directe de février 2004 qui prévoit la possibilité du travail à temps partiel modulé pour les distributeurs mais ne contient pas de dispositions relatives à la durée minimale de travail pendant les jours travaillés, dispositions exigées par l'article susvisé d'ailleurs abrogé par la loi du 20 août 2008 ; qu'il convient donc alors que l'absence de mention dans le contrat de travail de la durée du travail a pour conséquence d'obliger le salarié à demeurer à la disposition de son employeur, quelles que soient par ailleurs ses disponibilités, de requalifier son contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein avec obligation pour l'employeur de payer les salaires sur la base d'un temps plein pour la période non prescrite ; que les salariés effectuant des travaux de préparation sur leur lieu de travail auraient dû souscrire un contrat de préparateur et non de distributeur et recevoir des relevés horaires, ce qui constitue un manquement fautif de la part de l'employeur ; que c'est le cas notamment des salariés suivants : MM B... et C..., Mesdames E..., F..., G..., H... ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE suivant les dispositions de l'article L. 3123-14 du code du travail, le contrat de travail des salariés à temps partiel est un contrat écrit qui doit mentionner la durée hebdomadaire ou, le cas échéant, mensuelle prévue par les parties au contrat, ainsi que 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 ; 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 ; que la société Adrexo soutient qu'elle serait dans l'impossibilité de contrôler la durée exacte du travail effectué par les distributeurs ; que cette impossibilité alléguée par l'employeur ne saurait constituer un élément dispensant l'employeur du respect des dispositions d'ordre public de l'article du code du travail énonçant les mentions obligatoires du contrat de travail à temps partiel ; que le système de calcul du temps de travail est basé sur un temps moyen estimé en fonction des volumes à distribuer et des caractéristiques sur secteur, sans considération des capacités physiques des salariés et du temps réel nécessaire pour exécuter le travail ; que le système de calcul du temps de travail est basé sur un temps moyen estimé en fonction des volumes à distribuer et des caractéristiques du secteur, sans considération des capacités physiques individuelles des salariés et du temps réel nécessaire pour chacun d'eux pour exécuter le travail ; que la société Adrexo en n'établissant pas la durée exacte hebdomadaire ou mensuelle convenue, ne combat pas utilement la présomption de contrat de travail à temps plein résultant du défaut des mentions obligatoires du contrat de travail à temps partiel ; que pour la période débutant au 1er juillet 2005, elle ne peut prétendre au bénéfice des dispositions relatives au travail à temps partiel modulé sur l'année résultant des dispositions de l'article L. 3123-25 du code du travail en vigueur lors de la signature des avenants ou contrats de travail ; que la convention collective de la distribution directe de février 2004 qui prévoit la possibilité du travail à temps partiel modulé pour les distributeurs, ne contient pas de dispositions relatives à la durée maximale de travail pendant les jours travaillés, dispositions qui étaient exigées par l'article susvisé ; qu'en conséquence, les contrats de travail à temps partiel de chacun des salariés demandeurs doivent être requalifiés en contrats de travail à temps plein ; (¿) ; qu'il est constant que la fonction mentionnée au contrat ne lie pas le juge et qu'il appartient à celui-ci de rechercher quelles étaient les fonctions réellement exercées par le salarié ; que les salariés sont affectés au dépôt de Sainte Luce ; que les feuilles dites « de route » établies pour chacun des salariés ne comportent aucun kilométrage lié à la distribution ; qu'il résulte des attestations versées au dossier que les salariés remplissaient la fonction de manutentionnaire préparateur ; que la société Adrexo n'est pas en mesure de produire, en opposition aux affirmations des salariés, le témoignage d'un responsable de site ou tout document au soutien de ses dires ; qu'en conséquence, le conseil de prud'hommes estime qu'il est établi, au regard des pièces versées au dossier, que les demandeurs exerçaient bien la fonction de manutentionnaire préparateur et qu'ils sont fondés à solliciter la reconnaissance de cette fonction ;

ALORS QUE lorsque le contrat à temps partiel ne précise pas la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue et la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois, il est présumé à temps complet

sauf s'il est établi que le salarié connaissait la durée exacte de travail convenue et son rythme de travail et qu'il n'avait pas à se tenir à la disposition permanente de l'employeur ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a considéré, par motifs propres et adoptés, que Messieurs B... et C... et Mesdames E..., F..., G... et H... n'exerçaient pas des fonctions de distributeur de journaux et de documents publicitaires comme il était indiqué sur leurs contrats de travail, mais celles de préparateur manutentionnaire ; que pour requalifier depuis leur conclusion les contrats de travail à temps partiel de ces salariés en contrats à temps plein, la cour d'appel a cependant relevé qu'il n'était pas justifié de la durée hebdomadaire ou mensuelle du travail des distributeurs et que ces derniers étaient obligés de demeurer à la disposition de leur employeur ; qu'en statuant ainsi, sans tirer les conséquences légales de ses propres constatations selon lesquelles les salariés n'étaient pas distributeurs et auraient eu au contraire, en tant que préparateurs manutentionnaires, des horaires fixes, ce dont il s'évinçait qu'ils connaissaient leur durée exacte de travail et leur rythme de travail, de sorte qu'ils n'avaient pas à se tenir à la disposition permanente de l'employeur, la cour d'appel a violé l'article L. 3123-14 du code du travail.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR requalifié les contrats de travail à temps partiel conclus par la société Adrexo avec les salariés défendeurs en contrats de travail à temps plein et d'AVOIR, en conséquence, condamné la société Adrexo à verser à chacun d'eux diverses sommes à ce titre,

AUX MOTIFS QUE c'est à juste titre que les jugements du conseil de prud'hommes ont considéré que pour la période à compter du 1er juillet 2005, l'employeur ne pouvait prétendre au bénéfice des dispositions relatives au travail à temps partiel modulé sur l'année résultant de dispositions de l'article L. 3123-25 du code du travail invoquées par lui puisqu'un tel contrat ne pouvait être conclu qu'en application d'un accord collectif comportant des dispositions obligatoires ce qui n'est pas le cas de la convention collective de la distribution directe de février 2004 qui prévoit la possibilité du travail à temps partiel modulé pour les distributeurs mais ne contient pas de dispositions relatives à la durée minimale de travail pendant les jours travaillés, dispositions exigées par l'article susvisé d'ailleurs abrogé par la loi du 20 août 2008 ; qu'il convient donc alors que l'absence de mention dans le contrat de travail de la durée du travail a pour conséquence d'obliger le salarié à demeurer à la disposition de son employeur, quelles que soient par ailleurs ses disponibilités, de requalifier son contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein avec obligation pour l'employeur de payer les salaires sur la base d'un temps plein pour la période non prescrite ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE pour la période débutant au 1er juillet 2005, la société Adrexo ne peut prétendre au bénéfice des dispositions relatives au travail à temps partiel modulé sur l'année résultant des dispositions de l'article L. 3123-25 du code du travail en vigueur lors de la signature des avenants ou contrats de travail ; que la convention collective de la distribution directe de février 2004 qui prévoit la possibilité du travail à temps partiel modulé pour les distributeurs, ne contient pas de dispositions relatives à la durée maximale de travail pendant les jours travaillés, dispositions qui étaient exigées par l'article susvisé ; qu'en conséquence, les contrats de travail à temps partiel de chacun des salariés demandeurs doivent être requalifiés en contrats de travail à temps plein ;

1°) ALORS QU'une convention ou un accord collectif de travail étendu ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir que la durée hebdomadaire ou mensuelle peut varier dans certaines limites sur tout ou partie de l'année ; que cette convention ou accord collectif doit notamment prévoir la durée minimale de travail pendant les jours travaillés ; qu'en l'espèce, la société Adrexo faisait valoir que la convention collective de la distribution directe conclue le 9 février 2004 et étendue le 16 juillet 2004 dispose dans l'article 1. 2 de son chapitre IV que les entreprises de distribution peuvent avoir recours au travail à temps partiel modulé pour les salariés de la filière logistique ; dont font partie les distributeurs ; un tel contrat de travail ne pouvant cependant pas avoir une durée de travail inférieure à 2 heures quotidiennes, 6 heures hebdomadaires et 26 heures mensuelles ; que la cour d'appel, par motifs propres et adoptés, a jugé que pour la période postérieure au 1er juillet 2005 la société Adrexo ne pouvait prétendre au bénéfice des dispositions relatives au travail à temps partiel modulé sur l'année dans la mesure où la convention collective de la distribution directe ne contenait pas de dispositions relatives à la durée minimale de travail pendant les jours travaillés ; qu'en statuant ainsi, quand la convention collective de la distribution directe prévoit au contraire que la durée minimale de travail des distributeurs employés à temps partiel modulé ne peut être inférieure à deux heures pendant les jours travaillés, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 1. 2 du chapitre IV de cette convention collective ;

2°) ALORS en tout état de cause QU'à défaut d'une convention ou d'un accord collectif de travail étendu, un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir que la durée hebdomadaire ou mensuelle peut varier dans certaines limites sur tout ou partie de l'année, à condition que cet accord contienne certaines mentions dont la durée minimale de travail pendant les jours travaillés ; qu'en l'espèce, la société Adrexo faisait valoir que l'accord d'entreprise du 11 mai 2005 disposait dans son article 2. 1 intitulé « durée du travail d'un distributeur à temps partiel modulé » que « le distributeur bénéficie d'une garantie de travail minimale par jour, semaine et mois travaillés conformes à celles prévues par la convention collective de branche soit au moins 2 heures par jour, 6 heures hebdomadaires et 26 heures par mois » ; que la cour d'appel, par motifs propres et adoptés, a jugé que pour la période postérieure au 1er juillet 2005 la société Adrexo ne pouvait prétendre au bénéfice des dispositions relatives au travail à temps partiel modulé sur l'année dans la mesure où la convention collective de la distribution directe ne contenait pas de dispositions relatives à la durée minimale de travail pendant les jours travaillés ; qu'en statuant ainsi, quand l'accord collectif d'entreprise du 11 mai 2005 prévoyait en tout état de cause le recours pour les distributeurs au temps partiel modulé avec une durée minimale de deux heures de travail par jour travaillé, la cour d'appel a violé l'article L. 3123-25 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, applicable au litige ;

3°) ALORS QUE la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, qui a abrogé le dispositif du temps partiel modulé et notamment l'article L. 3123-25 du code du travail, a précisé dans son article 20 V que les accords collectifs relatifs au temps partiel modulé conclus sur la base des dispositions légales antérieures restaient en vigueur ; que ces accords continuent donc à s'appliquer dans les conditions fixées par la législation antérieure et notamment par l'article L. 3123-25 du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi du 20 août 2008 ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, par motifs propres et adoptés, a jugé que pour la période postérieure au 1er juillet 2005 la société Adrexo ne pouvait prétendre au bénéfice des dispositions relatives au travail à temps partiel modulé sur l'année dans la mesure où la convention collective de la distribution directe ne contenait pas de dispositions relatives à la durée minimale de travail pendant les jours travaillés qui étaient exigées par l'article L. 3123-25 « d'ailleurs abrogé par la loi du 20 août 2008 » ; qu'en se fondant ainsi sur l'abrogation de l'article L. 3123-25 du code du travail, quand la convention collective de la distribution directe qui avait été conclue avant la loi du 20 août 2008 continuait à s'appliquer dans les conditions fixées par la législation antérieure à la loi du 20 août 2008, la cour d'appel a statué par un motif inopérant, et privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3123-25 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, applicable au litige ;

4°) ALORS QU'à défaut d'une convention ou d'un accord collectif de travail étendu, un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir que la durée hebdomadaire ou mensuelle peut varier dans certaines limites sur tout ou partie de l'année, à condition que cet accord contienne certaines mentions dont les limites à l'intérieur desquelles la durée du travail peut varier ; qu'en l'espèce, la société Adrexo faisait valoir que la convention collective de la distribution directe prévoyait dans son article 1. 2 du chapitre IV relatif au travail à temps partiel modulé dans la filière logistique dont relèvent les distributeurs que « la durée hebdomadaire ou mensuelle du travail peut varier au-dessous ou au-dessus de la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue au contrat dans la limite de 1/ 3 de cette durée » ; qu'en se déterminant, par motifs adoptés des premiers juges, sur la considération erronée que la société Adrexo n'était pas en droit de se prévaloir du dispositif relatif au temps partiel modulé dans la mesure où la convention collective de la distribution directe de février 2004 ne contenait pas de dispositions relatives à la durée maximale de travail pendant les jours travaillés qui étaient exigées par l'article L. 3123-25, quand la convention collective applicable prévoyait bien de telles dispositions, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 1. 2 du chapitre IV de la convention collective de la distribution directe, ensemble l'article L. 3123-25 du code du travail dans sa rédaction applicable au litige ;

5°) ALORS QU'à défaut d'une convention ou d'un accord collectif de travail étendu, un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir que la durée hebdomadaire ou mensuelle peut varier dans certaines limites sur tout ou partie de l'année, à condition que cet accord contienne certaines mentions dont les limites à l'intérieur desquelles la durée du travail peut varier ; qu'en l'espèce, la société Adrexo faisait valoir que l'accord d'entreprise du 11 mai 2005 disposait dans son article 2. 1 intitulé « durée du travail d'un distributeur à temps partiel modulé » que « la durée du travail de référence prévue mensuellement ne peut varier chaque mois qu'entrée une fourchette haute et une fourchette basse, d'un tiers de la durée moyenne mensuelle de travail calculée sur la période annuelle de modulation » ; qu'en se déterminant, par motifs adoptés des premiers juges, sur la considération erronée que la société Adrexo n'était pas en droit de se prévaloir du dispositif relatif au temps partiel modulé dans la mesure où la convention collective de la

distribution directe de février 2004 ne contenait pas de dispositions relatives à la durée maximale de travail pendant les jours travaillés, dispositions qui étaient exigées par l'article L. 3123-25, quand l'accord collectif d'entreprise susvisé contenait bien de telles prévisions, la cour d'appel a violé l'article L. 3123-25 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, applicable au litige, ensemble l'article 2. 1 de l'accord collectif du 11 mai 2005.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR requalifié les démissions de Mesdames et Messieurs X..., D..., K..., L..., M..., N..., I..., O..., P..., Q..., R..., S..., B..., E..., F..., C..., H... en des licenciements sans cause réelle et sérieuse et d'AVOIR, en conséquence, condamné la société Adrexo à verser à chacun d'eux des dommages-intérêts à ce titre ;

AUX MOTIFS QUE Mesdames et Messieurs X..., D..., K..., L..., M..., N..., les ayants-droit de M. Yves I... décédé le 26 juillet 2010 à Nantes : Mme Nelly J... veuve I..., Mme Fanny I..., Mme Soizic I..., O..., A..., P..., Q..., R..., S..., B..., E..., F..., C..., H... ont pour la première fois en cause d'appel présenté cette demande tendant à la requalification de leur démission en un licenciement sans cause réelle et sérieuse et qui est recevable devant la cour ; qu'il ne peut être retenu contrairement à l'argumentation développée par l'appelante que chacun des salariés a de manière claire et non équivoque donné par écrit sa démission entre septembre 2006 et 2009 sans invoquer de griefs à l'encontre de son employeur alors qu'il résulte des circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée, celle-ci présente un caractère équivoque étant intervenue postérieurement ou peu de temps avant la naissance du litige opposant les parties et à l'introduction de l'instance devant le conseil de prud'hommes ; que cette démission s'analyse en une prise d'acte de la rupture qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse dès lors que les faits invoqués la justifiaient à savoir que l'employeur n'a pas respecté la loi et les dispositions conventionnelles entraînant la requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein et ouvrant droit à un rappel de salaire, d'indemnité de congés payés y afférents et de primes d'ancienneté ; qu'il sera donc fait droit à la demande de Mesdames et Messieurs X..., D..., K..., L..., M..., N..., les ayants-droits de I..., O..., P..., Q..., R..., S..., B..., E..., F..., C..., H..., en allouant à chacun des salariés des dommages-intérêts équivalant à six mois de salaire ; (2) ; que la demande Mme A... sera rejetée dans la mesure où elle n'a présenté aucune démission contrairement à ce qui est mentionné dans ses conclusions écrites développées oralement à l'audience ; que la demande de Mme G... sera également rejetée dès lors qu'elle n'a présenté aucune démission et qu'elle fait toujours partie des effectifs de la société ;

1°) ALORS QUE lorsque le salarié a saisi le conseil de prud'hommes de demandes relatives à sa durée du travail, puis qu'il a, plusieurs mois plus tard, démissionné sans émettre de grief à l'encontre de l'employeur et sans présenter de demande devant le conseil de prud'hommes tendant à voir juger sa démission imputable à l'employeur, ne formant une telle demande que bien ultérieurement devant la cour d'appel, le fait que la saisine du conseil de prud'hommes ait été antérieure à la démission ne saurait suffire à rendre cette dernière équivoque ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que c'est pour la première fois en cause d'appel que les salariés avaient présenté une demande tendant à la requalification de leurs démissions en licenciements sans cause réelle et sérieuse ; que pour juger cependant que leurs démissions étaient équivoques, elle a relevé qu'elles étaient intervenues postérieurement à l'introduction des instances devant le conseil de prud'hommes ; qu'en statuant ainsi, quand les salariés n'avaient formé aucune demande relative à leur démission dans le cadre de l'instance prud'homale mais seulement plusieurs années plus tard devant la cour d'appel, ce dont il s'évinçait que le différend qui avait justifié leur saisine du conseil de prud'hommes n'était pas la cause de leur démission, la cour d'appel a statué par des motifs inopérants, et a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1237-1 du code du travail, ensemble l'article 1134 du code civil ;

2°) ALORS QUE l'existence d'un différend, même antérieur à la démission, ne peut rendre cette dernière équivoque que s'il est la cause de cette démission ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a jugé que la démission des salariés qui ne contenait aucune réserve, était néanmoins équivoque dès lors qu'elle était intervenue postérieurement à la naissance du litige opposant les parties ; qu'en statuant ainsi, sans aucunement faire ressortir le lien supposé entre le litige relatif au temps de travail ayant justifié la saisine du conseil de prud'hommes, et les démissions des salariés que ces derniers n'avaient remises en cause que plusieurs années après la naissance du litige relatif à la durée du travail, la cour d'appel a derechef privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1237-1 du code du travail, ensemble l'article 1134 du code civil ;

3°) ALORS en tout état de cause QUE s'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée, celle-ci était équivoque, elle doit s'analyser en une prise d'acte de la rupture qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient ou dans le cas contraire d'une démission ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a jugé que les démissions s'analysaient en prises d'acte de la rupture qui produisaient les effets de licenciements sans cause réelle et sérieuse, dès lors que les faits invoqués les justifiaient, à savoir que l'employeur n'avait pas respecté la loi et les dispositions conventionnelles entraînant la requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein ; que la cassation de l'arrêt en ce que les contrats à temps partiel modulés ont été requalifiés en contrats à temps plein pour la période postérieure au 1er juillet 2005 entraînera donc par voie de conséquence, en application de l'article 624 du code de procédure civile, la cassation de l'arrêt en ce qu'il a requalifié les démissions en licenciements sans cause réelle et sérieuse, dès lors que la décision de la cour d'appel sur la requalification de la démission est dans un lien de dépendance nécessaire avec sa décision sur la requalification du contrat de travail à temps partiel modulé en contrat à temps complet.

Moyens produits AU POURVOI INCIDENT par Me Le Prado, avocat aux Conseils, pour Mme X... et les 25 autres salariés.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué :

D'AVOIR débouté Mesdames Y... et Z... de leurs demandes de dommages et intérêts pour harcèlement moral ;

AUX MOTIFS QUE « les demandes de Mesdames Y... et Z... en réparation d'un préjudice résultant de faits de harcèlement moral dont elles auraient fait l'objet ne sauraient prospérer au regard des dispositions de l'article L. 1152-1 du Code du travail qui énoncent qu'aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ; qu'aucun fait de cette nature n'est établi par les deux salariées laissant présumer l'existence de faits de harcèlement moral dès lors que le retard pris par l'employeur pour les convoquer à une seconde visite médicale de reprise ou le manquement à son obligation prévue à l'article L. 5213-5 du Code du travail relatif au réentraînement et à la rééducation professionnelle des salariés malades dans les établissements appartenant à une même activité professionnelle de plus de 5. 000 salariés ou encore le refus de demande de congé opposé à Madame Z... ne peuvent constituer des faits de harcèlement moral relevant de l'article susvisé ; que sur la demande de Madame Y... qui a été en accident du travail depuis le 31 janvier 2007 sans percevoir le montant des indemnités journalières de la sécurité sociale auxquelles elle avait droit si les heures réellement effectuées avaient été déclarées aux organismes sociaux, force est de constater qu'en prenant pour base le salaire de référence fixé sur la moyenne de la dernière année travaillée soit 1. 623, 60 € la salariée qui aurait dû être indemnisée par la caisse primaire d'assurance maladie à hauteur de 60 % de son traitement de référence durant les 28 premiers jours de travail puis à 80 % à compter du 29ème jour, aurait dû percevoir la somme de 24. 270, 10 € dans le cadre du paiement des indemnités journalières de la sécurité sociale et 1. 544, 33 € pour la prime d'ancienneté, soit un total de 25. 814, 43 € ; qu'en conséquence, condamne la société Adrexo à payer à Madame Y... la somme de 25. 814, 43 € en réparation du préjudice subi au titre des indemnités journalières de la sécurité sociale » ;

ALORS QUE le harcèlement moral est constitué, indépendamment de l'intention de son auteur, dès lors que sont caractérisés des agissements répétés ayant pour effet une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte aux droits et à la dignité du salarié, d'altérer sa santé ou de compromettre son avenir professionnel ; que lorsque le salarié établit la matérialité de faits précis et concordants constituant selon lui un harcèlement, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ; que la Cour d'appel a relevé qu'à l'appui de leur demande de dommages et intérêts pour harcèlement moral, les salariées invoquaient une convocation tardive de l'employeur à une seconde visite médicale de reprise, un manquement de l'employeur à son obligation de réentraînement et de rééducation professionnelle, un refus de deux demandes de congés opposé à

Madame Z..., et un non-paiement des indemnités journalières auxquelles Madame Y... pouvaient prétendre en raison de la faute de l'employeur ; que la Cour d'appel aurait dû déduire de ses propres énonciations que la salariée établissait des éléments de fait qui, pris dans leur ensemble, permettaient de présumer l'existence d'un harcèlement moral, en sorte qu'il incombait à l'employeur de prouver que ces agissements n'étaient pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision était justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ; que la Cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du Code du travail.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué :

D'AVOIR jugé que le licenciement pour inaptitude physique et impossibilité de reclassement de Mesdames Z... et A... reposait sur une cause réelle et sérieuse, et débouté les intéressées de leurs demandes d'indemnité de préavis et de dommages et intérêts pour licenciement abusif ;

AUX MOTIFS QUE « s'agissant de la demande de Mme Z... tendant à la requalification de son licenciement pour inaptitude physique en licenciement sans cause réelle et sérieuse, force est de constater que l'employeur par courrier du 8 septembre 2011 l'a informé qu'une recherche de possibilité de reclassement avait été faite au sein du groupe SPIR COMMUNICATION et qu'il avait reçu une réponse de l'ensemble des responsables des sociétés de celui-ci au terme de laquelle ceux-ci ne disposaient d'aucun poste de travail en adéquation avec les restrictions émises par le médecin du travail sur son état de santé et par ce même courrier était joint la liste des postes vacants au sein des différentes sociétés tout en précisant que ces postes n'étaient pas en adéquation avec ses aptitudes physiques professionnelles ; qu'il s'en évince que l'employeur avait satisfait à son obligation de reclassement après constatation de l'inaptitude physique du salarié au poste de distributeur par le médecin du travail qui a relevé qu'aucun reclassement de la salariée dans l'entreprise n'était possible même sur un poste aménagé, son licenciement intervenu le 3 novembre 2011 n'est pas dépourvu de cause réelle et sérieuse et l'employeur ne peut être tenu au paiement d'une indemnité compensatrice de préavis, l'inaptitude physique à tout poste mettant la salariée dans l'impossibilité d'exécuter sa prestation de travail pendant le préavis ; qu'il convient donc de rejeter la demande de Madame Z... ; que s'agissant de la demande de Madame A..., force est de constater que son licenciement du 16 août 2006 pour inaptitude physique ne peut être contesté en raison de son refus d'accepter le poste de préparateur à domicile que lui avait proposé l'employeur au vu du certificat d'inaptitude du médecin du travail au poste de distributeur lors des visites du 19 juin 2006 et du 3 juillet 2006 ; que ce licenciement pour inaptitude physique n'étant pas dépourvu de cause réelle et sérieuse, prive le salarié qui était dans l'impossibilité d'effectuer son préavis, du droit à une indemnité compensatrice de celui-ci ; qu'il convient donc de la débouter de ce chef de demande » ;

ALORS QUE l'avis d'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise délivré par le médecin du travail ne dispense pas l'employeur de rechercher toutes possibilités de reclassement du salarié, au besoin par la mise en oeuvre de mesures telles que mutations ou transformations de postes de travail ou aménagements du temps de travail, et de justifier, le cas échéant, de l'absence de poste disponible compatible avec l'état de santé du salarié ; qu'en s'abstenant de vérifier que l'employeur avait respecté son obligation de reclassement de Madame Z... dans un poste au sein de l'entreprise au besoin par la mise en oeuvre de mesures telles que mutations ou transformations de postes de travail ou aménagements du temps de travail aux motifs que le médecin du travail avait relevé qu'aucun reclassement de la salariée dans l'entreprise n'était possible même sur un poste aménagé, la Cour d'appel a violé l'article L. 1226-2 du Code du travail ;

ET ALORS QUE l'avis d'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise délivré par le médecin du travail et le refus par le salarié d'un poste proposé par l'employeur ne dispensent pas l'employeur de rechercher, ultérieurement à ce refus, toutes possibilités de reclassement du salarié, au besoin par la mise en oeuvre de mesures telles que mutations ou transformations de postes de travail ou aménagements du temps de travail, et de justifier, le cas échéant, de l'absence de poste disponible compatible avec l'état de santé du salarié ; qu'en se bornant à constater que Madame A... n'avait pas accepté la proposition de poste de préparateur à domicile faite par la société Adrexo au vu du certificat d'inaptitude établi par le médecin du travail pour en déduire que l'employeur avait exécuté son obligation de reclassement, sans rechercher si aucun autre poste, même aménagé, n'était disponible dans l'entreprise ou dans les sociétés du groupe

auquel elle appartenait, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 1226-2 du Code du travail.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué :

D'AVOIR débouté les salariés de leurs demandes de rappel d'indemnités kilométriques ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE « si le principe du remboursement des frais exposés par le salarié pour les besoins de son activité professionnelles n'est pas contestable, en revanche, la convention collective de la distribution directe de février 2004 en son annexe 3 définissant un forfait secteur, puis l'avenant n° 8 du 1er juin 2006 prévoyant les méthodes de calcul et de révision des kilomètres parcourus énoncent que le salarié sera indemnisé sur la base d'une somme forfaitaire de sorte qu'il ne peut être retenue une indemnisation évaluée sur des bases différentes alors que les indemnités kilométriques mentionnées sur les feuilles de route signées par le salarié, l'ont été conformément à ces dispositions collectives, la preuve d'une erreur dans l'établissement du décompte des frais n'étant pas établie en l'espèce » ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES « les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur doivent lui être remboursés. Toutefois, les accords collectifs ou les contrats de travail peuvent prévoir que le salarié sera indemnisé sur la base d'une somme forfaitaire. Tel a été le cas de la convention collective de la distribution directe de février 2004 en son annexe III qui définissait un forfait secteur, puis de l'avenant n° 8 du 1er juin 2006 qui prévoyait des méthodes de calcul et de révision des kilomètres parcourus arrêtées après négociation au sein de chaque entreprise avec des distances définies propres à chaque secteur. Il était également prévu des modalités de contestation du décompte des kilomètres parcourus, avec possibilité de vérification par le responsable cal et, en cas de désaccord persistant, recours possible devant la commission de conciliation de branche. Il apparaît que les kilomètres parcourus décomptés sur les feuilles de route l'ont été conformément à ces dispositions collectives. Les salariés demandeurs n'établissent pas qu'il aurait été fait une application erronée des textes en vigueur ; que pour la période antérieure à l'application de la convention collective, il appartient aux salariés de justifier du bien fondé de leurs demandes en établissant le nombre de kilomètres réalisés dans le cadre de leur activité ; que ne peuvent être probants les décomptes qui prétendent à un rappel d'indemnité fondé non pas sur la base d'un kilométrage réel mais sur une majoration forfaitaire du défraiement versé par l'employeur à partir de données affirmées mais non prouvées » ;

ALORS QUE les frais professionnels engagés par le salarié doivent être supportés par l'employeur ; qu'en déboutant les salariés de leurs demandes de complément d'indemnités kilométriques, après avoir relevé que l'indemnité qui leur avait été allouée avait été calculée conformément aux dispositions conventionnelles, sans rechercher si le montant de l'indemnité octroyée par l'employeur, correspondait bien au coût réel des frais exposés par les salariés et si ces derniers, qui supportaient une partie des frais professionnels engagés, percevaient une rémunération au moins égale au SMIC, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1134 du Code civil.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué :

D'AVOIR débouté les salariés de leurs demandes d'indemnités pour travail dissimulé ;

AUX MOTIFS PROPRES QU'« en application des articles L. 8221-3 et L. 8221-5 du Code du travail, le fait pour l'employeur de soustraire intentionnellement aux déclarations qui doivent être effectuées aux organismes de sécurité sociale ou à l'administration fiscale, est réputé travail dissimulé, ainsi que le fait de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement des formalités de délivrance des bulletins de paie ou de déclaration préalable à l'embauche. De même, est réputé travail dissimulé le fait de mentionner sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué. Il n'apparaît pas au regard des éléments du dossier que la société Adrexo qui n'a fait l'objet

d'aucune poursuite pénale, ait intentionnellement voulu dissimuler le nombre d'heures réellement effectuées par les salariés quand bien même cette dissimulation porterait sur un grand nombre de salariés alors qu'un tel système a été mis en place dans le cadre d'un accord d'entreprise conclu en 1993, puis ensuite dans le cadre d'une convention collective signée en 2004 et étendue en 2005. La demande des salariés dont le contrat a été rompu ne pourra donc être que rejeté et le jugement confirmé sur ce point » ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QU'« en application des articles L. 8221-3 et L. 8221-5 du Code du travail, le fait pour l'employeur de soustraire intentionnellement aux déclarations qui doivent être effectuées aux organismes de sécurité sociale ou à l'administration fiscale, est réputé travail dissimulé, ainsi que le fait de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement des formalités de délivrance des bulletins de paie ou de déclaration préalable à l'embauche. De même, est réputé travail dissimulé le fait de mentionner sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué ; que l'organisation du travail mise en place par la société Adrexo avait pour effet de dissimuler le nombre d'heures réellement effectuées par les salariés ; que cette organisation a été mise en place dans le cadre d'un accord d'entreprise conclu en 1993, puis ensuite dans le cadre d'une convention collective signée en 2004 et étendue en 2005 ; que l'élément intentionnel de dissimulation ne peut être retenu dans ce dossier. En conséquence, le Conseil de prud'hommes dit qu'il y a lieu de débouter les demandeurs de leurs prétentions à ce titre » ;

ALORS QUE la dissimulation d'emploi est caractérisée dès lors que l'employeur a connaissance des heures de travail réellement effectuées par le salarié, et qu'il s'abstient intentionnellement de faire figurer les heures de travail effectivement accomplies sur les bulletins de salaire ; que la Cour d'appel par motifs propres et adoptés a relevé que l'organisation du travail mise en place par la société Adrexo avait pour effet de dissimuler le nombre d'heures de travail réellement effectuées par un grand nombre de salariés, ce qui lui permettait de se dispenser de son propre chef de l'obligation d'ordre public de verser aux salariés une rémunération égale au minimum de croissance ; que la Cour d'appel aurait du déduire de ses propres énonciations que les salariés pouvaient prétendre à l'indemnité pour travail dissimulé revendiquée ; qu'en décidant le contraire aux motifs qu'un tel système était mis en place par des accords d'entreprise, lesquels ainsi que le savait pertinemment l'employeur, étaient directement contraires aux règles d'ordre public édictées par le Code du travail en matière de durée du travail, la Cour d'appel a violé les articles L. 8223-1 et L. 8221-5 du Code du travail.