

**Cour de cassation**

**Chambre sociale**

**Audience publique du 20 février 2013**

**N° de pourvoi: 11-24.012**

ECLI:FR:CCASS:2013:SO00376

Publié au bulletin

**Rejet**

**M. Lacabarats (président), président**

Me Foussard, Me Le Prado, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Donne acte à M. X..., ès qualités de liquidateur judiciaire de l'association UNA, de ce qu'il reprend l'instance ;

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Caen, 1er juillet 2011), que Mme Y... a été engagée à temps partiel par l'Association de services de soutien à domicile (ASSAD) du pays d'Argentan, qui a pris l'appellation de l'UNA du pays d'Argentan, en qualité d'agent à domicile à compter du 25 mars 2002, et suivant contrat écrit du 10 octobre 2002, après avoir travaillé pour le compte de ce même employeur en 1998 et 1999 dans le cadre de contrats à durée déterminée ; qu'elle a saisi la juridiction prud'homale le 12 novembre 2007 pour notamment obtenir la requalification des contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, de ses contrats de travail à temps partiel en contrats à temps plein et le paiement de rappels de salaire à ce titre ; que l'association l'UNA du pays d'Argentan, ayant été placée en liquidation judiciaire par jugement du tribunal de grande instance d'Argentan le 13 mars 2012, l'instance a été reprise par M. X..., désigné par ce même jugement, liquidateur judiciaire de l'association ;

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de faire droit à ces demandes, alors, selon le moyen :

1°/ que les juges doivent faire respecter en toutes circonstances le principe de la contradiction ; qu'en soulevant d'office le moyen selon lequel les plannings produits par l'employeur avaient été réédités, sans inviter les parties à présenter leurs observations sur ce point, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

2°/ que si une association d'aide à domicile est tenue d'informer ses salariées de ses horaires de travail une fois par mois, aucune disposition ne précise que cette information doit intervenir le premier jour de chaque mois ; qu'en énonçant, pour requalifier le contrat de travail en contrat à temps plein, que l'employeur n'avait pas communiqué à la salariée ses plannings au plus tard le 1er jour de chaque mois, la cour d'appel a ajouté une

condition à la loi et a ainsi violé l'article L. 3123-14 3° du code du travail ;

3°/ que subsidiairement, l'absence de communication mensuelle par une association d'aide à domicile à son salarié de ses horaires de travail fait seulement présumer que l'emploi est à temps complet ; que l'employeur a la faculté de contester cette présomption et 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 déduisant l'impossibilité pour la salariée de prévoir à quel rythme elle allait travailler et le fait qu'elle se trouvait à la disposition de l'employeur de la seule absence de communication au 1er du mois de ses horaires de travail, la cour d'appel a tiré de cette omission une présomption irréfragable de contrat à temps complet là où la loi ne prévoit qu'une présomption simple et a ainsi violé l'article L. 3123-14 3° du code du travail ;

4°/ que plus subsidiairement, lorsqu'il existe un contrat de travail écrit, il appartient au salarié d'établir que son contrat de travail conclu à temps partiel est en réalité à temps plein et partant d'établir qu'il se trouvait dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il allait travailler et qu'il devait se tenir constamment à la disposition de l'employeur, le respect de l'obligation de communication des horaires du salarié étant sans incidence sur cette charge de la preuve ; qu'en énonçant, pour requalifier le contrat de travail de la salariée en contrat à temps plein, après avoir relevé qu'un contrat de travail écrit avait été conclu entre l'UNA et Mme Y..., que "les éléments produits ne permettent pas de retenir que Mme Y... a été avisée dans un délai raisonnable avant juillet 2005 et au plus tard au premier jour du mois à partir de cette date, de ses plannings de travail" et qu'il n'était pas établi "qu'elle ait bénéficié d'un quelconque délai de prévenance", la cour d'appel a fait peser la charge de la preuve de l'existence d'un contrat à temps partiel sur l'employeur et a ainsi violé l'article 1315 du code civil ;

5°/ qu'en tout état de cause, les juges doivent faire respecter le principe de la contradiction ; qu'en soulevant d'office le fait que Mme Y... ne travaillait pas pour d'autres employeurs, pour requalifier son contrat en contrat à temps plein et calculer ses rappels de salaire subséquents, tout en relevant que "l'UNA ne soutenait pas que la salariée aurait travaillé pour d'autres employeurs", sans inviter les parties à présenter leurs observations sur ce point, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

Mais attendu, d'abord, que selon l'article L. 3123-14, 3° du code du travail, le contrat écrit doit mentionner les modalités selon lesquelles les horaires de travail pour chaque journée travaillée sont communiqués par écrit au salarié ; que dans les associations et entreprises d'aide à domicile, les horaires de travail sont communiqués par écrit chaque mois au salarié ; qu'il en résulte qu'en l'absence de stipulations relatives au jour du mois auxquels sont communiqués par écrit les horaires de travail des salariés des entreprises et association d'aide à domicile, ceux-ci doivent l'être avant le début de chaque mois ; 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 ;

Et attendu qu'ayant constaté que l'employeur n'avait pas avisé la salariée de ses plannings de travail avant le premier jour du mois, lesquels étaient régulièrement modifiés en cours de mois, et que le nombre d'heures travaillées variait d'un mois à l'autre, la cour d'appel qui a retenu que la salariée se trouvait dans l'impossibilité de connaître son rythme de travail et se trouvait à la disposition constante de l'employeur, n'encourt pas les griefs du moyen en ses deuxième, troisième et quatrième branches ;

Attendu, ensuite, qu'il n'y a pas lieu de statuer sur les autres griefs qui ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

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

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne M. X..., ès qualités, aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne M. X..., liquidateur judiciaire de l'association UNA du pays d'Argentan à payer à Mme Y... la somme de 500 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du vingt février deux mille treize.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt.

Moyen produit par Me Le Prado, avocat aux Conseils, pour l'association UNA pays d'Argentan et MM. X... et Z..., ès qualités.

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué :

D'AVOIR requalifié le contrat de travail de Madame Y... en contrat de travail à temps plein et condamné, en conséquence, l'UNA du pays d'ARGENTAN à lui verser diverses sommes à titre de rappel de salaire et de congés payés afférents ;

AUX MOTIFS QUE « Madame Y... réclame des rappels de salaire en soutenant : d'une part, que son contrat devrait être requalifié à temps complet ; d'autre part, qu'elle a droit, en application de la convention collective nationale, à la fourniture de 70 h minimum de travail par mois. Cette seconde demande devenant sans objet s'il est fait droit à la demande de requalification sera examinée subsidiairement, le fait que son contrat à durée indéterminée n'ait pas été signé dans les 48 h de l'embauche est sans conséquence sur son éventuelle requalification en temps complet, De même le fait que la répartition des horaires ne soit pas prévue au contrat est sans conséquence, l'UNA du pays d'Argentan étant dispensée de cette obligation en tant qu'association d'aide à domicile ; toutefois, pour qu'un contrat soit effectivement à temps partiel encore faut-il que le salarié ne soit pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il va travailler et ne soit pas tenu de se tenir constamment à disposition de l'employeur ; l'UNA du pays d'Argentan indique que des plannings étaient établis et régulièrement communiqués conformément à l'article L. 3123-14 du Code du travail. Les plannings qu'elle verse aux débats pour en attester sont contestés par Madame Y..., les plannings produits par l'UNA du pays d'Argentan ont tous été édités le 30/5/08, L'UNA du pays d'Argentan ne produit aucun élément qui établirait, d'une part, que ces documents seraient la réédition de plannings prévisionnels et non le relevé des heures effectuées de fait par la salariée ; d'autre part, que ces plannings auraient été communiqués à Madame Y..., a fortiori chaque mois, conformément à l'obligation prévue depuis le 27/7/05 par l'article L 212-4-3 (recodifié L. 3123-14) du Code du travail, Madame Y... produit, quant à elle, divers plannings sur la période de février 2004 à juin 2009. La date d'édition de ces plannings est variable. Ainsi, si les plannings de septembre et novembre 2007, de mars 2008 et juin 2009 ont été édités avant le début du mois (respectivement les 9/8/07, 9/10/07, 11/2/08 et 29/5/09), ceux notamment de mars 2004 et août 2007 ont été édités après le début du mois, respectivement le 2 et le 9. Certains plannings ont été rectifiés. Il existe ainsi 2 versions des plannings d'octobre 2007 (le premier édité le 10/09 prévoit 67 h 30 de travail tandis que celui édité le 9/01 mentionne 65 h 30 travaillées) et de janvier 2008 (79 h prévues le 7/12/07 et 76h10 le 9/1) ; un second planning mensuel édité le 26/2 mentionne 63 h travaillées dans le mois et 18 h 30 la semaine du 23 au 29. Enfin, sur le planning hebdomadaire concernant cette semaine-là, pourtant édité lui aussi le 26/2, le nombre d'heures travaillées est de 19, la modification des plannings ne porte pas seulement sur le nombre d'heures travaillées mais également sur les horaires de travail et sur les jours travaillés ; ainsi, le 10/9/07, Madame Y... en prenant connaissance du planning d'octobre pensait travailler tout le week-end du 27 et 28/10 et être libre les autres week-ends du mois et apprend le 9/10 qu'elle devra travailler quatre jours plus tard le samedi 13/10, travaillera certes comme prévu le dimanche 28 mais pas le samedi 27/10 ; les plannings produits par la salariée

comme par l'employeur font aussi apparaître une grande variabilité des jours de travail d'une semaine sur l'autre et ce sur la totalité de la semaine et du temps de travail d'un mois à l'autre (ainsi hors congés payés et arrêt-maladie Madame Y... a travaillé en 2003 : 100 h en août et 68,50 h en septembre, en 2004 : 61 h en février et 85 h en mars, en 2005 : 76 h en janvier, 43,5 h en août et 63,5 h en septembre, en 2006 : 63,25 h en janvier et 4925 h en avril, en 2007 : 11 h en juin, 63,5 h en octobre et 86,5 h en décembre, en 2006 : 73,75 h en septembre et 101,25 h en octobre, en 2009 : 62 h en août et 83,90 h en septembre...) ; dès lors, s'il n'est pas contesté que Madame Y... a effectivement travaillé à temps partiel et a été payée pour les heures travaillées, les éléments produits ne permettent pas de retenir que Madame Y... a été avisée, dans un délai raisonnable avant juillet 2005, et au plus tard au premier jour du mois à partir de cette date, de ses plannings de travail. Ces plannings, quand ils ont existé, ont été modifiés après le début du mois sans qu'il soit établi que Madame Y... ait bénéficié d'un quelconque délai de prévenance. Enfin, la variabilité des jours de travail interdisait toute prévisibilité quant au temps de travail ; ces différents facteurs établissent que Madame Y... était dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme elle allait travailler et se trouvait à la constante disposition de son employeur ; son contrat sera en conséquence requalifié en contrat de travail à temps complet ; l'UNA du pays d'Argentan sera condamnée à lui verser un rappel de salaire sur la base d'un temps plein diminué des heures de travail effectuées au profit de ses autres employeurs. Madame Y... a établi un tableau (pièce 10) chiffrant ce rappel de salaire à 74.880,56 € sur la période de mars 2002 à juillet 2010, Ce tableau n'est pas contesté par l'UNA du pays d'Argentan qui ne soulève pas même la prescription des demandes de rappel de salaire antérieures au novembre 2002 ; cette prescription ne pouvant être soulevée d'office par le juge, c'est donc la totalité de cette somme qui retenue comme base de la demande, l'UNA du pays d'Argentan ne soutient pas que Madame Y... aurait travaillé pour d'autres employeurs que ceux qu'elle lui fournissait elle-même dans le cadre de son activité de mandataire, À partir des relevés d'heures produits par l'UNA du Pays d'Argentan ; sous la dénomination de « planning » (sur la période de juin 2003 à avril 2008, 3 h exécutées en janvier 2005 : 25,20 € (3 h x 8,40 €) 70 h exécutées au premier semestre 2006 : 588 € (70 h x 8,40 €), 107,50 h exécutées au second semestre 2006 : 913,75 € (107,5 h x 8,50 €), 38 h exécutées en janvier et février 2007 : 323 € (38 h x 8,50 €), 46,5 h exécutées de mars à mai 2007 : 399,90 € (465 h x 8,60 €), 35,5 h exécutées de juin à septembre 2007 : 310,62 € (35,5 h x 8,75 €), 20 h exécutées en mars 2008 : 175 € (20 h x 8,75 €), 31,5 h exécutées en avril et mai 2008 : 278,46 € (31,5 h x 8,84 €) soit au total 3.013,93 € la somme due est donc de 71.866,63 € (74.856 € - 3.013,93 €) outre 7.186,66 € au titre des congés payés afférents ; la somme due au titre de l'indemnité de requalification se calcule sur la base du dernier salaire mensuel perçu avant la saisine de la juridiction en y ajoutant le rappel de salaire lié à la requalification du temps partiel en temps plein soit 1.327,11 € (151,67 h x 8,75 €) » ;

1°) ALORS QUE les juges doivent faire respecter en toutes circonstances le principe de la contradiction ; qu'en soulevant d'office le moyen selon lequel les plannings produits par l'employeur avaient été réédités, sans inviter les parties à présenter leurs observations sur ce point, la Cour d'appel a violé l'article 16 du Code de procédure civile ;

2°) ALORS QUE si une association d'aide à domicile est tenue d'informer ses salariés de ses horaires de travail une fois par mois, aucune disposition ne précise que cette information doit intervenir le premier jour de chaque mois ; qu'en énonçant, pour requalifier le contrat de travail en contrat à temps plein, que l'employeur n'avait pas communiqué à la salariée ses plannings au plus tard le 1er jour de chaque mois, la Cour d'appel a ajouté une condition à la loi et a ainsi violé l'article L. 3123-14 3° du Code du travail ;

3°) ALORS QUE subsidiairement, l'absence de communication mensuelle par une association d'aide à domicile à son salarié de ses horaires de travail fait seulement présumer que l'emploi est à temps complet ; que l'employeur a la faculté de contester

cette présomption et 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 déduisant l'impossibilité pour la salariée de prévoir à quel rythme elle allait travailler et le fait qu'elle se trouvait à la disposition de l'employeur de la seule absence de communication au 1er du mois de ses horaires de travail, la Cour d'appel a tiré de cette omission une présomption irréfragable de contrat à temps complet là où la loi ne prévoit qu'une présomption simple et a ainsi violé l'article L. 3123-14 3° du Code du travail ;

4°) ALORS QUE, encore plus subsidiairement, lorsqu'il existe un contrat de travail écrit, il appartient au salarié d'établir que son contrat de travail conclu à temps partiel est en réalité à temps plein et partant d'établir qu'il se trouvait dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il allait travailler et qu'il devait se tenir constamment à la disposition de l'employeur, le respect de l'obligation de communication des horaires du salarié étant sans incidence sur cette charge de la preuve ; qu'en énonçant, pour requalifier le contrat de travail de la salariée en contrat à temps plein, après avoir relevé qu'un contrat de travail écrit avait été conclu entre l'UNA et Madame Y..., que « les éléments produits ne permettent pas de retenir que Madame Y... a été avisée dans un délai raisonnable avant juillet 2005 et au plus tard au premier jour du mois à partir de cette date, de ses plannings de travail » et qu'il n'était pas établi « qu'elle ait bénéficié d'un quelconque délai de prévenance », la Cour d'appel a fait peser la charge de la preuve de l'existence d'un contrat à temps partiel sur l'employeur et a ainsi violé l'article 1315 du Code civil ;

5°) ALORS QUE en tout état de cause, les juges doivent faire respecter le principe de la contradiction ; qu'en soulevant d'office le fait que Madame Y... ne travaillait pas pour d'autres employeurs, pour requalifier son contrat en contrat à temps plein et calculer ses rappels de salaire subséquents, tout en relevant que « l'UNA ne soutenait pas que la salariée aurait travaillé pour d'autres employeurs », sans inviter les parties à présenter leurs observations sur ce point, la Cour d'appel a violé l'article 16 du Code de procédure civile.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Caen , du 1 juillet 2011