



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

Arrêt n° du 15 décembre 2021 – Chambre sociale

Pourvoi 1444 n° 19-14.018

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

Mme [G] [I]

C/

l'établissement public Lycée polyvalent [3]

FAITS ET PROCÉDURE

Madame [G] [I] a été engagée par l'établissement public Lycée polyvalent [3] en qualité d'assistante de vie scolaire aux termes de trois contrats d'accompagnement dans l'emploi successifs d'une durée d'un an chacun, à compter du 1^{er} octobre 2013, puis du 1^{er} octobre 2014 au 30 septembre 2015 et du 1^{er} octobre 2015 au 30 septembre 2016.

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 constaté que la relation de travail se poursuivait toujours entre la salariée et l'employeur ; jugé que les contrats de travail de la salariée sont bien des contrats à durée déterminée ; condamné l'employeur à verser à la salariée différentes sommes au titre des heures complémentaires outre congés payés afférents et au titre du défaut de visite médicale.

L'employeur a interjeté appel et par arrêt du 23 janvier 2019, la cour d'appel de Poitiers a notamment déclaré prescrite l'action en requalification de la relation de travail pour la période antérieure au 13 mars 2015 ; réformé la décision déférée en ce qu'elle a condamné l'employeur au titre des heures complémentaires et statuant à nouveau, a débouté la salariée de sa demande à ce titre ; confirmé pour le surplus la décision déférée.

La salariée s'est pourvue en cassation.

MOYENS

Au soutien du pourvoi sont développés quatre moyens, le deuxième et le quatrième étant divisés respectivement en cinq et trois branches.

Le premier moyen fait grief à la cour d'appel d'avoir déclaré prescrite l'action en requalification de la relation de travail pour la période antérieure au 13 mars 2015 alors que le délai de prescription d'une action en requalification d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi en contrat à durée indéterminée fondée sur l'inexécution par l'employeur de ses obligations en matière de formation et d'accompagnement a pour point de départ le terme du contrat ou, en cas de succession de contrats d'accompagnement dans l'emploi, le terme du dernier contrat ; qu'en déclarant dès lors prescrite l'action en requalification de la relation de travail pour la période antérieure au 13 mars 2015, cependant qu'elle constatait que la salariée avait bénéficié de trois contrats d'accompagnement dans l'emploi consécutifs, de sorte que c'est le terme du dernier contrat, soit le 30 septembre 2016, qui faisait courir le délai de prescription de l'action en requalification de la relation contractuelle pour insuffisance de formation, la cour d'appel a violé l'article L. 1471-1 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017.

Le deuxième moyen reproche à l'arrêt d'avoir débouté la salariée de sa demande de requalification des contrats d'accompagnement dans l'emploi en contrat à durée indéterminée et partant de l'avoir déboutée de sa demande

d'indemnité de requalification, de ses demandes afférentes aux conséquences d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et de sa demande indemnitaire pour manquement à l'obligation de formation alors que :

- la cassation à intervenir sur le premier moyen de cassation relatif à la prescription de l'action en requalification emportera par voie de conséquence la cassation du chef de l'arrêt déboutant la salariée de sa demande de requalification du contrat d'accompagnement dans l'emploi, reposant sur le constat que l'employeur avait satisfait à son obligation de formation pour la période non prescrite, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;
- il appartient à l'employeur d'engager les actions de formation et d'accompagnement et d'en justifier ; qu'en statuant comme elle l'a fait, quand 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 ;
- en déboutant la salariée de sa demande de requalification des contrats d'accompagnement dans l'emploi en contrat à durée indéterminée, sans répondre aux conclusions de cette dernière faisant valoir qu'aucune convention tripartite n'avait été signée pour le deuxième contrat d'accompagnement dans l'emploi ce dont elle déduisait qu'une telle circonstance, qui ne permettait pas de vérifier si l'octroi de l'aide a été antérieur à la signature du contrat comme cela est obligatoire emportait de plein droit la requalification immédiate du contrat en CDI, alors même qu'elle constatait qu'aucune des parties ne produisait cette convention pour le contrat d'accompagnement dans l'emploi concerné, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;
- en retenant, pour débouter la salariée de sa demande de requalification des contrats d'accompagnement dans l'emploi en contrat à durée indéterminée, fondée sur un manquement de l'employeur à son obligation de formation, que cette dernière avait été engagée par la suite, à une date qui n'est au demeurant pas précisée, par l'employeur dans le cadre d'un contrat de droit public, la cour d'appel, qui a statué par un motif inopérant, a violé les articles L. 5134-20 et L. 5134-22 du code du travail.

Le troisième moyen reproche à l'arrêt d'avoir débouté la salariée de sa demande indemnitaire pour rupture abusive, alors que :

- la cassation à intervenir sur le deuxième 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 quatrième moyen reproche à l'arrêt d'avoir débouté la salariée de ses demandes au titre des heures complémentaires, alors que :

- la cassation à intervenir sur le deuxième 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

Quel est le point de départ du délai de prescription d'une action de requalification d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi à durée déterminée en durée indéterminée ?

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^{er} décembre 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion, entrée en vigueur le 1^{er} 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 :

Le pourvoi reproche à la cour d'appel d'avoir déclaré prescrite l'action en requalification de la relation de travail pour la période antérieure au 13 mars 2015 du fait de la violation de l'article L. 1471-1 du code du travail, le terme du contrat ou, en cas de succession de contrats d'accompagnement dans l'emploi, le terme du dernier contrat, devant être pris en compte comme point de départ du délai de prescription. Le mémoire ampliatif oppose la nouveauté du moyen.

Aux termes de l'article 619 du code de procédure civile, *“Les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation.*

Peuvent néanmoins être invoqués pour la première fois, sauf disposition contraire :

1° Les moyens de pur droit ;

2° Les moyens nés de la décision attaquée.”

En l'espèce, après avoir rappelé le contenu de l'article L. 1471-1 du code du travail, la cour d'appel a retenu *“En conséquence, (la salariée) ayant saisi le conseil de prud'hommes le 13 mars 2017 et ayant, tout au long de l'exécution de chaque contrat d'accompagnement dans l'emploi, connu les faits, à savoir l'insuffisance de la formation, lui permettant d'exercer son droit en requalification du contrat de travail concerné, il s'en déduit que son action en requalification est prescrite pour la période antérieure au 13 mars 2015 [...]”*

Ainsi, ce faisant, la cour d'appel a motivé sa décision tant sur la durée de la prescription que sur le point de départ de cette dernière. C'est ce dernier point qui est critiqué par le pourvoi.

Dès lors, à mon sens, le moyen ne se prévalant d'aucun fait qui n'ait été constaté par les juges du fond, il est de pur droit, peut être invoqué pour la première fois devant la Cour et n'est pas irrecevable.

Jusqu'à la loi n° 2012-1189 du 26 octobre 2012 qui l'a supprimée, 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.

Désormais, le contrat unique d'insertion comporte la demande d'aide qui fixe notamment les modalités d'orientation et d'accompagnement professionnel du salarié ainsi que le contrat de travail qui 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”*.

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, les engagements de ce dernier 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, 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 jugez 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 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 ; Soc., 30 novembre 2004, pourvoi n° 01-45.613, 02-44.922).

L'alinéa 1 de l'article L. 1471-1 du code du travail dans sa version antérieure à l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 dispose *"Toute action portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit."*

La requalification-sanction est un enjeu de la lutte contre l'utilisation frauduleuse des emplois aidés dans la mesure où l'aide financière versée aux employeurs n'est justifiée que par la mise en oeuvre de véritables actions de formation et d'accompagnement du salarié afin de permettre son insertion sur le marché du travail à long terme. C'est pourquoi l'articulation de la requalification avec les règles de prescription, et notamment celle de son point de départ, relève toute son importance. C'est le cas dans notre espèce dès lors que l'application de la prescription biennale n'est pas contestée.

Aux termes de l'article L. 1242-3 du code du travail, *"Outre les cas prévus à l'article L. 1242-2, un contrat de travail à durée déterminée peut être conclu :*

1° Au titre de dispositions légales destinées à favoriser le recrutement de certaines catégories de personnes sans emploi ;

2° Lorsque l'employeur s'engage, pour une durée et dans des conditions déterminées par décret, à assurer un complément de formation professionnelle du salariée."

Si aux termes de l'article L. 1242-1 du code du travail, *"Un contrat à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise"*,

vous avez jugé que les dispositifs de contrats aidés antérieurs aux contrats d'accompagnement dans l'emploi (contrats emploi-solidarité et contrats emploi-consolidé) pouvaient être conclus, par dérogation au droit commun des contrats à durée déterminée, pour des emplois liés à l'activité normale et permanente des personnes morales entrant dans le champ d'application du dispositif :

- *"En vertu des articles L. 322-4-7 et L. 322-4-8 du code du travail et de l'article 4 du décret du 30 janvier 1990, les contrats emploi-solidarité sont des contrats de travail de droit privé réservés à certaines catégories de demandeurs d'emploi et conclus avec les collectivités territoriales, les autres personnes morales de droit public, les organismes de droit privé à but non lucratif et les personnes morales chargées de la gestion d'un*

service public en application de conventions passées entre ces collectivités, organismes et personnes morales avec l'Etat. S'ils constituent des contrats à durée déterminée et à temps partiel, ils ont pour objet le développement d'activités répondant à des besoins collectifs non satisfaits. Il en résulte qu'ils peuvent, par exception au régime de droit commun des contrats à durée déterminée, être contractés pour des emplois liés à l'activité normale et permanente des collectivités, organismes et personnes morales concernés" (Soc., 16 mars 1999, pourvoi n° 97-40.768) ;

- *"Les contrats initiative-emploi sont des contrats de travail de droit privé réservés aux demandeurs d'emploi de longue durée, aux bénéficiaires de minima sociaux et aux personnes qui, du fait de leur âge, de leur handicap, de leur situation sociale ou familiale, rencontrent des difficultés particulières d'accès à l'emploi, et conclus en application de conventions passées par les employeurs avec l'Etat. Il en résulte que lorsqu'ils sont conclus pour une durée déterminée, qui ne peut excéder vingt-quatre mois aux termes de l'article L. 322-4-4 du code du travail, ils peuvent, par exception au régime de droit commun des contrats à durée déterminée, être contractés pour pourvoir durablement des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise."* (Soc., 26 janvier 2005, pourvoi n° 02-46.639, 02-46.731, 02-46.732).

Cette solution se justifiait en considération des particularités des contrats-aidés liées à leur finalité. Cette dernière se maintenant malgré les réformes, je considère que cette solution doit se poursuivre concernant les contrats d'accompagnement dans l'emploi.

S'agissant du point de départ de la prescription d'une action en requalification du contrat déterminé en contrat à durée indéterminée, la chambre retient deux points de départ, selon que l'irrégularité constatée est de forme ou substantielle. Ainsi, vous avez jugé que *"le délai de prescription d'une action en requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, fondée sur l'absence d'une mention au contrat susceptible d'entraîner sa requalification, court à compter de la conclusion de ce contrat."* (Soc., 3 mai 2018, pourvoi n° 16-26.437) mais *"que le délai de prescription d'une action en requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée fondée sur le motif du recours au contrat à durée déterminée énoncé au contrat a pour point de départ le terme du contrat ou, en cas de succession de contrats à durée déterminée, le terme du dernier contrat et que le salarié est en droit, lorsque la demande en requalification est reconnue fondée, de se prévaloir d'une ancienneté remontant au premier contrat irrégulier."* (Soc., 29 janvier 2020, pourvoi n° 18-15.359). De même, vous avez jugé que le délai de prescription d'une action en requalification d'un contrat de mission à l'égard de l'entreprise utilisatrice en contrat à durée indéterminée fondée sur le motif du recours au contrat de mission énoncé au contrat a pour point de départ le terme du contrat ou, en cas de succession de contrats de mission, le terme du dernier contrat et que le salarié est en droit, lorsque la demande en requalification est reconnue fondée, de faire valoir auprès de l'entreprise utilisatrice les droits correspondant à un contrat de travail à durée indéterminée prenant effet au premier jour de sa mission (Soc., 30 juin 2021, pourvoi n° 19-16.655).

La requalification des contrats d'accompagnement dans l'emploi étant encourue dès lors que l'employeur n'a pas respecté ses engagements en terme

d'accompagnement et de formation du salarié, la date de conclusion du contrat doit être écartée comme point de départ du délai de prescription de l'action en requalification. En tout état de cause, une telle position n'était pas présentée par les parties et n'a pas été envisagée par la cour d'appel, les seuls points de départ soumis en l'espèce étant le terme de chaque contrat ou le terme du dernier contrat.

J'ai rappelé ci-dessus l'importance de 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. Ainsi, la finalité du contrat d'accompagnement dans l'emploi concerne la personne du salarié, laquelle est au cœur du dispositif dont l'objet est de faciliter l'insertion professionnelle des personnes dans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières d'accès à l'emploi -et le contrat peut d'ailleurs être conclu à durée déterminée ou indéterminée- tandis que la finalité des contrats à durée déterminée et des contrats de mission est liée à l'emploi occupé puisque leur objet est de pourvoir un emploi temporairement en considération de différents motifs.

Par ailleurs, les dispositions législatives prévoient que le respect par l'employeur des actions prévues en faveur du salarié aux termes de son engagement dans la demande d'aide afférente au contrat d'accompagnement dans l'emploi conditionne le renouvellement ou la prolongation de l'aide. Ainsi, selon l'article L. 5134-21-1 du code du travail, la décision d'attribution d'une nouvelle aide à l'insertion professionnelle est subordonnée au bilan préalable des actions d'accompagnement et des actions visant à l'insertion durable des salariés, réalisées dans le cadre d'un contrat aidé antérieur ; tandis qu'aux termes de l'article L. 5134-23-2 du code du travail *“La prolongation de l'attribution de l'aide à l'insertion professionnelle et, s'il est à durée déterminée, du contrat de travail au titre duquel l'aide est attribuée est subordonnée à l'évaluation des actions réalisées au cours du contrat en vue de favoriser l'insertion durable du salarié.”*

C'est pourquoi, en considération de l'ensemble de ces éléments, je considère que la validité des contrats d'accompagnement dans l'emploi doit être examinée contrat par contrat et non dans le contexte global de leur succession, chacun des contrats ne pouvant être valable que si les engagements de l'employeur sur le plan de l'accompagnement et de la formation du salarié est respecté.

Cette solution serait en cohérence avec votre jurisprudence selon laquelle la demande de requalification nécessite de rechercher l'existence d'actions de formation au cours de chacun des contrats aidés puisque vous avez jugé :

- *“Qu'en se déterminant ainsi par des motifs inopérants, sans rechercher, comme il lui était demandé, si le salarié avait personnellement et concrètement bénéficié tant dans le cadre des contrats emploi-solidarité que des contrats emploi-consolidé ou des contrats d'accompagnement dans l'emploi renouvelés à plusieurs reprises durant plus de neuf années, d'actions de formation, d'orientation professionnelle et de validation des acquis au cours de chacune des périodes d'exécution des contrats, la cour d'appel a privé de base légale sa décision ;” (Soc., 13 mars 2013, pourvoi n° 11-21.680) ;*
- *“Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il lui était demandé, si la convention tripartite prévoyait une action de formation autre que l'adaptation au poste*

et si la formation suivie entre le 21 septembre et le 21 octobre 2009 l'avait été en exécution du contrat d'avenir du 1er octobre 2009, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;” (Soc., 19 octobre 2017, pourvoi n° 16-19.271).

C'est pourquoi, à mon sens la cour d'appel a valablement examiné la prescription au regard de chacun des contrats pris séparément.

En revanche, je considère que le droit d'agir du salarié en requalification du contrat d'accompagnement dans l'emploi à durée déterminée en durée indéterminée naît de la connaissance qu'il acquiert de l'inadéquation des engagements de l'employeur en terme d'actions d'accompagnement et de formation figurant dans la demande d'aide avec les actions effectivement mises en œuvre. Ainsi, ce n'est qu'au terme du contrat que le salarié peut effectuer ce bilan.

Dès lors, la cour d'appel ne peut pas être suivie quand elle fixe le point de départ de la prescription deux ans avant la saisine du conseil de prud'hommes et non au terme de chacun des contrats. Selon ma proposition, la prescription reste acquise pour le premier contrat.

► C'est pourquoi je conclus au rejet par substitution de motifs sur le premier moyen.

Sur le deuxième moyen :

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”*. L'article R. 5134-17 4° du code du travail¹

¹ 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 œuvre de l'aide à l'insertion professionnelle, notamment :

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 ;

énonce les modalités de mise en œuvre 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 l'espèce, la salariée a 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.

Dans la mesure où je considère, à l'instar de la cour d'appel que la demande de requalification du premier contrat est prescrite, 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 20 septembre 2013 (production n°1 du mémoire ampliatif) contient un paragraphe *“Actions d'accompagnement professionnel”* dans lequel sont cochées, au titre du *“Types d'actions”* les mentions *“aide à la prise de poste”* et *“évaluation des capacités et des conséquences”* 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”*.

Ainsi que la cour d'appel l'a constaté, aucun document Cerfa *“Contrat unique d'insertion - Demande d'aide”* n'est annexé au contrat du 30 septembre 2014 (production n°2 du mémoire ampliatif).

Le document Cerfa 1481B-01 *“Contrat unique d'insertion - Demande d'aide”* annexé au contrat du 25 août 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 *“élaboration du projet professionnel et appui à sa réalisation”* ainsi qu'un paragraphe *“Actions de formation”* dans lequel est cochée, au titre du *“Types d'actions”* la mention *“Acquisition de nouvelles compétences”*. Au titre

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 œuvre 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.”

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 *“Externe”, “non”* et *“non”*.

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 les deuxième, troisième et cinquième 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 [Ville 1], 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 [Ville 1], 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 [Ville 1] 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 [Ville 1]”*, 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. Le pourvoi reproche encore à la cour d’appel d’avoir retenu que la salariée avait été engagée par la suite, à une date qui n’est au demeurant pas précisé, par l’employeur dans le cadre d’un contrat de droit public.

Outre ces éléments de motivation, la cour d’appel avait également retenu en page 7 de son arrêt *“(la salariée) a suivi tout au long de la relation de travail, ainsi que le démontrent les pièces versées aux débats, les formations sur la connaissance de l’institution scolaire, les divers parcours scolaires et la loi handicap les 4 et 11 décembre 2013, l’accompagnement des élèves rencontrant des troubles sensoriels et moteurs le 11 février 2014 et 16 décembre 2014, des élèves porteurs de troubles visuels et comportementaux le 19 janvier 2015, des élèves ayant des troubles fonctionnels cognitifs et des troubles auditifs le 23 janvier 2015, qu’elle a participé à deux réunions collectives dans le cadre de son accompagnement tenues le 20 avril 2015 et le 17 mars 2016, qu’elle a signé le bilan de formation la concernant le 13 mai 2015, qu’elle a ensuite suivi une formation en externe de découverte et*

perfectionnement des savoirs en langue des signes française de 35 heures, en juin 2015, puis un stage intensif niveau I de 30 heures en juin 2016 puis une formation de niveau II de 30 heures du 27 au 30 juin 2016, module de formation qualifiante ou certifiante en langue des signes, qu'elle a ainsi cumulé 106 heures d'accompagnement et de formation, [...]."

Il ressort de ces éléments que les premières 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, tandis que la dernière permet de connaître les suites données à la relation de travail. En revanche, la motivation spécifique relative aux actions mises en œuvre 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 branches du moyen examinées. Ainsi, ces dernières ne critiquent que des moyens surabondants et, en outre, s'agissant de la troisième branche, la cour d'appel n'était pas tenue d'entrer dans le détail de l'argumentation de la salariée.

▸ Je conclus au rejet sur les deuxième, troisième et cinquième branches du premier moyen.

Sur la quatrième branche :

Le pourvoi soutient qu'en l'absence de convention tripartite signée pour le deuxième contrat d'accompagnement dans l'emploi, il n'était pas permis de vérifier si l'octroi de l'aide a été antérieur à la signature du contrat *"comme cela est obligatoire"*.

A titre préliminaire, il convient de rappeler que la loi n° 2012-1189 du 26 octobre 2012 a supprimé la convention tripartite qui était antérieurement conclue au titre du contrat unique d'insertion entre l'employeur, le bénéficiaire et le prescripteur. Désormais, le contrat unique d'insertion comporte la demande d'aide qui fixe notamment les modalités d'orientation et d'accompagnement professionnel du salarié ainsi que le contrat de travail conclu entre l'employeur et le salarié.

En tout état de cause, aucune demande d'aide n'a été annexée au contrat signé le 30 septembre 2014 (production n°2 du mémoire ampliatif).

Par ailleurs, devant la cour d'appel, la salariée a soutenu *"Pour le contrat du 01.10.2014 au 30.09.2015, (pièce 2), (la salariée) n'a eu aucune convention tripartite ! On ne peut donc même pas vérifier si l'octroi de l'aide a été antérieur à la signature du contrat comme cela est obligatoire sous peine de requalification immédiate du contrat CDD en contrat à durée indéterminée selon la jurisprudence. En effet, la Chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que "si l'aide à l'insertion professionnelle n'est pas attribuée préalablement à la conclusion du contrat de travail, le contrat unique d'insertion est requalifié en contrat de droit commun à durée indéterminée ».* (CCass.Ch.soc 03.02.2010, n° pourvoi 0841.872)."

Outre le fait que la salariée ne citait aucune disposition législative prévoyant la sanction de requalification d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi à durée

déterminée en contrat à durée indéterminée en cas de manquement à l'attribution d'aide à l'insertion professionnelle préalablement à la conclusion du contrat de travail, il convient de relever que la jurisprudence citée (Soc., 3 février 2010, pourvoi n° 08-41.872) s'inscrivait dans le cadre de la conclusion d'un emploi-jeune. Or, l'article D. 5134-4 du code du travail visé par cette décision, dans sa version issue du décret n° 2008-244 du 7 mars 2008 figurant dans une "*Section 1 : Contrat emploi-jeune*" disposait "*Aucune embauche ne peut intervenir avant la date de la signature de la convention.*" Si aux termes de l'article R. 5134-26 du code du travail "*L'aide à l'insertion professionnelle est attribuée préalablement à la conclusion du contrat de travail mentionné à l'article L. 5134-24 du code du travail*", aucun texte ne prévoit de sanction en cas d'absence de demande d'aide ou en cas de non antériorité de la demande d'aide à la conclusion du contrat de travail dans le cadre d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi.

Enfin, sous l'empire des contrats emploi-consolidé, prédécesseur notamment du contrat d'accompagnement dans l'emploi, la chambre a jugé que "*le défaut de conclusion préalable de la convention prévue à l'article L. 322-4-8-1 du code du travail, dans sa rédaction alors en vigueur, n'avait pas pour effet de faire perdre aux contrats emploi-consolidé conclus pour une durée déterminée en application de l'article L. 122-2 du même code, leur caractère de contrats à durée déterminée.*" (Soc., 17 octobre 2001, pourvoi n° 99-45.338, 99-45.339, 99-45.336, 99-45.337).

Je considère que le maintien de cette jurisprudence se justifie dès lors que le contrat emploi-consolidé avait pour objet de faciliter l'insertion des personnes rencontrant des difficultés particulières d'accès à l'emploi, objet identique à celui du contrat d'accompagnement dans l'emploi.

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

Sur le troisième 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 deuxième moyen, je considère le deuxième moyen sans objet.**

Sur le quatrième 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 deuxième moyen, je considère la première branche du quatrième 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 revenait 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'article², le terme *“convention”* par la mention *“décision d'attribution de l'aide”*.

² 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,

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 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 quatrième moyen.

sans être supérieure à la durée légale hebdomadaire. Cette variation est sans incidence sur le calcul de la rémunération due au salarié."

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 et un tableau récapitulatif des heures effectuées au-delà de 20 heures par semaine mois par mois (pièces 4 et 6)”* (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 sont donnés bien plus tard. (La salariée) au moment de sa signature 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. Il est faux de prétendre que la salariée connaissait son programme prévisionnel et ses horaires de travail au moment de la signature de son contrat. [...] La cour constatera qu'aucun accord ou convention de répartition de la durée du travail sur l'année n'est versé par l'employeur alors que la*

cour de cassation l'impose en cas de modulation du temps de travail. (La salariée était littéralement à la merci de son employeur pour toute modulation, ce qui l'empêchait de pouvoir travailler auprès d'un autre employeur. [...] Bien entendu, aucun délai de prévenance de 15 jours n'était respecté par l'employeur quand il modifiait les emplois du temps de la salariée.)" (Pages 22 et 23 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. Elle ne conteste pas avoir systématiquement travaillé 24 heures par semaine sauf pour les périodes où l'établissement scolaire était fermé. La salariée soutient ainsi que les horaires de travail n'ont pas été légalement mis en œuvre, argumentation devant préalablement être discutée avant d'examiner le bien fondé des heures complémentaires dont le paiement est sollicité.

(L'employeur) objecte 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 [B] 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, qu'à suivre l'argumentation de (la salariée) sur le droit commun des heures complémentaires la rémunération indue perçue à hauteur de 20 heures hebdomadaires non exécutées devrait être déduite de ces prétentions,

- 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."

Le fait que la cour d'appel mentionne dans sa motivation une "demande en paiement de 17 heures complémentaires d'octobre 2015 à décembre 2016 et 104 heures complémentaires de janvier 2017 à septembre 2017" alors que le dernier contrat courait jusqu'au 30 septembre 2016 et que la cour avait rappelé que la salariée

dans ses conclusions sollicitait une somme *“au titre du rappel de salaire pour les heures complémentaires effectuées du 1^{er} octobre 2013 au 30 septembre 2016”* (page 3 de l'arrêt) permet de s'interroger sur sa lecture des pièces versées par la salariée.

Cependant, de façon plus pertinente, il convient de relever que si 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, elle soutenait néanmoins 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 ou exercer un autre emploi.

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.

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