



**AVIS DE M. HALEM
AVOCAT GÉNÉRAL RÉFÉRENDIAIRE**

Arrêt n° 408 du 24 avril 2024 (B) – Chambre Sociale

Pourvoi n° 22-15.967

Décision attaquée : Cour d'appel de Lyon du 11 mars 2022

Mme [J] [H]

C/

Association Habitat et humanisme soin

Mme [H] (ci-après “la salariée”) a été engagée comme agent de service logistique par la maison de retraite l’Œuvre du bon pasteur, devenue l’association Habitat et humanisme soin (ci-après l’“employeur”), par contrat de travail à durée déterminée (ci-après “CDD”) du 3 janvier 2008, puis contrat de travail à durée indéterminée (ci-après “CDI”) à temps partiel de 24,50 heures hebdomadaires moyennes et 1274 heures annuelles, représentant 70 % d’un équivalent temps plein.

Après un accident du travail survenu chez un autre employeur, elle a saisi la juridiction prud’homale le 16 mars 2015 afin d’obtenir la reconnaissance du coefficient 362, la requalification de son contrat de travail en contrat à temps plein, des rappels de salaire et des dommages-intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail.

Le 19 avril 2017, elle a été licenciée pour inaptitude et impossibilité de reclassement.

Par jugement du 16 février 2018, le conseil de prud’hommes de Lyon l’a déboutée de l’ensemble de ses demandes.

Par arrêt du 11 mars 2002, la cour d'appel de Lyon a confirmé le jugement.

Le 9 mai 2022, la salariée a formé un pourvoi en cassation.

DISCUSSION

Le pourvoi se fonde sur deux moyens de cassation, le premier, divisé en trois branches, étant lié au régime de la requalification du contrat de travail à temps partiel modulé en contrat à temps complet, le second à la réparation du préjudice résultant du manquement de l'employeur à son obligation de formation.

La troisième branche du premier moyen et le second moyen, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation, pourront faire l'objet d'un rejet non spécialement motivé tel que proposé au rapport.

Le **premier moyen**, pris de la violation des articles L. 3123-25, ensemble L. 1121-1 du code du travail et 5 du Préambule de la constitution de 1946, est articulé en deux branches.

* Selon la **première branche**, l'illicéité, pour un contrat de travail à temps partiel modulé, de l'accord collectif de modulation par défaut d'indication des modalités de communication écrite du programme de répartition de la durée du travail et des horaires de travail au salarié, est sanctionnée par la requalification en contrat à temps complet, contrairement à ce qu'a jugé la cour d'appel.

La *salariée* considère que l'illicéité de l'accord de modulation qui organise le recours au temps partiel annualisé emporte la requalification automatique du contrat de travail en temps complet, comme en matière de conventions de forfait en jours ou de contrat de travail intermittent. L'*employeur* estime à l'inverse qu'elle est sanctionnée par un décompte d'heures supplémentaires conformément au droit commun du travail, peut être réparé par un accord d'un niveau supérieur et que l'analogie avec le travail intermittent est impossible.

Cette branche pose la question suivante : **l'illégalité d'un accord de modulation est-elle sanctionnée, dans le cas d'un contrat à temps partiel modulé, par la requalification de plein droit de celui-ci en contrat à temps plein ?**

* Selon la **seconde branche**, dans le cas d'un contrat de travail à temps partiel modulé, l'employeur, pour renverser la présomption de contrat à temps complet liée au non-respect des modalités de communication écrite du programme de répartition de la durée du travail et des horaires de travail au salarié, doit prouver d'une part la durée hebdomadaire ou mensuelle exacte convenue et d'autre part que le salarié pouvait prévoir son rythme de travail et ne devait pas de se tenir à sa disposition constante. Or la cour d'appel a statué par des motifs inopérants tirés de ce que la salariée avait pu exercer d'autres activités pendant la journée.

La *salariée* soutient que le de défaut de communication du calendrier indicatif annuel et des plannings hebdomadaires de travail l'a *de facto* obligée à se tenir en permanence à la disposition de l'employeur, de sorte qu'il ne peut renverser la

présomption de temps complet qu'en prouvant qu'elle pouvait prévoir son rythme de travail et n'était pas constamment à sa disposition. L'*employeur* affirme pouvoir renverser la présomption en prouvant ces deux éléments, souverainement appréciés par les juges du fond, par le fait que la salariée pouvait travailler pour d'autres employeurs et organisait librement son activité.

Cette branche pose la question suivante : **l'employeur peut-il, en cas de manquement à son obligation de communication des plannings et horaires de travail à un salarié en contrat de travail à temps partiel modulé, renverser la présomption de temps complet s'appliquant à ce dernier en prouvant que le salarié pouvait prévoir son rythme de travail et n'était pas constamment à sa disposition en raison de la possibilité d'exercer d'autres activités durant la journée ?**

Après un rappel du régime général des sanctions applicables au travail à temps partiel modulé irrégulier (I), la non-application de plein droit de la sanction de requalification en temps complet à un contrat à temps partiel modulé en cas d'illégalité de l'accord de modulation (II - moyen 1, branche 1) et les conditions de renversement de la présomption de contrat à temps complet en cas de manquement par l'employeur aux modalités de communication du programme indicatif et des horaires de travail au salarié (III - moyen 1, branche 2) seront successivement abordées.

I. Sur le régime général des sanctions applicables à un temps partiel modulé irrégulier

La salariée a été engagée par un CDD du 3 janvier 2008 poursuivi le 1^{er} mars suivant en CDI à temps partiel modulé, tous deux régis par un accord de branche du 3 avril 2001, soit entre la loi Aubry II n° 2000-37 du 19 janvier 2000 et avant la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, qui ont respectivement créé et supprimé le temps partiel modulé, au profit d'un régime uniforme de modulation (1). Dans ce cadre, la Cour de cassation a adopté un régime de sanction corrélé à la cause d'irrégularité affectant la modulation (2).

1. L'obligation d'information écrite du salarié sur le programme indicatif de répartition ainsi que les conditions et délais de communication des horaires de travail

Insérée dans le code du travail par l'ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 (ancien article [L. 212-8](#) du code du travail) afin de développer l'individualisation du temps de travail, la modulation est un mécanisme de répartition inégale de la durée légale hebdomadaire de travail sur une période longue pouvant aller jusqu'à l'année, selon une compensation des durées de travail effectif à l'intérieur de celle-ci¹, instauré par voie de convention ou accord collectif étendu ou d'accord d'entreprise.

¹ Cette répartition inégale se traduit par le calcul d'une durée de travail effectif hebdomadaire moyenne sur la période, de sorte que les heures excédant certaines semaines la durée légale sont compensées par les durées de travail effectif inférieures à ce seuil au cours d'autres semaines.

Les trois types de modulation initiaux ont été uniformisés par la [loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000](#) dite “Aubry II” qui a créé le temps partiel modulé, autorisé sous réserve qu’il n’excède pas en moyenne la durée contractuelle, de **prévoir les modalités de communication au salarié du programme indicatif de répartition de la durée du travail, les conditions de notification écrite** et de modification de ses horaires au salarié (article L. 212-4-6 du code du travail)².

Cette exigence a été **maintenue au sein de l’article L. 212-4-6 du code du travail par les deux lois ayant suivi** la loi “Aubry II”, soit la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 (en vigueur du 5 mai 2004 au 27 juillet 2005) et la loi n° 2005-841 du 26 juillet 2005 (en vigueur du 27 juillet 2005 au 1^{er} mai 2008), puis par l’[ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007](#) relative au code du travail, entrée en vigueur le 1^{er} mai 2008³ après la conclusion des contrats de travail litigieux et donc non applicable *ratione temporis* en l’espèce.

Cette ordonnance a ainsi **abrogé l’ancien article L. 212-4-6 du code du travail et en a repris le contenu au sein d’un nouvel article L. 3123-25**, invoqué par le moyen, maintenant la nécessité pour l’accord de fixer les modalités de communication par écrit du programme indicatif ainsi que de notification écrite des horaires de travail et des modalités de leur modification au salarié :

“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 à condition que, sur un an, la durée hebdomadaire ou mensuelle n’excède pas en moyenne la durée stipulée au contrat de travail.

Cette convention ou cet accord prévoit : (...)

6° Les modalités selon lesquelles le programme indicatif de la répartition de la durée du travail est communiqué par écrit au salarié ;

² L’article [L. 212-4-6](#) du code du travail, alinéas 1 et 2, 6° à 8°, dans sa version issue de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, dispose en effet : “Une convention ou un accord collectif étendu ou un accord d’entreprise ou d’établissement n’ayant pas fait l’objet de l’opposition prévue à l’article L. 132-26 peut prévoir que la durée hebdomadaire ou mensuelle peut varier dans certaines limites sur tout ou partie de l’année à condition que, sur un an, la durée hebdomadaire ou mensuelle n’excède pas en moyenne la durée stipulée au contrat de travail. La convention ou l’accord collectif doit fixer : (...)

6° Les modalités selon lesquelles le programme indicatif de la répartition de la durée du travail est communiqué par écrit au salarié ;

7° Les conditions et les délais dans lesquels les horaires de travail sont notifiés par écrit au salarié ;

8° Les modalités et les délais selon lesquels ces horaires peuvent être modifiés, cette modification ne pouvant intervenir moins de sept jours après la date à laquelle le salarié en a été informé ; ce délai peut être ramené à trois jours par convention ou accord collectif de branche étendu”.

Il peut être relevé que cette exigence avait été précédemment inscrite dans le code du travail par la loi n° 93-1313 quinquennale du 20 décembre 1993, à l’article [L. 212-2-1](#), qui autorisait une répartition de la durée du travail sur l’année (annualisation), selon des moyennes hebdomadaires fixées par l’accord, sous réserve de respecter les durées maximales de travail, de fixer le programme indicatif de cette répartition et le délai dans lequel les salariés doivent être prévenus des changements d’horaires.

³ [Article 14](#) de l’ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 : “Les dispositions de la présente ordonnance entrent en vigueur le 1^{er} mai 2008”.

7° Les conditions et les délais dans lesquels les horaires de travail sont notifiés par écrit au salarié ;

8° Les modalités et les délais selon lesquels ces horaires peuvent être modifiés, cette modification ne pouvant intervenir moins de sept jours après la date à laquelle le salarié en a été informé. Ce délai peut être ramené à trois jours par convention ou accord collectif de branche étendu ou convention ou accord d'entreprise ou d'établissement".

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008, adoptée peu après le CDI à temps partiel objet du litige, a élargi les conditions d'accès à la modulation en abrogeant l'ensemble des dispositions antérieures l'encadrant⁴, dont celle relative à l'obligation de préciser dans l'accord le programme indicatif de répartition de la durée du travail et les conditions de notification écrite des horaires de travail.

Elle y a substitué un régime simplifié permettant à un accord d'entreprise ou d'établissement ou à défaut un accord de branche d'instaurer, notamment pour les salariés à temps partiel, un mécanisme de modulation sur une période de référence limitée à un an, **cet accord devant toutefois prévoir** les conditions et délais de prévenance des changements de durée ou d'horaire de travail ainsi, **pour les salariés à temps partiel, que les modalités de communication et de modification de la répartition de la durée et des horaires de travail**⁵.

La même loi a adopté un mécanisme de sécurisation des accords de temps partiel modulé antérieurs, conclus notamment en application de l'article L. 3123-25 du code du travail ([article 20, V](#), de la loi du 20 août 2008)⁶.

⁴ Dont les anciens articles L. 3122-9, L. 3122-11 et L. 3122-12 du code du travail, dans leur version issue de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 (article 20 de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008). Sont ainsi visés tous les systèmes antérieurs : cycles de travail sur quelques semaines, modulation du temps de travail sur tout ou partie de l'année, jours de repos sur quatre semaines ou dans le cadre de l'année.

⁵ Voir l'article [L. 3122-2](#) du code du travail, dans sa formulation issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, en vigueur du 22 août 2008 au 10 août 2016 : "Un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut définir les modalités d'aménagement du temps de travail et organiser la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année. Il prévoit :

1° Les conditions et délais de prévenance des changements de durée ou d'horaire de travail ;

2° Les limites pour le décompte des heures supplémentaires ;

3° Les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période.

Lorsque l'accord s'applique aux salariés à temps partiel, il prévoit les modalités de communication et de modification de la répartition de la durée et des horaires de travail.

Sauf stipulations contraires d'un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, d'une convention ou d'un accord de branche, le délai de prévenance en cas de changement de durée ou d'horaires est fixé à sept jours.

A défaut d'accord collectif, un décret définit les modalités et l'organisation de la répartition de la durée du travail sur plus d'une semaine".

⁶ Voir l'article 20, V, de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 : "Les accords conclus en application des articles L. 3122-3, L. 3122-9, L. 3122-19 et [L. 3123-25](#) du code du travail (...) dans leur rédaction antérieure à la publication de la présente loi restent en vigueur", interprétation est confirmée par la [circulaire DGT n° 20 du 13 novembre 2008](#) : fiche n° 11, § 2, "Maintien des accords collectifs conclus antérieurement à la publication de la loi" (p. 20).

2. Le double régime de sanction de l'irrégularité de la modulation

Dans ce contexte, la jurisprudence de la Cour de cassation, complexe et rendue pour l'essentiel au sujet de contrats à temps plein, distingue **deux grandes catégories de sanctions**, assorties d'exceptions, **en fonction de la nature de l'irrégularité** affectant la modulation.

2.1. Lorsque le vice affecte la légalité de l'accord de modulation, soit du fait de l'absence d'un tel accord, soit de sa non-conformité aux exigences légales, notamment **lorsqu'il ne comporte pas de programme indicatif de répartition de la durée du travail, l'accord** (et/ou le principe même de la modulation) **est déclaré inopposable au salarié** (Soc, 24 mai 2023, n° 21-24.350 ; Soc, 8 avril 2021, n° 19-20.386, 19-20.389, 19-20.390 et 19-20.384 ; Soc, 8 avril 2021, n° 19-20.388 ; Soc, 8 avril 2021, n° 19-20.385 ; Soc, 8 avril 2021, n° 19-20.387 ; Soc, 12 février 2020, n° 18-15.831 ; Soc, 11 mai 2017, n° 15-25.038 ; Soc, 15 décembre 2015, n° 13-28.453; sur l'illicéité et la non-application de notes de service de l'employeur prises sur la base d'une convention collective sans programmation indicative : Soc, 17 décembre 2014, n° 13-19.834), **qui peut prétendre au paiement d'heures supplémentaires** conformément au droit commun (Soc, 24 mars 2010, n° 08-42.587 et 08-42.588 ; Soc, 12 mars 2008, n° 06-45.274 ; Soc, 8 mars 2007, n° 05-43.676).

La sanction de l'inopposabilité de la modulation a également été appliquée dans le cas d'une clause contractuelle de variation de la durée hebdomadaire de travail sur tout ou partie de la période couverte par un contrat d'accompagnement dans l'emploi, non permise par le cadre légal de celui-ci (Soc, 11 juillet 2012, n° 11-13.827; Soc, 25 janvier 2012, n° 09-42.985 ; Soc, 12 octobre 2011, n° 09-42.637 et 09-42.638).

Toutefois, il a été jugé à plusieurs reprises que l'irrégularité d'un accord de modulation ou de sa mise en œuvre n'emporte pas exemption du salarié des règles de preuve posées par l'article L. 3171-4 du code du travail, de sorte que l'inopposabilité de cet accord ne saurait établir à elle seule l'accomplissement d'heures supplémentaires (Soc., 13 mars 2013, n° 12-12.795 ; Soc., 19 septembre 2012, pourvoi n° 11-22.791, 11-22.782, 11-22.783, 11-22.784, 11-22.785, 11-22.786, 11-22.787, 11-22.788, 11-22.789 et 11-22.790 ; Soc, 19 janvier 2012, n° 10-24.535, 10-24.530, 10-24.531, 10-24.532, 10-24.533 et 10-24.534)⁷.

⁷ Dans ces conditions, la formulation ambiguë retenue dans ces affaires et reprise par une série d'arrêts du 9 avril 2015 se référant à "*la doctrine de la Cour de cassation qui a énoncé que l'irrégularité d'un accord de modulation ou de sa mise en œuvre rend inapplicable aux salariés le décompte de la durée du travail dans un cadre autre qu'hebdomadaire*" (Soc, 9 avril 2015, n° 13-20.936, 13-20.937, 13-20.941, 13-20.924, 13-20.970, 13-20.925, 13-20.927, 13-20.929, 13-20.932 et 13-20.933) paraît revêtir une portée essentiellement probatoire, signifiant que le salarié exposé à un accord illégal inopposable doit néanmoins démontrer, pour en obtenir le paiement, le principe et le quantum des heures supplémentaires réalisées, sans remettre en cause, du point de vue de la sanction applicable, la *summa divisio* entre illégalité (inopposabilité de l'accord) et mauvaise exécution (requalification du contrat) de l'accord de modulation.

2.2. Lorsque le vice affecte l'exécution de l'accord de modulation, c'est-à-dire que l'employeur met en œuvre la modulation de manière non conforme aux exigences conventionnelles, notamment en cas de **défaut de respect des modalités selon lesquelles le programme indicatif de la répartition de la durée du travail est communiqué et des conditions et délais de notification écrite des horaires de travail au salarié, le contrat est présumé à temps complet et il incombe alors à l'employeur de rapporter la preuve que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et n'avait pas à se tenir constamment à sa disposition (Soc, 29 septembre 2021, n° 19-16.544 ; Soc, 15 mars 2017, n° 15-28.142; Soc, 12 mai 2015, n° 14-10.623 ; Soc, 20 juin 2013, n° 10-20.507), ce que le juge doit rechercher (Soc, 13 octobre 2021, n° 20-12.730 ; Soc, 1^{er} décembre 2016, n° 15-21.996 ; Soc, 1^{er} décembre 2016, n° 15-21.997).**

2.2.1. La preuve par l'employeur des conditions de renversement de la présomption réfragable de temps complet est soumise au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (Soc, 26 janvier 2022, n° 19-24.257 et 19-24.259; Soc, 26 janvier 2022, n° 19-24.258 ; Soc, 2 juin 2021, n° 19-16.059 ; Soc, 2 juin 2021, n° 19-19.341 ; Soc, 2 juin 2021, n° 19-19.342 ; Soc, 19 juin 2019, n° 17-17.122 ; Soc, 19 juin 2019, n° 17-17.125 ; Soc, 10 octobre 2018, n° 17-17.589), la Cour de cassation se limitant, selon un contrôle léger, à relever le cas échéant la constatation par leurs soins de manquements éventuels de l'employeur à ses obligations (Soc, 19 juin 2019, n° 17-17.122).

Le juge doit donc rechercher si les conditions d'application de l'accord invoqué sont réunies et si le salarié est soumis à l'organisation du temps de travail en découlant (Soc, 13 avril 2022, n° 19-24.920 et 20-16.224), si l'employeur a communiqué au salarié les programmes indicatifs de la répartition de la durée du travail (Soc, 16 novembre 2022, n° 21-20.035 ; Soc, 1^{er} décembre 2016, n° 15-21.996) et à défaut si le salarié a eu connaissance de ses horaires de travail de sorte qu'il n'était plus placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il ne se trouvait plus dans l'obligation de se tenir constamment à la disposition de l'employeur (Soc, 17 février 2021, n° 18-26.545).

Dans ce cadre, **le juge statue *in concreto* en fonction des éléments de preuve versés**, pouvant être amené à prendre en compte pour renverser la présomption, par exemple, l'autonomie totale dont le salarié jouit dans l'organisation de son temps de travail (Soc, 27 juin 2012, n° 11-10.104 ; Soc, 15 octobre 2008, n° 06-46.382), la grande régularité de la liste des vacations effectuées (Soc, 2 octobre 2019, n° 17-24.031) ou des rythmes de travail pendant les périodes non couvertes par des plannings de modulation, sans aucune rupture avec les périodes antérieures et postérieures (Soc, 19 juin 2019, n° 17-17.122), le fait que la salariée avait travaillé presque exclusivement les lundis pendant deux années et que son rythme de travail avait été régulier pendant quatre mois (Soc, 19 juin 2019, n° 17-17.125) ou que les feuilles de route remises aux distributeurs et normalement signées par eux, qui ne mentionnent qu'un volume horaire réparti librement par les intéressés à l'intérieur des jours de disponibilité, précisent la durée contractuelle hebdomadaire de travail (Soc, 9 janvier 2019, n° 17-23.376, 17-23.377 et 17-23.378 ; Soc, 9 janvier 2019, n° 16-18.177 ; Soc, 24 octobre 2018, n° 16-18.020 ; Soc, 24 octobre 2018, n° 16-18.031; Soc, 24 octobre 2018, n° 16-18.034 ; Soc, 24 octobre 2018, n° 16-18.024 ; Soc, 12 septembre 2018, n° 16-18.030 et 16-18.037).

Le fait que le salarié ait pu travailler pour un ou plusieurs autres employeurs est l'un des motifs permettant au juge du fond d'apprécier, en le confrontant aux autres éléments de la cause, si le salarié pouvait prévoir son rythme de travail et n'avait pas à se tenir à la disposition constante de son employeur (Soc, 11 mars 2015, n° 13-21.090).

2.2.2. L'irrégularité formelle affectant le contrat à temps partiel afférent est traitée comme un vice d'exécution de l'accord lui-même, justifiant l'application de la présomption de contrat à temps complet.

Il en va ainsi en l'absence de contrat écrit (Soc, 6 février 2019, n° 17-15.590 ; Soc, 9 avril 2008, n° 06-41.596) ou de certaines mentions telles que la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail (Soc, 11 mai 2016, n° 14-17.496 ; Soc, 20 juin 2013, n° 10-20.507 ; Soc., 9 janvier 2013, n° 11-16.433 ; pour l'application à un avenant : Soc, 20 juin 2013, n° 10-20.507), la répartition de la durée du travail sur la semaine ou sur le mois (Soc, 20 décembre 2017, n° 16-23.511) ou la durée de référence (Soc, 23 novembre 2016, n° 15-20.925 ; Soc, 23 novembre 2016, n° 15-18.093 ; pour des mentions conformes à cette obligation : Soc, 21 septembre 2022, n° 21-12.083 ; Soc, 21 septembre 2022, n° 21-13.265 ; Soc, 12 janvier 2022, n° 20-15.478).

L'employeur peut renverser la présomption en prouvant la durée exacte du travail convenue et en justifiant que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur (Soc, 11 mai 2016, n° 14-17.496, précité ; Soc, 9 janvier 2013, n° 11-16.433 ; Soc, 21 novembre 2012, n° 11-10.258).

2.2.3. Deux séries d'exceptions ont cependant été apportées à cette sanction, au profit d'un retour à l'inopposabilité.

En premier lieu, **lorsqu'est en jeu la consultation des représentants du personnel.**

Ainsi, dans le cas d'accords de branche organisant une modulation du temps de travail en accès direct mais subordonnant son application, dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, à l'établissement d'une programmation indicative, la modulation mise en œuvre sans une telle information est inopposable (Soc, 11 mai 2017, n° 15-25.038 et 15-25.100 ; Soc, 6 mai 2009, n° 07-40.235).

De même, lorsque l'accord prévoit l'établissement d'une programmation indicative après consultation des délégués du personnel, le défaut de respect de cette mesure conduit à ce que l'accord de modulation soit simplement privé d'effet et que le salarié puisse prétendre au paiement d'heures supplémentaires (Soc, 2 juillet 2014, n° 13-14.216).

En second lieu, **en cas de réalisation d'une durée du travail inférieure à la durée légale ou à la durée conventionnelle lorsqu'elle est inférieure à celle-ci.**

Dans cette limite, la sanction de la requalification a été écartée en cas de non-respect de la limite du tiers de la durée du travail (Soc, 10 mars 2021, n° 19-13.782 ; Soc, 12 septembre 2018, n° 16-18.030 et 16-18.037) ainsi que de dépassement de la durée contractuelle de travail sur l'année et de non-respect de la limite du tiers de la durée du travail fixées par la convention collective et l'accord d'entreprise (Soc, 18 décembre 2019, n° 18-12.447 ; Soc, 18 décembre 2019, n° 18-12.451 ; Soc, 18 décembre 2019, n° 18-12.455).

II. Sur la non-application de plein droit à un contrat de travail à temps partiel modulé, en cas d'illégalité de l'accord de modulation, de la sanction de requalification en contrat à temps complet (moyen 1, branche 1)

La salariée, dans ses conclusions d'appel (p. 22 à 24) comme dans son mémoire ampliatif (p. 11 et 12), met en cause l'illégalité de l'accord du 3 avril 2001 de la branche sanitaire, sociale et médico-sociale ayant servi de cadre aux contrats de travail litigieux, en ce qu'il ne comporterait pas de disposition sur les modalités de communication écrite du programme indicatif de répartition de la durée du travail au salarié ni les conditions et délais de communication écrite à celui-ci des horaires de travail, conformément à l'article L. 3123-25, alinéa 2, 6° et 7°, du code du travail.

1. La légalité du cadre conventionnel est incertaine, au regard du fait que si l'accord précité prévoit bien, en son paragraphe e), le principe d'une programmation indicative du temps partiel modulé, avec information individuelle du salarié un mois avant son application, et, en son paragraphe f), un délai de prévenance de sept jours en cas de changement du calendrier de programmation, il ne mentionne pas expressément de communication écrite au salarié de cette programmation, ni celle des horaires de travail, de surcroît par écrit et au-delà du cas particulier d'une modification du calendrier de programmation.

L'article [05.05.3](#) de la convention collective nationale des établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif du 31 octobre 1951 invoqué par l'employeur à titre supplétif ne paraît pas compenser cette carence de manière incontournable en ce que ce texte, antérieur à l'ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 et n'ayant pas connu de modifications substantielles depuis, se borne à prévoir une information au moyen d'un "tableau de service prévisionnel (...) établi à la diligence de l'employeur ou de son représentant et porté à la connaissance du personnel par voie d'affichage sur les différents lieux du travail" ainsi que, "Dès lors que l'aménagement du temps de travail n'est pas établi sur 2 semaines, [le fait que] les horaires de travail doivent être portés à la connaissance des salariés dans le respect des dispositions légales et réglementaires, notamment en matière d'affichage", sans davantage prévoir de communication écrite au salarié d'une programmation indicative ni de ses horaires de travail.

2. Il n'en reste pas moins que le moyen portant sur l'illégalité de l'accord de modulation lui-même (non sa mauvaise exécution par l'employeur), **le manquement ne peut être sanctionné**, en application de la jurisprudence précitée, **que par l'inopposabilité de l'accord à la salariée**, lui ouvrant le droit de solliciter le paiement d'heures supplémentaires, mais **sans emporter de plein droit la requalification** du contrat à temps partiel modulé conclu dans ce cadre.

L'analogie proposée par la salariée avec le régime du forfait annuel en jours ne paraît pas de nature à justifier l'application dérogatoire de la sanction de requalification en l'espèce, l'insuffisance des garanties de l'accord collectif instaurant la modulation étant, antérieurement à l'intervention de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, sanctionnée par la nullité de la convention individuelle de forfait (Soc, 24 avril 2013, n° 11-28.398) - non la requalification -, dont la privation d'effets permettait au salarié de solliciter le paiement d'heures supplémentaires comme en matière d'inopposabilité (Soc, 19 décembre 2018, n° 17-18.725 ; Soc, 2 juillet 2014, n° 13-19.990).

La comparaison avec le travail intermittent paraît aussi peu probante, en ce que celui-ci a vocation, contrairement au temps partiel, à pourvoir des emplois permanents comportant une alternance de périodes travaillées et non travaillées, les salariés employés sous ce régime bénéficiant des mêmes droits que ceux reconnus aux salariés à temps complet, sous réserve des dispositions conventionnelles. La sanction de requalification n'est d'ailleurs pas d'application systématique en la matière mais concerne les violations les plus graves, telle que l'absence pure et simple d'un accord collectif (Soc, 11 mai 2016, n° 15-11.382), d'autres, telles que le dépassement de la durée conventionnelle, pouvant être simplement réparées par l'allocation de dommages-intérêts (Soc, 2 mars 2016, n° 14-23.009).

Enfin, à supposer même que l'illégalité de l'accord de modulation appelle le jeu de la sanction de la requalification, l'abondante jurisprudence de la Cour de cassation précitée ne lui confère aucun caractère automatique mais applique simplement au contrat à temps partiel modulé une présomption réfragable de contrat à temps plein, que l'employeur peut renverser en prouvant que le salarié pouvait prévoir à quel rythme il devait travailler et n'avait pas à se tenir constamment à sa disposition.

3. En l'espèce, la cour d'appel a estimé que la non-conformité de l'accord collectif de modulation du 3 avril 2001 aux garanties exigées par l'article L. 212-4-6 du code du travail n'était pas de nature à emporter de plein droit la requalification en temps plein du contrat à temps partiel modulé conclu dans ce cadre :

“Parmi les motifs de sa demande de requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet, l'appelante invoque tout d'abord plusieurs moyens entraînant, selon elle, la nullité de l'accord collectif du 3 avril 2001 du fait de la violation des conditions posées à l'article L. 212-4-6 du code du travail.

Toutefois, contrairement à ce qu'elle soutient, l'illicéité de l'accord collectif n'est pas de nature à entraîner 'nécessairement et automatiquement' la requalification du contrat de travail à temps partiel modulé en contrat de travail à temps complet” (arrêt attaqué, p. 5).

Ce faisant, elle a statué conformément aux dispositions de l'article L. 212-4-6 précité, dans sa version issue de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 applicable en l'espèce, laquelle sanctionne l'illégalité de l'accord incriminée, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, par l'inopposabilité, non la requalification automatique du contrat de travail à temps partiel en contrat à temps complet.

La première branche du premier moyen réclamant à tort le jeu automatique d'une telle sanction, prise d'une violation notamment de l'article L. 3123-25 du code du travail - texte par ailleurs entré en vigueur le 1^{er} mai 2008 après la conclusion des contrats litigieux -, en combinaison avec les articles L. 1121-1 du même code et 5 du Préambule de la constitution de 1946, ne pourra par conséquent que faire l'objet d'un **rejet**.

III. Sur les conditions de renversement de la présomption de contrat de travail à temps complet d'un contrat à temps partiel modulé en cas de manquement aux modalités de communication du programme indicatif et des horaires de travail au salarié (moyen 1, branche 2)

1. A titre liminaire, il convient de relever que l'inopposabilité de l'accord de branche du 3 avril 2001 précité n'apparaît pas compatible, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation précitée, avec la présomption simple de contrat à temps plein, applicable à un contrat à temps partiel modulé conclu sur la base d'un accord de modulation conforme aux exigences légales qui n'aurait pas été correctement exécuté par l'employeur.

Cette seule constatation paraît devoir conduire au rejet par voie de conséquence de la seconde branche du premier moyen.

2. A supposer que l'accord soit considéré comme légal et que son exécution irrégulière soit de nature à entraîner la requalification automatique du contrat de travail à temps partiel modulé en contrat à temps complet, il a été précisé plus haut que **la preuve 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 relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond**, sous le **contrôle léger** de la Cour de cassation. Dans ce cadre, le fait que l'organisation du travail du salarié lui ait permis en fait de travailler pour un ou plusieurs autres employeurs est l'un des éléments, parmi d'autres, susceptibles d'établir la prévisibilité du rythme de travail du salarié et l'autonomie dont il jouit dans l'organisation de son travail, lui permettant de cumuler son emploi avec une autre activité conformément à la vocation première du temps partiel.

Ainsi, la cour d'appel, à l'appui de plusieurs éléments de preuve, a retenu que **la salariée jouissait d'une prévisibilité des rythmes et d'une autonomie du travail de nature à renverser la présomption** simple de temps complet pesant sur l'employeur :

"Cependant, [l'employeur] rapporte la preuve que la salariée n'était pas placée dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme elle devait travailler et qu'elle n'avait pas à se tenir constamment à sa disposition au moyen des éléments suivants :

- un procès-verbal d'audition de [la salariée] par la CPAM (pièce 5.2.2) qui démontre que cette dernière travaillait en parallèle pour le compte de particuliers à hauteur de 6 heures par semaine depuis le mois d'août 2007

- une attestation de paiement des indemnités journalières relative à la période du 1^{er} septembre 2014 au 28 février 2015 qui démontre qu'elle travaillait en réalité pour trois autres employeurs: un particulier, [une] SARL (...) et [une] Selarl (...).

En conséquence la cour, confirmant le jugement de ce chef, rejette la demande de requalification du contrat à temps partiel de [la salariée] en contrat de travail à temps plein” (arrêt attaqué, p. 6).

Prenant en compte une circonstance ne présentant pas par nature de caractère inopérant, elle a ainsi fait, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, une exacte application du mécanisme de renversement de la présomption simple de contrat à temps complet pesant sur l'employeur en cas d'exécution irrégulière d'un accord de modulation légal, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation bâtie à partir de l'article L. 212-4-6, devenu L. 3123-25, du code du travail.

La seconde branche du premier moyen invoquant une violation de ce texte, en combinaison avec les articles L. 1121-1 du même code et 5 du Préambule de la constitution de 1946, devra par conséquent faire l'objet d'un **rejet**.

PROPOSITION

- Rejet des deux premières branches du premier moyen ;
- rejet non spécialement motivé de la troisième branche du premier moyen et du second moyen.