



**AVIS DE Mme MOLINA,
AVOCATE GÉNÉRALE RÉFÉRENDAIRE**

Arrêt n° 310 du 13 mars 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 21-20.421

Décision attaquée : Cour d'appel de Toulouse du 4 juin 2021

La société Les Néréides

C/

Mme [F] [I]

Mme [F] [I] a été embauchée par la société Les Néréides à compter du 3 septembre 2013 en qualité d'auxiliaire de vie sociale, suivant contrat à durée indéterminée à temps partiel. La convention collective applicable à la relation contractuelle est celle des entreprises de services à la personne.

La salariée a été victime d'un accident de travail le 19 mai 2015 et placée en arrêt de travail jusqu'au 1^{er} février 2016.

Elle a fait l'objet de deux visites de reprise les 4 et 19 février 2016. A l'occasion de la seconde, elle a été déclarée définitivement inapte à son poste d'auxiliaire de vie sociale.

Par lettre recommandée avec avis de réception du 22 février 2016, l'employeur a informé la salariée de l'absence de possibilité de reclassement et l'a convoquée à un entretien préalable à un éventuel licenciement fixé au 1^{er} mars 2016, puis l'a licenciée le 1^{er} mars 2016.

Le 13 juillet 2016, la salariée, contestant son licenciement, a saisi le conseil de prud'hommes de Toulouse et demandé notamment la requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat à temps plein.

Par jugement du 29 mai 2019, le conseil de prud'hommes a notamment dit et jugé que l'employeur a parfaitement respecté son obligation de reclassement et que le licenciement reposait bien sur une cause réelle et sérieuse ; constaté l'absence de préjudice relatif à la régularité formelle du licenciement et en tout état de cause, l'absence de demande concernant cette irrégularité ; dit et jugé que la salariée n'a pas été remplie de ses droits dans le cadre du solde de tout compte ; donné acte à l'employeur qu'il reconnaissait devoir une somme à titre d'indemnité compensatrice de préavis outre au titre des congés payés à la salariée et condamné l'employeur à les lui payer ; condamné l'employeur à payer à la salariée des sommes au titre de solde de l'indemnité de licenciement, de l'indemnité compensatrice de congés payés restant due ; dit et jugé que le contrat de travail était bien à temps partiel, et débouté la salariée de sa demande de requalification de son contrat de travail à temps plein ; dit et jugé qu'il n'est pas démontré que la salariée ait eu un comportement déloyal vis-à-vis de l'employeur, et débouté ce dernier de sa demande reconventionnelle ; débouté les parties du surplus de leurs demandes.

Sur appel de la salariée, la cour d'appel de Toulouse, par arrêt du 4 juin 2021 a notamment confirmé le jugement en ce qu'il a condamné l'employeur à payer à la salariée des sommes au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, outre au titre des congés payés, au titre du solde de l'indemnité de licenciement, de l'indemnité compensatrice de congés payés ; débouté la salariée de ses demandes au titre des primes de nuit, du travail dissimulé et de la délivrance sous astreinte de bulletins de paie, débouté l'employeur de sa demande de dommages et intérêts pour déloyauté ; infirmé le jugement pour le surplus ; statuant à nouveau sur les dispositions infirmées et y ajoutant, ordonné la requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein ; condamné l'employeur à payer à la salariée des sommes supplémentaires au titre de rappels de salaires à temps plein, outre congés payés, de dommages et intérêts sur le fondement de l'article L. 1226-15 du code du travail.

L'employeur s'est pourvu en cassation. La salariée a formé un pourvoi incident.

Le pourvoi principal reproche à la cour d'appel d'avoir ordonné la requalification du contrat de travail à temps partiel de la salariée en contrat de travail à temps plein et d'avoir condamné l'employeur à lui verser une somme au titre de rappels de salaire à temps plein, outre congés payés. Il soutient que la loi autorise la seule mention sur le contrat des heures garanties, sans qu'une présomption "*de contrat à durée déterminée*" (lire de contrat à temps plein ?) ne résulte ni de la loi ni de la convention collective en l'absence de mention des plages d'intervention et des plages d'indisponibilité. Il argue encore que la cour d'appel ayant constaté que la salariée avait travaillé aussi par le biais de CESU, il en résultait qu'elle n'était pas restée à temps plein à la disposition de l'employeur, lequel avait établi les horaires effectivement travaillés.

L'article L. 3123-14 du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, applicable au litige, dispose "Le contrat de travail du salarié à temps partiel est un contrat écrit.

Il mentionne :

1° La qualification du salarié, les éléments de la rémunération, la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue et, sauf pour les salariés des associations et entreprises d'aide à domicile et les salariés relevant d'un accord collectif de travail conclu en application de l'article L. 3122-2, la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois ;

2° Les cas dans lesquels une modification éventuelle de cette répartition peut intervenir ainsi que la nature de cette modification ;

3° Les modalités selon lesquelles les horaires de travail pour chaque journée travaillée sont communiqués par écrit au salarié. Dans les associations et entreprises d'aide à domicile, les horaires de travail sont communiqués par écrit chaque mois au salarié ;

4° Les limites dans lesquelles peuvent être accomplies des heures complémentaires au-delà de la durée de travail fixée par le contrat.

[...]"¹

La convention collective nationale des entreprises de services à la personne du 20 septembre 2012, stipule notamment dans un article 2.1 "Dispositions communes à tous les contrats de travail" d'une partie 2 "Statut professionnel" :

"Tout engagement fait l'objet d'un contrat de travail écrit en double exemplaire.

[...]

Ce contrat précise notamment :

[...]

– la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue et le mode d'organisation retenu pour la répartition des horaires de travail sur la semaine ou le mois, avec des plages prévisionnelles indicatives ;

– les plages d'indisponibilité pour le personnel intervenant à domicile ;

[...]."

et dans un article 2.3. "Cas particulier du contrat de travail à temps partiel" :

"Le contrat de travail du salarié à temps partiel est un contrat écrit.

Le contrat de travail à temps partiel rappelle que le salarié à temps partiel n'est pas tenu par une obligation d'exclusivité.

Outre les mentions visées au point 2.1, il doit comporter des indications sur les limites dans lesquelles peuvent être accomplies des heures au-delà de la durée de travail fixée par le contrat."

Par ailleurs, dans la Section 3 "Dispositions spécifiques pour les salariés travaillant à temps partiel" du chapitre II "Organisation du travail", il est précisé dans le "préambule", " a) Durée contractuelle minimale de travail

Le contrat de travail conclu à temps partiel doit préciser la durée contractuelle garantie."

L'organisation du temps de travail appartient à l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction, sous réserve du respect des dispositions légales dans sa

¹ Dispositions reprises désormais à l'article L. 3123-6 du code du travail.

mise en oeuvre. Les modalités choisies par l'employeur doivent permettre au salarié de concilier vie professionnelle et vie personnelle.

En outre, l'exercice à temps partiel de ses fonctions par un salarié ne relève pas toujours d'un choix personnel et est de nature à provoquer une précarisation de sa situation. Dès lors, afin de lui permettre d'exercer éventuellement un autre emploi, il est indispensable qu'il dispose d'une connaissance claire et précise de son emploi du temps professionnel.

Dans cet objectif, le législateur a donc prévu, ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, un cadre strict auquel l'employeur doit se soumettre quant au contenu du contrat de travail, telle que la mention de la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue. Toutefois, conscient également des spécificités du domaine d'intervention des associations et entreprises d'aide à domicile, au regard des besoins atypiques de leurs bénéficiaires, le législateur a prévu une disposition dérogatoire en excluant pour ces dernières, la mention dans les contrats de travail de la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois.

Néanmoins, afin de garantir aux salariés la connaissance de leur emploi du temps pour leur permettre de connaître leur rythme de travail et de gérer au mieux leurs organisations personnelle et professionnelle, un corollaire à cette dispense a été prévu avec la communication par écrit chaque mois des horaires de travail.

Ainsi, l'employeur exerçant dans le domaine de l'aide à domicile doit mentionner dans le contrat de travail la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue (Soc., 3 juillet 2019, pourvoi n° 17-15.884) et communiquer chaque mois par écrit au salarié les horaires de travail (Soc., 20 février 2013, pourvoi n° 11-24.015). En cas de manquement à ces obligations, le contrat de travail à temps partiel est présumé à temps complet, l'employeur devant alors, pour échapper à cette requalification, démontrer la réalité du temps partiel et la possibilité offerte au salarié de connaître son rythme de travail, de sorte qu'il ne devait pas se tenir constamment à la disposition de l'employeur.

En l'espèce, la cour d'appel pouvait-elle requalifier le contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein au motif qu'il ne comportait pas la mention des plages d'intervention et des plages d'indisponibilité du salarié, exigée par la convention collective ?

Tout d'abord, il y a lieu de constater que la disposition de la convention collective, selon laquelle le contrat précise le mode d'organisation retenu pour la répartition des horaires de travail sur la semaine ou le mois, avec des plages prévisionnelles indicatives et les plages d'indisponibilité pour le personnel intervenant à domicile, se situe dans un article 2.1 "*Dispositions communes à tous les contrats de travail*". Il ne s'agit donc pas d'une mention spécifique aux contrats de travail à temps partiel mais d'une disposition s'appliquant également aux contrats de travail à temps complet, lesquels ne peuvent donc pas, par hypothèse, encourir une requalification, en cas de manquement.

Par ailleurs, si l'article L. 3123-14 du code du travail prévoit dans son 3° que les modalités selon lesquelles les horaires de travail pour chaque journée travaillée sont communiqués par écrit au salarié, je considère que cette mention constitue une

déclinaison pour préciser la mise en oeuvre de la modalité prévoyant que figure au contrat de travail la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois.

Or, si par dérogation les entreprises et associations d'aide à la personne ne sont pas soumises à celle-ci, l'article L. 3123-14 du code du travail contient cependant une modalité spécifique à leur égard : la communication par écrit chaque mois des horaires de travail, afin que leurs salariés à temps partiel, malgré les particularités de l'exercice de leurs fonctions, disposent également, comme tout autre salarié, d'une connaissance précise de leur emploi du temps.

Par conséquent, à mon sens, c'est le défaut de cette communication légalement prévue qui peut empêcher le salarié de s'organiser et qui peut provoquer son maintien constant à la disposition de l'employeur.

Ainsi, le législateur a cherché à allier une certaine souplesse, permettant à l'employeur exerçant dans le domaine de l'aide à domicile de ne pas être lié, dès la conclusion du contrat de travail, par une répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois trop stricte au regard de la spécificité de son activité et de la variation des besoins de ses bénéficiaires, et une protection du salarié afin de lui garantir une possibilité d'organisation minimale par une connaissance mensuelle de la répartition de ses horaires de travail.

Dès lors, contrairement à la cour d'appel, je considère que, l'absence de mention dans le contrat de travail de la répartition de la durée de travail, telle que prévue par la convention collective ne peut faire présumer l'existence d'un contrat de travail à temps plein. En revanche, le défaut de communication, par l'employeur, des horaires par écrit chaque mois au salarié le pourrait, à charge pour le premier de démontrer que le second connaissait son rythme de travail et n'était pas tenu de rester constamment à sa disposition.

► Je conclus à la cassation sur le deuxième moyen du pourvoi principal.

Par ailleurs, je m'associe aux propositions de rejet non spécialement motivé présentées par Madame le conseiller rapporteur sur les premier et troisième moyens du pourvoi principal, pour les motifs exposés au rapport.

Le pourvoi incident reproche à la cour d'appel d'avoir débouté la salariée de ses demandes au titre des primes de nuit, du travail dissimulé et de la délivrance sous astreinte de bulletins de paie. Il soutient que la cour d'appel n'a pas respecté la balance de la preuve, ne faisant peser cette dernière que sur la salariée.

Aux termes de l'article L. 3171-4 du code du travail, *“En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.*

Si le décompte des heures de travail accomplies par chaque salarié est assuré par un système d'enregistrement automatique, celui-ci doit être fiable et infalsifiable."

En application de ce texte, la chambre a, dans un premier temps, jugé 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, étant précisé que l'examen des éléments produits par les parties relève du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond. Les dispositions précitées instituant un régime de preuve partagée entre le salarié et l'employeur, il n'était pas question de faire peser la preuve sur le seul salarié et si ce dernier devait préalablement produire des éléments, à l'instar de tout demandeur en justice, ceux-ci devaient être d'ordre factuel, certes suffisamment précis pour permettre à l'employeur d'y répondre utilement, mais pouvant éventuellement avoir été établis par ses soins (Soc., 30 septembre 2015, pourvoi n° 14-17.748, Bull. 2015, V, n° 185). Les juges du fond doivent cependant vérifier si dans les faits, le décompte produit permet effectivement une réponse de l'employeur.

Par la suite, aux fins de clarifier la mise en oeuvre de la règle probatoire, vous avez supprimé la référence à la notion d'étalement qui pouvait renvoyer à une nécessité de prouver et pas seulement à celle de produire des éléments. Vous jugez désormais qu'*"en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments. Le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des exigences rappelées aux dispositions légales et réglementaires précitées. Après analyse des pièces produites par l'une et l'autre des parties, dans l'hypothèse où il retient l'existence d'heures supplémentaires, il évalue souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant."* (Soc., 18 mars 2020, pourvoi n° 18-10.919 et Soc., 27 janvier 2021, pourvoi n° 17-31.046).

En effet, la preuve étant partagée, il revient au salarié d'apporter des éléments factuels et non des éléments de preuve.

En l'espèce, la cour d'appel a tout d'abord rappelé que la salariée affirmait avoir réalisé de nombreuses heures de travail chez une cliente de l'employeur, y compris la nuit, la totalité de ces heures n'apparaissant pas sur les bulletins de paie et les primes de nuit ne lui ayant pas été payées et que si elle avait également travaillé directement chez cette cliente en qualité de salariée en étant réglée par CESU, ces heures étaient résiduelles.

La cour d'appel a ensuite mentionné les pièces versées aux débats par la salariée : les plannings mensuels des interventions, établis par l'employeur pour les mois de juin, juillet, septembre et octobre 2014, février et mars 2015 ne mentionnant pas d'heures de nuit chez la cliente commune ; une attestation de la nièce de cette cliente indiquant que cette dernière avait employé la salariée par le biais de CESU, sur demande de cette dernière, à l'insu de l'employeur ; les attestations CESU pour le compte de la cliente en qualité d'employeur, de juillet, septembre, octobre,

novembre et décembre 2014, mentionnant un total de 201 heures de travail, sans précision sur les jours et horaires de travail.

La cour d'appel a alors examiné les arguments de l'employeur selon lesquels la salariée n'avait jamais travaillé de nuit chez leur cliente commune à la demande de l'employeur ainsi qu'une seconde attestation de la nièce de la cliente commune selon laquelle, aucune facturation de nuit n'avait été établie avec l'employeur et qu'aucune heure de nuit n'avait été effectuée.

La cour d'appel a également constaté :

- qu'aucun planning des nuits sur la période réclamée n'était fourni par la salariée, affirmation non contestée par le pourvoi et corroborée par les conclusions de la salariée dans lesquelles les pièces mentionnées à l'appui de ses arguments ne comprennent pas de planning (production MA 3 - pages 17 à 21) ;
- que les pièces produites par la salariée n'étaient pas suffisamment précises quant à sa présence de nuit, en qualité de salariée de l'employeur, au domicile de la cliente commune ;
- qu'alors qu'elle a travaillé de nuit, elle ne réclame que des primes de nuit correspondant à des heures de présence nocturne et non des heures de travail effectif de nuit ;
- qu'une "grande partie" des heures de nuit était effectuée pour le compte de l'employeur, ce qui implique qu'une petite partie de ces heures était effectuée pour le compte de la cliente commune en qualité d'employeur, tout en réclamant à l'employeur principal le paiement de la totalité des primes de nuit sur 4 jours.

Je considère que, ce faisant, la cour d'appel a fait une juste application de la balance de la preuve requise : elle a apprécié tant les éléments transmis par la salariée que ceux soumis par l'employeur. A mon sens, la salariée n'a procédé que par affirmation, sans produire d'éléments factuels, les pièces communiquées par elle ne mentionnant aucun travail de nuit effectué, à la demande de son employeur, au profit de la cliente commune. Elle n'a pas non plus produit de planning, qu'elle aurait pu d'ailleurs établir elle-même rappelant les heures qu'elle considérait avoir réalisées de nuit chez la cliente pour le compte de l'employeur. Or, de son côté, l'employeur produisait des attestations circonstanciées rejetant tout travail de nuit.

Dès lors, à mon sens, la cour d'appel a valablement retenu l'insuffisance et l'imprécision des pièces et éléments présentés par la salariée à l'appui de sa demande de paiement de primes de nuit.

► Je conclus au rejet sur le moyen du pourvoi incident.