



## **AVIS DE Mme MOLINA, AVOCAT GÉNÉRAL REFERENDAIRE**

**Arrêt n° 1443 du 15 décembre 2021 – Chambre sociale**

**Pourvoi n° 19-14.017**

**Décision attaquée : 23 janvier 2019 de la cour d'appel de Poitiers**

**Mme [T] [U]**

**C/**

**l'établissement public Lycée polyvalent [3]**

---

### **Faits et procédure**

Madame [T] [U] a été engagée par l'établissement public Lycée polyvalent [3] en qualité d'auxiliaire de vie scolaire aux termes de trois contrats d'accompagnement dans l'emploi successifs d'une durée d'un an chacun, à compter du 16 janvier 2014, puis du 16 janvier 2015 au 15 janvier 2016 et du 16 janvier 2016 au 15 janvier 2017.

Le 13 mars 2017, la salariée a saisi le conseil de prud'hommes de Saintes aux fins de requalification du contrat de travail en contrat à durée indéterminée, avec toutes conséquences de droit dont celles d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse au terme du dernier contrat de travail et réclamer le paiement des heures complémentaires accomplies ainsi que l'indemnisation de l'absence de visite médicale d'embauche.

Par jugement du 6 juin 2017, le conseil de prud'hommes a notamment requalifié les contrats de travail à durée déterminée de la salariée en contrat à durée indéterminée ; condamné l'employeur à verser à la salariée différentes sommes à titre d'indemnité de requalification, des heures complémentaires outre congés payés afférents, d'indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement, d'indemnité de préavis outre congés payés afférents, d'indemnité pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse, d'indemnité légale de licenciement et à titre de défaut de visite médicale.

L'employeur a interjeté appel et par arrêt du 23 janvier 2019, la cour d'appel de Poitiers a notamment confirmé la décision déférée en ce qu'elle a statué sur l'indemnisation de l'absence de visite médicale d'embauche et les dépens et en ce qu'elle a débouté la salariée de sa demande indemnitaire pour rupture abusive : réformé la décision déférée pour le surplus et statuant à nouveau de ces chefs, déclaré prescrite la demande de requalification du premier contrat d'accompagnement dans l'emploi et les demandes de requalification pour les faits antérieurs au 13 mars 2015 ; débouté la salariée de sa demande de requalification des autres contrats d'accompagnement dans l'emploi en contrat à durée indéterminée, de sa demande d'indemnité de requalification et de l'ensemble de ses demandes afférentes à un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, de sa demande indemnitaire pour manquement à l'obligation de formation, de sa demande de paiement des heures complémentaires et de toutes ses autres demandes.

La salariée s'est pourvue en cassation.

## **Moyens**

Au soutien du pourvoi sont développés trois moyens, le premier et le troisième étant chacun divisés en trois branches.

Le premier moyen reproche à l'arrêt d'avoir débouté la salariée de sa demande de requalification des deux derniers contrats d'accompagnement dans l'emploi en contrat à durée indéterminée et partant, de l'avoir déboutée de sa demande d'indemnité de requalification et de l'ensemble de ses demandes afférentes à un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse alors que :

- il appartient à l'employeur d'engager les actions de formation et d'accompagnement et d'en justifier (1<sup>ère</sup> branche) et seul l'accomplissement d'une formation interne aboutissant à la reconnaissance objective de nouvelles compétences permettant d'assurer l'insertion durable des salariés dans l'emploi justifie le respect par l'employeur de son obligation de formation (3<sup>ème</sup> branche) tandis qu'il résultait de ses propres constatations une carence de l'employeur dans l'exécution de son obligation de formation et qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les articles L. 5134-20 et L. 5134-22 du code du travail ;
- sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée par la salariée si les éléments qu'elle avait retenus avaient été effectivement communiqués à la salariée, ce que celle-ci

contestait, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard des articles L. 5134-20 et L. 5134-22 du code du travail.

Le deuxième moyen fait grief à l'arrêt d'avoir débouté la salariée de sa demande indemnitaires pour rupture abusive, alors que :

- la cassation à intervenir sur le premier moyen de cassation relatif à la demande de requalification des contrats d'accompagnement en contrat à durée indéterminée emportera par voie de conséquence la cassation du chef de l'arrêt déboutant la salariée de sa demande au titre de la rupture de la relation de travail au terme du dernier contrat d'accompagnement dans l'emploi, en application de l'article 624 du code de procédure civile.

Le troisième moyen reproche à l'arrêt d'avoir débouté la salariée de sa demande de paiement des heures complémentaires, alors que :

- la cassation à intervenir sur le premier moyen de cassation relatif à la demande de requalification des contrats d'accompagnement en contrat à durée indéterminée emportera par voie de conséquence la cassation du chef de l'arrêt déboutant la salariée de sa demande de paiement des heures complémentaires, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

- les dispositions de l'article L. 5134-26 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi n°2012-1189 du 26 octobre 2012 ne permettent pas, en l'absence d'accord collectif, de justifier d'une inactivité totale de travail pendant les vacances scolaires, surtout lorsque ces vacances dépassent la durée des congés légaux annuels ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé ce texte ;

- le jugement doit être motivé ; qu'en déboutant la salariée de sa demande de paiement des heures complémentaires, sans répondre aux conclusions de la salariée, pourtant déterminantes pour l'issue du litige, invoquant le non-respect par l'employeur des règles strictes de la modulation des heures de travail posées pour le contrat d'accompagnement dans l'emploi par l'article R. 5134-36 du code du travail, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

## Questions juridiques

L'employeur a-t-il respecté ses obligations de formation et d'accompagnement de la salariée bénéficiaire d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi ?

Une modulation du temps de travail est-elle envisageable dans le cadre d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi ?

## Discussion

Créé par l'article 44 de la loi n°2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, le contrat d'accompagnement a été un peu modifié dans la loi n°2008-1249 du 1<sup>er</sup> décembre 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2010. Si cette loi

a rencontré un vif écho car elle instaurait le revenu de solidarité active, dans sa partie contrat-aidés elle mettait également en place le contrat unique d'insertion (CUI), décliné en contrat initiative-emploi (CIE) pour le secteur marchand et en contrat d'accompagnement dans l'emploi (CAE) pour le secteur non-marchand.

La loi n°2012-1189 du 26 octobre 2012 portant création des emplois d'avenir a élargi le champ des contrats d'accompagnement dans l'emploi en créant les emplois d'avenir qui ont pris la forme d'un CUI-CAE ou d'un CUI-CIE selon le secteur d'activité de l'employeur.

Dans notre espèce, les contrats litigieux sont des contrats d'accompagnement dans l'emploi.

### **Sur le premier moyen :**

Jusqu'à la loi n° 2012-1189 du 26 octobre 2012 qui a supprimé la convention employeur/Etat ou président du conseil général<sup>1</sup>, une convention tripartite au titre du contrat unique d'insertion entre l'employeur, le bénéficiaire et le prescripteur du contrat était signée, ainsi qu'un contrat de travail entre l'employeur et le salarié fixant notamment les modalités d'orientation et d'accompagnement professionnel de ce dernier.

Désormais, le contrat unique d'insertion comporte une demande d'aide remplie par l'employeur et adressée au prescripteur, ainsi qu'un contrat de travail conclu entre l'employeur et le salarié. Ce contrat a pour objet de faciliter *“l'insertion professionnelle des personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières d'accès à l'emploi”* selon l'article L. 5134-20 du code du travail. Cet article dispose également qu'à cette fin, le contrat *“comporte des actions d'accompagnement professionnel”*. En outre, un bilan préalable des actions d'accompagnement et des actions visant à l'insertion durable des salariés doit avoir été effectué avant la signature du contrat de travail en application de l'article L. 5134-21-1 du code du travail et, aux termes de l'alinéa 1 de l'article L. 5134-22 du code du travail, *“La demande d'aide à l'insertion professionnelle indique les modalités d'orientation et d'accompagnement professionnel de la personne sans emploi et prévoit des actions de formation professionnelle et de validation des acquis de l'expérience nécessaire à la réalisation de son projet professionnel”*. Enfin, l'article R. 5134-17 4° du code du travail<sup>2</sup> énonce les modalités de mise en oeuvre

---

<sup>1</sup> Ancien article L. 5134-19-1 du code du travail

<sup>2</sup> Article R. 5134-17 4° du code du travail : *“La demande d'aide à l'insertion professionnelle, dont le modèle est fixé par arrêté du ministre chargé de l'emploi, comporte :*

*1° Des informations relatives à l'identité du bénéficiaire et à sa situation au regard de l'emploi, des allocations dont il bénéficie et de sa qualification ;*

*2° Des informations relatives à l'identité et aux caractéristiques de l'employeur ;*

*3° Des informations relatives à la nature, aux caractéristiques et au contenu du contrat de travail conclu avec le salarié ;*

*4° Les modalités de mise en oeuvre de l'aide à l'insertion professionnelle, notamment :*

de l'aide à l'insertion professionnelle, notamment la nature des actions prévues au contrat en matière d'orientation et d'accompagnement professionnel, de formation professionnelle et de validation des acquis de l'expérience.

En effet, le contrat d'accompagnement dans l'emploi ouvrant droit au profit de l'employeur à l'attribution d'une aide à l'insertion à l'emploi ainsi qu'à des exonérations de charges sociales, ses engagements pris sur le plan de l'accompagnement professionnel et des actions de formation en faveur du bénéficiaire du contrat, avec pour finalité son insertion sociale et professionnelle durable, sont la contrepartie essentielle de l'aide financière.

Les contrats aidés devant être un élan pour permettant aux salariés d'intégrer durablement le marché du travail, l'accompagnement de l'employeur par la formation prend toute sa place au sein du dispositif et devient une condition d'existence de ce type de contrat. La chambre veille donc au respect de ses obligations par l'employeur.

Ainsi, vous avez jugé qu'il résulte des dispositions des articles L. 5134-20 et L. 5134-22 du code du travail que l'obligation pour l'employeur d'assurer, dans le cadre du contrat d'accompagnement dans l'emploi, des actions de formation, d'orientation professionnelle et de validation des acquis destinées à réinsérer durablement le salarié constitue un des éléments essentiels à la satisfaction de l'objet même de ce contrat de faciliter l'insertion professionnelle des personnes rencontrant des difficultés sociales et professionnelles d'accès à l'emploi, et que le non-respect par l'employeur de son obligation à les mettre en oeuvre est de nature à causer au salarié un préjudice dont il peut lui demander réparation (Soc., 30 septembre 2014, pourvoi n° 13-14.804).

Cette solution n'était pas nouvelle, le dispositif s'inscrivant dans une politique de l'emploi visant à lutter contre le chômage et l'exclusion sociale des personnes les plus en difficulté, vous aviez précédemment jugé que l'obligation pour l'employeur d'assurer des actions de formation, d'orientation professionnelle et de validation des acquis destinées à réinsérer durablement le salarié constitue une des conditions d'existence

---

*a) La nature des actions prévues au cours du contrat d'accompagnement dans l'emploi ou du contrat initiative-emploi, respectivement, en matière d'orientation et d'accompagnement professionnel, de formation professionnelle et de validation des acquis de l'expérience, en application de l'article L. 5134-22, et en matière d'accompagnement professionnel et, le cas échéant, de formation, en application de l'article L. 5134-65 ;*

*b) Le cas échéant, l'indication qu'une ou plusieurs périodes d'immersion auprès d'un autre employeur sont prévues au cours du contrat, en application de l'article L. 5134-20 ;*

*c) Le nom du référent mentionné aux articles R. 5134-37 et R. 5134-60 et l'organisme dont il relève ;*

*d) Le nom et la fonction du tuteur mentionné aux articles R. 5134-38 et R. 5134-61 ;*

*e) Le taux de prise en charge servant au calcul de l'aide versée à l'employeur et le nombre d'heures de travail auquel il s'applique ;*

*f) L'identité de l'organisme ou des organismes en charge du versement de l'aide financière et les modalités de versement ;*

*g) Les modalités de contrôle par l'autorité attribuant l'aide de la mise en oeuvre de l'aide.*

*Les conditions d'attribution de l'aide peuvent être modifiées avant le terme prévu par la décision avec l'accord de l'employeur, du salarié et de l'autorité visée à l'article R. 5134-14 ayant attribué l'aide."*

du contrat d'accompagnement dans l'emploi à défaut de laquelle il doit être requalifié en contrat à durée indéterminée (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-13.827 ; Soc., 12 décembre 2012, pourvoi n° 11-23.922).

C'est dans ce contexte que se situe notre espèce, la salariée ayant sollicité devant la cour d'appel la requalification des contrats d'accompagnement dans l'emploi en contrat à durée indéterminée, reprochant à l'employeur un manquement à son obligation contractuelle de formation.

La cour d'appel ayant déclaré prescrite la demande de requalification du premier contrat d'accompagnement dans l'emploi et les demandes de requalification pour les faits antérieurs au 13 mars 2015, sans que ce point ne soit remis en cause devant la Cour, il convient d'examiner les engagements de l'employeur dans le cadre des deux contrats suivants.

Le document Cerfa 1481B-01 "*Contrat unique d'insertion - Demande d'aide*" annexé au contrat du 12 décembre 2014 (production n°2 du mémoire ampliatif) contient un paragraphe "*Actions d'accompagnement professionnel*" dans lequel est cochée, au titre du "*Types d'actions*" la mention "*aide à la recherche d'emploi*" ainsi qu'un paragraphe "*Actions de formation*" dans lequel sont cochées, au titre du "*Types d'actions*" les mentions "*Adaptation au poste de travail*" et "*Acquisition de nouvelles compétences*". Au titre des items "*Formation*", "*Périodes de professionnalisation*" et "*Une ou plusieurs de ces actions s'inscrivent-elles dans le cadre de la validation des acquis de l'expérience ?*", sont respectivement cochées les mentions "*Interne*", "*non*" et "*non*".

Le même document Cerfa annexé au contrat du 27 novembre 2015 (production n°3 du mémoire ampliatif) contient un paragraphe "*Actions d'accompagnement professionnel*" dans lequel est cochée, au titre du "*Types d'actions*" la mention "*Evaluation des capacités et des compétences*" ainsi qu'un paragraphe "*Actions de formation*" dans lequel est cochée, au titre du "*Types d'actions*" la mention "*Adaptation au poste de travail*". Au titre des items "*Formation*", "*Périodes de professionnalisation*" et "*Une ou plusieurs de ces actions s'inscrivent-elles dans le cadre de la validation des acquis de l'expérience ?*", sont respectivement cochées les mentions "*Interne*", "*non*" et "*non*".

### ***Sur les deux premières branches :***

Le pourvoi reproche à la cour d'appel d'avoir relevé, pour considérer que l'employeur avait respecté son obligation de formation telle que prévue par les deuxième et troisième contrats d'accompagnement dans l'emploi, que la salariée s'était vu remettre une adresse mail individuelle et des informations relatives aux livrets d'accueil accessible sur le portail web de l'Académie de Poitiers, mais qu'elle n'avait adressé aucun mail pour préciser sa situation et solliciter des formations particulières, n'avait jamais exprimé de souhait concret et ciblé sur l'aide à la recherche d'emploi et ne justifiait pas de l'existence d'un projet professionnel identifié. Il lui fait également grief d'avoir retenu que "*le dispositif d'accompagnement et de formation des personnels*

*en contrat aidés a été défini par l'académie de Poitiers, tant pour les formations d'adaptation au poste de travail que celles à visée d'insertion professionnelle et incluait la remise d'une adresse mail individuelle et des informations relatives aux livrets d'accueil accessibles sur le portail web de l'Académie de Poitiers ce qui permettait à chaque salarié(e) de communiquer sans limite avec son employeur, son tuteur et les responsables de la formation dans l'Académie de Poitiers", sans rechercher, alors qu'elle y était pourtant invitée par la salariée, si ces éléments avaient effectivement été communiqués à la salarié ce que celle-ci contestait.*

Outre ces éléments de motivation, la cour d'appel avait également retenu en page 7 de son arrêt *"(la salariée) a suivi, ainsi que le démontrent les pièces versées aux débats les réunions sur l'insertion professionnelle, la formation et l'accompagnement dans l'emploi les 9 février 2015 et 17 mars 2016 ainsi qu'un apprentissage en langue des signes niveau I, durant un stage intensif de 30 heures, du 26 septembre au 29 septembre 2016, la cour ajoutant que cette formation, non négligeable, valorisait le curriculum vitae de (la salariée), même en l'absence de qualification reconnue et la salariée n'ayant pas non plus fait valoir de demande pour la poursuivre, notamment en utilisant le site web précité".*

Il ressort de ces éléments que les dispositions critiquées de l'arrêt étaient de nature à poser le cadre dans le lequel s'exerçait la pratique professionnelle de la salariée et les moyens mis à sa disposition pour solliciter son employeur, notamment quant à d'éventuels souhaits de formation. En revanche, la motivation spécifique relative aux actions mises en oeuvre par l'employeur sur le plan de la formation figure dans le paragraphe que j'ai rappelé ci-dessus, lequel n'est pas évoqué dans les deux premières branches du moyen. Ainsi, ces dernières ne critiquent que des moyens surabondants et, en outre, s'agissant de la deuxième branche, la cour d'appel n'était pas tenue d'entrer dans le détail de l'argumentation de la salariée.

**► Je conclus au prononcé d'un rejet non spécialement motivé sur les deux premières branches du premier moyen.**

#### ***Sur la troisième branche :***

Si l'obligation de formation est au coeur du dispositif du contrat d'accompagnement dans l'emploi et que l'employeur se doit donc d'être sérieux dans son intervention auprès du salarié, je considère que les modalités de son accompagnement et des actions proposées restent définies par le cadre posé dans la demande d'aide complétée par l'employeur et portée à la connaissance du salarié. Ainsi, l'obligation de formation doit s'apprécier *in concreto* pour répondre aux objectifs du contrat au regard de la situation du salarié, des compétences et expériences professionnelles déjà acquises et du projet professionnel.

En l'espèce, la cour d'appel a mentionné (page 6 de l'arrêt) les conditions dans lesquelles s'est inscrite la conclusion du contrat d'accompagnement dans l'emploi à savoir l'âge et la durée d'absence d'emploi antérieure de la salariée. Elle a également rappelé (page 7) que des rubriques et sous-rubriques ont été sélectionnées avec

l'accord de la salariée concernant les aides ou accompagnements ou formations choisis.

Dans le contexte contractuel rappelé, elle a enfin énoncé les accompagnements dont a pu bénéficier la salariée, consistant en des réunions sur l'insertion professionnelle, la formation et l'accompagnement dans l'emploi ainsi qu'une formation consistant en un apprentissage en langue des signes niveau I durant un stage intensif de 30 heures.

Je considère que ce faisant, la cour d'appel a valablement caractérisé le respect par l'employeur de son obligation de formation. Si la cour d'appel a indiqué, s'agissant de l'apprentissage en langue des signes, que *"cette formation, non négligeable, valorisait le curriculum vitae de (la salariée), même en l'absence de qualification reconnue"*, cette dernière précision est sans portée dès lors que les documents Cerfa annexés aux deux contrats ne comportaient que des obligations de formation relatives, pour le premier à une *"adaptation au poste de travail"* et à *"l'acquisition de nouvelles compétences"* et pour le second une *"adaptation au poste de travail"*, la case *"formation qualifiante"* figurant pourtant dans le document n'ayant été cochée pour aucun des deux contrats.

► **Je conclus au rejet sur la troisième branche.**

#### **Sur le deuxième moyen :**

Aux termes de l'article 624 du code de procédure civile, *"La censure qui s'attache à un arrêt de cassation est limitée à la portée du moyen qui constitue la base de la cassation, sauf le cas d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire."*

► **Dès lors que je ne conclus pas à la cassation sur le premier moyen, je considère le deuxième moyen sans objet.**

#### **Sur le troisième moyen :**

##### ***Sur la première branche :***

Aux termes de l'article 624 du code de procédure civile, *"La censure qui s'attache à un arrêt de cassation est limitée à la portée du moyen qui constitue la base de la cassation, sauf le cas d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire."*

► **Dès lors que je ne conclus pas à la cassation sur le premier moyen, je considère la première branche du troisième moyen sans objet.**

##### ***Sur la deuxième branche :***

Les modalités relatives à la durée du travail du titulaire d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi sont édictées par l'article L. 5134-26 du code du travail. La rédaction de ce dernier a évolué au fil de différentes réformes.

Ainsi, dans sa version initiale issue de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, alors article L. 322-4-7 du code du travail, devenu l'article L. 5134-26 du code du travail à la suite de l'ordonnance n°2007-329 du 13 mars 2007, cet article disposait *“La durée hebdomadaire du travail du titulaire d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi ne peut être inférieure à vingt heures, sauf lorsque la convention le prévoit en vue de répondre aux difficultés particulièrement importantes de l'intéressé.”*

Par la suite, dans sa rédaction issue de la loi n°2012-1189 du 26 octobre 2012, un second alinéa a été ajouté à l'article L. 5134-26 du code du travail :

*“Lorsque le contrat de travail, associé à une convention individuelle de contrat d'accompagnement dans l'emploi, a été conclu pour une durée déterminée avec une collectivité territoriale ou une autre personne de droit public, la durée hebdomadaire du travail peut varier sur tout ou partie de la période couverte par le contrat, sans être supérieure à la durée légale hebdomadaire. Cette variation est sans incidence sur le calcul de la rémunération due au salarié.”*

Un tel ajout était en cohérence avec le fonctionnement des personnes de droit public relevant de l'enseignement public dès lors que ces établissements connaissent plusieurs périodes de fermeture annuelles. Or, interdire la modulation du temps de travail pour ces établissements revenaient à les priver de pouvoir recourir aux contrats d'accompagnement dans l'emploi du fait de leur fonctionnement intrinsèque et de priver au niveau national le dispositif d'une manne substantielle d'employeurs pouvant proposer la conclusion de ces contrats-aidés.

Enfin, la loi n°2012-1189 du 26 octobre 2012, qui a supprimé la convention tripartite, est venue remplacer, dans l'ensemble de l'article<sup>3</sup>, le terme *“convention”* par la mention *“décision d'attribution de l'aide”*.

En l'espèce, le pourvoi reproche à la cour d'appel une violation de l'article L. 5134-26 du code du travail, considérant que ses dispositions, en l'absence d'un

---

<sup>3</sup> Article L. 5134-26 du code du travail dans sa version issue de la loi n°2012-1189 du 26 octobre 2012 : *“La durée hebdomadaire du travail du titulaire d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi ne peut être inférieure à vingt heures, sauf lorsque la décision d'attribution de l'aide le prévoit en vue de répondre aux difficultés particulièrement importantes de l'intéressé.*

*Lorsque le contrat de travail, associé à l'attribution d'une aide à l'insertion professionnelle accordée au titre d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi, a été conclu pour une durée déterminée avec une collectivité territoriale ou une autre personne de droit public, la durée hebdomadaire du travail peut varier sur tout ou partie de la période couverte par le contrat, sans être supérieure à la durée légale hebdomadaire. Cette variation est sans incidence sur le calcul de la rémunération due au salarié.”*

accord collectif, ne permettent pas de justifier d'une inactivité totale de travail pendant les vacances scolaires, surtout lorsque ces vacances dépassent la durée de congés légaux annuels.

Si dans un arrêt du 25 janvier 2012, la Cour a jugé que l'article L. 322-4-7 I alinéa 7, devenu L. 5134-26 du code du travail, n'autorise pas l'employeur à faire varier la durée hebdomadaire du travail sur tout ou partie de la période couverte par le contrat d'accompagnement dans l'emploi et qu'il en résulte que la clause contractuelle prévoyant une telle modulation est inopposable au salarié (Soc., 25 janvier 2012, pourvoi n° 09-42.985), j'ai précédemment rappelé que par la suite, le législateur est venu amender cet article pour lui ajouter un second alinéa qui remédie à l'impossibilité pour une collectivité territoriale ou pour une autre personne de droit public de recourir à la modulation du temps de travail pour les contrats d'accompagnement dans l'emploi, sous réserve du respect de la durée légale hebdomadaire.

Or, le texte litigieux ne conditionne pas le recours à la modulation du temps de travail à l'existence d'un accord collectif la prévoyant, ni n'interdit que la modulation du temps de travail n'aboutisse à une inactivité totale sur certaines semaines. Considérer le contraire, à l'instar du pourvoi, serait ajouter des conditions au texte qui ne les prévoit pas. Il y a lieu d'ailleurs de relever que le document Cerfa "*Contrat unique d'insertion - demande d'aide*" qui doit être annexé au contrat de travail, dans son paragraphe "*Contrat de travail*" prévoit spécifiquement la possibilité de cocher une case "*Modulation*" dans l'item "*Durée hebdomadaire de travail prévue du salarié*" sans prévoir de mentionner l'accord collectif qui ouvrirait le droit à la modulation.

Ainsi, la modulation peut être décidée et organisée contractuellement pour les contrats conclus avec une personne de droit public. En revanche, dès lors qu'elle n'est pas prévue par l'article L. 5134-26 du code du travail, elle pourrait être envisagée et organisée par un accord collectif s'agissant des contrats conclus avec une personne de droit privé.

C'est pourquoi je considère qu'il ne peut être reproché à la cour d'appel, qui n'a pas suivi la salariée dans son argumentation relative à la nécessité d'un accord collectif préalable à la mise en place d'une modulation du temps de travail dans le cadre d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi, une violation de l'article L. 5134-26 du code du travail applicable au litige dans sa version issue de la loi n°2012-1189 du 26 octobre 2012.

► **Je conclus au rejet sur la deuxième branche du troisième moyen.**

#### ***Sur la troisième branche :***

Le pourvoi reproche à la cour d'appel un défaut de motivation pour ne pas avoir répondu à ses conclusions invoquant le non-respect par l'employeur des règles strictes de la modulation des heures de travail posées pour le contrat d'accompagnement dans l'emploi par l'article R. 5134-36 du code du travail.

Aux termes de l'article R. 5134-36 du code du travail, *“En application de l'article L. 5134-26, pour le calcul de la rémunération, le nombre d'heures hebdomadaires de travail accomplies est réputé égal à la durée du travail contractuelle.*

*Le programme prévisionnel de la répartition de la durée du travail sur l'année ou sur la période couverte par le contrat de travail est indiqué dans le contrat de travail.*

*Ce programme prévisionnel peut être modifié à la condition que cette possibilité ait été prévue dans le contrat de travail. En ce cas, sa modification éventuelle respecte un délai de prévenance de quinze jours au moins.”*

En l'espèce, les deux contrats litigieux (productions n° 2 et 3 du mémoire ampliatif) comportent des articles 4 *“Rémunération et durée du travail”* et 5 *“horaires de travail”* stipulant pour le premier *“En contrepartie de l'accomplissement de ses fonctions, le salarié est rémunéré sur la base du SMIC horaire et pour une durée hebdomadaire de travail de (durée : 20 heures en général - il s'agit de la durée minimale obligatoire, sauf exception, et dans tous les cas, durée égale à celle prévue par la convention individuelle).*

*L'indemnité de fin de contrat prévue à l'article L. 1243-8 du code du travail n'est pas due à l'issue du contrat d'accompagnement dans l'emploi.”*

Et pour le second *“La durée hebdomadaire du travail peut varier sur tout ou partie de la période couverte par le contrat, sans être supérieure à la durée légale hebdomadaire.*

*Le salarié déclare avoir eu connaissance des horaires actuellement pratiqués dans l'établissement où il est affecté ; ses horaires de travail sont annexés au présent contrat”.*

Devant la cour d'appel, la salariée soutenait *“En l'espèce : (la salariée) verse au débat ses emplois du temps de 2014 à 2016 (pièce 5) et des tableaux de ses heures semaine civile par semaine civile. (Pièce 23)”* (page 19 des conclusions) et *“En l'espèce, les contrats comprennent bien un article intitulé “rémunération et durée du travail” (article 4) et un autre intitulé “horaire de travail” (article 5) mais aucun avenant sur les horaires pratiqués dans l'établissement n'est annexé, ni porté à la connaissance du salarié au moment de la signature de son contrat en dépit de ce qui est mentionné à l'article 5. D'ailleurs, l'employeur ne verse pas d'avenant signé par la salariée en ce sens, aucun emploi du temps n'est également versé au moment de la signature du contrat au salarié. Les emplois du temps arrivés bien plus tard. (La salariée) ne savait pas quels horaires elle devait faire, elle savait seulement qu'elle devait faire 20 heures hebdomadaire. Elle était littéralement à la merci de son employeur pour toute modulation. Ce qui s'est passé d'ailleurs, puisque l'employeur n'a pas cessé de lui changer son emploi du temps, pour preuve les différents emplois du temps versés au débat par (la salariée) (pièce 5)”* (page 22 des conclusions).

Sur ce point, la cour d'appel a énoncé *“(La salariée) produit en pièces 4 et 5 ses emplois du temps et un tableau récapitulatif étayant selon elle sa demande en paiement de 170 heures complémentaires d'octobre 2015 à décembre 2016 et 104 heures complémentaires de janvier 2017 à septembre 2017.*

*(La salariée) ne conteste pas avoir systématiquement travaillé 24 heures par semaine au cours du premier et troisième contrat d'accompagnement dans l'emploi et 23 heures*

*par semaine au cours du deuxième, durant 36 semaines, car elle ne travaillait pas durant les périodes où l'établissement scolaire était fermé. Elle admet avoir été payée sur la base de 20 heures hebdomadaires durant les vacances scolaires.*

*A suivre son argumentation sur l'application des règles de droit commun, (la salariée) omet ainsi que les périodes de vacances scolaires soit 16 semaines ont donné lieu à une rémunération indue puisqu'elle ne travaillait pas et que les salaires ainsi versés devraient être déduits de sa prétention en paiement.*

*(L'employeur), personne morale de droit public, objecte par ailleurs exactement :*

*- que l'article L. 5134-26 du code du travail dans sa rédaction applicable au litige a remédié à l'impossibilité de pouvoir justifier d'un accord collectif ou de branche pour appliquer la modulation du temps de travail,*

*- que cet article l'autorise à faire varier la durée hebdomadaire du temps de travail, sous réserve de ne pas dépasser la durée légale hebdomadaire, exigence qu'elle a respectée en l'espèce, chacun des deux contrat d'accompagnement dans l'emploi signés ayant par ailleurs prévu en article 4 une durée du travail hebdomadaire de 20 heures nuancée par l'article 5 reprenant expressément les termes de l'article précité du contrat de travail,*

*- que l'illégalité de l'absence totale de travail pendant les vacances scolaires discutée par Mme [U] concerne le contrat d'avenir et non le contrat d'accompagnement dans l'emploi,*

*- que les textes applicables au contrat d'accompagnement dans l'emploi n'interdisent pas que la variation du temps de travail aboutisse à une inactivité totale sur certaines semaines,*

*- que les missions de (la salariée) imposaient cette inactivité durant les vacances scolaires, puisque l'école était fermée, aucun élève n'y étant donc présent,*

*- que (la salariée) était parfaitement informée des dates de vacances scolaires, telles que décidées par arrêté ministériel, que les horaires pratiqués dans l'établissement ont été annexés à chaque contrat de travail et qu'elle reconnaît avoir travaillé durant 36 semaines 24 heures ce qui caractérise une régularité d'intervention.*

*L'employeur démontre ainsi avoir respecté les dispositions applicables au contrat d'accompagnement dans l'emploi.*

Ainsi, devant la cour d'appel, la salariée reconnaissait que son contrat de travail prévoyait bien la modulation de son temps de travail et la mention de ses horaires de travail dans un document annexé au contrat. Toutefois, elle soutenait que cette dernière disposition n'avait pas été respectée, dès lors qu'elle n'avait pas eu connaissance de son emploi du temps au moment de la signature du contrat mais avait postérieurement reçu des distributions de différents emplois du temps, lesquels changeaient sans cesse. La salariée laissait ainsi entendre que si elle connaissait son temps de travail, ce n'était pas le cas de son rythme de travail.

Or, le respect de l'article R. 5134-36 du code du travail est déterminant pour un salarié en contrat d'accompagnement dans l'emploi qui, à l'instar du salarié lié par un contrat de travail de droit commun, doit être en mesure de connaître son rythme de travail afin de pouvoir parallèlement mener normalement sa vie personnelle.

Si la cour d'appel a bien constaté la communication par la salariée de ses emplois du temps, elle n'en a pas fait une analyse précise. Son raisonnement s'est uniquement porté sur le temps de travail hebdomadaire de la salariée pour retenir que la modulation du temps de travail n'était pas contraire aux dispositions de l'article L. 5134-26 du code du travail s'agissant du volume horaire accompli par la salariée et de sa variation sur l'année notamment en raison des périodes de vacances scolaires. La cour n'a toutefois pas recherché si, conformément aux dispositions de l'article R. 5134-36 du code du travail, le contrat de travail contenait un programme prévisionnel et si les emplois du temps distribués à la salariée, dont elle a pourtant retenu l'existence, lui permettait de connaître son rythme de travail.

Ce faisant, la cour d'appel n'a pas mis la Cour en mesure de s'assurer du respect par l'employeur des dispositions de l'article R. 5134-36 du code du travail qu'elle n'a d'ailleurs pas du tout mentionné dans sa motivation alors que cet article était spécifiquement évoqué en page 21 des conclusions de la salariée comme étant pourtant visé par l'employeur au soutien de son argumentaire.

**► Je conclus à la cassation sur la troisième branche du troisième moyen.**