



COUR DE CASSATION

**RAPPORT DE M. FLORES,
CONSEILLER**

Arrêt n° 159 du 7 février 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 22-17.696

Décision attaquée : Cour d'appel de Toulouse du 29 octobre 2021

Mme [O] [G]

C/

société Une Aide pour chacun

1 - Rappel des faits et de la procédure

Le 1^{er} octobre 2016, Mme [G] a été engagée en qualité d'assistante de vie niveau 1 à temps partiel, à hauteur de 120 heures par mois. Un avenant du 1^{er} novembre 2016 a porté la durée du travail mensuelle à 140 heures. Un second avenant du 1^{er} juillet 2017 l'a ramenée à 70 heures mensuelles.

Les parties ont conclu le 10 juillet 2017 une rupture conventionnelle.

Le 22 août 2018, la salariée a saisi la juridiction prud'homale d'une demande tendant notamment à la requalification de son contrat de travail à temps partiel en contrat à temps plein.

Par jugement du 12 septembre 2019, le conseil de prud'hommes de Toulouse a débouté la salariée de l'ensemble de ses demandes.

Par arrêt du 29 octobre 2021, la cour d'appel de Toulouse a confirmé le jugement.

La salariée, bénéficiaire de l'aide juridictionnelle, a formé un pourvoi en cassation le 13 juin 2022. Le mémoire ampliatif a été déposé le 12 octobre 2022. Il contient une demande au titre de l'article 700 CPC d'un montant de 3 500 euros. Le mémoire en défense a été déposé le 12 décembre 2012.

2 - Analyse succincte du moyen

Mme [G] fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR dit que son temps de travail n'a pas été porté à celui d'un temps de travail correspondant à un contrat de travail à temps plein et de l'AVOIR déboutée de ses demandes afférentes à la requalification de son contrat de travail à temps partiel en contrat à temps complet à titre de rappels de salaire.

ALORS QUE lorsque le recours à des heures complémentaires a pour effet de porter la durée du travail d'un salarié à temps partiel au niveau de la durée légale ou conventionnelle, le contrat de travail à temps partiel doit, à compter de la première irrégularité, être requalifié en contrat de travail à temps plein ; qu'en refusant en l'espèce de prononcer la requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat à temps plein aux motifs erronés que la durée de travail était calculée sur l'année et que le dépassement horaire était ponctuel, quand elle avait constaté que les heures effectuées par la salariée au cours du mois de novembre 2016 avaient eu pour effet de porter sa durée hebdomadaire de travail au niveau de la durée à temps plein, la cour d'appel a violé l'article L. 3123-9 du code du travail, dans sa version applicable en la cause.

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

- Requalification d'un contrat de travail à temps partiel modulé et période de référence pour le calcul de la durée légale de travail.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Depuis la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, le temps partiel modulé ne peut être mis en place que si un accord collectif en prévoit le recours :

Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel, après avoir relevé que la modulation du travail à temps partiel instituée par l'article L. 212-4-6 du code du travail ne pouvait résulter que d'un accord collectif, a exactement décidé que l'accord du 1er avril 1999 visant à mettre en oeuvre la création d'emplois par l'aménagement et la réduction du temps de travail dans la branche sanitaire, sociale et médico-sociale à but non lucratif ne contenait pas de dispositions applicables aux salariés à temps partiel en ce qui concerne la modulation du temps de travail, l'article 15-3 dudit accord étant relatif au contrat de travail à temps partiel annualisé ;

Et attendu, ensuite, qu'ayant constaté que l'avenant au contrat de travail du salarié et prévoyant son emploi à temps partiel avait été conclu le 16 novembre 2000, elle a

fait ressortir que cet avenant n'avait pu mettre en place un contrat de travail à temps partiel annualisé en application des dispositions anciennes des articles L. 212-4-2 et L. 212-4-3 du code du travail, la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 ayant supprimé la possibilité de conclure un tel contrat ;

D'où il suit que la cour d'appel a, à bon droit, décidé que l'employeur ne pouvait décompter les heures de travail effectuées par le salarié sur l'année ; que le moyen n'est pas fondé ; (Soc., 3 mai 2006, pourvoi n° 04-44.093, Bull. 2006, V, n° 165)

Dans sa rédaction antérieure à la loi du 20 août 2008, l'article L. 3123-25, relatif au temps partiel modulé, du code du travail disposait :

Une convention ou un accord collectif de travail étendu ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir que la durée hebdomadaire ou mensuelle peut varier dans certaines limites sur tout ou partie de l'année à condition que, sur un an, la durée hebdomadaire ou mensuelle n'excède pas en moyenne la durée stipulée au contrat de travail.

Cette convention ou cet accord prévoit :

1° Les catégories de salariés concernés ;

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

3° La durée minimale de travail hebdomadaire ou mensuelle ;

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

5° Les limites à l'intérieur desquelles la durée du travail peut varier, l'écart entre chacune de ces limites et la durée stipulée au contrat de travail ne pouvant excéder le tiers de cette durée. La durée du travail du salarié ne peut être portée à un niveau égal ou supérieur à la durée légale hebdomadaire ;

6° Les modalités selon lesquelles le programme indicatif de la répartition de la durée du travail est communiqué par écrit au salarié ;

7° Les conditions et les délais dans lesquels les horaires de travail sont notifiés par écrit au salarié ;

8° Les modalités et les délais selon lesquels ces horaires peuvent être modifiés, cette modification ne pouvant intervenir moins de sept jours après la date à laquelle le salarié en a été informé. Ce délai peut être ramené à trois jours par convention ou accord collectif de branche étendu ou convention ou accord d'entreprise ou d'établissement.

La loi du 20 août 2008 a modifié profondément le dispositif et opéré une fusion de l'ensemble des dispositifs permettant d'organiser la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année. Le travail à temps partiel a été englobé dans ce dispositif générique, les accords de modulation antérieurs faisant l'objet de disposition de sécurisation. Les dispositions de l'ancien article L. 3123-25 5° CT, énonçant que "La durée du travail du salarié ne peut être portée à un niveau égal ou supérieur à la durée légale hebdomadaire", n'ont pas été reprises. Le dispositif légal a été organisé comme suit :

L. 3122-2 :

Un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut définir les modalités d'aménagement du temps de travail et organiser la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année. Il prévoit :

1° Les conditions et délais de prévenance des changements de durée ou d'horaire de travail ;

2° Les limites pour le décompte des heures supplémentaires ;

3° Les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période.

Lorsque l'accord s'applique aux salariés à temps partiel, il prévoit les modalités de communication et de modification de la répartition de la durée et des horaires de travail. Sauf stipulations contraires d'un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, d'une convention ou d'un accord de branche, le délai de prévenance en cas de changement de durée ou d'horaires est fixé à sept jours.

A défaut d'accord collectif, un décret définit les modalités et l'organisation de la répartition de la durée du travail sur plus d'une semaine.

L. 3123-1 : 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.

L. 3123-17 : 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.

Ces dispositions ont été consolidées et renumérotées par la loi du 8 août 2016, laquelle a porté à trois ans la période sur laquelle le temps de travail peut être aménagé par voie d'accord collectif :

L. 3121-44 : En application de l'article L. 3121-41, un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut définir les modalités d'aménagement du temps de travail et organiser la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine. Il prévoit :

1° La période de référence, qui ne peut excéder un an ou, si un accord de branche l'autorise, trois ans ;

2° Les conditions et délais de prévenance des changements de durée ou d'horaires de travail ;

3° Les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et des départs en cours de période de référence.

Lorsque l'accord s'applique aux salariés à temps partiel, il prévoit les modalités de communication et de modification de la répartition de la durée et des horaires de travail.

L'accord peut prévoir une limite annuelle inférieure à 1 607 heures pour le décompte des heures supplémentaires.

Si la période de référence est supérieure à un an, l'accord prévoit une limite hebdomadaire, supérieure à trente-cinq heures, au delà de laquelle les heures de travail effectuées au cours d'une même semaine constituent en tout état de cause des heures supplémentaires dont la rémunération est payée avec le salaire du mois considéré. Si la période de référence est inférieure ou égale à un an, l'accord peut prévoir cette même limite hebdomadaire. Les heures supplémentaires résultant de l'application du présent alinéa n'entrent pas dans le décompte des heures travaillées opéré à l'issue de la période de référence mentionnée au 1°.

L'accord peut prévoir que la rémunération mensuelle des salariés est indépendante de l'horaire réel et détermine alors les conditions dans lesquelles cette rémunération est calculée, dans le respect de l'avant-dernier alinéa.

L. 3123-1 :

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, durant 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 durant 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.

L. 3123-9 :

Les heures complémentaires ne peuvent avoir pour effet de porter la durée de travail accomplie par un salarié à temps partiel au niveau de la durée légale du travail ou, si elle est inférieure, au niveau de la durée de travail fixée conventionnellement.

L. 3123-28 :

A défaut d'accord prévu à l'article L. 3123-20, **le nombre d'heures complémentaires accomplies par un salarié à temps partiel au cours d'une même semaine ou d'un même mois ou de la période prévue par un accord collectif conclu sur le fondement de l'article L. 3121-44 ne peut être supérieur au dixième de la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail prévue dans son contrat et calculée, le cas échéant, sur la période prévue par un accord collectif conclu sur le fondement du même article L. 3121-44.**

Notre jurisprudence considère depuis longue date que lorsque les heures effectuées par un salarié à temps partiel ont pour effet de porter la durée hebdomadaire de

travail au niveau de la durée légale, la requalification en contrat de travail à temps plein est encourue :

Vu l'article L. 212-4-3 du code du travail ;

*Attendu que, selon ce texte, le contrat de travail à temps partiel détermine les limites dans lesquelles peuvent être effectuées des heures complémentaires au-delà du temps fixé par le contrat ; **que les heures complémentaires ne peuvent avoir pour effet de porter la durée du travail au niveau de la durée légale du travail ou de la durée fixée conventionnellement ;***

Attendu que pour rejeter les demandes de la salariée en paiement de rappels de salaire et de congés payés sur le fondement d'une requalification du contrat de travail à temps partiel en un contrat à temps complet, la cour d'appel retient que la quasi totalité des heures faites au delà de vingt heures mentionnées sur les bulletins de paie l'ont été en application des trente avenants qui augmentaient temporairement la durée du travail et n'avaient pas à respecter le délai de prévenance de sept jours qui ne concerne que les modifications imposées par l'employeur si le contrat l'y autorise et qu'il ne s'agissait pas d'heures complémentaires au sens de l'article L. 212-4-3 du code du travail ; que s'il est arrivé de façon tout à fait ponctuelle, qu'en dehors de ces avenants, Mme [L] [M] fasse des heures complémentaires au delà de la limite de 10 %, cette circonstance ne justifie pas la requalification à temps plein ; qu'il n'en résulte pas, en effet, que l'intéressée ait été mise dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme elle allait devoir travailler, en raison de leur caractère très limité et du fait que selon sa lettre du 4 mars 2002, elle a toujours été d'accord pour faire les heures nécessitées par le service, jusqu'au désaccord portant sur les samedis ;

*Qu'en statuant ainsi, **alors qu'il résulte de ses propres constatations que les heures effectuées par la salariée en exécution des avenants avaient eu pour effet de porter la durée hebdomadaire du travail de celle-ci, employée à temps partiel, au niveau de la durée légale**, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; (Soc., 16 nov. 2007, n° 06-40.987 ; dans le même sens Soc., 8 avril 2009, N° 07-43.343)*

Mais attendu d'abord que, selon les articles L. 3123-15 et L. 3123-17 du code du travail, le contrat de travail à temps partiel détermine les limites dans lesquelles peuvent être effectuées des heures complémentaires au-delà du temps fixé par le contrat ; que les heures complémentaires ne peuvent avoir pour effet de porter la durée du travail au niveau de la durée légale du travail ou de la durée fixée conventionnellement ;

*Et attendu que la cour d'appel **ayant relevé que les heures effectuées par la salariée en exécution des avenants avaient eu pour effet de porter la durée hebdomadaire du travail de celle-ci, employée à temps partiel, au niveau de la durée légale, en a exactement déduit que le contrat à temps partiel devait être requalifié à temps complet** ; que le moyen n'est pas fondé ; (Soc., 9 déc. 2009, n° 08-42.381).*

Mais attendu d'abord que, selon les articles L. 3123-15 et L. 3123-17 du code du travail, le contrat de travail détermine les limites dans lesquelles peuvent être effectuées des heures complémentaires au-delà du temps fixé par le contrat ; que les heures complémentaires ne peuvent avoir pour effet de porter la durée du travail au niveau de la durée légale du travail ou de la durée fixée conventionnellement ;

Et attendu que la cour d'appel ayant relevé que les heures effectuées par la salariée en exécution de l'avenant du 31 juillet 2000 puis au cours des mois d'avril, mai, juin, août et septembre 2002 avaient eu pour effet de porter la durée hebdomadaire du travail de celle-ci, employée à temps partiel, au niveau de la durée légale, en a exactement déduit que le contrat à temps partiel devait être requalifié à temps complet (Soc., 24 mars 2010, n° 08-42.186).

La requalification est encourue dès que le salarié à temps partiel exécute un horaire de travail, sur la période de référence, égal à la durée légale de travail :

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

Attendu qu'en application du premier de ces textes, lorsque le recours à des heures complémentaires a pour effet de porter la durée du travail d'un salarié à temps partiel au niveau de la durée légale ou conventionnelle, le contrat de travail à temps partiel doit, à compter de la première irrégularité, être requalifié en contrat de travail à temps plein ; que, selon le second, l'absence d'écrit mentionnant la durée du travail et sa répartition fait présumer que l'emploi est à temps complet et qu'il incombe à l'employeur qui conteste cette présomption de rapporter la preuve, d'une part, de la durée exacte hebdomadaire ou mensuelle convenue, d'autre part, que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme [K] a été engagée le 25 mai 2005 en qualité de chauffeur à temps partiel, sans contrat de travail écrit, par la société Aubigny cars, laquelle a fait l'objet d'une liquidation judiciaire, la SCP [W] [X] étant nommée mandataire liquidateur ; qu'elle a été licenciée pour motif économique le 9 décembre 2008, son préavis s'achevant le 9 janvier 2009 ; qu'elle a saisi la juridiction prud'homale de demandes en requalification de son contrat de travail à temps partiel en un contrat de travail à temps plein et en paiement d'un rappel de salaire à ce titre pour la période allant du 25 mai 2005 au 9 janvier 2009 ;

Attendu que pour limiter au contraire à 550 heures la durée minimale de travail depuis l'embauche, l'arrêt, après avoir constaté qu'il n'y avait pas de contrat de travail écrit et que l'intéressée avait travaillé à temps plein au mois de juin 2007, relève qu'elle était essentiellement chargée de transports scolaires et de transports périscolaires, qu'elle était, sauf cas exceptionnels, avertie, conformément aux dispositions de la convention collective, au moins trois jours à l'avance de ses horaires de travail, que l'employeur produit mois par mois des relevés précis des transports effectués, et que l'intéressée s'est entièrement mise à la disposition d'un autre employeur du 1er septembre 2007 au 30 avril 2008 ;

*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 ; (Soc., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-20.627, Bull. 2014, V, n° 308)***

La requalification en contrat à temps plein est acquise, même si la période où la durée légale de travail a été atteinte est limitée :

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

mois d'octobre 2004, la durée de travail de la salariée au-delà de la durée légale, la cour d'appel a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision ; (Soc., 12 mars 2014, pourvoi n° 12-15.014, Bull. 2014, V, n° 78).

La requalification est encourue dès lors que l'exécution du contrat de travail à temps partiel révèle que la durée légale a été atteinte, peu important que l'horaire mensuel soit resté inchangé et ait bien été respecté. Il importe de ce référer à durée hebdomadaire lorsque celle-ci constitue la période de référence :

Vu les articles L. 3121-10 et L. 3123-17 du code du travail, dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 :

5. Selon le premier de ces textes, la durée légale du travail effectif des salariés est fixée à trente-cinq heures par semaine civile.

6. *Selon le second, 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. 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.*

7. *Pour débouter le salarié de ses demandes, l'arrêt retient que, dès lors que la durée de travail était fixée mensuellement, la réalisation, durant une semaine, d'un horaire supérieur à la durée légale hebdomadaire, alors que l'horaire mensuel demeurait inchangé, ne saurait entraîner la requalification de ce contrat à temps partiel en contrat de travail à temps plein. Il ajoute que le rejet de la demande de requalification conduit au rejet de la demande tendant au paiement d'une indemnité pour travail dissimulé.*

8. **En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que le salarié avait accompli 1,75 heure complémentaire au mois de février 2015 et qu'au cours de la première semaine de ce mois, le salarié avait effectué 36,75 heures de travail en sorte que l'accomplissement d'heures complémentaires avait eu pour effet de porter la durée du travail accomplie par le salarié à un niveau supérieur à la durée légale du travail, ce dont elle aurait dû déduire que le contrat de travail à temps partiel devait, à compter de ce dépassement, être requalifié en contrat de travail à temps complet, la cour d'appel a violé les textes susvisés.** (Soc., 15 septembre 2021, pourvoi n° 19-19.563)

Dans cet arrêt, le chapeau rappelle la durée de travail de référence applicable à la relation de travail, en l'espère trente-cinq heures hebdomadaires, pour vérifier si la durée légale a été atteinte.

La requalification en contrat à temps complet lorsque la durée légale a été atteinte en exécution d'un avenant de complément d'heures :

Vu les articles L. 3123-25, alinéa 1, du code du travail dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 et L. 3123-17, alinéa 2, du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 :

8. *Aux termes du premier de ces textes, une convention ou un accord de branche étendu peut prévoir la possibilité, par avenant au contrat de travail, d'augmenter temporairement la durée du travail prévue par le contrat. Par dérogation au dernier*

alinéa de l'article L. 3123-17, les heures complémentaires accomplies au-delà de la durée déterminée par l'avenant donnent lieu à une majoration de salaire qui ne peut être inférieure à 25 %.

9. Selon le second de ces textes, 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.

10. Il résulte de la combinaison de ces textes que la conclusion d'un avenant de complément d'heures à un contrat de travail à temps partiel, sur le fondement de l'article L. 3123-25 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, ne peut avoir pour effet de porter la durée du travail convenue à un niveau égal à la durée légale du travail ou à la durée fixée conventionnellement.

11. Pour constater la validité de l'avenant du 22 décembre 2014 ayant pour objet de déterminer les conditions d'un complément d'heures au contrat de travail à temps partiel de la salariée, débouter cette dernière de ses demandes en requalification de son contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein, en paiement d'une indemnité compensant la perte de salaire du 1er janvier au 31 décembre 2016 outre les congés payés afférents et en paiement de majorations des heures complémentaires outre les congés payés afférents, l'arrêt relève qu'il ressort de l'avenant signé par la salariée et l'employeur, le 22 décembre 2014, que les parties sont convenues d'augmenter la durée du travail de la salariée de 86,67 heures à 152 heures par mois pendant une période limitée, soit du 1er janvier 2015 au 6 novembre 2015. Il retient que, compte tenu de cet avenant, dont les termes sont conformes aux dispositions des articles L. 3123-25 du code du travail et 6.2.5.2 de la convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés, il ne peut être considéré que le contrat à temps partiel doit être requalifié en contrat à temps plein du fait de l'augmentation de la durée du travail de la salariée, sur la période contractuellement prévue du 1er janvier au 6 novembre 2015, au-delà de la durée de 86,67 heures issue du contrat de travail du 3 juin 2013.

12. En statuant ainsi, **alors qu'il résultait de ses propres constatations que l'avenant de complément d'heures conclu entre les parties le 22 décembre 2014 avait pour effet de porter la durée du travail prévue par le contrat de la salariée, employée à temps partiel, au niveau de la durée légale du travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés.** (Soc., 21 septembre 2022, pourvoi n° 20-10.701, P).

La requalification a été ordonnée dans le cadre du dépassement de la durée légale hebdomadaire de travail pour un contrat de travail à temps partiel modulé, soumis aux dispositions légales antérieures à la loi du 20 août 2008 :

Mais attendu qu'ayant retenu que le non-respect de la limite du tiers de la durée du travail fixée par la convention collective et l'accord d'entreprise était insuffisant en soi pour justifier la requalification du contrat à temps partiel modulé en contrat à temps complet, dès lors qu'il n'était pas démontré que la durée du travail du salarié avait été portée à un niveau égal ou supérieur à la durée légale hebdomadaire ou à la durée fixée conventionnellement, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen, qui manque en fait en sa seconde branche, n'est pas fondé ; (Soc., 12 septembre 2018, pourvoi n° 16-18.030, 16-18.037, Bull. 2018, V, n° 152.)

Mais attendu, d'abord, que selon l'article L. 3123-25, 5° du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, la convention ou l'accord collectif organisant le temps partiel modulé prévoit les limites à l'intérieur desquelles la durée du travail peut varier, l'écart entre chacune de ces limites et la durée stipulée au contrat de travail ne pouvant excéder le tiers

de cette durée ; que la durée du travail du salarié ne peut être portée à un niveau égal ou supérieur à la durée légale hebdomadaire ;

Attendu, ensuite, qu'il ne peut être dérogé aux dispositions d'ordre public des articles L. 3123-14 et L. 3123-25, 5° du code du travail dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 ; qu'il en résulte que toutes les heures effectuées, qu'elles soient imposées par l'employeur ou qu'elles soient prévues par avenant au contrat de travail à temps partiel en application d'un accord collectif, doivent être incluses dans le décompte de la durée du travail ;

Attendu, encore, qu'ayant exactement retenu que les prestations additionnelles devaient être incluses dans le décompte du temps de travail et constaté que les heures effectuées par la salariée au mois de décembre 2008 avaient eu pour effet de porter la durée du travail accomplie à hauteur de la durée légale du travail, la cour d'appel, en a déduit à bon droit, sans avoir à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, que le contrat de travail devait être requalifié en contrat de travail à temps complet à compter de cette date ;

Attendu, enfin, que l'obligation de l'employeur de supporter les conséquences financières résultant de l'absence de respect de dispositions d'ordre public se rapportant à la durée du travail à temps partiel, ne peut, en l'absence de base suffisante en droit interne, constituer l'atteinte à un « bien » au sens de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; (Soc., 23 janvier 2019, pourvoi n° 17-19.393, P)

La question posée par le moyen est de savoir si, après la loi du 20 août 2008, pour un salarié à temps partiel soumis à un régime de modulation, l'interdiction de porter la durée du travail à hauteur de la durée légale, s'apprécie comme auparavant par rapport au plafond de 35 heures ou bien par rapport à la période de référence fixée par l'accord collectif qui constitue par ailleurs le seuil de déclenchement des heures supplémentaires.

La fiche 12, de la circulaire DGT n° 20 du 13 novembre 2008, indiquait :

1. Mise en place du temps partiel aménagé sur tout ou partie de l'année

Le temps partiel aménagé sur tout ou partie de l'année a pour objet de permettre, dans certaines limites, sur tout ou partie de l'année, de faire varier la durée du travail hebdomadaire ou mensuelle fixée dans le contrat de travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année.

Il ne peut être désormais instauré que par une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche.

L'accord collectif mentionne les conditions et délais de prévenance des changements de durée ou d'horaires de travail, les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période ainsi que les modalités de communication et de modification de la répartition de la durée et des horaires de travail.

Les conditions d'aménagement du temps de travail prévues aux points 1.1 à 1.4 de la fiche relative à l'aménagement du temps de travail s'appliquent dans le cadre d'un temps partiel aménagé sur l'année. Les heures complémentaires, dont le volume est dans ce cas constaté, en fin de période, ne peuvent avoir pour effet de porter la

durée de travail du salarié au niveau de la durée légale de 35 heures en moyenne sur la période de plusieurs semaines ou de 1 607 heures sur l'année.

Par ailleurs, les salariés à temps partiel aménagé peuvent bénéficier au même titre que les salariés à temps plein de l'octroi de jours de repos dans les conditions fixées par l'accord collectif aménageant le temps de travail sur tout ou partie de l'année.

La cour d'appel a énoncé :

L' accord d'entreprise prévoit en son article 3 que les variations possibles de la durée de travail sur la période de référence sont une variation de l'horaire de travail de 0% à 20% par rapport à l'horaire mensuel de référence. Conformément à l'article L3122-2 du code du travail, les salariés à temps partiel dont le temps de travail est aménagé sur tout ou partie de l'année ont une durée de travail annuelle inférieure à 1600 heures et au prorata de cette durée si la période de référence contractuelle retenue est inférieure à l'année et supérieure à un mois.

L'article 5 du contrat de travail dispose que les variations possibles de la durée de travail sur la période de référence sont une variation de l'horaire de travail de 0% à 20% par rapport à l'horaire mensuel de référence.

(...)

La durée du travail est calculée à l'année.

Si l'article L 3123-9 du code du travail dispose que les heures complémentaires ne peuvent avoir pour effet de porter la durée du travail accomplie par un salarié à temps partiel au niveau de la durée légale du travail ou si elle est inférieure, au niveau de la durée de travail fixée conventionnellement, il ne stipule pas de requalification automatique légale en contrat à temps plein.

En l'espèce, le dépassement horaire hebdomadaire relevé par la salariée est ponctuel et il n'est pas démontré que la durée annuelle de travail a été dépassée.

Aussi Mme [G] sera déboutée de sa demande de requalification du contrat de travail à temps partiel en temps plein ainsi que de celles de rappels de salaire afférentes et de dommages et intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail et non-respect du délai de prévenance, l'appelante ne démontrant pas par ailleurs avoir subi un préjudice spécifique à hauteur de celui réclamé.

La salariée demande une cassation sans renvoi et invite la Cour de cassation à statuer sur le fond.