

Cour de cassation

Chambre sociale

Audience publique du 3 juillet 2019

N° de pourvoi: 17-15.884

ECLI:FR:CCASS:2019:SO01103

Publié au bulletin

Cassation partielle

M. Cathala (président), président

SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Rousseau et Tapie, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par un contrat de travail à temps partiel mentionnant que les fonctions s'exerceraient à temps choisi, Mme G... a été engagée le 15 octobre 1997 en qualité de coiffeuse à domicile par la société A... développement Ouest, aux droits de laquelle vient la société Viadom activités Aquitaine ; que victime d'une maladie professionnelle, elle a été déclarée inapte à son poste par le médecin du travail à l'issue de deux examens des 3 et 17 janvier 2012 ; qu'ayant été licenciée pour inaptitude et impossibilité de reclassement, elle a saisi la juridiction prud'homale de demandes au titre de la requalification de la relation de travail en contrat à temps plein et de la rupture abusive du contrat de travail ;

Sur le premier moyen :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le moyen annexé qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le deuxième moyen :

Vu l'article L. 212-4-3 du code du travail, devenu L. 3123-14 du même code ;

Attendu que pour débouter la salariée de sa demande de requalification de contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet et des demandes pécuniaires en découlant, l'arrêt retient, d'une part que le contrat de travail respecte pleinement les principes posés par le code du travail pour les contrats à temps partiel qui ne prévoit, selon l'article L. 3123-1, qu'un temps maximum de travail inférieur à 35 heures, que l'article L. 3123-14 du même code énonce que le contrat de travail doit fixer un nombre d'heures de travail, ce qui est le cas, puisqu'il est expressément garanti quatre heures de travail mensuelles, que la mention des horaires et leur répartition ne peuvent apparaître puisque c'est la salariée elle-même qui les déterminait selon ses disponibilités et le choix des prestations qu'elle souhaitait réaliser, d'autre part que les bulletins de salaire produits et le récapitulatif de l'activité de l'intéressée montrent qu'elle travaillait en moyenne 56,56 heures par mois, que l'employeur rapporte la preuve que la salariée ne travaillait pas à temps complet ;

Qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants tirés de ce que le contrat de travail prévoyait une durée minimale garantie de quatre heures par mois et que la salariée déterminait elle-même ses horaires, alors qu'il ressortait de ses constatations que le contrat ne mentionnait pas la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail et ne répondait pas aux exigences légales, la cour d'appel, qui ne pouvait écarter la présomption de travail à temps complet qui en résultait sans rechercher si l'employeur justifiait de la durée de travail exacte convenue, a violé le texte susvisé ;

Et sur le troisième moyen :

Vu l'article L. 1226-10 du code du travail, en sa rédaction applicable en la cause ;

Attendu que pour débouter la salariée de ses demandes au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que l'employeur justifie avoir effectué de vaines recherches auprès des sociétés Financière Viadom et Domus data et qu'il produit les registres du personnel de ces sociétés dont il découle l'inexistence d'un poste vacant correspondant aux compétences et aux capacités physiques de la salariée ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans vérifier comme il lui était demandé, si l'employeur avait recherché des possibilités de reclassement tant au sein de la société que parmi l'ensemble des entreprises appartenant au même groupe dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation lui permettaient d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il rejette « l'exception » de prescription des demandes de Mme G..., l'arrêt rendu le 2 février 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Pau ; remet, en conséquence, sur les autres points restant en litige, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la

cour d'appel de Bordeaux ;

Condamne la société Viadom activités Aquitaine aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Viadom activités Aquitaine à payer à Mme G... la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du trois juillet deux mille dix-neuf. MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits par la SCP Rousseau et Tapie, avocat aux Conseils, pour Mme G....

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Mme G... de sa demande de requalification du contrat de travail en temps complet et de ses demandes et accessoires afférents ;

Aux motifs propres que, sur l'application de la convention collective de la coiffure, Mme G... sollicite la requalification de son contrat de travail en contrat à temps complet en invoquant essentiellement les dispositions de la convention collective de la coiffure, plus particulièrement celles de l'article 12.3 ; qu'elle soutient, d'une part, que son contrat de travail aurait dû préciser la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ; que, d'autre part, elle prétend qu'en application des dispositions de la convention collective de la coiffure, à défaut d'enregistrement de l'heure de début et de fin de chaque période de travail auprès de chaque client, le contrat de travail à temps partiel est réputé conclu à temps complet ; qu'elle considère que la requalification de son contrat de travail doit être automatique ; que sur le fond, selon l'article L. 2261-2 du code du travail, « la convention collective applicable est celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur. En cas de pluralité d'activités rendant incertaine l'application de ce critère pour le rattachement d'une entreprise à un champ conventionnel, les conventions collectives et les accords professionnels peuvent, par des clauses réciproques et de nature identique, prévoir les conditions dans lesquelles l'entreprise détermine les conventions et accords qui lui sont applicables » ; qu'en l'espèce, la société Viadom Activités Aquitaine se prévaut de son extrait KBIS qui indique une aide à domicile relevant du code APE 8810A alors que les sociétés de coiffure relèvent, quant à elles, du code APE 9602A ; que le numéro de code APE (activité principale exercée) est attribué à chaque entreprise lors de sa création en fonction de son activité principale ; qu'il est donc d'usage de comparer ce numéro à ceux figurant dans la convention collective pour déterminer si celle-ci est applicable à l'entreprise ; qu'il s'agit toutefois d'une présomption simple ayant simple valeur indicative ; que l'attribution d'un tel code est effectuée à des

fins statistiques et ne saurait suffire à créer des droits et obligations en faveur ou à la charge « des unités concernées » ; que dès lors, l'application d'une convention collective ne peut être déduite du seul indice tiré du code APE de l'employeur (cassation, 23 septembre 2009) ; qu'en cas de litige, le juge doit vérifier la nature véritable de l'activité principale et apprécier les éléments de preuve apportés par l'employeur ; qu'il est constant que la convention collective applicable est celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur, les autres activités de l'entreprise n'étant pas prises en considération, pas plus que les fonctions assumées par le salarié ; qu'en l'espèce, l'employeur expose que la société Viadom a une activité de services à domicile qui se divise en quatre offres de services, le jardinage, la coiffure, l'esthétique et le ménage, ce qui semble acquis, au regard des pièces produites aux débats ; que si la société Viadom ne précise pas, toutefois, quelle est son activité principale parmi ces quatre offres de services et ne fournit aucun renseignement concernant les chiffres d'affaires dégagés par ces différentes activités ni le nombre de salariés affectés à chacune d'entre elles, il n'en reste pas moins que l'activité de « services à domicile » doit être considérée comme une activité en soi, c'est-à-dire qu'elle doit être envisagée globalement ; que de son côté, Mme G... met en avant son contrat de travail et ses bulletins de paie pour faire valoir l'application de la convention collective de la coiffure ; qu'il est constant que le contrat de travail signé par Mme G... le 15 octobre 1997 prévoit en son article 6 que le niveau hiérarchique de la salariée est fixé au coefficient 180 de la convention collective applicable ; que de même, l'article 11 du contrat prévoit que les parties conviennent expressément pour toutes les questions non rapportées au présent contrat de se référer à la convention collective applicable à l'entreprise ; qu'il est constant qu'il ne peut s'agir de la convention collective des services à la personne devenue applicable uniquement, selon les propos même de l'employeur, à compter du 1er novembre 2014 ; que de même, les bulletins de salaire de la salariée prévoient expressément l'application de la convention collective de la coiffure et ce jusqu'au mois de juin 2005 ; que cependant si, la mention de la convention collective sur le bulletin de salaire vaut reconnaissance de l'application de la convention à l'entreprise (cassation, 18 novembre 1998) et si le salarié peut demander l'application de cette convention collective, il s'agit sur ce point encore, d'une présomption simple d'application de ladite convention et l'employeur est donc admis à apporter la preuve contraire ; qu'en l'espèce, l'employeur fait valoir que son activité principale n'est plus l'activité de la coiffure depuis au moins 2006 ; qu'il ne conteste donc pas l'application de la convention collective de la coiffure jusqu'en 2005, date à laquelle la mention a disparu des bulletins de salaire de Mme G... ; que l'employeur fait valoir, et établit par la production d'un extrait KBIS, qu'à compter du 3 octobre 2005, la société A... Services Aquitaine est devenue la société Viadom Activités Aquitaine et qu'il a été décidé de modifier l'objet social et l'activité ancienne de coiffure à domicile en activité nouvelle de prestations de services à la personne contribuant au mieux-être des personnes sur leur lieu de vie (annexe 19) ; que l'employeur établit ainsi qu'à compter de 2005/2006, il a changé d'activité et que si la « coiffure » fait encore partie de celle-ci, elle n'en constitue plus qu'un secteur, parmi d'autres (jardinage, ménage) ; qu'il n'est pas sérieusement contestable que l'employeur ne peut pas choisir entre les différents secteurs de son activité, entre les différentes offres pour déterminer la convention collective applicable car cela l'amènerait à appliquer à certains salariés une convention collective sans rapport avec leur activité (convention collective de la coiffure appliquée à un jardinier) ou encore à appliquer une convention collective différente pour chaque type de services, ce qui n'est pas possible ; qu'ainsi, seule l'activité de « services à domicile » peut être considérée comme activité principale de la société Viadom Services et le fait que la lettre de licenciement, adressée à Mme G... le 29 février 2012 avec en entête « Viadom Coiffure à domicile » et comme adresse celle de SORDE L'ABBAYE, mentionne en page 2 que l'entreprise a pour activité unique la coiffure à domicile, ainsi que le fait que les courriers adressés le 11 janvier 2012

au docteur F... et à Mme G..., dans le cadre du reclassement de cette dernière, mentionnent, tous les deux, sous entête de la société Viadom, services à domicile, que cette dernière n'emploie que des coiffeuses à domicile, sont sans emport sur le litige ; qu'effectivement, si la coiffure à domicile peut apparaître comme une activité toujours exercée, cette activité ne peut être considérée comme exclusive, l'employeur proposant dans le cadre de son obligation de recherche d'un reclassement des postes d'aide-ménagère, de jardinier et de préparateur de commandes ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que c'est à tort que Mme G... revendique l'application de la convention collective de la coiffure ; que ses prétentions seront rejetées de ce chef ;

Et aux motifs adoptés que, en l'espèce, le code APE appliqué dans l'entreprise relève bien de l'activité exercée au sein de l'entreprise à savoir une activité d'aide à domicile ; que Mme G... demande que soit fait appliquer la convention collective de la coiffure du fait du métier de coiffeuse au sein de la structure ; qu'en conséquence, le conseil dit que la convention collective applicable à l'entreprise est conforme au code APE et qu'elle dépend du secteur d'aide à domicile ; que Mme G... ne peut faire valoir son droit à l'application d'une autre convention collective du fait de son métier de coiffeuse ;

Alors 1°) que, lorsque l'application d'une convention collective est mise en cause dans une entreprise déterminée en raison notamment d'un changement d'activité et de dénomination de l'employeur, ladite convention continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention qui lui est substituée ou, à défaut, pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis et, lorsqu'elle n'a pas été remplacée dans ces délais, les salariés des entreprises concernées conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis ; qu'en l'espèce, la cour a relevé que le contrat de travail conclu le 15 octobre 1997 entre Mme G... et la société A... développement ouest était régi par la convention collective de la coiffure ; qu'en relevant, pour lui contester le bénéfice de la convention collective de la coiffure et la débouter de sa demande de requalification du contrat de travail en temps complet et de ses demandes financières et accessoires, que Mme G... ne pouvait plus revendiquer le bénéfice de cette convention collective à compter de 2005 dès lors que son contrat de travail avait été transféré à la société Viadom activités Aquitaine, nouvelle appellation de son employeur, qui avait une activité différente de prestations de services à la personne, la cour, qui avait pourtant relevé que la convention collective des services à la personne régissant ce type d'activités n'était entrée en vigueur qu'à compter du 1er novembre 2014, a violé l'article L. 2261-14 du code du travail dans sa rédaction applicable ;

Alors 2°) et subsidiairement que, les juges du fond saisis d'un litige relatif à l'application d'une convention collective sont tenus de s'expliquer sur l'activité principale de l'entreprise, au besoin en invitant les parties à leur fournir tous éléments de preuve utiles à cet effet, et de rechercher au regard de l'activité principale de l'entreprise ainsi caractérisée si celle-ci entre dans le champ d'application de la convention collective que le salarié invoque ; qu'en l'espèce, la cour a constaté que la société Viadom activités Aquitaine ne précisait pas quelle était son activité principale parmi ces quatre offres de service (jardinage, coiffure, esthétique et ménage), qu'elle ne fournissait aucun renseignement concernant les chiffres d'affaires dégagés par ces différentes activités ni le nombre de salariés affectés à chacune d'entre elles ; qu'en déduisant d'un tel constat que l'activité de « services à domicile » devait être considérée comme une activité en soi, la cour a violé l'article L. 2261-2 du code du travail, ensemble l'article 12 du code de

procédure civile ;

Alors 3°) que, la convention collective applicable est fonction de la seule activité principale de l'employeur ; qu'en relevant, pour considérer que l'activité de « services à domicile » de la société Viadom activités Aquitaine devait être considérée comme une activité en soi, qu'un « employeur ne peut pas choisir entre les différents secteurs de son activité, entre les différentes offres pour déterminer la convention collective applicable car cela l'amènerait à appliquer à certains salariés une convention collective sans rapport avec leur activité (

) ou encore à appliquer une convention collective différente pour chaque type de services, ce qui n'est pas possible », la cour, qui a statué par des motifs totalement inopérants à déterminer la convention collective applicable, a derechef violé l'article L. 2261-2 du code du travail.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Mme G... de sa demande de requalification du contrat de travail en temps complet et de ses demandes et accessoires afférents ;

Aux motifs propres que, sur le non-respect des règles relatives au contrat de travail à temps partiel, aux termes de l'article L. 3121-1 du code du travail, la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ; qu'aux termes des dispositions de l'article L. 3123-4 du code du travail, le contrat de travail du salarié à temps partiel, ce qu'est incontestablement le contrat «à temps choisi» de Mme G..., est un contrat écrit qui mentionne la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue et la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine pour les contrats établis sur une base hebdomadaire ou les semaines du mois pour ceux établis sur une durée mensuelle ; que si l'absence, dans le contrat de travail écrit, de mention portant sur la durée de travail fait présumer que l'emploi est à temps complet, l'employeur qui conteste cette présomption peut rapporter la preuve qu'il s'agissait d'un emploi à temps partiel en établissant que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'était pas tenu de se tenir constamment à la disposition de son employeur ; qu'en l'espèce, et d'une part, la société Viadom Activités Aquitaine peut se prévaloir des dispositions relatives aux entreprises d'aide à domicile, qui dispensent l'employeur de prévoir dans le contrat de travail, compte-tenu de la particularité de l'activité, la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine et les semaines du mois ; que d'autre part, le contrat de travail de Mme G... est particulièrement clair et non équivoque sur les conditions d'exercice de ses fonctions de vendeuse et de coiffeuse à domicile ; que l'article 3 prévoit qu'elle jouira d'une certaine autonomie dans l'exercice de ses fonctions, tout en restant placée sous la direction de M. A... à qui elle rendra compte de son activité par le biais de relevés mensuels ; qu'elle organisera ses rendez-vous à sa seule initiative ; que l'article 5 du contrat de travail signé entre les parties, relatif à la durée du travail précise : «Mme G... exercera ses fonctions à temps choisi. Compte-tenu de la spécificité de son travail, dont le volume est entièrement dépendant du bon vouloir du salarié, il n'est pas possible de fixer une durée de travail reflétant la réalité. En conséquence, et compte-tenu des obligations légales, il est garanti à

Mme G... un horaire de 4 heures par mois réparties à raison d'une heure par semaine. Cette répartition pourra être modifiée eu égard aux circonstances évoquées ci-dessus. Par ailleurs, Mme G... pourra être amenée à effectuer des heures complémentaires dans la limite de 24 minutes par mois. Cependant, compte-tenu de la particularité du travail exposé ci-dessus, Mme G... sera en tout état de cause conduite à effectuer des heures au-delà de 4,24 heures par mois. Enfin, il est précisé, si besoin était, que Mme G... n'est pas soumise à un horaire fixe. Elle organisera son travail à sa convenance, dans l'intérêt exclusif de la société » ; que l'article 7 du contrat relatif à la rémunération prévoit : « en contrepartie de ses services, Mme G... percevra une rémunération mensuelle brute équivalent à 39% de son chiffre d'affaires hors taxes » ; qu'il convient de constater, au regard de ces stipulations contractuelles, qui ont force de loi, que Mme G... fixait elle-même son emploi du temps en fonction de ses propres disponibilités de sorte qu'elle n'était pas mise dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme elle devait travailler et n'était pas contrainte de se tenir constamment à la disposition de son employeur ; que le contrat de travail signé par la salariée respecte pleinement les principes posés par le code du travail pour les contrats à temps partiel, qui d'une part, ne prévoit, selon l'article L. 3123-1 qu'un temps maximum de travail inférieur à 35 heures et d'autre part, que l'article L. 3123-14 du même code stipule que le contrat de travail doit fixer un nombre d'heures de travail, ce qui est le cas, puisqu'il est expressément garanti 4 heures de travail mensuelles ; que la mention des horaires et leur répartition ne peuvent apparaître puisque c'est Mme G... elle-même qui les déterminait selon ses disponibilités et le choix des prestations qu'elle souhaitait réaliser ; que la salariée n'a jamais sollicité le réajustement de sa durée contractuelle de travail de référence qu'elle avait acceptée au moment de la signature de son contrat de travail ; qu'au surplus, les bulletins de salaire qui sont produits aux débats ainsi que le récapitulatif de l'activité de Mme G... mettent bien en exergue que cette dernière ne travaillait pas à temps complet pour son employeur ; que l'attestation de la société Viadométablie le 19 mars 2012 indique que Mme G... a travaillé 717,42 heures au cours de l'année 2008, soit du 1er décembre 2007 au 30 novembre 2008, 647,90 heures au cours de l'année 2009, soit du 1er décembre 2008 au 30 novembre 2009 et 671 heures au cours de l'année 2010, soit du 1er décembre 2009 au 30 novembre 2010, soit une moyenne de 678,77 heures par année, soit 56,56 heures par mois, soit environ 14 heures par semaine ; qu'il en résulte clairement que l'employeur rapporte la preuve que Mme G... ne travaillait pas à temps complet ; que d'ailleurs cette dernière ne soutient pas avoir été à la disposition permanente de son employeur ni même d'avoir été dans l'impossibilité de prévoir son rythme de travail ; que Mme G... se prévaut, également, des dispositions de l'article 12.3 de la convention collective pour solliciter la requalification de son contrat de travail en contrat à temps plein ; que cependant, et comme indiqué ci-dessus, celle-ci n'est pas applicable au cas d'espèce ; que subsidiairement, et en tout état de cause, même à la supposer applicable, l'article 12.3 de cette convention prévoit une requalification automatique du contrat de travail lorsque certaines formalités ne sont pas remplies, notamment, lorsque la prestation est faite en dehors de l'entreprise, l'établissement d'une fiche par client en triple exemplaire qui doit comporter certaines mentions obligatoires dont, entre autres, l'enregistrement de l'heure de début et de fin de chaque période de travail auprès de chaque client ; que cependant, les dispositions relatives au contrôle de la durée du travail et des prestations à domicile tel qu'envisagé par la convention collective applicable, prévoient qu'à défaut d'enregistrement de l'heure de début et de fin de chaque période de travail auprès de chaque client, le contrat de travail à temps partiel est réputé conclu à temps complet et ouvre droit forfaitairement, sauf absence pour maladie, maternité ou accident du travail, au salaire horaire conventionnel multiplié par la durée légale mensualisée ; qu'il en découle que même dans le cadre de la requalification prévue par la convention collective de la coiffure, le contrat de travail à temps partiel est, non pas considéré, mais simplement réputé être conclu à temps complet en cas de non-respect

des dispositions relatives à l'enregistrement des prestations accomplies ; qu'il n'existe, même dans ce texte, qu'une simple présomption susceptible d'être combattue par tous moyens par l'employeur ; que les mêmes arguments et éléments que ci-dessus retenus dans le cadre de l'application des dispositions légales, restent, par conséquent, parfaitement valables et la Cour ne peut que constater que la salariée ne remplit pas les conditions pour pouvoir prétendre à la requalification de son contrat en contrat de travail à temps plein ; que le jugement déféré sera, par conséquent, confirmé sur ce point et la salariée déboutée de l'intégralité de ses prétentions au titre de la requalification de son contrat de travail ;

Et aux motifs adoptés que, selon l'article L. 3123-1 du code du travail, « est considéré comme salarié à temps partiel le salarié dont la durée est inférieure 1° A la durée légale du travail ou lorsque cette durée est inférieure à la durée légale, à la durée du travail fixée conventionnellement pour la branche ou l'entreprise ou à la durée du travail applicable dans l'établissement 2° A la durée légale mensuelle résultant de l'application sur cette période, de la durée légale du travail ou, si elle est inférieure, de la durée du travail fixée conventionnellement pour la branche ou l'entreprise ou la durée du travail applicable dans l'entreprise 3° A la durée de travail annuelle résultant de l'application sur cette période, de la durée légale du travail soit 1607 heures ou, si elle est inférieure, de la durée du travail fixée conventionnellement pour la branche ou l'entreprise ou la durée du travail applicable dans l'établissement » ; qu'en l'espèce, Mme G... a été embauchée à la date du 15 octobre 1997 ; que son contrat de travail définissait précisément ses fonctions, sa durée de travail à temps choisi et ses conditions de rémunération ; que Mme G... exerçait son activité en toute liberté ; que le contrat de travail prévoyait un horaire de quatre heures réparties en raison d'une heure par semaine ; qu'en conséquence, le conseil constate que le contrat de travail signée entre les deux parties est bien un contrat de travail à temps partiel et rejette la demande de requalification du contrat de travail à temps complet ; que le conseil déboute Mme G... des demandes découlant de cette demande de requalification ;

Alors 1°) que, à défaut de comporter les mentions prescrites par l'article L. 3121-14 du code du travail relatif au contrat de travail à temps partiel, soit la mention de 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, le contrat est présumé avoir été conclu à temps complet ; qu'en l'espèce, il résulte des constatations de l'arrêt que le contrat de travail de Mme G... prévoit qu'elle « exercera ses fonctions à temps choisi », l'impossibilité « de fixer une durée de travail reflétant la réalité » et en conséquence « compte tenu des obligations légales, il est garanti à Mme H... G... un horaire de 4 heures par mois réparties à raison d'une heure par semaine » avec possibilité « d'effectuer des heures complémentaires dans la limite de 24 minutes par mois » et que « la rémunération mensuelle brute est fixée à 39% de son chiffre d'affaires hors taxes (

) sur la foi du décompte » de ses activités par le biais de relevés mensuels ; qu'en se bornant à relever, pour dire que ce contrat respectait les exigences légales et rejeter la demande de requalification du contrat de travail à temps partiel en temps complet, qu'il prévoyait 4 heures de travail mensuelles sans rechercher, comme elle y était invitée (p. 9 et s.), s'il ne résultait pas de ce que la durée réelle de travail était variable et dépendait de l'activité déployée par Mme G... selon sa propre initiative, ainsi que du mode de calcul de la rémunération uniquement fondé sur un pourcentage du chiffre d'affaires, et que cette durée de travail minimale de 4 heures était totalement symbolique, la cour d'appel a privé

sa décision de toute base légale au regard de l'article L. 3123-14 du code du travail ;

Alors 2°) qu'en rejetant la demande de requalification du contrat de travail à temps partiel de Mme G... en temps complet, sans répondre à ses écritures (conclusions récapitulatives d'appel, p. 10) faisant état de ce que le nombre d'heures travaillées figurant sur ses bulletins de salaires était factice puisqu'il était le résultat d'un calcul déterminé à partir de son chiffre d'affaires et ne pouvait en conséquence correspondre au temps de travail réellement effectué, la cour a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Alors 3°) que, à défaut de comporter les mentions prescrites par l'article L. 3121-14 du code du travail relatif au contrat de travail à temps partiel, le contrat est présumé avoir été conclu à temps complet ; que l'employeur qui conteste cette présomption doit rapporter la preuve de la durée exacte de travail hebdomadaire ou mensuelle convenue qu'en relevant, pour faire échec à la demande en requalification du contrat à temps partiel en temps complet, que la société Viadom activités Aquitaine rapportait la preuve que Mme G... ne travaillait pas à temps complet, ayant travaillé 717,42 heures en 2008, 647,90 heures en 2009 et 671 heures en 2010, soit une moyenne de 678,77 heures par année, 56,56 heures par mois, environ 14 heures par semaines, la cour, qui s'est fondée sur une moyenne d'heures, a statué par une motivation inopérante à établir que l'employeur rapportait la preuve de la durée exacte de travail convenue contractuellement entre les parties et a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article L. 3121-14 du code du travail.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir dit que la procédure de licenciement pour inaptitude a été respectée et débouté Mme G... de sa demande de dommages intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Aux motifs propres que, selon l'article L. 1226-10 du code du travail « lorsque, à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, le salarié est déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités. Cette proposition prend en compte, après avis des délégués du personnel, des conclusions écrites du médecin du travail et les indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existant dans l'entreprise. L'emploi proposé est aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en oeuvre de mesures telles que mutation, transformation de poste ou aménagement du travail » ; qu'ainsi, si le salarié est déclaré inapte à reprendre l'emploi qu'il exerçait précédemment, l'employeur est tenu de lui proposer un autre emploi approprié à ses capacités, compte-tenu des conclusions écrites du médecin du travail et de l'avis des délégués du personnel ; qu'il convient de rappeler que l'obligation de recherche de reclassement qui pèse sur l'employeur est une simple obligation de moyen et non une obligation de résultat ; qu'à défaut d'emploi relevant de la même catégorie que celui qu'occupait le salarié, l'employeur doit lui proposer les postes disponibles de catégorie inférieure ; que selon l'article L. 1226-12 du code du travail, « lorsque l'employeur est dans

l'impossibilité de proposer un autre emploi au salarié, il lui fait connaître par écrit les motifs qui s'opposent au reclassement. L'employeur ne peut rompre le contrat de travail que s'il justifie soit de son impossibilité de proposer un emploi dans les conditions prévues à l'article L. 1226-10, soit du refus par le salarié de l'emploi proposé dans ces conditions [...]. S'il prononce le licenciement, l'employeur respecte la procédure applicable au licenciement pour motif personnel prévue au chapitre II du titre III » ; qu'en outre, la recherche de reclassement doit s'entendre non seulement d'une recherche dans l'entreprise mais, également, au sein du groupe auquel elle appartient ; qu'en l'espèce, il est constant, qu'aux termes des deux visites médicales prévues par le code du travail, Mme G... a été déclarée, le 17 janvier 2012, inapte définitivement à son poste de travail ; que la médecine du travail mentionnait en supplément des contre-indications formelles à savoir, des manutentions de charges, des gestes répétitifs des membres supérieurs et des mouvements de bras au-dessus de la ligne des épaules ; qu'il est établi que dès réception du 1er avis d'incapacité en date du 3 janvier 2012, la société Viadom, services à domicile, a adressé un courrier au médecin du travail pour l'informer que le reclassement de la salariée serait délicat étant donné qu'elle n'employait que des coiffeuses à domicile ; que par courrier en date du 18 janvier 2012, le médecin du travail confirmait l'incapacité définitive de la salariée à exercer des fonctions de coiffure à domicile du fait des restrictions mentionnées ; qu'il indiquait ne pouvoir faire aucune proposition de reclassement compte-tenu de l'unicité des postes dans l'entreprise ; que néanmoins, et par courrier en date du 27 janvier suivant, l'employeur proposait à Mme G... 3 postes d'aide-ménagère sur Paris, Bordeaux et Lyon, un poste de jardinier à pourvoir sur Colmar et un poste de préparateur de commandes à mi-temps sur Mulhouse ; que ces postes n'étaient, toutefois, pas agréés par le médecin du travail car incompatibles avec l'état de santé de la salariée ; que Mme G... fait valoir que son employeur aurait dû lui proposer d'autres postes compatibles avec son état de santé tels que formateur, secrétaire ; que cependant, elle ne justifie pas des compétences nécessaires pour ce type d'emploi et lorsque son employeur l'a interrogée pour lui demander de préciser les actions de formation dont elle souhaitait bénéficier dans le cadre de son DIF, la salariée s'est abstenue de répondre ; qu'au surplus, l'employeur justifie avoir effectué des recherches auprès des sociétés FINANCIERE Viadomet Domus data sans que ses recherches n'aient abouti ; qu'il produit les registres du personnel de ces différentes sociétés dont il découle l'inexistence d'un poste vacant correspondant aux compétences et aux capacités physiques de la salariée ; que par conséquent, il y a lieu de considérer que la société Viadom Activités Aquitaine a bien respecté son obligation de recherche de reclassement ; que Mme G... sera déboutée de ses prétentions de ce chef et le jugement déféré sera confirmé ;

Et aux motifs adoptés que, en l'espèce, Mme G... suite à un avis d'incapacité délivré par le médecin du travail en date du 7 janvier 2012 a été licenciée le 29 février 2012 ; que l'employeur a saisi le médecin du travail pour étudier les postes intra-muros susceptibles de convenir au sein de la société ; que l'employeur dès réception du premier avis d'incapacité a adressé un courrier au médecin du travail pour trouver une solution de reclassement, que l'employeur a fait part de ses recherches de reclassement et des postes vacants qui correspondaient au profil de Mme G... et lui indiquait trois postes disponibles ; que l'employeur a dans un même temps fait part de ces propositions au médecin du travail ; que le médecin en date du 2 février 2012 a précisé que l'ensemble de ces postes nécessitait des mouvements répétitifs des membres incompatibles avec les restrictions formulées ; que par ailleurs Mme G... elle-même indiquait dans ses écritures que ces postes n'étaient pas compatibles avec son état de santé ; qu'en conséquence le conseil dit que le licenciement de Mme G... repose sur une cause réelle et sérieuse et la

déboute de sa demande de requalification de son licenciement pour inaptitude ;

Alors 1°) que, seules les démarches de reclassement compatibles avec les conclusions du médecin du travail émises au cours de la seconde visite de reprise peuvent être prises en considération pour apprécier si l'employeur a respecté son obligation de reclassement ; qu'en l'espèce, la cour a expressément constaté que les postes d'aide-ménagères, de jardinier et de préparateurs de commande proposés par la société Viadom activités Aquitaine postérieurement à la seconde visite de reprise étaient incompatibles avec les préconisations du médecin du travail ; qu'en considérant néanmoins que la société Viadom activités Aquitaine avait satisfait à son obligation de reclassement en formulant ces propositions, la cour a violé l'article L. 1226-10 du code du travail ;

Alors 2°) que, l'obligation de reclassement s'étend à l'ensemble des sociétés faisant partie du groupe auquel appartient l'employeur, dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation permettent, en raison des relations qui existent entre elles, d'y effectuer la permutation de tout ou partie du personnel ; qu'en se bornant à relever, pour considérer que la société Viadom activités Aquitaine avait respecté son obligation de reclassement, qu'elle avait interrogé deux filiales du groupe auquel elle appartenait, sans rechercher, comme elle y était invitée (conclusions de l'exposante, p. 17 et 18), si ce groupe ne comportait pas 34 filiales dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation permettaient, en raison des relations qui existaient entre elles, d'y effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, en sorte que l'employeur n'avait pas satisfait à son obligation en se contentant d'interroger seulement deux filiales, la cour a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article L.1226-10 du code du travail ;

Alors 3°) que l'employeur est tenu de rechercher une possibilité de reclassement au sein de l'entreprise et, le cas échéant, du groupe auquel il appartient, au besoin par la mise en oeuvre de mesures telles que mutations, transformations de poste de travail ou aménagement du temps de travail ; qu'en relevant, pour considérer que la société Viadom activités Aquitaine avait satisfait à son obligation de reclassement, que Mme G... n'avait pas précisé auprès de son employeur les formations dont elle souhaitait bénéficier dans le cadre de son DIF, la cour, qui a statué par des motifs inopérants à justifier que l'employeur avait satisfait à ses obligations en matière de reclassement, a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article L.1226-10 du code du travail. **Publication :**

Décision attaquée : Cour d'appel de Pau , du 2 février 2017