



COUR DE CASSATION

**RAPPORT DE Mme PRIEUR,
CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE**

Arrêt n° 1745 du 18 décembre 2019 – Chambre sociale

Pourvoi n° 18-12.447

**Décision attaquée : 20 décembre 2017 de la cour
d'appel de Rennes**

M. X... B...

C/

la société Adrexo

Dossier pilote. Connexité avec les pourvois n°K1812455, F 1812451, M 1812456 et R 1812460.

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. B... a été engagé à compter du 2 janvier 2008 par la société Adrexo suivant contrat à durée indéterminée à temps partiel modulé, en qualité de distributeur de journaux et de documents publicitaires. Le salarié a démissionné le 8 avril 2010.

La convention collective de la distribution directe du 9 février 2004 est applicable aux relations de travail.

Le salarié a saisi le conseil de prud'hommes de Saint-Nazaire, qui, par jugement du 29 novembre 2012, a notamment requalifié le contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet, dit que la rupture du contrat de travail s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse et condamné l'employeur au paiement de diverses sommes.

Par arrêt du 19 décembre 2014, la cour d'appel de Rennes a notamment confirmé le jugement en ce qu'il avait fait droit à la demande de requalification en contrat de travail à temps complet, à la demande de requalification de la démission en licenciement sans cause réelle et sérieuse et a condamné l'employeur au paiement de diverses sommes.

Cet arrêt a été cassé par arrêt du 19 octobre 2016 (Soc., 19 octobre 2016, pourvoi n°15-13.696), *“mais seulement en ce qu'il fait droit à la demande de M. B... en requalification de son contrat de travail à temps partiel et condamne la société Adrexo à lui payer les sommes de 23 108,89 euros à titre de rappels de salaire, 1 357,62 euros à titre d'indemnité de congés payés, 11 463,97 euros au titre des indemnités journalières de la sécurité sociale et 8 026,38 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse”*.

Par arrêt du 20 décembre 2017 rendu sur renvoi après cassation, la cour d'appel de Rennes a infirmé le jugement entrepris en ce qu'il a requalifié le contrat de travail à temps partiel modulé en contrat de travail à temps complet et condamné l'employeur à payer au salarié diverses sommes à titre de rappels de salaire, d'indemnité de congés payés, d'indemnités journalières de la sécurité sociale et d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Statuant à nouveau, elle a condamné l'employeur à payer la somme de 4 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, et a débouté le salarié du surplus de ses demandes.

Le salarié a formé un pourvoi en cassation le 20 février 2018. Le mémoire ampliatif a été déposé le 20 juin 2018, dans lequel il demande la cassation de l'arrêt et la somme de 3 500 euros au titre de l'article 700 du CPC.

L'employeur a déposé un mémoire en défense le 16 août 2018, dans lequel il conclut au rejet du pourvoi et demande la somme de 3 500 euros au titre de l'article 700 du CPC.

Le pourvoi paraît recevable et la procédure régulière.

2 - Analyse succincte des moyens

Dans un premier moyen articulé en deux branches, le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de ses demandes de requalification de son contrat de travail en contrat à temps plein et de rappel de salaire, alors, selon le moyen :

1°) que la durée du travail pour les salariés à temps partiel peut varier au-delà ou en-deçà de la durée stipulée au contrat, à condition que, sur un an, la durée hebdomadaire ou mensuelle n'excède pas en moyenne cette durée contractuelle ; qu'en relevant toutefois, pour décider que la société Adrexo établissait que M. B... pouvait prévoir son rythme de travail, que la durée de travail effectif avait respecté les seuils de modulation dès lors qu'elle s'établissait à 346,25 heures annuelles pour une durée de référence de 312,01 heures, ce dont il se déduisait pourtant que sur un an, la durée hebdomadaire ou mensuelle excédait en moyenne la durée contractuellement prévue, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, violé l'article 1er du chapitre IV de la convention collective des entreprises de la distribution directe (IDCC2372) du 9 février 2004 ;

2°) que la durée du travail pour les salariés à temps partiel peut varier au-delà ou en-deçà de la durée stipulée au contrat, à condition que, sur un an, la durée hebdomadaire ou mensuelle n'excède pas en moyenne cette durée contractuelle et 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 du tiers de cette durée ; que la méconnaissance par l'employeur de son obligation de respecter la fourchette de variation mensuelle des heures de travail du salarié empêche ce dernier de prévoir son rythme de travail, le plaçant ainsi à la disposition permanente de son employeur ; qu'en relevant, pour décider que la société Adrexo établissait que M. B... pouvait prévoir son rythme de travail, que la durée de travail effectif avait respecté les seuils de modulation dès lors qu'elle s'établissait à 346,25 heures annuelles pour une durée de référence de 312,01 heures, sans rechercher, ainsi que le faisait pourtant valoir le salarié, si la durée hebdomadaire ou mensuelle du travail avait varié au-dessous ou au-dessus de la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue au contrat en-deçà ou au-delà de la limite du tiers de cette durée, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard des articles 1er du chapitre IV de la convention collective des entreprises de la distribution directe (IDCC2372) du 9 février 2004 et 2.1 de l'accord d'entreprise du 11 mai 2005.

Dans un second moyen, le salarié fait grief à l'arrêt de limiter l'indemnité allouée pour licenciement sans cause réelle et sérieuse à la somme de 4 000 euros, alors, selon le moyen, que *la cassation à intervenir sur le premier moyen de cassation entraînera par voie de conséquence, sur le fondement de l'article 624 du code de procédure civile, la cassation de l'arrêt attaqué en ce qu'il a limité à la somme de 4 000 euros l'indemnité allouée à M. B... au titre de son licenciement sans cause réelle et sérieuse.*

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

- requalification d'un contrat à temps partiel modulé en contrat à temps complet pour dépassement de la durée contractuelle du travail (1^{er} moyen)

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4-1. Premier moyen : requalification d'un contrat à temps partiel modulé en contrat à temps complet pour dépassement de la durée contractuelle du travail

1 - Les textes applicables

Selon l'article L. 3123-25, 5° du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, la convention ou l'accord collectif organisant le temps partiel modulé prévoyait les limites à l'intérieur desquelles la durée du travail pouvait varier, l'écart entre chacune de ces limites et la durée stipulée au contrat de travail ne pouvant excéder le tiers de cette durée. Cette limite du tiers a été reprise par la convention collective et par l'accord.

L'article L. 3123-17 du code du travail, dans sa version applicable au litige antérieure à la loi n°2016-1088 du 8 août 2016, prévoit :*“Le nombre d'heures complémentaires accomplies par un salarié à temps partiel au cours d'une même semaine ou d'un même mois ou sur la période prévue par un accord collectif conclu sur le fondement de l'article L. 3122-2 ne peut être supérieur au dixième de la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail prévue dans son contrat calculée, le cas échéant, sur la période prévue par un accord collectif conclu sur le fondement de l'article L. 3122-2.*

Les heures complémentaires ne peuvent avoir pour effet de porter la durée du travail accomplie par un salarié au niveau de la durée légale du travail ou à la durée fixée conventionnellement.”

La convention collective nationale de la distribution directe (IDCC2372) du 9 février 2004, article 1.2 du chapitre IV “Statuts particuliers”, prévoit le recours au temps partiel modulé ainsi que la période d'appréciation de la variation de la durée du travail. Elle dispose que la modulation peut avoir lieu sur l'année à condition que, sur un an, la durée hebdomadaire ou mensuelle n'excède pas en moyenne la durée contractuelle et que celle-ci peut faire l'objet de variations dans la limite du tiers, sans toutefois pouvoir être portée à un niveau égal ou supérieur à un temps plein à l'issue de la période de modulation, en ces termes :

« 1.2. Dispositions relatives au temps partiel modulé

Les entreprises de distribution peuvent avoir recours au travail à temps partiel modulé pour les salariés de la filière logistique. Aucun contrat de travail ne peut avoir une durée de travail inférieure à 2 heures quotidiennes, 6 heures hebdomadaires et 26 heures mensuelles (hors modulation).

Compte tenu des spécificités des entreprises, la durée du travail hebdomadaire ou mensuelle des salariés à temps partiel peut être modulée sur l'année.

Ainsi, la durée du travail pour les salariés à temps partiel peut varier au-delà ou en deçà de la durée stipulée au contrat, à condition que, sur 1 an, la durée hebdomadaire ou mensuelle n'excède pas en moyenne cette durée contractuelle.

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. La durée hebdomadaire du travail du salarié ne peut être portée à un niveau égal ou supérieur à un temps plein à l'issue de la période de modulation. Un récapitulatif mensuel des heures travaillées est annexé au bulletin de paie.

Le programme indicatif de répartition de la durée du travail et les horaires de travail sont communiqués par écrit aux salariés concernés, au début de chaque période de modulation, selon les modalités définies au sein de chaque entreprise.

Sous réserve d'un délai de prévenance de 7 jours ouvrés, délai pouvant être exceptionnellement réduit à 3 jours ouvrés en cas d'accord d'entreprise prévoyant une contrepartie pour les salariés, les entreprises ou les établissements peuvent modifier la durée de l'horaire de travail ainsi que ses modalités de répartition initiales. Pour faire face à des situations imprévues ou des contraintes exceptionnelles, ce délai peut être réduit avec l'accord du salarié dans les cas suivants :

- surcroît temporaire d'activité ;
- travaux urgents à accomplir dans un délai limité ;
- absence d'un ou de plusieurs salariés.

Le temps partiel modulé n'est pas applicable aux salariés en contrat à durée déterminée d'une durée inférieure à 1 an».

L'accord d'entreprise de la société Adrexo du 11 mai 2005 prévoit également à l'article 1.7 le recours au temps partiel modulé :

« Des contrats de travail à temps partiel modulé peuvent être conclus selon des conditions et modalités identiques à tout salarié à temps partiel appartenant à la filière logistique que ses tâches relèvent d'un référentiel horaire ou d'une durée du travail à temps partiel prédéfinie. Les cadres, à partir de la classification 3.1, sont exclus de cette modalité ».

Concernant la "fourchette" ou "tunnel" de modulation, l'article 2.1 de l'accord d'entreprise du 11 mai 2005 comporte les dispositions suivantes :

"2.1 Durée du travail d'un distributeur à temps partiel modulé :

Sauf exception, les distributeurs sont engagés par contrat de travail à temps partiel modulé, dans le respect des dispositions des articles 1.2 et 2.2.3 du Chapitre IV de la Convention Collective Nationale applicable et du présent accord.

La durée du travail de référence du distributeur sera fixée sur une base annuelle. Cette base annuelle prorataée, selon les définitions données ci-dessus, constitue la garantie contractuelle de travail et de rémunération apportée par l'entreprise.

Pour lui permettre de planifier son activité, le distributeur bénéficie d'un planning indicatif individuel annuel établi par l'employeur ainsi qu'il est dit au point 1.15 ci-dessus, qui lui est

notifié par écrit 15 jours avant le début de sa période de modulation sauf à l'embauche où le planning lui est présenté par écrit avec son contrat de travail.

La durée du travail de référence prévue mensuellement ne peut varier chaque mois qu'entre une fourchette haute et une fourchette basse, d'un tiers de la durée moyenne mensuelle de travail calculée sur la période annuelle de modulation.

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 hebdomadaires et 26 heures par mois, qui seront respectées pour l'établissement du planning indicatif individuel.

Ce planning individuel sera révisable à tout moment par l'employeur, moyennant une information donnée au salarié au moins sept jours à l'avance, ou au moins trois jours à l'avance en cas de travaux urgents ou surcroît d'activité, moyennant, en contre partie, aménagement de l'horaire de prise des documents si le salarié le souhaite, ou avec un délai inférieur avec l'accord du salarié matérialisé par la signature de la feuille de route, notamment en cas de nécessité impérative de service ou de surcroît exceptionnel d'activité ou de remplacement d'un salarié absent."

2 - La jurisprudence de la Cour

Le législateur n'ayant pas prévu de sanction à la méconnaissance de la durée du travail à temps partiel, lorsque la durée de travail effectif du fait de la réalisation d'heures complémentaires a pour effet d'atteindre ou de dépasser la durée légale ou conventionnelle du travail, la Cour de cassation a posé le principe d'une requalification-sanction fondée sur une présomption simple de travail à temps complet (Soc., 17 décembre 2014, n° 13-20.627, Bull. V, n° 308) :

Vu les articles L. 3123-17 et L. 3123-14 du code du travail ;

Attendu qu'en application du premier de ces textes, lorsque le recours à des heures complémentaires a pour effet de porter la durée du travail d'un salarié à temps partiel au niveau de la durée légale ou conventionnelle, le contrat de travail à temps partiel doit, à compter de la première irrégularité, être requalifié en contrat de travail à temps plein ;

Cette jurisprudence qui s'applique au contrat à temps partiel de droit commun est constante (Soc., 3 juillet 2008, n° 06-46.177; Soc., 24 mars 2010, n° 08-44.883; Soc., 6 juillet 2016, n° 14-25.881; Soc., 31 mars 2016, n° 14-17.323).

Notre chambre précise que la requalification est encourue, dès lors que les heures complémentaires ont pour effet de porter la durée du travail accomplie par un salarié au niveau de la durée légale ou conventionnelle du travail, et ce à compter de la première irrégularité, même sur une période limitée :

- Soc. 12 mars 2014, n°12-15.014, Bull., n°78 :

Mais attendu qu'ayant constaté que le recours par l'employeur à des heures complémentaires avait eu pour effet de porter, fût-ce pour une période limitée au mois

d'octobre 2004, la durée de travail de la salariée au-delà de la durée légale, la cour d'appel a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision ;

- Soc., 11 avril 2018, n°16-16.082 :

Attendu qu'ayant constaté que le recours par l'employeur à des heures complémentaires avait eu pour effet de porter à compter du 7 décembre 2006 et pour plusieurs mois au cours de l'année 2007, la durée de travail de la salariée, employée à temps partiel, au niveau de la durée légale, la cour d'appel a, sans encourir les griefs du moyen, légalement justifié sa décision ;

Notre chambre a encore précisé que la requalification en temps plein s'applique, même en exécution d'avenants au contrat (Soc, 5 avril 2006, n° 04-43.180; Soc, 9 décembre 2009, n° 08-42.831; Soc, 17 décembre 2014, n° 13-13.508; Soc., 27 septembre 2017, n°16-13.926) :

- Soc., 8 novembre 2017, n°16-16.080 :

Vu les articles L. 3123-14-4°, L. 3123-17 et L. 3123-18 du code du travail en leur rédaction applicable ;

Attendu que ces textes, qui constituent des dispositions d'ordre public auxquelles il ne peut être dérogé, ont pour objet de limiter le nombre d'heures que peut effectuer un salarié à temps partiel au-delà de la durée prévue à son contrat ; qu'il en résulte que toutes les heures effectuées au-delà de cette durée, qu'elles soient imposées par l'employeur ou qu'elles soient prévues par avenant au contrat de travail à temps partiel en application d'un accord collectif, sont des heures complémentaires ;

Attendu que pour débouter la salariée de sa demande de rappel de salaire au titre de la majoration pour heures complémentaires, l'arrêt retient qu'ainsi que le souligne l'employeur, les vacations réalisées pour assurer le remplacement d'autres médecins absents pour congés ont systématiquement fait l'objet d'avenants au contrat de travail, de sorte que contrairement à ce que soutient la salariée, les heures faites à ce titre ne peuvent être qualifiées d'heures complémentaires et ouvrir droit à majoration de 25 % pour les heures réalisées au delà de dix pour cent des heures contractualisées ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

L'appréciation des éléments de fait et de preuve démontrant l'atteinte ou le dépassement de la durée légale de travail à temps plein relève du pouvoir souverain des juges du fond (Soc., 8 novembre 2017, n°16-16.023) :

Attendu que sous le couvert du grief non fondé de violation de la loi, le moyen ne tend qu'à contester l'appréciation souveraine par les juges du fond de la valeur et de la portée des éléments qui leur étaient soumis de laquelle ils ont fait ressortir que les heures complémentaires accomplies par la salariée n'avaient pas eu pour effet de porter la durée du travail accomplie au niveau de la durée légale ;

Dans le cas précis du contrat à temps partiel modulé, qui est un dispositif dérogatoire au droit commun, notre chambre s'est récemment prononcée par plusieurs arrêts topiques à paraître au bulletin concernant des salariés distributeurs de journaux de la société Adrexo, sur le dépassement du plafond de modulation, c'est à dire de la limite du tiers de la durée du travail à l'intérieur de laquelle la durée du travail peut varier (Soc., 12 septembre 2018, n°16-18.030, 16-18.037) :

Sur le premier moyen :

Attendu que les salariés font grief aux arrêts de les débouter de leurs demandes de requalification de leurs contrats de travail en contrats à temps plein et de rappels de salaire à ce titre alors, selon le moyen :

1°/ que les conventions ou accords collectifs de travail étendus ou les accords d'entreprise ou d'établissement prévoyant la modulation du temps de travail doivent prévoir les limites à l'intérieur desquelles la durée du travail peut varier, l'écart entre chacune de ces limites et la durée stipulée au contrat de travail ne pouvant excéder le tiers de cette durée ; que la méconnaissance par l'employeur d'une telle obligation relative à la mise en oeuvre du temps partiel modulé fait présumer que le contrat de travail est à temps complet ; qu'en estimant toutefois que le non-respect de cette limite du tiers de la durée du travail fixée par la convention collective et l'accord d'entreprise était insuffisant en soi pour justifier la requalification du contrat à temps partiel modulé en contrat à temps complet, la requalification ne pouvant être encourue que si la durée du travail du salarié est portée à un niveau égal ou supérieur à la durée légale hebdomadaire ou à la durée fixée conventionnellement, la cour d'appel a violé l'article 1er du chapitre IV de la convention collective des entreprises de la distribution directe (IDCC2372) du 9 février 2004 et l'article 2.1 de l'accord d'entreprise du 11 mai 2005 ;

2°/ qu'en tout état de cause qu'en refusant de requalifier le contrat de travail en contrat à temps complet tout en constatant la méconnaissance par l'employeur des stipulations conventionnelles relatives aux limites de variation de la durée du travail du salarié, sans expliquer dans quelle mesure le salarié ne se trouvait 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, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1er du chapitre IV de la convention collective des entreprises de la distribution directe (IDCC2372) du 9 février 2004 et de l'article 2.1 de l'accord d'entreprise du 11 mai 2005 ;

Mais attendu qu'ayant retenu que le non-respect de la limite du tiers de la durée du travail fixée par la convention collective et l'accord d'entreprise était insuffisant en soi pour justifier la requalification du contrat à temps partiel modulé en contrat à temps complet, dès lors qu'il n'était pas démontré que la durée du travail du salarié avait été portée à un niveau égal ou supérieur à la durée légale hebdomadaire ou à la durée fixée conventionnellement, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen, qui manque en fait en sa seconde branche, n'est pas fondé ;

Cette solution est confirmée par une série d'arrêts Adrexo du 24 octobre 2018 (Soc., 24 octobre 2018, n°16-18.020, 16-18.177, 16-18.024, 16-18.031, 16-18.034, 16-18.026, 16-18.032) :

Mais attendu qu'ayant retenu que le non-respect de la limite du tiers de la durée du travail fixée par la convention collective et l'accord d'entreprise était insuffisant en soi

pour justifier la requalification du contrat à temps partiel modulé en contrat à temps complet, dès lors qu'il n'était pas démontré que la durée du travail de la salariée avait été portée à un niveau égal ou supérieur à la durée légale hebdomadaire ou à la durée fixée conventionnellement, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen, qui manque en fait en sa seconde branche, n'est pas fondé ;

La chambre sociale a, dans cette même série de pourvois, après avoir rappelé les règles de présomption et de preuve, affirmé le principe de l'appréciation souveraine par les juges du fond 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, lorsque le temps de travail pré-quantifié ne correspondait pas à son temps de travail effectif et que n'étaient pas respectés la notification du planning indicatif individuel, ou les délais de prévenance d'une modification du temps de travail, ou la limitation de la variation de la durée du travail au tiers de la durée stipulée au contrat:

Mais attendu qu'il résulte 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 à l'espèce, qu'en cas de défaut de respect des modalités selon lesquelles le programme indicatif de la répartition de la durée du travail est communiqué par écrit au salarié et des conditions et délais dans lesquels les horaires de travail lui sont notifiés par écrit, le contrat est présumé à temps complet et il incombe alors à l'employeur de rapporter la preuve que l'intéressé 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 ;

Et attendu que la cour d'appel a constaté que l'organisation du travail prévoit une durée mensuelle moyenne de travail de référence, avec fixation d'un commun accord des jours de disponibilité des salariés dans la semaine, 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, ce qui permet aux salariés de contrôler le volume de travail convenu, qu'elles n'emportent en elles-mêmes aucune modification du planning prévisionnel et que l'employeur établit que les salariés n'étaient pas placés dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme ils devaient travailler et qu'ils n'avaient pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Notre chambre a précisé dans un arrêt du 23 janvier 2019 à paraître au bulletin (Soc., 23 janvier 2019, n°17-19.393), que le dépassement de la durée légale s'entend de la durée hebdomadaire. Cette solution trouve son fondement dans l'article L. 3121-27 du code du travail qui fait de la semaine de 35 heures le cadre normal de décompte des heures supplémentaires.

Il en résulte que seul le dépassement de la durée légale entraîne la requalification automatique du contrat à temps partiel modulé en contrat à temps complet.

Au cas présent, le salarié faisait valoir dans ses conclusions d'appel (production MA n°4 p.7 à 19) que la société Adrexo n'avait pas remis la plupart des programmes indicatifs de modulation, qu'elle n'avait pas respecté les seuils des programmes

indicatifs de modulation lorsqu'ils étaient communiqués, ni les seuils d'horaire de référence dans 67,85 % des cas, produisant un tableau des irrégularités constatées, et que les jours de disponibilité n'étant pas contractualisés le distributeur se déplaçait tous les jours au dépôt, de sorte qu'il restait à la disposition permanente de l'employeur.

La cour d'appel, après avoir rappelé les dispositions de l'article L. 3123-25 du code du travail, a énoncé (arrêt p.5 §1, en gras les motifs précisément critiqués) :

*“En l'espèce, l'employeur justifie de la notification du planning indicatif individuel sur toute la période effectivement travaillée, à compter de février 2008, sauf sur la période du mois de janvier 2008, c'est à dire à l'embauche, il s'ensuit qu'il existe donc une présomption de travail à temps complet, cependant l'employeur combat utilement cette présomption, en effet il établit la durée du travail convenue, par le contrat de travail précisant la durée annuelle et mensuelle de référence et l'avenant du 16 février 2009 par lequel M. B... a indiqué qu'il ne souhaitait pas réévaluer la durée convenue et il produit des documents relatifs aux distributions effectuées qui établissent que les 46 jours travaillés en 2008 et les 40 jours travaillés en 2009 par M. B... ont été effectués exclusivement les lundis et mardis en 2008, sauf le jour de l'embauche (mercredi) et les lundis et mardis en 2009, sauf 2 jours en août, étant précisé aux termes du contrat de travail que les distributions sont réalisées à des jours fixés par le responsable du dépôt en accord avec le salarié parmi les jours de disponibilité communiqués à la discrétion de ce dernier à son embauche et pouvant être modifiés ultérieurement d'un commun accord, sans formes contractuellement imposées, par ailleurs il ressort du document récapitulatif de modulation que **la durée de travail effectif a respecté les seuils de modulation puisqu'elle s'établit à 346,25 heures annuelles pour une durée de référence de 312,01 heures, le salarié pouvait donc prévoir son rythme de travail**, très régulier, et n'était donc pas à la disposition constante de l'employeur, il s'ensuit qu'il y a lieu de débouter M. B... de sa demande de requalification de son contrat de travail en contrat à temps complet. Le jugement qui y a fait droit, ainsi qu'aux demandes subséquentes, doit par conséquent être infirmé sur ce point.”*

Le premier moyen pris en ses deux branches, la première tirée d'une violation de la loi et la seconde d'un manque de base légale, fait grief à l'arrêt attaqué de débouter le salarié de ses demandes de requalification de son contrat à temps partiel modulé en contrat à temps complet et de rappel de salaire sur la base d'un temps plein. Après avoir rappelé les règles de dépassement de la durée hebdomadaire ou mensuelle contractuelle de travail et de variation de la limite du tiers de cette durée, le moyen critique les motifs ayant relevé, pour décider que la société Adrexo établissait que *“le salarié pouvait prévoir son rythme de travail”*, que *“la durée de travail effectif avait respecté les seuils de modulation dès lors qu'elle s'établissait à 346,25 heures annuelles pour une durée de référence de 312,01 heures”*, soutenant, d'une part, que la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations alors qu'il s'en déduisait pourtant que sur un an, la durée hebdomadaire ou mensuelle excédait en moyenne la durée contractuellement prévue (1^{ère} branche) et, d'autre part, qu'elle n'a pas recherché si la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail avait varié au-dessous ou au-dessus de la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue au contrat en-deçà ou au-delà de la limite du tiers de cette durée (2^{ème} branche).

Le mémoire en défense réplique, d'abord, que la première critique manque en fait, car la cour d'appel a constaté le respect de la durée annuelle de référence puisque la

durée effective de travail annuelle restait très en deçà du plafond de modulation du 1/3, ensuite, que ces critiques recèlent une contradiction interne les rendant irrecevables, car le demandeur ne peut tout à la fois prétendre que la cour d'appel aurait constaté que la durée hebdomadaire ou mensuelle dépassait la durée mensuelle de référence, et lui reprocher de ne pas avoir effectué de recherche sur ce point. Enfin, il oppose les motifs souverains non critiqués par le pourvoi, par lesquels la cour d'appel a pris soin de relever que l'employeur renversait la présomption de temps complet en apportant des éléments précis et étayés établissant que le salarié avait toujours travaillé durant ses jours de disponibilité fixés en accord avec le responsable de centre.

Il appartiendra à la Cour de se prononcer sur les mérites du moyen.

4-2. Second moyen : rupture du contrat de travail

La branche unique, qui reproche une limitation de l'indemnité allouée au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse, invoque une cassation par voie de conséquence de celle à intervenir sur le premier moyen. Son sort est donc lié à celui-ci.

Au cas présent, la cour d'appel a énoncé (arrêt p.5 dernier §) : « *La lettre de M. B... ne reprend pas les termes de la conversation téléphonique à laquelle il fait référence et sa lettre ne contient pas le mot démission, c'est par conséquent à tort que l'employeur a délivré les documents de fin de contrat en qualifiant de démission la rupture qui doit donc être qualifiée de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le jugement sera donc confirmé sur ce point, par contre, **compte tenu de l'ancienneté de 2 ans de M. B... et des justificatifs produits à l'appui de sa demande de dommages et intérêts pour le préjudice né de la rupture, il y a lieu de lui allouer en réparation la somme de 4000 €, le jugement doit ainsi être infirmé sur le quantum retenu*** ».

En droit, comme rappelé par le mémoire en défense, c'est de façon souveraine que les juges du fond caractérisent et évaluent le montant des dommages et intérêts dus (2e Civ., 14 février 1962, Bull. II, n° 196 ; Com. 22 février 1967, Bull. III, n° 86).

La Cour de cassation juge en effet de façon constante que « le juge justifie l'existence de dommages par la seule évaluation qu'il en fait sans être tenu de préciser les éléments ayant servi à en déterminer le montant » (Soc., 20 février 1996, n° 94-42.087 ; Ass. plén., 26 mars 1999, n° 95-20.640, Bull. ass.plén., n° 3 ; Ch. mixte, 6 septembre 2002, n° 98-22.981, Bull. ch. mixte, n° 4).

5 - Orientation proposée : FR4

Nombre de projet(s) préparé(s) : 1