



**COUR DE CASSATION**

**RAPPORT DE Mme LECAPLAIN-MOREL  
CONSEILLÈRE**

**Arrêt n° 408 du 24 avril 2024 (B) – Chambre Sociale**

**Pourvoi n° 22-15.967**

**Décision attaquée : Cour d'appel de Lyon du 11 mars 2022**

**Mme [J] [H]**

**C/**

**association Habitat et humanisme soin**

---

**Le présent rapport comporte des propositions de rejets non spécialement motivés de la troisième branche du premier moyen et du second moyen.**

**1 - Rappel des faits et de la procédure**

L'association Habitat et humanisme soin, venant aux droits de l'association La Pierre angulaire, assure la gestion d'un réseau d'établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) et de maisons d'accueil, d'aide et de soins, dont l'EHPAD Châteaueux, situé à Saint-Symphorien d'Ozon (Rhône).

Elle applique la convention collective nationale des établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif du 31 octobre 1951.

Un accord de branche du 3 avril 2001, agréé par arrêté du 11 juillet 2001 et étendu par arrêté du 13 septembre 2002, dit « *Accord 2001 / 01 de la branche sanitaire sociale et médico sociale à but non lucratif (Loi Aubry II)* » permet le recours, notamment, au temps partiel modulé, pour les associations, établissements et services dont le champ d'application est défini par l'article 1<sup>er</sup> de l'accord du 1<sup>er</sup> avril 1999, étendu par arrêté du 4 août 1999 (production MA n° 05).

Mme [H] a été engagée en qualité d'agent de service logistique par la maison de retraite l'Oeuvre du bon pasteur, devenue l'association La Pierre angulaire, par un contrat de travail à durée déterminée du 3 janvier 2008.

A compter du 1<sup>er</sup> mars 2008, la relation de travail s'est poursuivie en contrat de travail à durée indéterminée à temps partiel, conclu pour une durée hebdomadaire moyenne de travail de 24,50 heures réparties sur l'ensemble de l'année pour un nombre total d'heures de travail de 1274 heures, correspondant à 70 % d'un équivalent temps plein (ETP).

Le 1<sup>er</sup> septembre 2014, la salariée a été victime d'un accident du travail dans le cadre de son activité pour un autre employeur. Cet accident du travail a été pris en charge par la caisse primaire d'assurance maladie au titre de la législation sur les risques professionnels le 18 novembre 2014.

Le 16 mars 2015, elle a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir la reconnaissance du coefficient 362 ainsi que la requalification de son contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein, et le paiement de rappels de salaire et de dommages-intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail.

Après un avis d'inaptitude du 9 février 2017, elle a été licenciée pour inaptitude et impossibilité de reclassement le 19 avril 2017.

Par jugement du 16 février 2018, le conseil de prud'hommes de Lyon a débouté Mme [H] de l'ensemble de ses demandes et l'a condamnée aux dépens, l'association La Pierre angulaire étant déboutée de sa demande fondée sur l'article 700 du code de procédure civile.

Par arrêt du 11 mars 2002, la cour d'appel de Lyon a :

- confirmé le jugement entrepris en toutes ses dispositions, *y ajoutant*,
- débouté Mme [H] de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour manquement à l'obligation de formation,
- dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile et condamné Mme [H] aux dépens de première instance et d'appel.

#### Procédure devant la Cour de cassation :

- 9 mai 2022 : déclaration de pourvoi
- 8 septembre 2022 : dépôt du mémoire ampliatif
- dde art. 700 CPC : 4 000 euros- et signification du MA à l'avocat constitué de l'employeur
- 7 novembre 2022 : dépôt d'observations banales en défense

- dde art. 700 CPC : 3 500 euros- et notification du MD à l'avocat constitué de la salariée
- 6 décembre 2022 : dépôt d'un mémoire complémentaire en défense

Le pourvoi paraît recevable et la procédure régulière.

## 2 - Analyse succincte des moyens

**Par un premier moyen**, articulé en **trois branches**, la salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande en requalification de son emploi à temps partiel modulé en contrat de travail à temps complet et de ses demande en paiement de rappels de salaire, congés payés et dommages-intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail.

**La première branche**, tirée d'une **violation de l'article L.3123-25 du code du travail, ensemble les articles L.1121-1 du code du travail et 5 du Préambule de la Constitution de 1946**, soutient qu'aux termes de l'article L.3123-25 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 2 août 2008, 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 ; que cet accord doit prévoir des dispositions de nature à assurer la protection de la liberté du travail des salariés concernés et notamment: (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 ; qu'il en résulte que le contrat de travail à temps partiel modulé conclu en l'absence d'un tel accord collectif ou en l'état d'un accord collectif nul comme ne comportant pas ces dispositions est illicite et doit être requalifié en contrat de travail à temps complet ; qu'en l'espèce la cour d'appel, pour débouter Mme [H] de sa demande tendant à voir requalifier son emploi à temps partiel modulé en contrat de travail à temps complet, a énoncé : « *Parmi les motifs de sa demande de requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet, l'appelante invoque tout d'abord plusieurs moyens entraînant, selon elle, la nullité de l'accord collectif du 3 avril 2001 du fait de la violation des conditions posées à l'article L. 212-4-6 du code du travail. Toutefois, contrairement à ce qu'elle soutient, l'illicéité de l'accord collectif n'est pas de nature à entraîner « nécessairement et automatiquement » la requalification du contrat de travail à temps partiel modulé en contrat de travail à temps complet* » ; qu'en statuant de la sorte quand, en l'état de l'illicéité de l'accord collectif le prévoyant, faute de comporter les dispositions indispensables à la protection de la liberté du travail des salariés, le contrat de travail à temps partiel modulé était lui-même illicite et devait être requalifié en contrat de travail à temps complet, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

**La deuxième branche**, présentée comme subsidiaire, également tirée d'une **violation de l'article L.3123-25 du code du travail, ensemble les articles L.1121-1 du code du travail et 5 du Préambule de la Constitution de 1946**, fait valoir qu'il résulte de l'article L. 3123-25 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, applicable à l'espèce, qu'en cas de défaut de respect des modalités selon lesquelles le programme indicatif de la répartition de la durée du travail est communiqué par écrit au salarié et des conditions et délais dans lesquels les horaires de travail lui sont notifiés par écrit, le contrat est présumé 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 ; qu'en l'espèce, il ressort des propres constatations de l'arrêt attaqué, d'une part, que Mme [H], « *intégrée principalement dans l'équipe de nuit* », était liée à l'association La Pierre angulaire par « *un contrat de travail à durée indéterminée à temps partiel de 24,5 heures réparties sur l'ensemble de l'année pour un nombre total de 1274 heures, correspondant à 70% d'un ETPT* », d'autre part que « *l'employeur ne justifie pas de la transmission à la salariée du programme indicatif de la répartition de la durée du travail annuelle, comme prévu à l'accord de branche ni de ce que ses horaires de travail étaient notifiés individuellement à Mme [H] un mois avant leur application, comme prévu au contrat de travail* » ; qu'en déboutant cependant la salariée de sa demande de requalification de la relation de travail en contrat de travail à temps complet aux termes de motifs inopérants pris de ce qu'elle avait pu exercer durant la journée d'autres activités, quand, faute de connaître le calendrier indicatif de l'année suivante et le nombre d'heures précis du mois suivant, la salariée était obligée de se tenir constamment à la disposition de l'employeur la cour d'appel, qui n'a pas déduit les conséquences légales de ses propres constatations, a violé derechef les textes susvisés.

**La troisième branche**, tirée d'une **violation de l'article L. 3123-14 du code du travail**, soutient qu'en toute hypothèse, en statuant de la sorte sans constater que l'association La Pierre angulaire démontrait la durée exacte hebdomadaire ou mensuelle du travail convenue, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

**Par un second moyen**, articulé en **une branche unique**, la salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande en paiement de dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant pour elle des manquements de l'employeur à son obligation de formation.

**La branche unique**, tirée d'une **violation de l'article 1231 du code civil**, soutient que celui qui, par sa faute, a causé à autrui un dommage est tenu de le réparer sans qu'il importe que le lien de causalité entre sa faute et le dommage soit ou non exclusif ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a débouté Mme [H] de sa demande de reclassification au coefficient 362 au double motif que « *Mme [J] [H] ne justifie pas du diplôme ou des circonstances permettant de l'assimiler à une titulaire du diplôme d'aide-soignante* » et qu'elle « *ne démontre pas qu'elle assurait de façon permanente, dans le cadre de ses fonctions, des soins d'hygiène corporelle, de confort et de bien-être des usagers c'est-à-dire des tâches et responsabilités relevant des missions d'aide-soignant* » ; qu'il ressort par ailleurs de ses propres constatations que « *l'employeur ne rapporte la preuve que de l'existence de 3 jours de formation durant toute la période de relation de travail ce qui est insuffisant pour démontrer qu'il a satisfait à son obligation de formation* » ; qu'en déboutant cependant Mme [H] de sa demande de dommages-intérêts pour défaut de formation au métier d'aide-soignante aux motifs que « *le rejet de la demande de reclassification au coefficient 362 correspondant à l'emploi d'aide-soignante ne repose pas uniquement sur l'absence de diplôme mais essentiellement sur l'absence de réalisation par la salariée des tâches relevant de l'emploi d'aide-soignante* », de sorte que « *le lien de causalité entre le manquement de l'employeur et le préjudice invoqué par Mme [J] [H] n'est pas établi* » la cour d'appel, qui n'a pas déduit les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 1231 du code civil.

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

- conditions et effets de la requalification d'un contrat de travail à temps partiel modulé en un contrat de travail à temps complet.

## **4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine**

### **4-1 Premier moyen : requalification du contrat de travail à temps partiel modulé en contrat de travail à temps complet**

#### **4-1-1 Première branche : *l'illégalité de l'accord collectif prévoyant le recours à la modulation de la durée du temps de travail entraîne-t-elle celle du contrat de travail à temps partiel modulé et sa requalification en contrat de travail à temps complet ?***

Comme exposé par Mme la conseillère référendaire F. Ducloz aux termes de son rapport relatif au pourvoi ayant donné lieu à l'arrêt de notre chambre Soc., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-13.508, « *La modulation est un dispositif consistant à faire varier la durée du temps de travail dans le cadre de périodes de haute et de basse activité, le tout dans la limite de 1607 heures par an ( soit une moyenne de 35 heures hebdomadaire à laquelle s'ajoute la journée de solidarité instituée en 2004) sauf convention ou accord plus favorable. Les heures réalisées au cours de chaque période sont comptabilisées et lorsqu'en fin d'année il apparaît que des heures de travail au delà de 1607 heures ont été effectuées, celles-ci qui constituent des heures supplémentaires ( art. L 3122-10-II du code du travail) sont payées comme telles.*

*Ce système dont le principe vient d'être décrit dans son principe, permet de lisser les heures supplémentaires sur l'année et constitue en conséquence un mode dérogeant à l'application des règles générales impliquant une comptabilisation des heures supplémentaires dans un cadre hebdomadaire. C'est la raison pour laquelle la chambre sociale a jugé que la mise en œuvre d'un tel système constitue une modification du contrat de travail requérant l'accord du salarié ( Soc 28 septembre 2010, n° 08-43.161, Bull V n° 197).*

*Si la loi du 20 août 2008 a modifié les règles applicables en matière d'annualisation du temps de travail, il reste que les accords de modulation anciennement conclus demeurent en vigueur. »*

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, qui a fusionné les systèmes d'organisation du travail sur une durée supérieure à la semaine, a abrogé le régime de la modulation mais a maintenu en vigueur les accords collectifs conclus antérieurement.

Parce qu'elle instaure un cadre de décompte de la durée du travail dérogatoire du droit commun (qui est toujours demeuré le cadre hebdomadaire), la modulation a fait l'objet d'un encadrement légal très strict quant aux conditions de sa mise en place, au contenu des accords qui l'organisent et aux garanties accordées aux salariés.

Avant l'abrogation de ces textes par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, la modulation du temps de travail était régie par les articles L. 3122-9 à L. 3122-18 du code du travail.

Le travail modulé à temps partiel est soumis à un régime particulier.

Sur ce point, l'article L. 212-4-6 du code du travail, devenu l'article L. 3123-25 du même code lors de la recodification, le 1er mai 2008, avant son abrogation par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, situé dans la section consacrée au « *Travail à temps partiel* », prévoyait :

*« Une convention ou un accord collectif 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.*

*La convention ou l'accord collectif doit fixer :*

- 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.*

*Dans les associations et entreprises d'aide à domicile, une convention ou un accord collectif de branche étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut déroger aux dispositions du 6 et, pour les cas d'urgence, du 8 .*

*Par dérogation aux dispositions des articles L. 143-2 et L. 144-2, la convention ou l'accord peut prévoir que la rémunération versée mensuellement aux salariés est indépendante de l'horaire réel et est calculée dans les conditions prévues par la convention ou l'accord.*

*Le contrat de travail mentionne la qualification du salarié, les éléments de sa rémunération, la durée hebdomadaire ou mensuelle de référence.*

*Lorsque sur une année l'horaire moyen réellement effectué par un salarié a dépassé la durée hebdomadaire ou mensuelle fixée au contrat et calculée sur l'année, l'horaire prévu dans le contrat est modifié, sous réserve d'un préavis de sept jours et sauf opposition du salarié intéressé, en ajoutant à l'horaire antérieurement fixé la différence entre cet horaire et l'horaire moyen réellement effectué. »*

En application de l'article 20 V de la loi 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 ou des articles L. 713-8 et L. 713-14 du code rural dans leur rédaction antérieure à la publication de ladite loi sont restés en vigueur.

Un accord collectif peut ouvrir la possibilité de recourir à la modulation, tout en prévoyant que les modalités de communication et de notification sur la durée du travail seront fixées dans un autre cadre de négociation collective, sous réserve que celle-ci, respecte le cadre légal :

*- Soc., 26 mai 2004, pourvoi n° 02-18.756, Bull. Civ V, n° 143 : « Mais attendu d'abord que la cour d'appel a constaté que l'accord contenait les clauses prévues par l'article L. 212-8, alinéas 1er et 5 du Code du travail alors applicable ;*

*Attendu ensuite qu'elle a exactement décidé que l'accord d'entreprise qui prévoit que la programmation indicative de la modulation prévue par l'article L. 212-8, alinéa 5, sera déterminée lors de la négociation annuelle dans l'entreprise répond aux exigences légales, dès lors que cette programmation indicative est fixée par voie de négociation d'entreprise et fait ensuite l'objet des procédures d'application prévues par la loi ; que le moyen n'est pas fondé ; »*

Notre chambre ne retient pas que l'absence d'accord de modulation ou l'irrégularité de l'accord de modulation ait pour conséquence l'illicéité du contrat de travail prévoyant une modulation ou conclu en vertu d'un accord irrégulier et sa requalification en contrat de travail à temps complet.

Elle juge avec constance que l'irrégularité de l'accord de modulation ou l'absence d'accord d'entreprise déterminant les modalités de mise en oeuvre de la modulation a pour conséquence de rendre le système de modulation inopposable aux salariés concernés, lesquels sont en conséquence fondés à exiger que leur durée du travail soit décomptée selon le droit commun, c'est-à-dire dans le cadre de la semaine civile:

- Soc., 8 mars 2007, pourvoi n° 05-43.676 : « Mais attendu que l'accord du 4 mai 1999 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail applicable au personnel soumis à la convention collective nationale du commerce de détail de l'habillement et des articles textiles, qui prévoit notamment dans son article 2 la possibilité d'une modulation des horaires de travail, n'est applicable pour les entreprises de plus de dix salariés qu'à la condition qu'un accord d'entreprise détermine les modalités de mise en oeuvre de la réduction du temps de travail, en particulier le mode de répartition du temps de travail sur la semaine ainsi que les périodes de haute activité, et que les plannings aient été notifiés aux salariés ;  
Et attendu que la cour d'appel, qui n'a pas constaté l'existence d'un tel accord d'entreprise, a exactement décidé que les heures supplémentaires devaient être décomptées par semaine civile, peu important que certaines semaines aient comporté des horaires de moins de 39 heures ou 35 heures ; que le moyen n'est pas fondé ; »

- Soc., 12 mars 2008, pourvoi n° 06-45.274 par lequel notre chambre a jugé qu'un accord de branche organisant, en application des dispositions de l'article L. 3122-9 du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi du 20 août 2008, une modulation du temps de travail, ne pouvait permettre à lui seul la mise en oeuvre de la modulation du temps de travail, faute de préciser, ainsi que l'impose l'article L212-8 du code du travail, le programme indicatif de la répartition de la durée du travail : « Attendu, ensuite, qu'en l'absence de tout accord d'entreprise, l'accord du 1er décembre 1998 qui ne fixe qu'une amplitude maximale de variation des horaires modulés (44 heures sans 8 C1319834 pouvoir dépasser 42 heures sur 12 semaines consécutives), ne peut permettre à lui seul la mise en oeuvre de la modulation du temps de travail, faute de préciser, ainsi que l'impose l'article L. 212-8 du code du travail, le programme indicatif de la répartition de la durée du travail ;  
Et attendu que le conseil de prud'hommes, qui a constaté que la société ne disposait pas d'un accord de modulation conforme à la législation, a exactement décidé que la demande de paiement des heures supplémentaires de la salariée était fondée; que le moyen ne peut être accueilli ; »

- Soc., 6 mai 2009, pourvoi n° 07-40.235, Bull. 2009, V, n° 125 : sommaire : « En l'état d'un accord de branche prévoyant que la mise en place de la modulation du temps de travail dans l'entreprise se fera après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et, en cas d'absence de ces instances représentatives, après information des salariés concernés, doit être rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt d'une cour d'appel qui, après avoir exactement décidé que le régime de modulation considéré suppose une information préalable de l'ensemble du personnel, et non des seuls chefs d'équipe, en déduit que la modulation mise en oeuvre sans une telle information est inopposable au chef d'équipe qui revendique le paiement d'heures supplémentaires, congés payés et repos compensateurs afférents. »

Attendu que la société fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à verser à M. [X] certaines sommes à titre d'heures supplémentaires pour les années 2002 et 2003, de congés payés afférents, d'indemnisation des repos compensateurs pour les années 2002 et 2003, alors, selon le moyen :  
[...]

*Mais attendu qu'aux termes de l'article 3.1 de l'accord de branche étendu du 11 mars 2000 : "En l'absence de délégués syndicaux ou de salarié mandaté pour la réduction de la durée du travail, cette modulation peut être mise en place après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. En l'absence de comité d'entreprise ou de délégués du personnel, les entreprises pourront instituer cette modulation après information des salariés concernés" ;*

*Et attendu, d'une part, que la cour d'appel a exactement décidé, par motifs propres et adoptés, que le régime de modulation mis en place dans l'entreprise supposait une information préalable de l'ensemble du personnel, et non des seuls chefs d'équipe ; qu'ayant constaté, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des faits et des preuves, qu'il n'était pas établi qu'une telle information avait été donnée préalablement à la mise en oeuvre de la modulation, elle a pu en déduire, sans encourir les griefs des quatre premières branches, que ce régime était inopposable au salarié ;*

*Attendu, d'autre part, que le moyen, en ses cinquième et sixième branches, ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ; »*

- Soc., 24 mars 2010, pourvoi n° 08-42.587, 08-42.588 : *« Mais attendu que la cour d'appel, interprétant l'accord litigieux, a exactement décidé que ses dispositions ne caractérisaient pas un accord de modulation en l'absence de précision des limites de variation de la durée hebdomadaire, de la durée annuelle, de la durée maximale hebdomadaire et du programme indicatif de la répartition de la durée du travail, ce dont elle a déduit que les heures supplémentaires ne pouvaient être décomptées annuellement; que le moyen n'est pas fondé ; » ;*

- Soc., 2 juillet 2014, pourvoi n° 13-14.216, Bull., V, n° 173 par lequel notre chambre a jugé qu'un accord d'entreprise instaurant une modulation du temps de travail et ne comportant pas de programme indicatif de la répartition du travail était privé d'effet : *« Mais attendu qu'il résulte des articles 2 de l'accord d'entreprise du 22 mars 2000 sur l'aménagement et la réduction du temps de travail et 4.2.3. de l'accord de branche du 19 septembre 2000 relatif à la réduction du temps de travail et à l'organisation du travail que pour le personnel sédentaire de production soumis à une modulation de la durée hebdomadaire de travail en fonction des variations de l'activité de l'entreprise, l'employeur doit établir chaque année avant le 1er avril pour l'année suivante la programmation indicative sur douze mois du volume de production et de la charge de travail qui lui correspond mentionnant les périodes de l'année où le dispositif de modulation hebdomadaire est mobilisé, cette programmation étant communiquée aux salariés, après consultation des représentants du personnel au moins sept jours avant le début de la période sur laquelle est calculé l'horaire ;*

*Et attendu qu'ayant relevé que contrairement à cette prévision aucun programme indicatif de la répartition de la durée du travail n'avait été établi et soumis aux institutions représentatives du personnel, pas plus que communiqué aux salariés de l'entreprise au cours de la période considérée, la cour d'appel en a exactement déduit que l'accord de modulation était privé d'effet et que le salarié pouvait prétendre au paiement d'heures supplémentaires décomptées sur la base de 35 heures hebdomadaires ; »*

- Soc., 9 avril 2015, pourvoi n° 13-20.936, 13-20.937, 13-20.941, 13-20.924, 13-20.970, 13-20.925, 13-20.927, 13-20.929, 13-20.932, 13-20.933 :

*« Attendu que la société RDSL fait grief aux jugements de dire que l'accord conclu entre les parties le 22 mars 2000, du fait de l'absence de programme annuel de modulation du temps de travail, est dépourvu de toute validité et est donc inopposable aux salariés de la société RDSL, alors, selon le moyen :*

*[...]*

*Mais attendu que le moyen qui ne tend, en réalité, qu'à remettre en cause la doctrine de la Cour de cassation qui a énoncé que l'irrégularité d'un accord de modulation ou de sa mise en oeuvre rend inapplicable aux salariés le décompte de la durée du travail dans un cadre autre qu'hebdomadaire, à laquelle le conseil de prud'hommes de renvoi s'est conformé, est irrecevable ; »*

- Soc., 15 décembre 2015, pourvoi n° 13-28.453 : *« Sur le premier moyen :*

Vu les articles L. 3122-12 et L. 3122-14 du code du travail dans leur rédaction alors applicable ;

Attendu que, pour débouter la salariée de sa demande en paiement d'un rappel d'heures supplémentaires, de repos compensateurs et de congés payés, l'arrêt retient que le défaut d'établissement d'un calendrier prévisionnel et l'absence de prévision d'un délai de prévenance en cas de modification du calendrier prévisionnel, dans l'accord d'entreprise, ne sauraient être sanctionnés, dans le silence des textes, par la mise à l'écart de l'entier dispositif conventionnel concernant les heures supplémentaires et le retour à l'application des dispositions légales en la matière ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que l'accord d'entreprise du 31 janvier 2003 ne précisait ni le programme indicatif de modulation, ni les conditions de réduction du délai de prévenance, ni les contreparties dont la salariée bénéficierait dans cette hypothèse, la cour d'appel, qui devait en déduire qu'il était inopposable à la salariée, a violé les textes susvisés ; »

- Soc., 11 mai 2017, pourvoi n° 15-25.038, 15-25.100, Bull. 2017, V, n° 75 : « Mais attendu qu'en application des dispositions de l'article 6 de l'accord-cadre du 4 mai 2000 sur l'aménagement et la réduction du temps de travail des personnels des entreprises de transport sanitaire dans ses rédactions applicables au litige, un employeur ne peut, dans une entreprise dépourvue de délégués syndicaux, mettre en place une modulation du temps de travail qu'à la condition d'établir, pour chaque période de modulation, le programme indicatif de la modulation et d'en informer les salariés concernés ;

Et attendu qu'ayant relevé que contrairement à cette prévision il n'était pas justifié, par l'employeur, de la mise en place d'un programme indicatif de modulation, la cour d'appel en a exactement déduit, abstraction faite du motif erroné mais surabondant tenant à l'absence de mise en place d'une commission de suivi, que l'accord de modulation était privé d'effet et que les salariés pouvaient prétendre au paiement d'heures supplémentaires décomptées sur la base de 35 heures hebdomadaires ; »

Ces arrêts concernent des salariés employés à temps complet soumis au dispositif de la modulation, votre rapporteur n'ayant pas trouvé d'arrêt concernant des salariés engagés en contrat de travail à temps partiel et soumis à un régime de modulation de la durée du travail.

De même, s'agissant de contrats d'accompagnement dans l'emploi contenant une clause prévoyant la modulation de la durée du travail alors que la loi n'autorise pas le recours à la modulation pour ce type de contrat, notre chambre retient, non pas l'illicéité du contrat de travail, mais l'inopposabilité de la clause de modulation au salarié, lequel est, dès lors, fondé à réclamer le décompte de sa durée de travail par semaine conformément aux dispositions légales :

- Soc., 12 octobre 2011, pourvoi n° 09-42.637, 09-42.638 : concernant deux salariés **engagés, chacun, pour une durée hebdomadaire de travail de 20 heures** « pouvant être modulée sur toute la période d'emploi » : « Mais attendu que l'article L. 322-4-7, I alinéa 7, devenu L. 5134-26 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi du 17 mars 2005, 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 ; qu'il en résulte que la clause contractuelle prévoyant une telle modulation est inopposable au salarié ; que le moyen n'est pas fondé ; »

- Soc., 25 janvier 2012, pourvoi n° 09-42.985, Bull. 2012, V, n° 26 : concernant un salarié engagé à **temps partiel, pour une durée de travail hebdomadaire de 28 heures** : sommaire : « L'article L. 322-4-7 I alinéa 7, devenu L. 5134-26 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, 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 ; il en résulte que la clause contractuelle prévoyant une telle modulation est inopposable au salarié.*

*Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui rejette les demandes du salarié tendant au paiement d'un rappel de salaire au titre d'heures complémentaires et supplémentaires, au motif que le contrat d'accompagnement dans l'emploi qu'il avait conclu avec un établissement public administratif, prévoyait une modulation de la durée hebdomadaire de travail sur l'année alors qu'une telle clause était inopposable au salarié et qu'il appartenait à la cour d'appel, s'agissant d'un contrat de droit privé, de décompter les heures de travail par semaine conformément aux dispositions du code du travail sur la durée du travail. »*

*« Vu les articles L. 322-4-7 I, alinéa 7, (devenu L. 5134-26) du code du travail dans sa rédaction issue de la loi [n° 2005-32] du 17 mars [18 janvier] 2005 et L. 5134-24 du code du travail ;*

*Attendu que le premier de ces textes 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 ; qu'il en résulte que la clause contractuelle prévoyant une telle modulation est inopposable au salarié ; Attendu que pour débouter le salarié de sa demande en paiement d'un rappel de salaire au titre d'heures supplémentaires, l'arrêt énonce que le contrat de travail prévoit "qu'une modulation du temps de travail est possible" ; que la durée moyenne hebdomadaire ne doit pas excéder 28 heures sur l'année ; que les documents produits par l'employeur permettent de vérifier que cette durée moyenne n'a pas été dépassée; que cette modulation est applicable aux contrats à durée déterminée ; Qu'en statuant ainsi, alors que la clause contractuelle prévoyant la modulation de la durée du travail sur l'année n'était pas opposable au salarié et qu'il lui appartenait, s'agissant d'un contrat de droit privé, de décompter les heures de travail par semaine, conformément aux dispositions du code du travail sur la durée du travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »*

Et notre chambre juge également avec constance que l'irrégularité d'un accord de modulation ou de sa mise en oeuvre ne suffit pas à établir l'existence d'heures supplémentaires :

*- Soc., 19 janvier 2012, pourvoi n° 10-24.530 : « Vu l'article L. 3171-4 du code du travail ; Attendu, selon les arrêts attaqués, que M. [Y] et cinq autres salariés sont employés par la société RDSL dont l'activité est soumise à la convention collective de la logistique des communications écrites; qu'un accord d'aménagement et de réduction du temps de travail prévoyant une modulation a été conclu le 22 mars 2000 au sein de l'entreprise ; qu'estimant que l'obligation de mise en place d'un programme indicatif de la modulation prévu par l'accord d'entreprise, la convention collective et l'article L. 3112-9 du code du travail n'avait pas été respectée, les salariés ont saisi la juridiction prud'homale de demandes de rappel de salaire au titre d'heures supplémentaires et de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi ;*

*Attendu que pour dire les salariés fondés en leur demande de rappel d'heures supplémentaires et condamner la société RDSL à leur payer les sommes qu'ils réclamaient à ce titre, la cour d'appel, après avoir relevé un certain nombre d'irrégularités dans la mise en oeuvre de la modulation, retient que l'accord de modulation n'était pas valable et donc inopposable aux salariés ; Qu'en statuant ainsi, alors que l'irrégularité d'un accord de modulation ou de sa mise en oeuvre ne saurait établir à elle seule l'existence d'heures supplémentaires, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ; »*

*- Soc., 19 septembre 2012, pourvoi n° 11-22.791, 11-22.782, 11-22.783, 11-22.784, 11-22.785, 11-22.786, 11-22.787, 11-22.788, 11-22.789, 11-22.790 : « Vu l'article L. 3171-4 du code du travail ;*

*Attendu, selon les jugements attaqués, qu'invoquant l'absence de mise en place d'un programme indicatif de la modulation prévu par l'accord d'aménagement et de réduction du temps de travail conclu le 22 mars 2000 au sein de l'entreprise, Mme Annel et neuf autres salariés de la société Regroupement et diffusion Saint-Lubin ont saisi la juridiction prud'homale d'une demande de rappel de salaires au titre d'heures supplémentaires ;*

*Attendu que pour faire droit à leurs demandes, les jugements retiennent que faute de programme annuel de modulation, l'accord de modulation n'est ni valide ni opposable aux salariés ; Qu'en se déterminant ainsi, alors que si l'irrégularité d'un accord de modulation ou de sa mise en oeuvre rend inapplicable aux salariés le décompte de la durée du travail dans un cadre autre qu'hebdomadaire, elle ne saurait établir à elle seule l'accomplissement d'heures supplémentaires, le conseil de prud'hommes a violé le texte susvisé ; »*

- Soc., 13 mars 2013, pourvoi n° 12-12.795 : « Vu l'article L. 3171-4 du code du travail ;

*Attendu, selon le jugement attaqué, rendu en dernier ressort, qu'invoquant l'absence de mise en place d'un programme indicatif de la modulation prévu par l'accord d'aménagement et de réduction du temps de travail conclu le 22 mars 2000 au sein de l'entreprise, M. [Z], salarié de la société Regroupement et diffusion de Saint-Lubin a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de rappel de salaires au titre d'heures supplémentaires ;*

*Attendu que pour faire droit à la demande du salarié, le jugement retient que l'employeur ne respecte pas l'accord de modulation ;*

*Qu'en se déterminant ainsi, alors que si l'irrégularité d'un accord de modulation ou de sa mise en oeuvre rend inapplicable aux salariés le décompte de la durée du travail dans un cadre autre qu'hebdomadaire, elle ne saurait établir à elle seule l'accomplissement d'heures supplémentaires, le conseil de prud'hommes a privé sa décision de base légale ; »*

**Au cas d'espèce**, aux termes de ses conclusions (production MA n° 02), à l'appui de sa demande en requalification de son contrat de travail à temps partiel modulé en contrat de travail à temps complet (page 14) Mme [H] invoquait tout d'abord « la nullité du dispositif du temps partiel modulé » qui lui était appliqué (page 22).

Elle soutenait que l'accord de branche étendu du 3 avril 2001 sur lequel l'employeur fondait le recours à la modulation au sein de l'entreprise était entaché de trois irrégularités par rapport aux exigences de l'article L. 3123-25 du code du travail : 1°) absence d'indication des catégories de salariés concernés, l'accord énonçant que l'ensemble des salariés à temps partiel pourraient bénéficier du régime du travail à temps partiel modulé ; 2°) absence de précision des modalités selon lesquelles le programme indicatif de la répartition de la durée du travail est communiqué par écrit au salarié, l'accord en cause étant, selon elle, muet sur ce point ; 3°) absence d'indication des conditions et délais dans lesquels les horaires de travail sont notifiés par écrit au salarié, l'accord étant, selon elle, également muet sur ce point (pages 22 et 23).

Elle énonçait : « *Du fait de ces irrégularités, l'accord de branche n'est pas suffisamment protecteur des droits du salariés à temps partiel dès lors que l'employeur de la branche qui souhaite mettre en place le temps partiel modulé par application dudit accord, d'une part, peut appliquer ce dernier à tous les salariés à temps partiel de son entreprise quelle que soit leur catégorie professionnelle, et d'autre part, n'est contraint par aucun formalisme en matière de communication du planning prévisionnel et de notification des horaires de travail.* » et elle en concluait que « *le dispositif de modulation* » qui lui était appliqué était « *nécessairement nul.* ».

Puis, abordant son second moyen tiré de l'inopposabilité du dispositif, se prévalant, notamment, du défaut de communication du planning annuel prévisionnel et du défaut d'information mensuelle relative à ses horaires de travail, elle énonçait que, « *si par impossible la cour ne devait pas considérer le dispositif de modulation mis en oeuvre par application de l'accord de branche du 3 avril 2001 nul et de nul effet, elle le déclarer[ait] en toute état de cause inopposable à Madame Palacios.* »

L'employeur rétorquait ( conclusions pages 16 à - production MA n° 03) que l'accord de branche étendu du 3 avril 2001 répondait aux exigences de l'article L. 3123-25 du code du travail dans sa rédaction alors applicable et qu'en tout cas, il avait toujours respecté les dispositions de la CCN du 31 octobre 1951 selon lesquelles sous

réserve d'une organisation du travail différente définie par accord d'entreprise ou d'établissement conclu dans le respect des dispositions légales et réglementaires, dans chaque établissement, les personnels étaient occupés conformément aux indications d'un tableau de service précisant pour deux semaines au moins la répartition des jours et horaires de travail.

La cour d'appel a répondu par les motifs suivants au moyen tiré de la nullité du dispositif de modulation mis en oeuvre à l'égard de Mme [H] :

*« [...] Parmi les motifs de sa demande de requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet, l'appelante invoque tout d'abord plusieurs moyens entraînant, selon elle, la nullité de l'accord collectif du 3 avril 2001 du fait de la violation des conditions posées à l'article L. 212-4-6 du code du travail.*

*Toutefois, contrairement à ce qu'elle soutient, l'illicéité de l'accord collectif n'est pas de nature à entraîner 'nécessairement et automatiquement' la requalification du contrat de travail à temps partiel modulé en contrat de travail à temps complet. [...] »*

La première branche du moyen soutient qu'en statuant ainsi « *quand, en l'état de l'illicéité de l'accord collectif le prévoyant, faute de comporter les dispositions indispensables à la protection de la liberté du travail des salariés, le contrat de travail à temps partiel modulé était lui-même illicite et devait être requalifié en contrat de travail à temps complet, la cour d'appel a violé l'article L.3123-25 du code du travail, ensemble les articles L.1121-1 du code du travail et 5 du Préambule de la Constitution de 1946* ».

Le mémoire ampliatif fait valoir que, par analogie avec la jurisprudence élaborée à propos d'un autre dispositif dérogatoire en matière de durée du travail, à savoir, la convention de forfait en jours, Mme [H] déduisait de la nullité du dispositif de modulation le droit pour elle de se prévaloir d'un contrat de travail à temps complet.

Il soutient que l'illicéité de l'accord collectif prévoyant la possibilité de recourir à la modulation est bien de nature à entraîner « *nécessairement et automatiquement* » la requalification du contrat de travail à temps partiel modulé en contrat de travail à temps complet dès lors qu'elle procède de la violation de dispositions d'ordre public destinées à la protection de la liberté du travail du salarié.

Il ajoute que, ce que la Cour de cassation a décidé à propos des accords collectifs organisant des conventions de forfait en jours, qui sont nuls à défaut de comporter des dispositions de nature à assurer la protection de la santé du salarié – et notamment des modalités de contrôle et de suivi de la durée du travail (Soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107 ; Bull. civ. V, n° 181), de sorte que sont nulles les conventions de forfait en jours conclues sur leur base (Soc. 30 septembre 2020 – n° 18-24 956 ; 10 mars 2021 – n° 20-11 888), elle peut le décider à propos des accords collectifs organisant le recours au temps partiel modulé qui ne comportent pas de dispositions de nature à protéger la liberté du travail du salarié.

Il se prévaut également de la jurisprudence de notre chambre selon laquelle est illicite et doit être requalifié en contrat de travail à temps complet le contrat de travail intermittent conclu malgré l'absence d'une convention ou d'un accord collectif prévoyant la possibilité de conclure des contrats de travail intermittents afin de pourvoir les emplois permanents, définis par cette convention ou cet accord, qui, par nature, comportent une alternance de périodes travaillées et non travaillées ( Soc., 19 mars 2014, pourvoi n° 13-10.759, 13-10.760, Bull. 2014, V, n° 81 ; Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 10-15.087, Bull. 2011, V, n° 150)

Le mémoire en défense rappelle la jurisprudence de notre chambre, rendue au visa de l'article L. 3123-25 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n°2008-789 du 20 août 2008, selon laquelle « *il résulte de ce texte qu'en cas de défaut de respect des modalités selon lesquelles le programme indicatif de la répartition de la durée du travail est communiqué par écrit au salarié et des conditions et délais dans lesquels les horaires de travail sont notifiés par écrit au salarié, le contrat est présumé à temps complet et il incombe alors à l'employeur de rapporter la preuve 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* », de sorte que la présomption de temps complet instaurée n'est pas irréfragable ; il soutient qu'il en va nécessairement de même lorsqu'il est jugé que la modulation à temps partiel mise en place dans l'entreprise est nulle en raison de l'illicéité des dispositions conventionnelles la mettant en oeuvre et il se prévaut des arrêts ci-dessus rappelés au rapport (Soc., 19 septembre 2012, pourvois n°11-22782 à 11-22791; Soc., 13 mars 2013, pourvoi n°12-12795) selon lesquels l'irrégularité d'un accord de modulation à temps complet ou de sa mise en oeuvre rend seulement inapplicable aux salariés le décompte de la durée du travail dans un cadre autre qu'hebdomadaire. Il ajoute que c'est d'ailleurs la même solution qui est retenue en cas de nullité ou d'inopposabilité de la convention de forfait, à savoir que ce sont les règles du droit commun de la durée du travail qui s'appliquent.

Il conteste qu'une analogie puisse être faite avec le régime du contrat de travail intermittent dans la mesure où la chambre sociale énonce que le travail intermittent se distingue du travail à temps partiel en ce qu'il est destiné à pourvoir des emplois permanents comportant une alternance entre périodes travaillées et périodes non travaillées « (Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n°10-12.017, FS-D ; soc., 2 mars 2016, pourvois n°14-23.009 et 14-23.216, bull.) » et que c'est en l'absence de définition de périodes travaillées et de périodes non travaillées qu'elle juge que le contrat de travail intermittent doit être requalifié en CDI de droit commun à temps complet.

Il conclut que la nullité de l'accord de modulation n'entraîne donc pas la requalification automatique du contrat de travail à temps partiel modulé en contrat de travail à temps plein mais seulement l'application des règles de droit commun relatives à la durée du travail et aux heures supplémentaires, la présomption de temps complet instaurée étant une présomption simple que l'employeur peut renverser.

En l'état de ces éléments, il appartiendra à notre chambre d'apprécier si les motifs de l'arrêt encourent les griefs du moyen.

#### **4-1- 2 Deuxième branche : renversement, par l'employeur, de la présomption de temps complet résultant du non-respect de l'obligation de communication au salarié d'un programme indicatif ainsi que des conditions et délais de notification de ses horaires de travail**

En application des dispositions de l'article L. 3123-25 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, ci-dessus reproduit, le salarié doit être destinataire, par écrit, du programme indicatif de la répartition de la durée du travail et de ses horaires de travail.

En matière de modulation, notre chambre juge que la communication de la programmation aux salariés est un élément essentiel.

Lorsque la question est soulevée devant lui, le juge du fond doit vérifier que cette communication dans son principe ainsi que les modalités conventionnelles de

communication du programme de modulation et de notification de ses horaires au salarié ont été respectées ( pour des exemples d'arrêts sanctionnant ce défaut de vérification : Soc., 1 décembre 2016, pourvoi n° 15-21.996 ; Soc., 1 mars 2017, pourvoi n° 15-28.766 ; Soc., 16 novembre 2022, pourvoi n° 21-20.035).

La charge de la preuve du respect des dispositions de l'accord de modulation du temps de travail relatives aux conditions et délais de notification au salarié des horaires de travail pèse sur l'employeur ( Soc., 15 mars 2017, pourvoi n° 15-28.142).

En cas de non-respect des dispositions conventionnelles relatives à la communication du programme indicatif et des horaires de travail, notre chambre applique la même sanction qu'en cas de contrat de travail à temps partiel ne comportant pas, contrairement aux exigences légales (article L. 3123-14 du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, puis L. 3123-6 du code du travail dans sa rédaction issue de cette loi) les informations relatives à la durée de travail hebdomadaire ou mensuelle prévue et / ou à sa répartition entre les jours de la semaine ou les semaines du mois : le salarié titulaire d'un contrat de travail à temps partiel modulé a la possibilité de se prévaloir d'une présomption de contrat de travail à temps complet.

Comme en cas de non-respect des dispositions des articles L. 3123-14, puis L. 3123-6 du code du travail, il s'agit d'une présomption simple que l'employeur peut renverser.

Mais en matière de temps partiel modulé où, en raison de la possibilité de variation de la durée du travail recherchée, le contrat de travail n'a pas à mentionner la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois et où la durée du travail « prévue », devant être mentionnée au contrat, s'entend de la durée hebdomadaire ou mensuelle de référence, la preuve que l'employeur doit rapporter pour renverser la présomption de temps plein est seulement celle de ce 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 sa disposition. La preuve ainsi requise répond à l'exigence essentielle sur laquelle repose la mise en oeuvre du travail à temps partiel, à savoir, que le salarié dispose d'une prévisibilité de ses horaires de travail lui permettant de s'organiser et d'exercer, le cas échéant, d'autres activités. Cette prévisibilité ne peut être assurée que si les règles relatives à l'information du salarié sont respectées.

Les juges du fond apprécient souverainement le point de savoir si l'employeur rapporte la preuve qui lui incombe ( cf notamment sur ce point : Soc., 10 octobre 2018, pourvoi n° 17-17.589 ; Soc., 2 juin 2021, pourvoi n° 19-16.059), notre chambre exerçant un contrôle léger d'opérance des motifs de l'arrêt :

- Soc., 12 mai 2015, pourvoi n° 14-10.623, Bull. 2015, V, n° 95 : « *Mais attendu qu'il résulte de l'article L. 3123-25 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, qu'en cas de défaut de respect des modalités selon lesquelles le programme indicatif de la répartition de la durée du travail est communiqué par écrit au salarié et des conditions et délais dans lesquels les horaires de travail sont notifiés par écrit au salarié, le contrat est présumé à temps complet et il incombe alors à l'employeur de rapporter la preuve 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 ;*

Et attendu que la cour d'appel a constaté, d'une part que l'employeur n'avait pas respecté les délais de communication aux salariés du calendrier indicatif, précisant la répartition du temps de travail sur l'année, et des plannings hebdomadaires, d'autre part que faute de connaître le calendrier indicatif de l'année suivante et le nombre d'heures précis de la semaine suivante, les salariés étaient obligés de se tenir constamment à la disposition de l'employeur ; »

- Soc., 12 septembre 2018, pourvoi n° 16-18.030, 16-18.037, Bull. 2018, V, n° 152 : sommaire : « Il résulte de l'article L. 3123-25 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, qu'en cas de défaut de respect des modalités selon lesquelles le programme indicatif de la répartition de la durée du travail est communiqué par écrit au salarié sous contrat à temps partiel modulé et des conditions et délais dans lesquels les horaires de travail lui sont notifiés par écrit, le contrat est présumé à temps complet et il incombe alors à l'employeur de rapporter la preuve que l'intéressé 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. Doit être approuvée une cour d'appel qui, ayant constaté que l'organisation du travail prévoyait une durée mensuelle moyenne de travail de référence, avec fixation d'un commun accord des jours de disponibilité des salariés dans la semaine, que les feuilles de route qui leur étaient remises et qu'ils avaient signées ne mentionnaient qu'un volume horaire que les intéressés répartissaient librement à l'intérieur de leurs jours de disponibilité, qu'elles précisaient la durée contractuelle hebdomadaire de travail, ce qui permettait aux distributeurs de contrôler le volume de travail convenu et qu'elles n'emportaient en elles-mêmes aucune modification du planning prévisionnel, en a déduit que l'employeur établissait que les salariés n'étaient pas placés dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme ils devaient travailler et qu'ils n'avaient pas à se tenir constamment à sa disposition. »

- Soc., 19 juin 2019, pourvoi n 17-17.122 : « Sur le troisième moyen : [...] Et attendu qu'après avoir constaté, par une appréciation souveraine de la valeur et de la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis, une régularité des rythmes de travail pendant les périodes non couvertes par des plannings de modulation, sans aucune rupture avec les périodes antérieures et postérieures, la cour d'appel, qui a retenu que la salariée n'était pas placée dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme elle devait travailler et n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur, a légalement justifié sa décision ;

Sur le cinquième moyen :

[...] Mais attendu qu'ayant constaté, par une appréciation souveraine de la valeur et de la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis, qu'il ressortait du tableau des jours travaillés en 2010 et 2011 et de la liste détaillée des salaires versés que le salarié avait travaillé pour l'essentiel les lundis en 2010 et en 2011 et que son rythme de travail avait été régulier pendant les périodes non couvertes par un planning de modulation, la cour d'appel, qui a retenu que l'intéressé n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur, a légalement justifié sa décision ; » ;

- Soc., 2 juin 2021, pourvoi n° 19-19.342 : « 4. Il résulte de l'article L. 212-4-6, devenu L. 3123-25, du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, qu'en cas de défaut de respect des modalités selon lesquelles le programme indicatif de la répartition de la durée du travail est communiqué par écrit au salarié et des conditions et délais dans lesquels les horaires de travail sont notifiés par écrit au salarié, le contrat est présumé à temps complet et il incombe alors à l'employeur de rapporter la preuve 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 sa disposition. 5. La cour d'appel, qui a constaté, par motifs propres et adoptés, que l'employeur ne rapportait pas la preuve d'avoir communiqué par écrit l'intégralité des programmes indicatifs de modulation au salarié, que la durée de travail de l'intéressé variait de manière importante et qu'il n'était pas établi qu'il recevait ses feuilles de route avec un délai de prévenance suffisant et qui a relevé, sans méconnaître les dispositions légales et conventionnelles applicables, qu'avaient été conclus des « avenants temporaires » au contrat de travail au titre d'une activité de colportage dont les durées n'étaient pas prises en compte par les programmes indicatifs de modulation produits, a souverainement retenu qu'il n'était pas démontré que le salarié n'était pas dans l'impossibilité de prévoir son rythme de travail et n'avait pas à se tenir à la disposition constante de l'employeur et en a exactement déduit, abstraction faite des motifs erronés mais surabondants critiqués par le moyen pris en ses trois premières

branches, que le contrat de travail à temps partiel modulé de l'intéressé devait être requalifié en contrat à temps complet. » ; cf également Soc., 2 juin 2021, pourvoi n° 19-16.059.

De façon générale, il est estimé que la présomption de travail à temps complet est renversée si l'employeur établit, d'une part, que le salarié a une durée de travail stable, d'autre part, par exemple, qu'il a des horaires réguliers (Soc., 5 mars 2003, pourvoi n° 01-41.909 ; Soc., 5 octobre 2011, pourvoi n° 10-20.279), ou qu'il jouit d'une autonomie totale dans l'organisation de son temps de travail (Soc., 15 octobre 2008, pourvoi n° 06-46.382 ; Soc., 27 juin 2012, pourvoi n° 11-10.104; Soc., 16 mai 2018, pourvoi n° 17-12.543; Soc., 18 décembre 2019, pourvoi n° 18-12.643 ), ou qu'il peut mettre à jour un tableau consulté par les services indiquant ses périodes de travail et ses disponibilités (Soc., 9 juillet 2003, pourvoi n° 01-42.451, Bulletin civil 2003, V, n° 229 - RJS 10/03 n° 1175) ou encore que son planning lui est communiqué suffisamment à l'avance pour qu'il puisse prévoir à quel rythme il doit travailler (Soc., 28 septembre 2011, pourvoi n° 09-71.139 ; Soc., 20 juin 2012, pourvoi n° 11-18.983).

Au soutien du fait que le salarié n'était pas dans l'impossibilité de prévoir son rythme de travail et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à sa disposition, l'employeur argue parfois, comme tel était le cas en l'espèce, de la circonstance que, pendant la relation de travail en cause, il travaillait pour un autre employeur ou pour plusieurs autres employeurs, circonstance qui, au demeurant, est l'une que doit permettre le travail à temps partiel.

Pour un exemple d'arrêt dans lequel cette circonstance d'occupation d'un autre emploi ou d'autres emplois a compté comme permettant de retenir que l'employeur rapportait la preuve de ce que le salarié n'était pas dans l'impossibilité de prévoir son rythme de travail et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à sa disposition, on peut citer :

- Soc., 11 mars 2015, pourvoi n° 13-21.090 cité par le MDC : « Mais attendu que la cour d'appel, qui n'avait pas à répondre à des moyens insusceptibles d'avoir une incidence sur la solution du litige ou que ses constatations rendaient inopérants, a, d'une part, retenu, par une appréciation souveraine de l'ensemble des éléments qui lui étaient soumis et sans se contredire, que le salarié connaissait à l'avance son rythme de travail par l'envoi de plannings annuels et qu'il s'était engagé auprès de quatre autres employeurs, ce dont il résultait qu'il n'était pas obligé de se tenir constamment à la disposition de l'association, et, d'autre part, constaté que le recours par l'employeur à des heures complémentaires n'avait pas eu pour effet de porter la durée de travail du salarié au-delà de la durée légale ; que le moyen n'est pas fondé ; » ;

Pour des exemples d'arrêts, rendus en matière de travail à temps partiel « classique », dans lesquels notre chambre a sanctionné les motifs de décisions fondées, notamment, sur cette circonstance :

- Soc., 25 janvier 2023, pourvoi n° 20-20.679 : « Vu l'article L. 3123-14 du code du travail :

5. Selon ce texte, le contrat écrit du salarié à temps partiel doit mentionner la durée hebdomadaire ou, le cas échéant, mensuelle prévue et la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois. Il en résulte que 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.

6. Pour débouter le salarié de sa demande de requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat à temps complet, l'arrêt retient que l'employeur justifie que le salarié était, au cours de l'été précédent l'année scolaire, consulté sur ses disponibilités afin de déterminer les jours et dates de ses interventions chaque semaine et qu'il était en mesure de faire valoir ses préférences et empêchements, y compris sur la composition des groupes d'élèves et les cours enseignés, ses horaires étant adaptés selon les mois à ses nouvelles disponibilités lorsqu'ils les faisaient connaître à son employeur.

7. Il ajoute que l'employeur établit que, par exemple, chaque mois de l'année 2016 le salarié avait sollicité une modification de son planning pour convenances professionnelles ou personnelles et que le 11 mars 2017 il avait sollicité le déplacement des cours et obtenu satisfaction sauf lorsque l'enseignement programmé ne pouvait être déplacé. Il en déduit que c'est à tort que le salarié se prévaut de modifications de son emploi du temps décidées unilatéralement par l'employeur et sans respect du délai de prévenance alors qu'il était à l'initiative de cette modification.

8. Il relève encore que l'employeur montre également que par échanges de mails du 30 mars 2017 le salarié avait été informé qu'un avenant à son contrat de travail lui était adressé que pourtant il n'avait pas signé en retour et qu'il avait signé sans protester tous les autres avenants intervenus dans le contexte déjà discuté.

9. Il retient enfin que le salarié n'avait pas à se tenir à la disposition exclusive de l'employeur puisqu'il était suffisamment établi qu'il avait été en mesure de travailler pour d'autres employeurs tout au long de la relation de travail.

10. En se déterminant ainsi, par des motifs qui ne suffisent pas à caractériser que l'employeur faisait la preuve de ce que le salarié n'avait pas été placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il ne devait pas se tenir constamment à la disposition de l'employeur, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

- Soc., 13 avril 2023, pourvoi n° 21-22.006 s'agissant d'un salarié engagé le même jour par deux contrats de travail à temps partiel, par deux sociétés différentes ayant le même gérant : « Vu l'article L. 3123-14 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 et l'article L. 3123-6 du même code, dans sa rédaction issue de cette loi :

5. Selon ces textes, le contrat de travail du salarié à temps partiel est un contrat écrit qui mentionne les modalités selon lesquelles les horaires de travail pour chaque journée travaillée sont communiqués par écrit au salarié. Dans les associations et entreprises d'aide à domicile, les horaires sont communiqués par écrit chaque mois au salarié. Il en résulte que l'absence d'une telle communication fait présumer que l'emploi est à temps complet et il incombe alors à l'employeur 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.

6. Pour rejeter la demande en requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet, l'arrêt, après avoir constaté que l'employeur communiquait les horaires au salarié, uniquement la veille de la journée de travail, voire le jour même, retient que le contrat de travail à temps partiel conclu entre le salarié et la SPEF, par le jeu des clauses du contrat stipulant à la fois une durée minimum de travail garantie et la possibilité pour cet employeur de solliciter la réalisation d'heures complémentaires, le salarié pouvait, en parallèle de son emploi au sein de la SLDD, être amené à réaliser chaque mois pour ce second employeur entre 108,33 heures et 140,82 heures représentant seulement 10,84 heures de moins que la durée du travail à temps complet.

7. L'arrêt ajoute que la lecture des fiches de paie confirme par ailleurs que le salarié réalisait effectivement chaque mois des heures complémentaires pour le compte de la SPEF.

8. Il en déduit que les sociétés établissent que le salarié, qui connaissait la durée exacte de son temps de travail, 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 la société SLDD.

9. En statuant ainsi, par des motifs impropres à établir que le salarié était en mesure de prévoir son rythme de travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »

**Au cas d'espèce, en second lieu, Mme [H] fondait sa demande en requalification de son contrat de travail sur le non-respect, par l'employeur, notamment, de ses**

obligations en matière de communication du planning prévisionnel et de ses horaires de travail (pages 24 à 30 des conclusions).

Elle se prévalait de la constante variation de ses horaires de travail et de sa durée de travail mensuelle, du non-respect du délai d'un mois pour la communication du planning prévisionnel mensuel, du non-respect du délai de prévenance de sept jours en cas de modification du planning et opposait que l'employeur ne démontrait pas qu'elle pouvait prévoir à quel rythme elle devait travailler et qu'elle n'avait pas à se tenir constamment à sa disposition. Elle contestait qu'il puisse utilement se prévaloir à cet égard des quelques heures de ménage qu'elle avait pu effectuer pour un particulier ou pour une autre entreprise (page 31).

L'employeur soutenait (pages 17 à 20 de ses conclusions) que la salariée était parfaitement informée à l'avance de son planning et de ses horaires de travail au moyen d'un affichage et d'un classeur de l'équipe de nuit consultable à tout moment et il se prévalait du fait qu'elle avait toujours cumulé plusieurs emplois en parallèle de son activité auprès d'elle, à savoir des heures de ménage à hauteur de six heures hebdomadaires pour un particulier employeur et de onze heures hebdomadaires pour une pharmacie et que, du 1<sup>er</sup> septembre 2014 au 27 janvier 2016, elle avait également travaillé pour le compte d'une société.

En réponse au second moyen invoqué par la salariée, la cour d'appel a statué en ces termes : « [...] Mme [J] [H] invoque également plusieurs moyens ayant pour effet, selon elle, de lui rendre inopposable le dispositif du temps partiel modulé mis en oeuvre par l'employeur.

*A cet égard, elle soutient notamment:*

- que ce dernier nous ne lui a jamais transmis la planification prévisionnelle annuelle
- que contrairement aux prévisions contractuelles, elle n'a jamais été tenue informée mensuellement de ses horaires de travail.

*L'employeur ne justifie pas de la transmission à la salariée du programme indicatif de la répartition de la durée du travail annuelle, comme prévu à l'accord de branche ni de ce que ses horaires de travail étaient notifiés individuellement à Mme [H] un mois avant leur application, comme prévu au contrat de travail.*

*Par application des principes susvisés, le contrat de travail est présumé à temps complet.*

*Cependant, l'association La Pierre Angulaire devenue Habitat et Humanisme soin rapporte la preuve que la salariée n'était pas placée dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme elle devait travailler et qu'elle n'avait pas à se tenir constamment à sa disposition au moyen des éléments suivants :*

- un procès verbal d'audition de Mme [J] [H] par la CPAM (pièce 5.2.2) qui démontre que cette dernière travaillait en parallèle pour le compte de particuliers à hauteur de 6 heures par semaine depuis le mois d'août 2007
- une attestation de paiement des indemnités journalières relative à la période du 1<sup>er</sup> septembre 2014 au 28 février 2015 qui démontre qu'elle travaillait en réalité pour trois autres employeurs: un particulier, la SARL Saint Priest Médical et la Selarl Pharmacie Dubost.

*En conséquence la cour, confirmant le jugement de ce chef, rejette la demande de requalification du contrat à temps partiel de Mme [H] en contrat de travail à temps plein. »*

La seconde branche du moyen énonce une prémisse en partie inexacte en ce qu'elle indique que, pour renverser la présomption simple de temps complet résultant du non-respect des dispositions de l'article L. 3123-25 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, relatives à la communication au salarié de la programmation et de ses horaires de travail,

l'employeur doit prouver, d'une part, la durée exacte hebdomadaire ou mensuelle de travail convenue, or, comme indiqué ci-dessus, cette preuve n'est pas exigée en matière de temps partiel modulé où est seulement prévue une durée de référence, 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.

Mais le grief fait à l'arrêt est d'avoir, pour retenir que l'employeur renversait la présomption de temps complet, statué par des motifs inopérants pris de ce que la salariée avait pu exercer d'autres activités durant la journée quand, faute de connaître le calendrier indicatif de l'année suivante et le nombre précis d'heures de travail du mois suivant, elle était obligée de se tenir constamment à la disposition de l'employeur.

Il appartiendra à notre chambre d'apprécier si les motifs de l'arrêt encourent les griefs de la deuxième branche du moyen.

#### **4-1-3 Troisième branche : défaut de preuve par l'employeur de la durée exacte hebdomadaire ou mensuelle de travail convenue.**

La troisième branche du premier moyen soutient qu'en déboutant, par les motifs ci-dessus rappelés, la salariée de sa demande en requalification de son contrat de travail à temps partiel modulé en contrat de travail à temps plein, sans constater que l'employeur rapportait la preuve de la durée « exacte » hebdomadaire ou mensuelle du travail convenue, la cour d'appel a violé l'article L. 3123-14 du code du travail.

S'agissant du salarié à temps partiel soumis à un contrat de travail à temps partiel que l'on peut qualifier de « classique », hors dispositif de modulation de la durée du travail, aux termes de l'article L. 212-4-3, devenu l'article L. 3123-14 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, le contrat de travail du salarié à temps partiel doit être établi par écrit.

Il doit en outre mentionner, notamment, la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue ainsi que, sauf pour les salariés des associations et entreprises d'aide à domicile et les salariés relevant d'un accord collectif de travail conclu en application des articles L. 3123-25 et suivants, la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois.

Notre chambre juge de façon constante que l'absence d'écrit ou l'absence de mention

de la durée de travail hebdomadaire ou, le cas échéant, mensuelle, convenue, ou la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine et les semaines du mois (sauf cas où cette mention n'est pas obligatoire) emporte une présomption simple de temps complet que l'employeur peut renverser en rapportant la double preuve, d'une part, de la « durée exacte, hebdomadaire ou mensuelle, de travail convenue », d'autre part, du fait que le salarié avait connaissance du rythme auquel il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur (Soc., 9 avril 2008, pourvoi n° 06-41.596, Bull. 2008, V, n° 84 -RJS 6/08 n° 729 ; Soc., 21 novembre 2012, pourvoi n° 11-10.258, Bull. 2012, V, n° 304 ; Soc., 9 janvier 2013, pourvoi n° 11-11.808, Bull. 2013 V n° 2 et pourvoi n° 11-16.433, Bull. 2013, V, n° 5 ;

Soc., 3 juillet 2019, pourvoi n° 17-15.884, FS, P + B RJS 10/19 n° 605 ; Soc., 14 septembre 2022, pourvoi n° 21-12.251 ; Soc., 29 mars 2023, pourvoi n° 21-23.491) .

Mais, comme exposé précédemment, en matière de temps partiel modulé, pour renverser la présomption simple de temps complet résultant du non-respect des dispositions conventionnelles relatives à la communication, au salarié, du programme indicatif et de ses horaires de travail, la seule preuve requise de l'employeur est celle du fait 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 sa disposition (notamment, Soc., 12 mai 2015, pourvoi n° 14-10.623, Bull. 2015, V, n° 95 cité ci-dessus).

### **- Motifs de la proposition de rejet non spécialement motivé :**

Le grief manque en droit.

Si notre chambre considérait que le grief manque en droit en ce que, d'une part, s'agissant en l'espèce d'un contrat de travail à temps partiel modulé conclu le 1<sup>er</sup> mars 2008, l'article L. 3123-14 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, ne trouve pas à s'appliquer de sorte que sa violation ne peut pas être utilement invoquée, d'autre part, la seule preuve requise de l'employeur pour renverser la présomption de temps complet résultant du non-respect des dispositions conventionnelles relatives à la communication, à la salariée, du programme indicatif et de ses horaires de travail, était celle du fait que cette dernière n'était pas placée dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme elle devait travailler et qu'elle n'avait pas à se tenir constamment à sa disposition, de sorte que la cour d'appel n'avait pas à constater que l'employeur rapportait la preuve de la durée exacte hebdomadaire ou mensuelle de travail convenue, elle pourrait le rejeter par une décision de rejet non-spécialement motivé.

On peut en outre rappeler que l'article L. 212-4-6 du code du travail, devenu L. 3123-25 lors de la recodification intervenue le 1<sup>er</sup> mai 2008, applicable en l'espèce, disposait : « [...] *Le contrat de travail mentionne la qualification du salarié, les éléments de sa rémunération, la durée hebdomadaire ou mensuelle de référence.* »

En dépit d'un arrêt isolé (Soc., 23 novembre 2016, pourvoi n° 15-20.925), notre chambre juge de façon constante qu'une durée indicative mensuelle moyenne variable selon le planning correspond à la durée mensuelle de référence exigée par ce texte :

- Soc., 22 septembre 2011, pourvoi n° 10-14.255 : en l'occurrence, le contrat faisait état d'une durée indicative mensuelle variable selon le planning : « *Mais attendu, d'abord, que la mention de la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine où les semaines du mois n'étant pas exigée dans un contrat de travail à temps partiel modulé, la cour d'appel, qui a constaté que le contrat de travail à temps partiel modulé conclu par les parties mentionnait la durée de travail hebdomadaire de référence, a fait l'exacte application des articles L. 212-4-3 et L. 212-4-6 du code du travail, alors applicables, en rejetant la demande de requalification en contrat à temps complet ;* » ;

- Soc., 15 avril 2015, pourvoi n° 13-26.699, 13-26.700 : « *Vu les articles L. 3123-25 du code du travail, dans sa rédaction alors applicable, et 1134 du code civil, ensemble l'article 2.1 de l'accord d'entreprise du 11 mai 2005 ;*

*Attendu, selon le premier de ces textes, d'une part, que si 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 doit prévoir, notamment, la durée minimale de travail hebdomadaire ou mensuelle et la durée minimale de travail pendant les jours travaillés, d'autre part, que, dans une telle hypothèse, le contrat de travail doit mentionner notamment la durée hebdomadaire ou mensuelle de référence ;*

*Attendu, selon le second de ces textes, que le juge ne doit pas dénaturer les documents de la cause ; Attendu, selon les arrêts attaqués, que Mme [B] et M. [A] ont été engagés en qualité de distributeurs par la société Adrexo, selon contrats de travail à temps partiel modulé ; que les salariés ont saisi la juridiction prud'homale d'une demande en requalification de leur contrat de travail à temps partiel modulé en contrat de travail à temps plein et en paiement de sommes à ce titre ;*

*Attendu que pour faire droit à ces demandes, les arrêts retiennent que l'accord d'entreprise du 11 mai 2005 ne comporte ni la durée minimale du travail hebdomadaire ou mensuelle ni la durée minimale de travail pendant les jours travaillés, et que les contrats de travail ne mentionnent pas la durée du travail convenu, celle-ci étant calculée sur la base d'une quantification préalable de l'ensemble des missions confiées et accomplies par le distributeur, selon l'article 2.2.1.2. de la convention collective, ce qui n'équivaut pas, en soi, à la mention de la durée du travail convenu ;*

*Qu'en statuant ainsi, alors, d'une part, que l'accord d'entreprise du 11 mai 2005 prévoyait, à son article 2.1 intitulé « durée du travail d'un distributeur à temps partiel modulé » que « le distributeur bénéficie d'une garantie de travail minimale par jour, semaine et mois travaillés conformes à celles prévues par la convention collective de branche soit au moins 2 heures par jour, 6 heures hebdomadaires et 26 heures par mois », d'autre part que les contrats de travail stipulaient, peu important qu'elle ait été calculée sur la base d'une quantification préalable, une durée moyenne mensuelle de travail de référence de 26 heures, ce dont elle aurait dû déduire que l'employeur était fondé à revendiquer, pour ces salariés, l'existence d'un temps partiel modulé, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »*

*- Soc., 19 octobre 2016, pourvoi n° 14-27.097 : « Vu l'article 1134 du code civil dans sa rédaction alors applicable ;*

*Attendu que pour requalifier le contrat de travail à temps partiel en contrat à temps complet l'arrêt retient*

*que le contrat signé ne fait état d'aucune mention de la durée hebdomadaire ou mensuelle du travail ainsi*

*que de la répartition de cette durée et que la seule référence à la répartition du travail consiste dans la*

*détermination d'un jour de la semaine à l'occasion duquel devait s'effectuer la prestation de travail ;*

*Qu'en statuant ainsi, alors que le contrat signé le 22 mai 2006 mentionnait la durée contractuelle moyenne de référence (312 heures) et la durée indicative mensuelle moyenne de travail variable selon*

*le planning (26 heures), la cour d'appel, qui en a dénaturé les termes clairs et précis, a violé le texte susvisé ; »*

*- Soc., 12 janvier 2022, pourvoi n° 20-15.478 : « Réponse de la Cour*

*5. Selon l'article L. 212-4-6, devenu L. 3123-25, du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi*

*n° 2008-789 du 20 août 2008, d'une part, si 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 doit prévoir, notamment, la durée minimale de travail hebdomadaire ou mensuelle et la durée minimale de travail pendant les jours travaillés, d'autre part, dans une telle hypothèse, le contrat de travail doit mentionner notamment la durée hebdomadaire ou mensuelle de référence.*

6. Ayant relevé que le contrat de travail et les avenants mentionnaient une « durée indicative mensuelle moyenne variable selon le planning », la cour d'appel en a exactement déduit qu'ils stipulaient une durée moyenne mensuelle de travail de référence conformément aux dispositions de l'article précité.

7. Le moyen n'est donc pas fondé. »

Au cas d'espèce, la cour d'appel a relevé : « Selon le contrat de travail signé entre les parties le 12 février 2008 : 'Mme [J] [H] est embauchée en qualité d'agent de service logistique niveau 1 à 70 % ETPT, intégrée principalement dans l'équipe de nuits. La durée hebdomadaire moyenne de travail est de 24,5 heures réparties sur l'ensemble de l'année pour un nombre total de 1274 heures, selon la planification affichée mois après mois. ».

#### **4-2 Second moyen : le rejet de la demande en paiement de dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par le manquement de l'employeur à son obligation de formation**

En application de l'article L. 6321-1 du code du travail, il pèse sur l'employeur une obligation de formation consistant à devoir assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail et veiller au maintien de leur capacité à occuper un emploi au regard, notamment, de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations.

L'obligation pesant ainsi sur l'employeur est une obligation légale : Soc., 13 décembre 2011, pourvoi n° 10-21.855 : « Vu l'article L. 6321-1 du code du travail ; Attendu que pour écarter la demande du salarié en réparation du préjudice lié à l'absence de formation, l'arrêt relève qu'il ne justifie d'aucune demande en ce sens ; Qu'en statuant ainsi, alors que l'adaptation du salarié à son poste de travail est une obligation légale incombant à l'employeur, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; »

Notre chambre juge de façon constante, au visa de ce texte, que le fait pour un salarié de n'avoir bénéficié d'aucune formation professionnelle depuis son engagement au sein de l'entreprise ou d'une formation extrêmement réduite établit le manquement de l'employeur à son obligation de formation et elle sanctionne pour violation de ce texte les décisions qui, dans une telle situation, ne retiennent pas l'existence du manquement (Soc., 23 octobre 2007, pourvoi n° 06-40.950, Bull. V n°171 ; Soc., 2 mars 2010, pourvoi n° 09-40.914 et autres - RJS 5/10 n° 398 ; Soc., 5 juin 2013, pourvoi n° 11-21.255, Bull. V, n° 146 - RJS 8-9 / 13 n° 629 ; Soc., 24 juin 2015, pourvoi n° 13-28.460 ; Soc. 8 juillet 2020, pourvoi n° 19-12.105 ; Soc., 15 juin 2022, pourvoi n° 20-20.252).

L'employeur étant légalement tenu de mettre en oeuvre l'obligation de formation, il est indifférent que le salarié n'aie pas sollicité des actions de formation et il ne lui revient pas de déterminer les formations qui lui seraient nécessaires ( Soc., 18 juin 2014, pourvoi n° 13-14.916, Bull. n° 148- RJS 10/14 n° 178 ; Soc., 16 septembre 2020, pourvoi no 18-19.889).

L'appréciation de l'existence du préjudice invoqué au titre du manquement de l'employeur à son obligation de formation et son évaluation relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond : Soc., 3 mai 2018, pourvoi n° 16-26.796 : « Mais attendu que l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ; que la cour d'appel a estimé que le salarié ne justifiait d'aucun

*préjudice résultant du non-respect par l'employeur de son obligation de formation ; que le moyen n'est pas fondé ; »*

L'article 1240 du code civil, qui reprend à l'identique les dispositions de l'article 1382 du même code, énonce : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

Il résulte de ce texte qu'outre l'existence d'un fait générateur de responsabilité (faute notamment) et d'un préjudice, l'engagement de la responsabilité nécessite l'existence d'un troisième élément constitutif, à savoir, un lien de causalité entre les deux. Une relation de cause à effet doit être établie et constatée par le juge entre le fait générateur et le préjudice invoqué.

La même exigence existe en matière de responsabilité contractuelle en application de l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et, depuis cette ordonnance, des articles 1231-1 et 1231-2 du code civil (1<sup>re</sup> Civ., 22 janvier 2020, pourvoi n° 19-50.062, 19-10.110 : « *18. La responsabilité civile exige pour être retenue la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre eux. A défaut d'existence de l'une de ces trois conditions cumulatives, elle n'est pas engagée.* »

Les juges du fond, saisis de l'action en réparation, doivent constater l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage. Ils apprécient souverainement les éléments de preuve relatifs au lien de causalité. Mais, le lien de causalité étant une notion juridique, la Cour de cassation contrôle la constatation, par les juges du fond, de l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage invoqués, mais aussi la caractérisation du lien de causalité retenu ou de l'absence de lien de causalité retenue.

- 2e Civ., 13 décembre 2018, pourvoi n° 17-28.280 : « *Vu l'article 1382, devenu 1240, du code civil ;*

*Attendu que pour débouter l'établissement public à caractère industriel et commercial SNCF mobilités SNCF réseau de ses demandes, l'arrêt retient que, malgré la présence anormale de la remorque appartenant à M. [C] sur la voie ferrée provoquée par l'action de M. [D], et si M. [C] avait pu commettre des manquements en qualité de commettant, il n'en demeure pas moins que l'absence de réaction utile de la SNCF due à une accumulation de dysfonctionnements a été un événement directement causal et un paramètre déterminant dans la réalisation du dommage ; que la chute sur la voie ferrée de la remorque n'a pas été la cause exclusive du dommage et que l'action de la SNCF a été déterminante et directe dans les circonstances et la réalisation de l'accident même s'il ne s'agit pas à proprement parler d'une cause chronologiquement première ;*

*Qu'en statuant ainsi, alors qu'il ressortait de ses propres constatations que, sans la présence de la remorque sur la voie ferrée, aucune collision ne serait intervenue, de sorte que cette remorque constituait l'une des causes nécessaires du dommage, même si elle n'en était pas la cause exclusive, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé le texte susvisé ; »*

- 2e Civ., 21 novembre 2019, pourvoi n° 18-20.798 : « *Vu l'article 1384, alinéa 1er, devenu 1242, alinéa 1er, du code civil ;*

*Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'[I] [G], âgée de 79 ans, a fait une chute dans le sas de sortie d'une galerie marchande de l'enseigne « Cora » ; qu'elle a été transportée dans un centre hospitalier où a été diagnostiquée une fracture du col du fémur ; qu'opérée le 21 juillet 2011 aux fins de pose d'une prothèse, elle est décédée à l'hôpital le 25 juillet suivant ; que son époux, [H] [G], a assigné la société Cora et l'assureur de celle-ci, la société Royal & Sun alliance group insurance PLC, en réparation de*

son préjudice moral et en remboursement des frais funéraires ; qu'à la suite du décès de [H] [G], la procédure a été reprise par ses héritiers, MM. [E] et [F] [G], qui ont sollicité la réparation de leur préjudice moral et ont assigné en intervention forcée le syndicat des copropriétaires de la SCI de l'Etang, pris en la personne de son syndic, la société France industrielle gestion & administration ;

Attendu que pour retenir que le lien entre la chute d'[I] [G] et son décès n'était pas établi et débouter en conséquence M. [E] [G] de ses demandes, après avoir retenu que le tourniquet en mouvement situé à l'entrée de la galerie commerciale avait été l'instrument du dommage subi par [I] [G] le 19 juillet 2011, l'arrêt constate que, selon le compte-rendu d'hospitalisation, la victime a été prise en charge par le service des urgences à son arrivée à l'hôpital « pour une fracture du col fémoral gauche sur chute mécanique », a été opérée le 21 juillet pour la pose d'une prothèse intermédiaire, les suites opératoires initiales étant décrites comme « simples », puis a été transférée, à la suite d'une chute avec malaise le 25 juillet 2011, en service de réanimation où son décès a été constaté une heure plus tard ; que le médecin anesthésiste de ce service a conclu à un « arrêt cardiaque sur probable embolie pulmonaire à J3 post-opératoire d'une prothèse fémorale, chez une patiente de 79 ans, porteuse d'un asthme ancien avec possible cœur pulmonaire chronique » ; que la cause du décès a été confirmée par un médecin du service de chirurgie orthopédique et traumatologique dans un certificat du 3 août 2011 en ces termes : « cette patiente est décédée dans les suites d'une fracture du col du fémur, d'une probable embolie pulmonaire massive. Le décès est consécutif à la chute et à la fracture du col du fémur survenues le 19 juillet 2011 » ; que les juges du fond ont ensuite retenu qu'il n'était pas contestable que l'opération réalisée le 21 juillet 2011 était en lien direct et certain avec la chute, puis relevé qu'aucune des pièces versées aux débats ne démontrait que cette opération n'aurait pas été réalisée dans les règles de l'art ou que l'état de santé de la victime se serait alors dégradé, que sa chute le 25 juillet 2011 alors qu'elle était toujours hospitalisée avait révélé un grave problème cardiaque qui avait entraîné son décès malgré une prise en charge immédiate ; qu'ils en ont déduit qu'il n'était pas possible de dire si l'arrêt cardiaque présenté par la victime était la conséquence directe et certaine de l'accident survenu le 19 juillet 2011 ou de l'intervention chirurgicale du 21 juillet 2011, ou encore de l'état antérieur de la patiente ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que la chute d'[I] [G] dans le sas de sortie de la galerie marchande avait concouru à la production du dommage invoqué, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; »

Aux termes du rapport qu'elle a établi au sujet du pourvoi n° 18-20.798 ayant donné lieu à cet arrêt, Mme Gelbard- Le Dauphin, conseiller doyen, indique : « La Cour de cassation n'entend pas exprimer explicitement un choix de principe entre la théorie de l'équivalence des conditions, selon laquelle tous les faits sans lesquels un dommage ne se serait pas produit sont considérés comme en étant la cause, la condition nécessaire, et la théorie de la causalité adéquate, qui repose sur la notion de prévisibilité du dommage, un fait ne pouvant être qualifié de cause d'un dommage

que dans la mesure où sa survenance pouvait normalement laisser prévoir qu'il entraînerait le dommage. On observera qu'ont également pu être discutées en doctrine la thèse de la "causa proxima" privilégiant la dernière condition survenue et celle privilégiant la cause efficiente, qui a joué le rôle déterminant dans la survenance du dommage.

Si la question de l'appréciation du lien de causalité entre le fait générateur et le dommage initial est généralement tranchée plutôt au regard de l'équivalence des conditions dans la jurisprudence en matière de responsabilité civile délictuelle, il est plus délicat de dégager une ligne directrice claire dans la jurisprudence quant il s'agit d'apprécier la causalité entre un fait générateur et des dommages en cascade. »

A titre d'exemples en matière de responsabilité contractuelle :

- 3e Civ., 6 juillet 2022, pourvoi n° 20-23.626 : « Réponse de la Cour

10. La cour d'appel, qui a examiné les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, sans être tenue d'entrer dans le détail de l'argumentation des parties, a relevé que le médecin expert avait confirmé que le diagnostic de saturnisme de [M] [N] était consécutif à une exposition au plomb dans son environnement de vie. Elle a retenu que la présence de plomb avait été mise en évidence dans le premier logement occupé par la famille et dans les parties communes de l'immeuble par l'expertise technique, et dans le second par l'agence régionale de santé. Elle en a exactement déduit l'existence

*d'un lien de causalité direct et certain entre la présence de plomb dans les locaux donnés à bail et l'intoxication saturnique de [M] [N], engageant de ce fait la responsabilité des bailleurs successifs et du syndicat des copropriétaires.*

*11. Elle a ainsi légalement justifié sa décision. »*

**- 3e Civ., 30 janvier 2020, pourvoi n° 18-26.476 :** « *Attendu que les maîtres de l'ouvrage font grief à l'arrêt de les condamner à payer des honoraires à l'architecte ;*

*Mais attendu qu'ayant relevé que l'architecte avait réalisé le dossier de permis de construire, qui avait été accordé par l'autorité administrative, et que les échanges de courriers entre les parties mettaient en évidence que la présence de la canalisation enterrée n'était pas à l'origine de la modification des projets des maîtres de l'ouvrage de sorte qu'ils n'établissaient pas le lien de causalité entre le manquement de l'architecte et les vices affectant le terrain, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche ni de répondre à des conclusions que ses constatations rendaient inopérantes, a pu en déduire que la demande de M. [J] devait être accueillie ;*

*D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; »*

**Au cas d'espèce**, aux termes de ses conclusions, Mme [H], qui était employée en qualité d'agent des services logistiques niveau 1 coefficient 291, demandait à la cour d'appel de juger qu'elle aurait dû se voir appliquer le coefficient 362 correspondant à un emploi d'aide-soignante dont elle soutenait assumer quotidiennement certaines tâches, ajoutant que « *la partie la plus importante de son travail consistait à assister les résidents* » et elle réclamait le paiement d'un rappel de salaire de ce chef.

A titre subsidiaire ( pages 34 à 38 de la partie discussion des conclusions et page 42 du dispositif), en même temps qu'un rappel de salaire au titre du coefficient 306, elle réclamait le paiement de dommages-intérêts pour manquement de l'employeur à son obligation de formation.

A l'appui de cette demande indemnitaire, elle faisait valoir que, si pour rejeter ses demandes en reconnaissance du coefficient 362 et du rappel de salaire subséquent, la cour d'appel retenait le moyen opposé par l'employeur, tiré du fait qu'elle n'était pas titulaire du diplôme d'aide-soignante, elle était fondée :

- à invoquer le manquement de l'employeur à son obligation d'adaptation et de formation puisque ce dernier ne lui avait proposé aucune action à cet égard en douze années de relation de travail,
- à soutenir que, du fait de ce manquement, elle n'avait pas pu se voir reconnaître la classification d'aide-soignante qui aurait dû lui être appliquée au regard des tâches qu'elle accomplissait,
- à réclamer, en réparation du préjudice subi du fait du manquement de l'employeur à son obligation de formation, le paiement de la somme de 13 000 euros de dommages-intérêts correspondant à la différence entre le salaire qu'elle a perçu et celui qu'elle aurait dû percevoir au coefficient 362.

Pour rejeter les demandes en reconnaissance du coefficient 362 et en paiement du rappel de salaire subséquent, la cour d'appel a retenu, d'une part, que Mme [H] ne justifiait ni être titulaire du diplôme d'aide-soignante, ni de circonstances permettant, au sens des dispositions conventionnelles, de l'assimiler à une titulaire de ce diplôme, d'autre part, qu'elle ne rapportait pas la preuve, lui incombant, de ce que les fonctions qu'elle exerçait réellement de façon permanente correspondaient à des fonctions d'aide-soignante.

S'agissant de la demande en paiement de dommages-intérêts pour manquement de l'employeur à son obligation d'adaptation et de formation, la cour d'appel a statué en ces termes : « *Selon l'article L 6321-1 du code du travail, l'employeur assure l'adaptation des*

salariés à leur poste de travail et veille au respect de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations.

Au soutien de cette demande de dommages-intérêts, Mme [J] [H] fait valoir que dans l'hypothèse où la cour refuserait de faire droit à sa demande de reclassification au coefficient 362 au motif qu'elle ne remplirait pas la condition de titulaire du diplôme d'aide soignante, l'employeur, qui ne lui a proposé aucune action d'adaptation et de formation continue pendant les 12 années de la relation de travail, devra lui verser des dommages et intérêts destinés à réparer la différence de salaire existant entre le salaire effectivement perçu et le salaire qu'elle aurait du percevoir en qualité d'aide soignante, au coefficient 362.

En réponse, l'association La Pierre Angulaire devenue Habitat et Humanisme soin soutient que la salariée a bénéficié de formations d'adaptation à l'emploi les 10 octobre et 18 novembre 2013 sur les gestes de manutention à l'égard des résidents et le 7 juin 2013 en matière de sécurité incendie, que durant les neuf années où Mme [J] [H] a occupé le poste d'agent de service, ses tâches n'ont pas connu d'évolution notable et enfin qu'elle ne justifie pas de l'existence d'un préjudice de surcroît à hauteur de 13'000 euros, l'accès à la qualification d'aide soignante étant subordonné à d'autres conditions que celles de réussite à la formation.

L'employeur ne rapporte la preuve que de l'existence de 3 jours de formation durant toute la période de relation de travail ce qui est insuffisant pour démontrer qu'il a satisfait à son obligation de formation.

Cependant, il résulte des motifs ci-dessus que le rejet de la demande de reclassification au coefficient 362 correspondant à l'emploi d'aide-soignante ne repose pas uniquement sur l'absence de diplôme mais essentiellement sur l'absence de réalisation par la salariée des tâches relevant de l'emploi d'aide soignante.

Par conséquent le lien de causalité entre le manquement de l'employeur et le préjudice invoqué par Mme [J] [H] n'est pas établi.

En conséquence la cour rejette la demande de dommages et intérêts pour manquement à l'obligation de formation présentée pour la première fois en cause d'appel. »

Le second moyen, articulé en une branche unique, énonce en prémisses, par référence à la théorie de l'équivalence des conditions que celui qui, par sa faute, a causé à autrui un dommage est tenu de le réparer sans qu'il importe que le lien de causalité entre sa faute et le dommage soit ou non exclusif.

Il soutient qu'en déboutant la salariée de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour manquement de l'employeur à son obligation de formation au motif que « le rejet de la demande de reclassification au coefficient 362 correspondant à l'emploi d'aide-soignante ne repose pas uniquement sur l'absence de diplôme mais essentiellement sur l'absence de réalisation par la salariée des tâches relevant de l'emploi d'aide soignante » de sorte qu'aucun lien de causalité n'était établi entre le manquement de l'employeur et le préjudice invoqué, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations relatives à l'existence d'un manquement de l'employeur à son obligation de formation.

Le mémoire ampliatif soutient qu'il ressort des motifs de l'arrêt que l'absence de diplôme avait fait obstacle à l'obtention de la classification revendiquée « non seulement parce que la possession de ce diplôme était exigée par la convention collective, mais également parce que l'employeur en avait pris prétexte pour ne pas lui [à la salariée] confier de tâches relevant de cette classification », que cette absence de diplôme était due à la carence de l'employeur dans l'exécution de l'obligation de formation, que « ce manquement avait donc certainement, concouru au dommage constitué par le rejet de sa demande de reclassification à ce coefficient. », de sorte que « L'employeur devait réparation du préjudice

*ainsi caractérisé, étant surabondamment observé qu'une fois titulaire du diplôme, Mme [H] se serait nécessairement vu confier les tâches correspondantes, par son employeur ou par un autre disposé à l'affecter dans un emploi correspondant à sa qualification. »*

### **- Motifs de la proposition de rejet non spécialement motivé**

#### **Le moyen n'est pas fondé.**

Appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a retenu que le manquement de l'association Habitat et humanisme à son obligation de formation était établi par le fait que Mme [H] n'avait bénéficié que de trois jours de formation pendant toute la relation de travail.

Cependant, ayant relevé que le préjudice invoqué par la salariée et dont elle demandait réparation correspondait à la différence de salaire existant entre celui qu'elle avait perçu en qualité d'agent de service et celui qu'elle aurait dû percevoir en qualité d'aide-soignante au coefficient 362, la cour d'appel, qui a retenu que la salariée n'avait jamais réalisé de tâches relevant de ces fonctions, a pu en déduire que la preuve d'un lien de causalité entre le manquement de l'employeur à son obligation de formation et le préjudice allégué n'était pas établi.