



**AVIS DE M. HALEM,  
AVOCAT GÉNÉRAL RÉFÉRENDIAIRE**

**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**

---

Le 1<sup>er</sup> octobre 2016, Mme [G] (ci-après “la salariée”) a été engagée par la société Une Aide pour chacun (ci-après “l’employeur”) en qualité d’assistante de vie de niveau 1 à temps partiel, à hauteur de 120 heures par mois.

Par avenant du 1<sup>er</sup> novembre 2016, la durée du travail mensuelle a été portée à 140 heures puis ramenée à 70 heures par un second avenant du 1<sup>er</sup> juillet 2017.

Le 10 juillet 2017, les parties ont conclu une rupture conventionnelle.

Le 22 août 2018, la salariée a saisi la juridiction prud’homale aux fins de 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 l’a déboutée de l’ensemble de ses demandes.

Par arrêt du 29 octobre 2021, la cour d’appel de Toulouse a confirmé le jugement.  
Le 13 juin 2022, la salariée a formé un pourvoi en cassation.

## DISCUSSION

Le pourvoi de la salariée se fonde sur un **unique moyen** de cassation, selon lequel 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.

Or la cour d'appel a en l'espèce refusé de prononcer cette requalification aux motifs erronés que la durée de travail était calculée sur l'année et que le dépassement horaire était ponctuel, alors qu'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 (violation de l'article L. 3123-9 du code du travail, dans sa version applicable en la cause).

Au regard de l'argumentation développée par les parties dans leurs mémoires, le moyen pose la question suivante : **l'interdiction de porter le nombre d'heures complémentaires d'un salarié à temps partiel à la durée légale du travail prévue par l'article L. 3123-9 du code du travail doit-elle être appréciée, en cas de modulation du temps de travail, par rapport à la durée de 35 heures hebdomadaire ou à la période de référence prévue par l'accord de modulation ?**

Les salariés à temps partiel, éligibles à la modulation (1), peuvent effectuer des heures complémentaires sous réserve de ne pas égaler la durée légale de travail, qui diffère selon la période de référence conventionnelle applicable (2). La convention collective en cause ayant retenu une période de référence annuelle inférieure à la durée légale annuelle, la cour d'appel a retenu à bon droit qu'un unique dépassement de la durée hebdomadaire légale ne suffisait pas à justifier la requalification du contrat de travail en contrat à temps complet (3).

**1. Les salariés à temps partiel (1.1) ont été progressivement soumis à la modulation du temps de travail, pouvant être organisée sur une base pluriannuelle par voie de convention collective (1.2)**

**1.1. Le salarié à temps partiel peut être défini, depuis la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 dite "Aubry II", comme un salarié travaillant moins que la durée légale du travail ou que la durée conventionnelle inférieure à celle-ci.**

L'article L. 3123-1 du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 applicable en l'espèce, envisage ainsi, au regard de cette durée de référence, plusieurs modalités d'organisation du temps de travail d'un tel salarié, celle-ci pouvant être hebdomadaire, mensuelle ou annuelle, comme en l'espèce :

"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<sup>3</sup>.

**1.2. Les travailleurs à temps partiel se sont vu ouvrir l'accès à la modulation du temps de travail dans les mêmes conditions que les salariés à temps complet,** grâce à plusieurs réformes législatives qui en ont assoupli les conditions, par un recours accru à la négociation collective.

La loi n° 93-1313 quinquennale du 20 décembre 1993 a en effet créé la faculté pour ces salariés de recourir au temps partiel annualisé, selon une alternance de périodes travaillées et non travaillées<sup>1</sup>, à condition que la durée de travail annuelle n'excède pas le cinquième de la durée légale ou conventionnelle<sup>2</sup>.

Abrogeant cette modalité d'aménagement<sup>3</sup>, la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 précitée a créé le temps partiel modulé, en limitant la variation de la durée du travail sur un an à la durée légale "hebdomadaire". L'ancien article [L. 212-4-6](#) du code du travail issu de cette loi, devenu article [L. 3123-25](#) du même code à l'occasion de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail, disposait en effet :

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

Cette convention ou cet accord prévoit : (...)

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

---

<sup>1</sup> Soc, 23 mars 2007, n° 05-43.045.

<sup>2</sup> Voir ancien article [L. 212-4-2](#), alinéa 4, du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 : "Sont également considérés comme salariés à temps partiel les salariés occupés selon une alternance de périodes travaillées et non travaillées dont la durée de travail annuelle est inférieure d'au moins un cinquième à celle qui résulte de l'application sur cette même période de la durée légale du travail ou de la durée du travail fixée conventionnellement pour la branche ou l'entreprise diminuée des heures correspondant aux jours de congés légaux ou conventionnels".

<sup>3</sup> En prévoyant néanmoins un dispositif de sécurisation des accords conclus avant son entrée en vigueur : article 14, II, de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 : "II. - Les stipulations des contrats de travail conclus sur le fondement de l'article [L. 212-4-3](#) du code du travail dans sa rédaction applicable avant l'entrée en vigueur de la présente loi et prévoyant une durée du travail calculée sur l'année demeurent en vigueur. Lorsque la limite dans laquelle peuvent être effectuées des heures complémentaires a été portée au-delà du dixième de la durée annuelle fixée au contrat de travail en application d'un accord de branche étendu, chacune des heures complémentaires effectuées au-delà de la durée précitée donne lieu à une majoration de salaire de 25 %".

**La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a simplifié et uniformisé les conditions d'accès à la modulation<sup>4</sup>, suivant deux grandes orientations.**

D'une part, le **primat de la négociation collective** pour définir les modalités de la répartition du travail sur une période plurihebdomadaire, avec une information renforcée du salarié à temps partiel<sup>5</sup>.

D'autre part, l'**encadrement du pouvoir de l'employeur** par l'imposition d'une double limite liée au dixième de la durée prévue au contrat - venant s'ajouter à la limite d'un tiers de la durée contractuelle, instaurée par l'ordonnance du 12 mars 2007 précitée<sup>6</sup> - et à la durée légale ou conventionnelle du travail<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> En sécurisant des accords de temps partiel modulé antérieurs à cette loi : voir [article 20, V](#), de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 : “*Les accords conclus en application des articles L. 3122-3, [L. 3122-9](#), L. 3122-19 et [L. 3123-25](#) du code du travail (...) dans leur rédaction antérieure à la publication de la présente loi restent en vigueur*”.

<sup>5</sup> Article [L. 3122-2](#) du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 : “*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”.*

<sup>6</sup> Article [L. 3123-18](#), dans sa version issue de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 : “*Une convention ou un accord collectif de branche étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut porter jusqu'au tiers de la durée stipulée au contrat la limite fixée à l'article L. 3123-17 dans laquelle peuvent être accomplies des heures complémentaires*”.

<sup>7</sup> Article [L. 3123-17](#), dans sa version issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 : “*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”.*

Enfin, la **loi n° 2016-1088 du 8 août 2016**, applicable aux faits de l'espèce, a encore élargi les possibilités de modulation, dont les conditions sont pour l'essentiel renvoyées à la négociation collective.

Ainsi, l'article [L. 3121-41](#) du code du travail, dans sa version issue de ce texte, **a étendu à trois ans la période de référence pour aménager le temps de travail au-delà de la semaine, sa limite annuelle étant fixée à 1607 heures** :

*“Lorsqu'est mis en place un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période de référence supérieure à la semaine, les heures supplémentaires sont décomptées à l'issue de cette période de référence.*

*Cette période de référence ne peut dépasser trois ans en cas d'accord collectif et neuf semaines en cas de décision unilatérale de l'employeur.*

*Si la période de référence est annuelle, constituent des heures supplémentaires les heures effectuées au delà de 1 607 heures.*

*Si la période de référence est inférieure ou supérieure à un an, constituent des heures supplémentaires les heures effectuées au delà d'une durée hebdomadaire moyenne de trente-cinq heures calculée sur la période de référence”.*

**L'accord de modulation doit donc prévoir explicitement**, aux termes de l'article [L. 3121-44](#) du code du travail tel qu'issu de la même loi, **cette période de référence, qui ne doit pas excéder trois ans**, une information renforcée des salariés quant à leurs horaires de travail, **les parties ayant la faculté**, lorsque la période de référence n'excède pas un an, **de prévoir une limite hebdomadaire supérieure à 35 heures**:

*“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”.*

Enfin, l'article [L. 3123-28](#) du code du travail réitère la même limite que la loi du 20 août 2008 précitée liée au dixième de la durée prévue au contrat, calculée sur la période conventionnelle, celles du tiers de la durée contractuelle (article L. 3123-20 du code du travail<sup>8</sup>) et de la durée légale ou conventionnelle de travail inférieure (article L. 3123-9 du code du travail<sup>9</sup>) étant par ailleurs maintenues :

*“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”.*

## **2. La limitation du recours aux heures complémentaires au regard de la durée légale (2.1) doit être appréciée en fonction de la période de référence prévue par l'accord de modulation (2.2)**

**2.1.** Les heures complémentaires effectuées, au-delà de la durée du travail prévue par le contrat de travail à temps partiel en application d'une décision unilatérale de l'employeur ou d'un accord collectif, sont étroitement encadrées par le code du travail.

**2.1.1. L'interdiction de porter la durée du travail accomplie, par le biais des heures complémentaires, au niveau de la durée légale a été consacrée par la loi n° 81-64 du 28 janvier 1981 relative au temps partiel, à l'article [L. 212-4-3](#) du code du travail<sup>10</sup>, afin de protéger le salarié à temps partiel contre une utilisation**

---

<sup>8</sup> Article [L. 3123-20](#) du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016: *“Une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche étendu peut porter la limite dans laquelle peuvent être accomplies des heures complémentaires jusqu'au tiers de la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail prévue dans le contrat du salarié à temps partiel et calculée, le cas échéant, sur la période prévue par un accord collectif conclu sur le fondement de l'article L. 3121-44”.*

<sup>9</sup> Article [L. 3123-9](#) du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 : *“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”.*

<sup>10</sup> Voir l'article [L. 212-4-3](#) du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 81-64 du 28 janvier 1981 : *“Le contrat de travail des salariés à temps partiel est un contrat écrit ; il mentionne, notamment, la durée hebdomadaire du travail, les conditions dans lesquelles sa répartition est établie ainsi que les limites dans lesquelles peuvent être effectuées des heures complémentaires au-delà du temps de travail régulier prévu par le contrat et dans le cadre éventuellement déterminé par un accord collectif. Le refus d'effectuer les heures complémentaires proposées par l'employeur au-delà des limites fixées par le contrat ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement.*



abusives des heures complémentaires qui le placeraient dans les faits dans la situation d'un salarié à temps plein<sup>11</sup>.

Après avoir été complétée par l'ordonnance n° 82-271 du 26 mars 1982<sup>12</sup> d'une référence à l'interdiction de dépasser dans ce cadre la durée fixée conventionnellement, la règle a été maintenue à l'identique par les réformes ultérieures, avant d'être inscrite par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 à l'article [L. 3123-17](#) du code du travail, celle-ci réitérant les limites précitées du dixième de la durée prévue au contrat<sup>13</sup> et du tiers de l'horaire de base<sup>14</sup>.

**La loi n° 2008-789 du 20 août 2008**, en maintenant l'interdiction d'égaliser la limite légale ou conventionnelle prévue par le même article, **a pour l'essentiel ajouté**, en ce qui concerne le régime des heures complémentaires, **que la limite du dixième devait appréciée sur la période prévue par l'accord de modulation**<sup>15</sup>.

---

*La durée totale de travail des salariés à temps partiel, heures complémentaires comprises, ne peut excéder, la durée légale du travail ni la durée normale de travail dans l'établissement ou l'atelier.*

*Des décrets en Conseil d'Etat déterminent, en tant que de besoin, les mesures d'application des articles L. 212-4-1 à L. 212-4-3*".

<sup>11</sup> Voir [Rapport n° 64](#) (1980-1981) du sénateur M. Jean Gravier, déposé le 29 octobre 1980 : "*D'après les dispositions contenues dans le projet, ces heures complémentaires pourront être effectuées dans des limites fixées par le contrat de travail ou par un accord collectif ; il est évident que ces heures ne devront être demandées que dans des limites acceptables et que par exemple, un employeur ne saurait demander à un salarié embauché sur une base de 20 heures de travail, un nombre d'heures complémentaires qui porterait son horaire, pendant plusieurs semaines, à des chiffres proches de la durée légale du travail - sauf à dénaturer cette modalité d'emploi*" (p. 38). L'interdiction, qui ne figurait pas dans le [projet de loi initial](#) déposé au Sénat (p. 6), a vraisemblablement été ajoutée en première lecture à l'Assemblée nationale (voir tableau comparatif joint au [rapport n° 154](#) (1980-1981) de la commission mixte paritaire, p. 5).

<sup>12</sup> Voir l'article [L. 212-4-3](#), alinéa 4, du code du travail, dans sa version issue de l'ordonnance n° 82-271 du 26 mars 1982 : "*Les heures complémentaires ne peuvent avoir pour effet de porter la durée du travail effectuée par un salarié au niveau de la durée légale du travail ou de la durée fixée conventionnellement. Le refus d'effectuer les heures complémentaires proposées par l'employeur au-delà des limites fixées par le contrat ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement*".

<sup>13</sup> Article [L. 3123-17](#) du code du travail, dans sa version issue de l'ordonnance 2007-329 du 12 mars 2007 : "*Le nombre d'heures complémentaires accomplies par un salarié à temps partiel au cours d'une même semaine ou d'un même mois 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*".

<sup>14</sup> Article [L. 3123-18](#) du code du travail, dans sa version issue de l'ordonnance 2007-329 du 12 mars 2007 : "*Une convention ou un accord collectif de branche étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut porter jusqu'au tiers de la durée stipulée au contrat la limite fixée à l'article L. 3123-17 dans laquelle peuvent être accomplies des heures complémentaires*".

<sup>15</sup> Voir article [L. 3123-17](#) du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 : "*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.*

Enfin, la **loi n° 2016-1088 du 8 août 2016**, applicable en l'espèce, a maintenu le régime en vigueur, en confirmant la référence, pour le calcul des limites contractuelles des heures complémentaires, à la période fixée par l'accord de modulation, à savoir :

- à l'article [L. 3123-9](#) du code du travail, invoqué par le moyen, **l'interdiction de porter, par l'accomplissement d'heures complémentaires, la durée du travail effectué au niveau de la durée légale de travail** :

*“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” ;*

- à l'article [L. 3123-20](#) du code du travail, la **limite du tiers de la durée contractuelle, appréciée par référence à la période conventionnelle** :

*“Une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche étendu peut porter la limite dans laquelle peuvent être accomplies des heures complémentaires jusqu'au tiers de la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail prévue dans le contrat du salarié à temps partiel et calculée, le cas échéant, sur la période prévue par un accord collectif conclu sur le fondement de l'article L. 3121-44” .*

- à l'article [L. 3123-28](#) du code du travail, la **limite du dixième de la durée contractuelle, également appréciée par rapport à la période conventionnelle** :

*“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” .*

**2.1.2.** Il convient de rappeler que **la notion de durée légale du travail**, par rapport à laquelle doit être apprécié le plafond d'heures complémentaires prévu à l'article L. 3123-9 du code du travail, **comporte deux modalités** de décompte.

D'une part, **un décompte hebdomadaire**, prévu par l'article L. 3121-27 du code du travail, selon lequel *“La durée légale de travail effectif des salariés à temps complet est fixée à **trente-cinq heures par semaine**”*, toute heure accomplie au-delà étant considérée comme une heure supplémentaire ouvrant droit à majoration salariale ou repos compensateur.

---

*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”.*

Voir dans le même sens l'article [L. 3123-19](#) du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 : *“Lorsque la limite dans laquelle peuvent être accomplies des heures complémentaires est portée au-delà du dixième de la durée hebdomadaire ou mensuelle fixée au contrat de travail calculée, le cas échéant, sur la période prévue par un accord collectif conclu sur le fondement de l'article L. 3122-2, chacune des heures complémentaires accomplies au-delà du dixième de cette durée donne lieu à une majoration de salaire de 25 %”.*



D'autre part, **un décompte annuel**, instauré par la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 en même temps que la création du temps partiel modulé, au départ de 1600 heures<sup>16</sup> puis porté à **1607 heures** par la loi n° 2004-626 30 juin 2004<sup>17</sup> après intégration de la journée de solidarité.

L'article [L. 3121-41](#) du code du travail précité, dans sa version issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, a repris cette durée légale annuelle, qui constitue par ailleurs le seuil de déclenchement des heures supplémentaires, apprécié en fin de période :

*“Lorsqu'est mis en place un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période de référence supérieure à la semaine, les heures supplémentaires sont décomptées à l'issue de cette période de référence.*

*Cette période de référence ne peut dépasser trois ans en cas d'accord collectif et neuf semaines en cas de décision unilatérale de l'employeur.*

*Si la période de référence est annuelle, constituent des heures supplémentaires les heures effectuées au delà de 1 607 heures.*

*Si la période de référence est inférieure ou supérieure à un an, constituent des heures supplémentaires les heures effectuées au delà d'une durée hebdomadaire moyenne de trente-cinq heures calculée sur la période de référence”<sup>18</sup>.*

Il peut être relevé qu'il **n'existe aucune durée légale mensuelle du travail** - ce que reflète d'ailleurs la définition du statut de salarié à temps partiel visée par l'article [L. 3123-1](#) du code du travail, qui ne vise que la durée légale ou celle de 1607 heures annuelles - et qu'en cas d'aménagement plurihebdomadaire ou plurimensuel de la durée du travail sur une période inférieure à un an, **le seuil de déclenchement des heures supplémentaires ne peut être apprécié que sur une moyenne de 35 heures hebdomadaires**, et non en valeur absolue.

---

<sup>16</sup> Voir article [L. 212-8](#), alinéa 1<sup>er</sup>, du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 : *“Une convention ou un accord collectif étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir que la durée hebdomadaire du travail peut varier sur tout ou partie de l'année à condition que, sur un an, cette durée n'excède pas en moyenne trente-cinq heures par semaine travaillée et, en tout état de cause, le plafond de 1 600 heures au cours de l'année. La durée moyenne est calculée sur la base de la durée légale ou de la durée conventionnelle hebdomadaire si elle est inférieure, diminuée des heures correspondant aux jours de congés légaux et aux jours fériés mentionnés à l'article L. 222-1. La convention ou l'accord doit préciser les données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation”*.

<sup>17</sup> Voir article [L. 212-8](#), alinéa 1<sup>er</sup>, du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 2004-626 30 juin 2004 : *“Une convention ou un accord collectif étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir que la durée hebdomadaire du travail peut varier sur tout ou partie de l'année à condition que, sur un an, cette durée n'excède pas un plafond de 1 607 heures. La convention ou l'accord peut fixer un plafond inférieur. La convention ou l'accord doit préciser les données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation”*.

<sup>18</sup> Cette définition de la durée légale annuelle est également retenue par l'article [L. 3123-1](#), 3°, du code du travail précité, relatif à la définition du statut de travailleur à temps partiel : *“Est considéré comme salarié à temps partiel le salarié dont la durée du travail est inférieure : (...)*

*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”*.

Ainsi, dans le cadre d'un cycle plurihebdomadaire, sont considérées comme heures supplémentaires celles qui dépassent la durée moyenne de 35 heures calculée sur la durée du cycle de travail (Soc, 25 janvier 2006, n° 04-46.695 ; Soc, 5 novembre 2003, n° 01-42.174).

C'est d'ailleurs ce que précisait en miroir, au sujet des heures complémentaires, la [circulaire DGT du 13 novembre 2008](#) relative à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 ayant uniformisé les conditions d'accès à la modulation :

*“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”* (fiche n° 12, 1., § 4)<sup>19</sup>.

**2.1.3.** S'agissant de la sanction de l'interdiction d'égaliser, par le jeu des heures complémentaires, la durée légale de travail, la cour de cassation considère de manière constante que **le contrat de travail est réputé conclu à temps complet lorsque le recours par un employeur à des heures complémentaires a eu pour effet de porter la durée de travail d'un salarié au-delà de la durée légale** (Soc, 16 juin 2021, n° 19-20.235 ; Soc, 12 mars 2014, n° 12-15.014) **ou conventionnelle** (Soc, 9 décembre 2020, n° 19-15.897 ; Soc, 5 avril 2006, n° 04-43.180), ce que les juges du fond doivent rechercher (Soc, 3 février 2021, n° 19-13.339 ; Soc, 6 juillet 2016, n° 14-25.881) et qui relève de leur interprétation souveraine (Soc, 8 novembre 2017, n° 16-16.023 ; Soc, 5 octobre 2016, n° 15-12.898).

Il en va ainsi même lorsque ce dépassement a été réalisé au moyen d'un avenant au contrat de travail (Soc, 21 septembre 2022, n° 20-10.701 ; Soc, 3 février 2021, n° 19-13.339 ; Soc, 9 décembre 2020, n° 19-15.897).

---

<sup>19</sup> On peut relever que cette référence à la moyenne de 35 heures hebdomadaires était en effet adoptée comme seuil de décompte des heures supplémentaires dans le cadre d'un cycle annuel de répartition du temps de travail :

- sous l'empire de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, par l'article [L. 3122-5](#) du code du travail : *“Lorsque sont organisés des cycles de travail, seules sont considérées comme heures supplémentaires pour l'application des dispositions relatives au décompte et au paiement des heures supplémentaires, au décompte des heures entrant dans le calcul du contingent annuel d'heures supplémentaires et au repos compensateur obligatoire, celles qui dépassent la durée moyenne de trente-cinq heures calculée sur la durée du cycle de travail”* ;

- sous l'empire de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, par l'article [L. 3122-4](#) du même code : *“Lorsqu'un accord collectif organise une variation de la durée de travail hebdomadaire sur tout ou partie de l'année ou lorsqu'il est fait application de la possibilité de calculer la durée du travail sur une période de plusieurs semaines prévue par le décret mentionné à l'article L. 3122-2, constituent des heures supplémentaires, selon le cadre retenu par l'accord ou le décret pour leur décompte :*

*1° Les heures effectuées au-delà de 1 607 heures annuelles ou de la limite annuelle inférieure fixée par l'accord, déduction faite, le cas échéant, des heures supplémentaires effectuées au-delà de la limite haute hebdomadaire éventuellement fixée par l'accord et déjà comptabilisées ;*

*2° Les heures effectuées au-delà de la moyenne de trente-cinq heures calculée sur la période de référence fixée par l'accord ou par le décret, déduction faite des heures supplémentaires effectuées au-delà de la limite haute hebdomadaire fixée, le cas échéant, par l'accord ou par le décret et déjà comptabilisées”.*

Conformément aux principes généraux de la requalification, la sanction emporte un effet rétroactif, à compter de la première irrégularité constatée (Soc, 7 juin 2023, n° 21-25.574 ; Soc, 30 septembre 2020, n° 19-10.627 ; Soc, 17 décembre 2014, n° 13-20.627).

Il y a toutefois lieu de constater que **tous les arrêts ayant prononcé la requalification** de contrats de travail à temps partiel en contrat à temps plein **concernaient des aménagements du temps de travail ayant une période de référence hebdomadaire** (Soc, 23 janvier 2019, n° 17-19.393 ; Soc, 12 septembre 2018, n° 16-18.030 et 16-18.037) **ou mensuelle, et non annuelle**. Tel était notamment le cas pour un arrêt récent du 15 septembre 2021, qui portait sur un contrat à temps partiel ayant une période de référence mensuelle, ce qui a justifié qu'un dépassement ponctuel de la durée légale de 35 heures, seule applicable à telle périodicité, pendant une semaine entraîne la requalification de celui-ci en contrat à temps plein (Soc, 15 septembre 2021, n° 19-19.563).

**2.2. Une distinction doit en effet être faite**, au regard de la limitation à la durée légale des heures complémentaires accomplies, **en fonction de la période de référence retenue**.

Comme l'illustre en effet un commentateur de l'arrêt du 15 septembre 2021 précité :

“Quelle aurait été en revanche la décision des juges si, à durée mensuelle égale (donc en l'absence d'heures complémentaires appréciées au niveau du mois) il y avait eu, lors d'une semaine, une durée du travail effective égale ou supérieure à la durée légale ?

Le texte de l'article L. 3123-17 du Code du travail (devenu depuis C. trav., art. L. 3123-9) ne serait pas applicable faute d'heures complémentaires. Le contrat ne devrait pas, dans cette hypothèse, être requalifié.

Il y a donc une distorsion entre la définition des salariés à temps partiel appréciée sur la semaine, le mois, l'année et une limite aux heures complémentaires évaluée sur la semaine.

La loi du 8 août 2016 n'a fait qu'accentuer cette différence. La définition des salariés à temps partiel peut s'opérer sur la semaine, le mois ou l'année. L'article L. 3123-6 du Code du travail dispose que le contrat du salarié à temps partiel mentionne « la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue et la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois... les limites dans lesquelles peuvent être accomplies des heures complémentaires au-delà de la durée de travail fixée par le contrat ».

Enfin l'article L. 3123-20 du Code du travail dispose qu'une convention ou un accord d'entreprise ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut porter la limite dans laquelle peuvent être accomplies des heures complémentaires jusqu'au tiers de la durée hebdomadaire ou mensuelle du travail prévue dans le contrat du salarié à temps partiel et calculée le cas échéant sur la période prévue par un accord collectif conclu sur le fondement de l'article L. 3121-44 du Code du travail.

Quelle serait la position des juges dans cette circonstance : faire prévaloir le décompte de la durée du travail qui peut être glissant : semaine, mois, année.

Ou faire prévaloir la sacro-sainte règle selon laquelle un salarié à temps partiel ne peut jamais atteindre ou dépasser la durée légale hebdomadaire de travail ?

Les textes penchent pour la première interprétation et semblent permettre une sorte de travail à temps partiel modulé dès lors que la durée du travail s'apprécie sur le mois ou l'année"<sup>20</sup>.

Il résulte de l'analyse de l'évolution de l'encadrement législatif de la modulation ci-dessus que **la loi n° 2008-789 du 20 août 2008**, en donnant une place encore plus importante à la négociation collective pour aménager le temps de travail sur plusieurs semaines ou mois<sup>21</sup>, **a découplé la modulation du travail à temps partiel du cadre strict de la durée hebdomadaire de travail** - grâce notamment à la suppression à l'article L. 3123-25, 5°, du code du travail, de la référence à cette durée -, permettant ainsi une compensation interne des durées de travail accomplies sur la période de référence conventionnelle, dans le respect de la durée légale de travail<sup>22</sup>.

Ainsi, **l'accord de modulation peut prévoir une variation de la durée hebdomadaire** de travail sur tout ou partie de l'année **en respectant la durée légale annuelle de 1607 heures** ainsi que la **durée moyenne de 35 heures hebdomadaire** constituant le seuil des heures supplémentaires, sans encourir le

---

<sup>20</sup> F. Favennec-Héry, *Les dangers du temps partiel mensuel*, Semaine sociale Lamy, n° 1976, 22 novembre 2021.

<sup>21</sup> Voir l'[exposé des motifs](#) du projet de loi : *“L'article 18 donne une place plus importante à la négociation d'entreprise pour aménager le temps de travail sur plusieurs semaines, jusqu'à l'année, afin de tenir compte à la fois des besoins économiques et des besoins des salariés, au plus près des réalités de l'entreprise. Il traite de la possibilité de répartir les horaires de travail sur des périodes que l'accord détermine dans le respect des dispositions d'ordre public social régissant les durées maximales de travail et les temps de repos. Il simplifie significativement la réglementation en matière de temps de travail en créant un nouveau mode unique d'aménagement négocié du temps de travail qui se substitue à quatre modes précédents avec des règles beaucoup plus souples. L'accord devra fixer les limites pour le déclenchement des heures supplémentaires, dans le respect de la durée légale. Il devra également fixer un délai de prévenance en cas de modification de la durée ou des horaires de travail, qui sauf stipulation contraire, sera d'au moins sept jours.*

*L'article rappelle le seuil de déclenchement des heures supplémentaires en concordance avec la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat. Ainsi, il sera possible d'organiser le temps de travail en cycle ou par modulation sur plusieurs semaines, en accordant le cas échéant des jours de réduction du temps de travail (JRTT), ou encore en temps partiel modulé selon les besoins et contraintes de l'entreprise et des salariés.*

*L'élargissement du champ de l'accord pour organiser, en tant que de besoin, le temps de travail est cohérent avec la réforme de la représentativité et de la validité des accords qui vise à assurer une plus grande légitimité aux négociateurs”.*

<sup>22</sup> Voir sur ce point le [rapport n° 470](#) déposé le 15 juillet 2008 par le sénateur M. Alain Gournac : *“S'agissant de la répartition du temps de travail sur tout ou partie de l'année, on distingue également deux régimes :*

*- la **modulation du temps de travail** (articles L. 3122-9 à L. 3122-18) : un accord de branche, d'entreprise ou d'établissement peut prévoir que la durée hebdomadaire du travail varie sur tout ou partie de l'année, sans pouvoir excéder 1 607 heures dans l'année. Les semaines hautes, au cours desquelles la durée du travail dépasse trente-cinq heures, sont compensées par les semaines basses, au cours desquelles la durée du travail est inférieure à ce seuil. Sont considérées comme des heures supplémentaires les heures effectuées au-delà de la durée maximale hebdomadaire définie dans l'accord ou qui dépassent le plafond de 1 607 heures sur l'année. Les salariés sont prévenus par avance des changements de leurs horaires de travail, dans un délai d'au moins sept jours ouvrés” (p. 102).*

risque de la requalification du contrat à temps partiel en contrat à temps plein. C'est encore la période de référence retenue par l'accord de modulation qui sert de base au calcul des limites d'heures complémentaires du dixième et du tiers de la durée prévue au contrat.

Il ne saurait donc être considéré, **lorsque l'accord de modulation fixe une période de référence annuelle, que la durée légale à retenir pour apprécier le respect de l'interdiction** pour un contrat à temps partiel, **énoncée par l'article L. 3123-9 du code du travail**, de porter le nombre d'heures complémentaires à ce niveau, **serait celle de 35 heures hebdomadaires**. Compte tenu de la périodicité triennale ouverte par la loi du 8 août 2016, une telle approche serait d'autant moins concevable qu'à défaut, l'accomplissement par le salarié à temps partiel, sur une période de trois ans, d'une seule semaine de 35 heures de travail conduirait à l'application de la sanction de requalification, ce qui apparaîtrait disproportionné et peu conforme à la volonté du législateur de favoriser le déploiement de la modulation, laquelle suppose des compensations des durées de travail effectuées sur la période, le cas échéant sur plusieurs années.

En outre, **le salarié à temps partiel demeure même en longue période protégé contre les écarts excessifs de durées** de travail entre les mois composant le cycle non seulement **grâce au respect obligatoire des durées maximales** de travail - dont la violation lui cause nécessairement préjudice - mais aussi par l'imposition du **respect de la moyenne de 35 heures hebdomadaires** retenue pour le déclenchement du droit au paiement d'heures supplémentaires.

**3. En l'espèce, la convention collective applicable ayant retenu une période de référence annuelle inférieure à la durée légale annuelle (3.1), la cour d'appel a jugé à bon droit que le dépassement pendant une semaine de la durée légale hebdomadaire de travail ne suffisait pas à justifier la requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat à temps complet (3.2)**

**3.1. L'“Accord d'aménagement sur l'année du temps de travail des salariés à temps partiel” applicable au litige fixe, en son article 2 consacré aux “Périodes de référence”, une période de référence annuelle :**

*“Le présent accord a pour objet d'aménager et de répartir les horaires de travail des salariés sur une période de référence qui pourra être, par exemple, selon les caractéristiques de l'emploi du salarié et selon les dispositions de son contrat de travail :*

*- sur une période d'au plus 12 mois consécutifs*

*La période de référence sera du 01 avril de l'année N jusqu'au 31 mars de l'année N+1.*

*Cette répartition des horaires de travail, sur tout ou partie de l'année, a pour but de permettre de faire varier la durée de travail hebdomadaire ou mensuelle fixée dans le contrat de travail sur une période égale à l'année.*

*Cependant, en cas d'embauche d'un salarié en cours de période de référence, ou en cours de mois, il sera possible d'établir une première période de référence, allant de la date d'embauche au 30 avril à venir, en proratisant la durée annuelle sur cette période”.*

**Le même accord** d'entreprise impose, en son article 3 relatif aux "*Variations de la durée du travail*", **le respect d'une durée conventionnelle du travail maximale de 1600 heures par an**, inférieure à la durée légale de 1607 heures, à l'intérieur de laquelle la durée de travail est susceptible de varier :

*"Les variations possibles de la durée du 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 L. 3122-3 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 au mois".*

Le contrat de travail à temps partiel signé par la salariée le 1<sup>er</sup> octobre 2016 reflète ces durées, son article 4 relatif à la "*Durée du travail*" confirmant l'adoption d'une "*(...) durée du travail (...) calculée sur l'année, celle-ci s'étendant du 01 avril au 31 mars de l'année d'après*"<sup>23</sup>, et son article 5 la possibilité de variations de l'horaire de travail jusqu'à 20% de l'horaire de référence<sup>24</sup>.

**3.2.** La cour d'appel, après avoir rappelé les stipulations conventionnelles et contractuelles précitées, a retenu à juste titre que **la période de référence ainsi fixée étant annuelle, la requalification d'un contrat de travail à temps partiel en contrat à temps plein nécessitait un dépassement de cette même durée**, bien que la salariée ait accompli une durée de travail de 36h15 pendant une semaine :

*"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 [la salariée] 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*

---

<sup>23</sup> Article 4 - "*Durée du travail*" :

*"La durée de travail mensuelle de [la salariée] est fixée à 120 heures.*

*Conformément à l'accord d'entreprise, du 05 avril 2016 autorisant l'annualisation de la durée du travail, nommé: Accord d'aménagement sur l'année du temps de travail des salariés à temps partiel, la durée du travail est calculée sur l'année, celle-ci s'étendant du 01 avril au 31 mars de l'année d'après (...)"*.

<sup>24</sup> Article 5 "*Variation de la durée du travail sur la période de référence*"

*"Les variations possibles de la durée du 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".*



*de prévenance, l'appelante ne démontrant pas par ailleurs avoir subi un préjudice spécifique à hauteur de celui réclamé.*

*Le jugement du conseil de prud'hommes sera confirmé sur ces chefs" (arrêt attaqué, p. 6).*

Dès lors, il ne saurait lui être reproché, comme le soutient l'unique moyen du pourvoi, d'avoir violé l'article L. 3123-9 du code du travail motif pris d'un dépassement de la durée de travail hebdomadaire, laquelle ne pouvait être retenue dans le cadre d'une période de référence annuelle de modulation, en l'absence de surcroît de tout dépassement d'une moyenne de 35 heures au cours de celle-ci.

Il conviendra par conséquent de **rejeter** le pourvoi.

## **PROPOSITION**

Rejet.