



**AVIS DE Mme RÉMERY,
AVOCAT GÉNÉRAL**

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

Cet avis est commun aux pourvois n° B 18-12.447, F 18-12.451, K 18-12.455, M 18-12.456 et R 18-12.460.

M. B..., M. M..., Mme N..., M. O... et M.P... ont été engagés par la société Adrexo en qualité de distributeurs de journaux et de documents publicitaires par contrats à durée déterminée à temps partiel modulé datés pour chacun d'eux des 2 janvier 2008 (M.

B...), 2 août 2006 (M. M...), 17 novembre 2008 (Mme N...), 13 mars 2005 (M. O...) et 3 septembre 2007 (M. P...)

Trois d'entre eux ont démissionné : M. B... le 8 avril 2010, M. M... le 26 mai 2008 et Mme N... le 31 janvier 2011

M. P... a été licencié le 5 juin 2009 pour inaptitude physique.

Par jugements des 29 décembre 2012 (M. B... et P...) et 22 février 2013 (Mme N..., M. O... et M. M...), les cinq salariés ont notamment obtenu du conseil de prud'hommes de Saint Nazaire la requalification de leurs contrats de travail à temps partiel en contrats de travail à temps complet.

Ces jugements ont été, sur ce point, confirmés par arrêts des 19 décembre 2014 et 27 mars 2015 de la cour d'appel de Rennes.

Ces arrêts ont été cassés du chef de cette requalification par arrêts du 19 octobre 2016¹.

Par arrêts du 20 décembre 2017, la cour d'appel de Rennes intervenant sur renvoi après cassation a notamment infirmé les jugements entrepris en ce qu'ils avaient requalifié les contrats de travail à temps partiel modulé en contrats de travail à temps complet et condamné la société Adrexo à payer aux salariés diverses sommes à titre de rappels de salaires et d'indemnités de congés payés.

¹ Arrêt du 19 octobre 2016 (n° 15-13.696,) Etant précisé que pour les arrêts n° 15-13.695, 15-18.807, 15-18.808, 15-18.809 rendus dans ces affaires, les arrêts déferés ont été censurés pour les mêmes motifs, seules les durées annuelles contractuelles et indicatives mensuelles étant différentes : *"Vu l'article 1.2 du chapitre IV de la convention collective de la distribution directe du 9 février 2004 ; Attendu, selon ce texte, qu'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 ; Attendu que pour requalifier le contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet, l'arrêt retient qu'un contrat à temps partiel modulé ne peut 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'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;*

Et, sur le deuxième moyen du pourvoi principal de l'employeur, pris en sa quatrième branche : Vu l'article 1134 du code civil dans sa rédaction alors applicable ; Attendu que pour requalifier le contrat de travail à temps partiel en contrat à temps complet, l'arrêt retient que le contrat signé ne fait 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 ; Qu'en statuant ainsi, alors que le contrat de travail signé le 2 janvier 2008 mentionne une durée annuelle contractuelle moyenne de référence de 312,01 heures et une durée indicative mensuelle variable selon le planning de 26 heures, la cour d'appel, qui en a dénaturé les termes clairs et précis, a violé le texte susvisé"

Les cinq salariés ont formé chacun un pourvoi en cassation.

DISCUSSION

Je m'attacherai à l'examen du moyen critiquant les arrêts attaqués en ce qu'ils ont débouté les salariés de leur demande de requalification de leur contrat de travail à temps partiel modulé en contrat de travail à temps plein (moyen unique du pourvoi n° M 18-12.456 (M. O...) et n° R18-12.460 (M. P...) et 1^{er} moyen des pourvois n° B 18-12.447 (M. B...), n° F 18-12.451 (M. M...) et K 18-12.455 (Mme N...).

Les pourvois posent une question inédite : le dépassement de la durée hebdomadaire ou mensuelle fixée au contrat de travail à temps partiel modulé doit-il être sanctionnée notamment par la requalification du contrat en temps plein alors même que cette durée est restée inférieure à la durée légale du travail ?

La 1^{ère} branche du 1^{er} moyen des pourvois formés par M. B... (n°18-12.447) et Mme N... (n°18-12.455) reproche à la cour d'appel d'avoir violé l'article 1^{er} du chapitre IV de la convention collective des entreprises de la distribution directe du 9 février 2004 pour avoir décidé que la société Adrexo établissait que les salariés pouvaient prévoir leur rythme de travail puisque les seuils de modulation avaient été respectés alors pourtant que sur un an la durée moyenne hebdomadaire ou mensuelle excédait celle prévue au contrat de travail (346, 25 heures annuelles pour une durée de référence de 312, 01 heures pour M. B... et 356, 89 heures annuelles pour une durée de référence de 312, 01 heures pour Mme N...).

La seconde branche de ce moyen développe un grief identique à celui soutenu par M. M... dans son 1^{er} moyen à une branche (n°18-12.451) aux termes duquel la méconnaissance par l'employeur de son obligation de respecter la fourchette de variation mensuelle des heures de travail du salarié empêche celui-ci de prévoir son rythme de travail en le plaçant nécessairement à la disposition permanente de l'employeur et que dès lors, la cour d'appel ne pouvait relever, pour décider que les salariés pouvaient prévoir leur rythme de travail, qu'au regard de la durée mensuelle convenue, la durée moyenne mensuelle travaillée se situait dans la fourchette de modulation quand il lui appartenait de vérifier si la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail des salariés avait varié par rapport à la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue au contrat en-deçà ou au-delà de la limite du tiers de cette durée a privé sa décision de base légale au regard des articles 1^{er} du chapitre IV de la convention collective nationale du 9 février 2004 et 2.1 de l'accord d'entreprise du 11 mai 2005.

M. O... (n° 18-12.456) et M. P... (n° 18-12.460) dans leur moyen unique à une branche reprochent à la cour d'appel d'avoir décidé que la société Adrexo établissait que les salariés maîtrisaient leur volume de travail (M. O...) et n'étaient pas placés à la disposition constante de l'employeur (M.P...), sans répondre, en violation de l'article 455 du code de procédure civile, aux écritures des salariés qui soulignaient que sur la quasi totalité de la relation de travail, les heures indiquées sur les programmes de modulation ou les horaires de référence n'avaient pas été respectées.

Les dispositions spécifiques du code du travail relatives au temps partiel modulé créé par la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 pour permettre d'adapter plus soupagement le temps partiel aux besoins des différents secteurs économiques ont été abrogées par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 qui a fusionné sous un seul régime tous les dispositifs d'organisation plurihebdomadaire du temps de travail (art. L. 3121-41 et s.).

Toutefois, les dispositions des accords collectifs conclus sur le fondement de l'ancien article L. 3123-25 dans sa rédaction antérieure à la publication de la loi du 20 août 2008² restent en vigueur sans limitation de durée (article 20 V de la loi du 20 août 2008).

Il en est ainsi de la convention collective nationale de la distribution directe du 9 février 2004 dont les clauses relatives au temps partiel modulé continuent à s'appliquer.

Le maintien en vigueur des accords de branche ne fait pas obstacle à ce que des entreprises puissent négocier un accord, tel celui en cause de la société Adrexo du 11 mai 2005.

En son article 1.2 du chapitre IV, la convention collective nationale de la distribution directe du 9 février 2004 prévoit notamment 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 1 an, la durée hebdomadaire ou mensuelle n'excède pas en moyenne cette durée contractuelle.*

² Article L3123-25 (abrogé par la loi n°2008-789 du 20 août 2008 - art. 20 (V) :

“ 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 :

1° Les catégories de salariés concernés ;

2° Les modalités selon lesquelles la durée du travail est décomptée ;

3° La durée minimale de travail hebdomadaire ou mensuelle ;

4° La durée minimale de travail pendant les jours travaillés. Une convention de branche ou un accord professionnel étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir plus d'une interruption d'activité ou une interruption supérieure à deux heures ;

5° 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. La durée du travail du salarié ne peut être portée à un niveau égal ou supérieur à la durée légale hebdomadaire ;

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 ou convention ou accord d'entreprise ou d'établissement.

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”

L'accord d'entreprise de la société Adrexo, qui décline cette convention prévoit en son article 2.1 notamment que : *“La durée du travail de référence du distributeur sera fixée sur une base annuelle. Cette base annuelle proratée, 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 “

De l'examen de ces textes, il ressort que :

- 1°) La durée de référence du travail est fixée sur une base annuelle ;
- 2°) 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 1/3 de cette durée ;
- 3°) La durée du travail, sur un an, ne doit pas excéder en moyenne la durée contractuelle du travail.

Dans le silence des textes, vous avez dû définir les conséquences des dépassements même très ponctuels, de la durée du travail³ adoptant une approche pragmatique face aux demandes de requalification du contrat de travail à temps partiel modulé en contrat de travail à temps plein⁴.

Déjà, s'agissant du contrat de travail à temps partiel classique et comme le rappelle Mme le rapporteur, vous avez considéré qu'en application de l'article L. 3123-17 du

³ Th. Aubert-Monpeyssen *“Contrat de travail à temps partiel modulé des distributeurs de journaux et prospectus : un système dérogatoire au droit commun encadré par la Cour de cassation”* RJS 4/19 Etudes et doctrine- Chronique ; M. Morand *“ Durée du travail : la difficile requalification en temps plein”* JCP social n° 41, 16 octobre 2018, 1327 et *“temps partiel modulé : attention à la requalification”* JCP social n°9, 5 mars 2019, 1065.

⁴ G. Boeuf *“ l'approche pragmatique de la Cour de cassation face à la demande de requalification à temps plein du contrat de travail à temps partiel modulé”* Jurisprudence sociale Lamy n° 462 31 octobre 2018

code du travail dans sa version antérieure à la loi du 8 août 2016⁵, ce contrat de travail doit être requalifié en temps plein lorsque le recours aux heures complémentaires a pour effet de porter la durée du travail du salarié à temps partiel au niveau de la durée légale ou conventionnelle et ce, à compter de la première irrégularité (Soc 3 juillet 2008 n° 06-46.177, Soc 24 mars 2010, n° 08-44.883; Soc 17 décembre 2014, n° 13-20.627, B.V n° 308).

Et cette requalification en temps plein est appliquée même si les heures complémentaires effectuées par le salarié l'ont été en exécution d'avenants dès lors qu'elles ont eu pour effet de porter la durée hebdomadaire du travail au niveau de la durée légale y compris sur une durée très limitée (Soc 27 septembre 2017 n° 13-13.926).

En revanche, vous avez précisé que le seul dépassement des heures complémentaires au delà du dixième du temps contractuel, ou le seul défaut de la mention dans le contrat de travail des limites dans lesquelles peuvent être effectuées les heures complémentaires au-delà du temps de travail fixé par le contrat à temps partiel ne peut entraîner sa requalification en contrat à temps complet. Il appartient au salarié de rapporter la preuve qu'il a travaillé à temps plein (Soc 25 janvier 2017 n° 15-16.708).

Le dépassement des seuils légaux du plafond des heures complémentaires est sanctionné par une amende en application de l'article R 3124-8 du code du travail et au plan civil, le salarié a "le choix des armes"⁶ : "le salarié qui effectue des heures complémentaires au-delà de la limite légale applicable aux heures complémentaires[...]est fondé à réclamer, en sus de ces heures prévues par son contrat de travail, des dommages-intérêts en fonction du préjudice subi" (Soc. 27 février 2001 n° 98-45.610 B V n° 63).

Il peut réclamer la pérennité du nouvel horaire résultant du dépassement des seuils légaux (soc 30 juin 1999, n° 97-41.074, B.V, n° 318).

Vous avez, dans l'ensemble, appliqué ces solutions aux contrats particuliers de travail à temps partiel modulé au visa de l'article L 3123-25, 5° dans sa rédaction antérieure à la loi de du 20 août 2008 en précisant :

- d'une part, que la durée du travail du salarié ne peut être portée à un niveau égal ou supérieur à la durée légale hebdomadaire ;
- d'autre part, qu'il ne peut être dérogé aux dispositions d'ordre public des articles L. 3123-14 et L. 3123-25, 5° du code du travail dans leur rédaction antérieure à la loi du 20 août 2008 et qu'il en résulte que toutes les heures effectuées, qu'elles soient

⁵ Art L 3123-17 du CT : "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"

⁶ Suivant la formule utilisée par Mme la conseillère Goasguen dans son rapport sur l'arrêt du 12 mars 2014 (n° 12-15.014).

imposées par l'employeur ou qu'elles soient prévues par avenant au contrat de travail à temps partiel en application d'un accord collectif, doivent être incluses dans le décompte de la durée du travail (Soc 23 janvier 2019 n° 17-19.393) ;

- Enfin, en cas d'atteinte de la durée légale du travail par l'accomplissement d'heures complémentaires, la relation de travail doit être requalifiée en contrat à temps complet sur toute la période postérieure au constat de cette irrégularité, peu important que celle-ci soit isolée (même arrêt, en l'espèce la durée légale de travail avait été atteinte durant une semaine).

De cet arrêt peuvent être tirés les enseignements suivants :

1. Le cadre d'appréciation de la durée légale du travail est celui de la durée légale hebdomadaire (semaine civile) et non la durée moyenne hebdomadaire appréciée au terme de la période de modulation⁷.
- Si les prestations additionnelles accomplies par le salarié ont eu pour effet de porter la durée du travail à hauteur de la durée légale, même durant une courte période, le contrat est requalifié en temps plein.

Mais cette limite posée, vous avez adopté une solution beaucoup plus souple lorsque le dépassement concerne le non-respect de la variation du temps de travail, dans la limite du tiers de la durée contractuelle du travail fixée par l'accord collectif, sans atteindre la durée de travail légale ou conventionnelle.

Vous avez approuvé une cour d'appel d'avoir rejeté les demandes des salariés en requalification à temps plein de leurs contrats à temps partiel modulé en considérant que le non respect de la limite du tiers est insuffisant en soi pour justifier une telle requalification dès lors qu'il n'est pas démontré que la durée du travail a été portée à un niveau égal ou supérieur à la durée hebdomadaire légale ou conventionnelle fixée dans l'entreprise (Soc 12 septembre 2018 n° 16-18.030 et 16-18.037; Soc 24 octobre 2018 n° 16-18.020).

Il n'existe pas, dans ce cas, de présomption de requalification à temps plein dont pourraient se prévaloir les salariés et il leur appartient de démontrer qu'ils ont été occupés, même ponctuellement, à temps plein lorsque, par l'effet de la variation, la durée hebdomadaire du travail a été portée à 35 heures ou à hauteur de la durée conventionnelle, que ce soit sur l'année, en moyenne ou sur une semaine dans l'année.

Si les modalités d'information quant aux horaires, telles que prévues par l'accord collectif, ne sont pas respectées, cette inapplication crée une présomption simple d'emploi à temps complet. Il appartient alors à l'employeur de rapporter la preuve que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de savoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'était pas obligé de se tenir constamment à la disposition de l'employeur (Soc 12 septembre 2018 n° 16-18.030 et 16-18.037). Il en est de même si le contrat ne mentionne qu'une durée annuelle contractuelle moyenne de référence et une durée indicative

⁷ RJS 4/19 n° 221

mensuelle moyenne au lieu de la durée mensuelle de référence (Soc 23 novembre 2016 n° 15-20.925 et soc 15 avril 2015 n° 13-26.699).

L'appréciation par les juges du fond de la connaissance par le salarié de son rythme de travail et de son obligation de se maintenir à la disposition de l'employeur est souveraine (Soc 10 octobre 2018 n°17-17.589). Il en est de même s'agissant du dépassement de la durée légale (Soc 8 novembre 2017 n°16-16.023). Votre contrôle se limite à l'existence d'une motivation.

Vous n'avez pas encore tranché la question posée par les pourvois **des conséquences d'un dépassement de la durée contractuelle** du travail. Doit-on sanctionner, notamment par une requalification du contrat de travail à temps partiel modulé en temps plein, un tel dépassement alors que la durée légale du travail n'a pas été atteinte ?

La cour d'appel a constaté, en particulier concernant M. B... et Mme N... que le premier avait accompli 346, 25 heures annuelles pour une durée de référence de 312, 01 heures et la seconde, 356, 89 heures annuelles pour une durée de référence de 312, 01 heures ⁸.

Si la durée de référence prévue dans le contrat de travail de ces salariés a été dépassée, il n'est pas soutenu que la durée du travail accomplie par chacun d'eux ait atteint, même sur une courte période, la durée légale hebdomadaire du travail.

Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de requalifier de plein droit le contrat de travail en temps plein.

En effet, le dépassement de la durée légale ou conventionnelle de travail doit, à mon sens, demeurer le seul cas emportant la requalification automatique du contrat de travail à temps partiel modulé en contrat de travail à temps plein.

Le maintien de cette solution assure la cohérence de votre jurisprudence déjà rappelée.

Vous pourriez ainsi décider, appliquant une solution identique à celle appliquée dans vos arrêts précités du 12 septembre 2018 relatifs au non-respect de la fourchette de modulation de temps de travail, que le seul dépassement de la durée contractuelle de travail est insuffisant en soi pour justifier une requalification du contrat de travail à temps partiel modulé en contrat de travail à temps plein, dès lors qu'il n'est pas démontré que la durée du travail a atteint un niveau égal ou supérieur à la durée légale ou conventionnelle du travail.

Dans l'hypothèse d'un dépassement de la durée du travail contractuelle, il appartiendrait à l'employeur de proposer au salarié une modification de l'horaire contractuel pour le mettre en adéquation avec celui accompli durant l'année écoulée et

⁸ Pour mémoire, la durée légale de travail annuelle est fixée à 1607 heures par l'article L. 3123-1(3°) du code du travail.

de payer un complément de rémunération équivalent à la différence entre l'horaire prévu et celui réellement effectué lorsque la rémunération est lissée sur une année.

Ces solutions sont celles qui étaient prévues par l'article L 3123-28 du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi du 20 août 2008 et par la convention collective nationale de la distribution directe.

Le premier de ces textes disposait que "Lorsque sur une année l'horaire moyen réellement accompli par un salarié a dépassé la durée hebdomadaire ou mensuelle fixée au contrat et calculée sur l'année, l'horaire prévu dans le contrat est modifié, sous réserve d'un préavis de sept jours et sauf opposition du salarié intéressé. L'horaire modifié est égal à l'horaire antérieurement fixé auquel est ajoutée la différence entre cet horaire et l'horaire moyen réellement accompli."

L'article 2.2.3 du chapitre IV de la convention collective nationale relatif au statut du distributeur précise quant à lui que :

"Le décompte du temps de travail effectué par chaque salarié est récapitulé grâce aux feuilles de route ou bons de travail et application des dispositions de la grille de correspondance de la présente convention (annexe III).

Les entreprises doivent mettre en place au moins une fois par an une procédure de révision du niveau des volumes de distribution évalués en référencements horaires et qui correspondent aux rémunérations contractuellement garanties à chaque distributeur employé dans le cadre d'un contrat à temps partiel modulé.

Cette procédure doit s'appliquer à tous les salariés travaillant à temps partiel modulé présents durant les 12 mois écoulés précédant la date de révision.

Lors de cette révision, l'activité de chaque distributeur est analysée en fonction de la charge de travail moyenne hebdomadaire accomplie durant l'année écoulée, dans le cadre de la modulation. Il sera alors proposé au distributeur :

- soit de redéfinir cette durée en prenant en compte la durée moyenne découlant des distributions effectuées au cours de la période de modulation;

- soit de maintenir la durée prévue au contrat.

Dans les deux cas, le distributeur dispose d'un délai de réflexion de 15 jours pour donner sa réponse.

En cas de refus, le distributeur conserve pour l'année à venir, la durée contractuelle prévue à son contrat de travail à temps partiel modulé".

Enfin, l'article 2.2.4 du chapitre IV de la CNC⁹ prévoit que le dépassement de l'horaire contractuel doit donner lieu à une régularisation de la rémunération si la rémunération du salarié a été lissée. Ce complément de rémunération équivaut à la différence entre l'horaire prévu au contrat et celui réellement effectué.

⁹ Art 2.2.4 de la CNC (chapitre IV : "(...) S'il apparaît que le salarié a accompli une prestation de travail (hors prestations additionnelles) supérieure à la durée hebdomadaire ou mensuelle moyenne prévue au contrat correspondant à la rémunération lissée, il est versé un complément de rémunération équivalent à la différence".

Aux cas d'espèce, la cour d'appel a considéré qu'il existait une présomption de travail à temps complet en raison de certains manquements, en particulier l'absence de notification du planning à l'embauche (M. B...), l'absence de notification du planning indicatif individuel pendant une période donnée durant la relation de travail (Mme N..., M. O..., M. P...) et pour l'ensemble de la période travaillée (M. M...). L'application de cette règle jurisprudentielle n'est pas contestée.

Elle a ensuite considéré, pour ce qui concerne Mme N... et M. B..., que les seuils de modulation avaient été respectés comme pour M. P... dont les heures travaillées au mois de mars 2009 entraient dans les prévisions du programme indicatif de modulation. Elle a exposé que le volume annuel de travail de M. M... avait *“peu varié par rapport à la durée moyenne de référence”* et qu'ainsi, en 2008, la durée moyenne mensuelle se situait dans la fourchette de modulation.

Dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait qui lui étaient soumis, la cour d'appel a ainsi jugé que l'employeur avait établi que les salariés n'étaient pas dans l'impossibilité de prévoir leur rythme de travail et ne se trouvaient pas à la disposition constante de leur employeur. En effet, après avoir constaté que les contrats de travail et les avenants précisaient la durée de travail annuelle et mensuelle de référence, elle a relevé que les jours travaillés correspondaient, conformément aux prévisions contractuelles, aux jours fixés par le responsable du dépôt en accord avec les salariés parmi les jours de disponibilité communiqués à la discrétion de ces derniers lors de l'embauche, lesquels pouvaient être modifiés d'un commun accord sans formes contractuellement imposées.

Vous pourriez alors décider que le grief tiré du dépassement de la durée contractuelle de travail est inopérant puisque le non respect de cette durée est insuffisant, en soi, pour justifier une requalification des contrats de travail à temps partiel en contrats de travail à temps complet dès lors qu'il n'est pas démontré, ni même soutenu en l'espèce, que la durée du travail a été portée à un niveau égal ou supérieur à la durée hebdomadaire légale ou conventionnelle fixée dans l'entreprise et que les autres griefs ne tendent qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond.

AVIS DE REJET