



COUR DE CASSATION

**AVIS DE Mme ROQUES,
AVOCAT GÉNÉRAL RÉFÉRENDAIRE**

Arrêt n° 996 du 15 septembre 2021 – Chambre sociale

Pourvoi n°19-19.563

**Décision attaquée : 21 mai 2019 de la cour d'appel de Riom
M. [N]**

C/ SARL Entreprise Privée de Sécurité

1. Faits et procédure

Par contrat à durée indéterminée et à temps partiel en date du 28 décembre 2013, M. [N] (le salarié) a été embauché en qualité d'agent de sécurité par la SARL Entreprise Privée de Sécurité (l'employeur).

La durée de travail initiale était fixée à 140 heures mensuelles et a fait l'objet de plusieurs modifications par avenants.

Les parties ont convenu d'une rupture conventionnelle du contrat qui a pris effet le 26 novembre 2016.

Le 22 décembre 2016, le salarié a saisi le conseil des prud'hommes aux fins notamment de voir son contrat de travail à temps partiel requalifié en contrat à temps plein et son employeur condamné à lui verser une somme au titre d'un rappel de salaires ainsi qu'une indemnité pour travail dissimulé.

Dans un jugement contradictoire rendu le 7 mai 2018, le conseil des prud'hommes a débouté le salarié de l'ensemble de ses demandes, débouté l'employeur de sa demande reconventionnelle et condamné le salarié aux dépens de l'instance.

Par arrêt du 21 mai 2019, la cour d'appel a notamment confirmé le jugement entrepris en ce qu'il avait débouté le salarié de sa demande de requalification de son contrat de travail et de ses demandes subséquentes.

Ce sont les dispositions de l'arrêt attaquées par le salarié.

Il soutient dans son pourvoi que la cour d'appel a violé l'article L. 3121-17 du code du travail en ne requalifiant pas son contrat de travail alors qu'elle a constaté que la durée légale du travail avait été atteinte durant une semaine (première branche du moyen).

Il ajoute que, puisque son contrat de travail ne comportait pas toutes les mentions requises, il était présumé être à temps plein. Or, il estime que la cour d'appel n'a pas caractérisé les éléments qui lui permettraient de considérer que l'employeur renversait cette présomption, et notamment que ce dernier n'a pas établi qu'elle était la durée de travail convenue mais aussi que son salarié n'était pas dans l'impossibilité de prévoir son rythme de travail (deuxième et troisième branches).

2. Discussion et avis

Je partage l'avis du rapporteur s'agissant des deuxième et troisième branches du moyen et pense que, si la cassation n'est pas prononcée sur la première branche, elles peuvent faire l'objet d'un rejet non spécialement motivé.

Ce pourvoi vous conduira à **déterminer si le dépassement de la durée légale sur une seule semaine peut entraîner la requalification d'un contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein lorsque la durée de travail est fixée contractuellement par référence au mois.**

Aux termes de l'article L.3123-17 du code du travail, dans sa version applicable au litige, « *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.

Chacune des heures complémentaires accomplies dans la limite fixée au premier alinéa du présent article donne lieu à une majoration de salaire de 10 %. »

La durée hebdomadaire ou mensuelle de travail fait partie des mentions que doit contenir le contrat de travail à temps partiel, en vertu des dispositions de l'article L. 3123-14, dans sa version applicable au litige.

Ainsi, le nombre d'heures complémentaires que peut accomplir un salarié à temps partiel est encadré par deux plafonds, celui calculé par référence à la durée contractuelle de travail et celui de la durée légale ou de la durée fixée par un accord collectif, si elle est inférieure à la durée légale.

En l'espèce, il n'est pas contesté que la durée de travail prévue au contrat a toujours été exprimée en nombre d'heures par mois et était fixée, à l'époque considérée, à 50 heures mensuelles.

Le salarié a effectivement travaillé 51,75 heures en février 2015. La limite d'1/10ème de la durée mensuelle dans laquelle des heures complémentaires pouvaient être accomplies a donc été respectée.

Toutefois, il est également établi par les plannings produits que ce dépassement a été réalisé parce que le salarié a travaillé 36,75 heures la semaine du 2 au 8 février 2015.

Or, la seule définition de la durée légale contenue dans le code du travail est celle de l'article L. 3121-10, dans sa version applicable au litige, qui dispose que « *La durée légale du travail effectif des salariées est fixée à trente-cinq heures par semaine civile* ».

En outre, l'article L. 3123-1 du code du travail¹ définit le travail à temps partiel par référence à la durée légale ou à la durée mensuelle ou annuelle « *résultant de l'application sur cette période, de la durée légale* ».

Ainsi, au sens de ce code, il n'y a qu'une durée légale qui est hebdomadaire.

L'ancien article L. 3123-25 5° relatif à la modulation du travail à temps partiel² semblait donc contenir un pléonasme lorsqu'il mentionnait la « *durée légale hebdomadaire* ».

D'ailleurs, alors même que le contrat à temps partiel modulé était prévu pour introduire une certaine souplesse dans la réalisation des horaires de travail convenus, il n'était pas possible d'atteindre ou de dépasser la « *durée légale hebdomadaire* » sous peine de requalification du contrat de travail en contrat à temps plein³.

La référence au mois ou à l'année faite dans les contrats de travail à temps partiel n'est pas sans utilité puisqu'elle sert notamment pour le calcul de la limite des heures complémentaires que peut réaliser le salarié ainsi que pour le calcul de son salaire.

Ainsi, dans notre espèce, le salarié pouvait accomplir 5 heures complémentaires chaque mois.

¹ « *Est considéré comme salarié à temps partiel le salarié dont la durée du travail est inférieure :*
1° *A la durée légale du travail ou, lorsque cette durée est inférieure à la durée légale, à la durée du travail fixée conventionnellement pour la branche ou l'entreprise ou à la durée du travail applicable dans l'établissement ;*
2° *A la durée mensuelle résultant de l'application, sur cette période, de la durée légale du travail ou, si elle est inférieure, de la durée du travail fixée conventionnellement pour la branche ou l'entreprise ou de la durée du travail applicable dans l'établissement ;*
3° *A la durée de travail annuelle résultant de l'application sur cette période de la durée légale du travail, soit 1 607 heures, ou, si elle est inférieure, de la durée du travail fixée conventionnellement pour la branche ou l'entreprise ou de la durée du travail applicable dans l'établissement.* »

² Cet article, abrogé par la loi n°2008-789 du 20 août 2008, disposait que « *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 : [...]

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.* ».

³ Cf. Soc., 23 janvier 2019, pourvoi n° 17-19.393 dans cette espèce, la durée légale hebdomadaire de travail avait été atteinte une semaine sur toute une année.

Toutefois, ces heures devaient être accomplies dans le respect du second plafond que constitue la durée légale, telle que définie par le code du travail, qui interdisait que le salarié accomplisse en une semaine 35 heures ou plus de travail⁴.

S'affranchir de la durée légale pour appliquer la durée fixée par le contrat (durée légale rapportée au mois ou à l'année) rendrait possible une grande variation dans les horaires de travail accomplis d'une semaine sur l'autre, sans risque de requalification du contrat de travail tant que le plafond des 1/10ème d'heures complémentaires autorisées ne serait pas franchi⁵.

Le salarié à temps partiel pourrait ainsi devenir la variable d'ajustement dans l'entreprise en cas d'absence d'autres salariés ou de surcroît ponctuel de travail.

Enfin, la chambre a énoncé à plusieurs reprises que la requalification était encourue dès lors que « *le recours par l'employeur à des heures complémentaires avait eu pour effet de porter, fût-ce pour une période limitée, la durée de travail [du salarié] au-delà de la durée légale* »⁶

En outre, dans un arrêt rendu le 17 décembre 2014⁷, elle a censuré la cour d'appel qui, en l'absence de contrat de travail écrit, s'était référée à la durée conventionnelle prévue pour le travail à temps plein, fixée à 1.440 heures annuelles, et avait estimé qu'il n'y avait pas lieu à requalification du contrat de travail dès lors que la salariée n'avait jamais atteint ce nombre d'heures sur une année.

L'arrêt énonce « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations, d'une part, que la salariée ayant effectué un temps plein au mois de juin 2007, elle aurait dû à tout le moins en déduire qu'à compter de cette date son contrat de travail à temps partiel devait être requalifié en contrat de travail à temps plein, d'autre part, que l'employeur n'établissait pas, pour la période antérieure au mois de juin 2007, la durée du travail convenue, la cour d'appel a, peu important par ailleurs le respect des dispositions conventionnelles relatives au travail à temps partiel, violé les textes susvisés* ».

⁴ Voir pour des exemples de calculs : l'ouvrage « *Les temps partiels* », rédigé par Mme Isabelle Collard sous la direction du professeur Christophe Radé, au chapitre consacré aux heures complémentaires et à leur gestion, éditions Lexbase (application des anciens textes du code du travail) ou le chapitre « Statut du travailleur à temps partiel » dans l'ouvrage intitulé « *Durée et aménagement du temps de travail* » écrit par M. Franck Morel dans la collection Les guides de gestion éditée par la Revue fiduciaire (5^{ème} édition).

⁵ Et sous réserve également du respect des conditions de modification des horaires, telles que prévues contractuellement et par le code du travail.

⁶ Cf. Notamment Soc., 12 mars 2014, pourvoi n° 12-15.014, Bull. 2014, V, n° 78, Soc., 27 septembre 2017, pourvoi n° 16-13.926, Soc., 9 décembre 2020, pourvoi n° 19-15.897

⁷ Cf. Soc., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-20.627, Bull. 2014, V, n° 308

Pour toutes ces raisons, **je suis d'avis de casser l'arrêt rendu le 21 mai 2019 par la cour d'appel de Riom** en ce qu'il a rejeté la demande de requalification du contrat de travail du salarié et les demandes qui en découlaient.