

**Cour de cassation
chambre sociale
Audience publique du 8 juin 2011**

N° de pourvoi: 10-15087

Publié au bulletin

Cassation partielle

Mme Collomp (président), président

SCP Ortscheidt, SCP Waquet, Farge et Hazan, 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 M. X... a été engagé en qualité de démonstrateur par la société First Marketing Services, aux droits de laquelle vient la société FMS Concept, selon contrat de travail à durée indéterminée intermittent du 28 mars 2002 ; que les relations contractuelles ayant pris fin le 19 mai 2007, le salarié a saisi la juridiction prud'homales de diverses demandes ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 3123-31 du code du travail ;

Attendu qu'aux termes de ce texte, dans les entreprises pour lesquelles une convention ou un accord collectif de travail étendu ou une convention ou accord d'entreprise ou d'établissement le prévoit, des contrats de travail intermittents peuvent être conclus 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 ; qu'il en résulte que le contrat de travail intermittent conclu malgré l'absence d'une telle convention ou d'un tel accord collectif est illicite et doit être requalifié en contrat de travail à temps complet ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande en requalification de son contrat de travail intermittent en contrat de travail à temps complet et de ses demandes subséquentes, l'arrêt, après avoir relevé que le dit contrat ne reposait sur aucune convention collective ou accord collectif, retient qu'il doit être présumé à temps complet, sauf à l'employeur à rapporter la preuve, comme il l'a fait en l'espèce, que le salarié n'était pas tenu de rester à sa disposition constante ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle ne pouvait que requalifier le contrat de travail intermittent en contrat de travail à temps complet, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Sur le second moyen :

Attendu que la cassation à intervenir sur le premier moyen du chef de la demande en requalification du contrat de travail intermittent en contrat de travail à temps complet, emporte la cassation par voie de conséquence du chef de dispositif critiqué par le second moyen et relatif au montant de l'indemnité compensatrice de préavis, des congés payés sur préavis, de l'indemnité de licenciement et de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il dit que la rupture des relations contractuelles s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt rendu le 29 janvier 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Douai ; remet, en conséquence, sur ce point, 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 d'Amiens ;

Condamne la société FMS Concept aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société FMS Concept à payer à M. X... la somme de 2 500 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 huit juin deux mille onze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Ortscheidt, avocat aux Conseils pour M. X...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir débouté M. X... de sa demande de requalification de son contrat de travail intermittent à durée indéterminée en un contrat de

travail à temps complet et de sa demande en rappel de salaires sur la base d'un temps complet pour la période du 30 mars 2002 au 19 mai 2007 ;

AUX MOTIFS QUE le contrat de travail à durée indéterminée intérimaire, faute de rupture, doit être considéré comme en cours d'exécution au moment de la cessation du fonds de commerce ; que les dispositions de l'article L.1224-1 du code du travail ont donc vocation à s'appliquer ; que le contrat de travail intermittent doit donc être considéré comme ayant été transmis à la Sarl FMS Concept ; que sur la demande de requalification du contrat de travail intermittent en contrat de travail à durée indéterminée de droit commun à temps complet ; que le régime du contrat de travail intermittent résulte des dispositions des articles L.212-4-12 et suivants devenus les articles L.3123-31 et suivants du code du travail ; que l'article L.3123-31 prévoit que « dans les entreprises pour lesquelles une convention ou accord collectif de travail étendu ou une convention ou un accord d'entreprise où l'établissement le prévoit, des contrats de travail intermittents peuvent être conclus afin de pourvoir les emplois permanents, définis par cette convention ou cet accord, qui par nature comportent une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées » ; que l'article L.3123-33 dispose que « le contrat de travail intermittent est un contrat de travail à durée indéterminée. Ce contrat est écrit. Il mentionne notamment : 1) la qualification du salarié, 2) les éléments de la rémunération, 3) la durée annuelle minimale de travail du salarié, 4) les périodes de travail, 5) la répartition des heures de travail à l'intérieur de ces périodes » ; qu'il n'est pas contesté que le contrat signé le 30 mars 2002 d'une part ne repose sur aucune convention collective ou accord collectif, d'autre part, ne stipule pas les périodes de travail et a fortiori la répartition des heures de travail à l'intérieur de ces périodes ; que le contrat doit donc être présumé conclu à temps complet, sauf à l'employeur de rapporter la preuve que le salarié n'était pas tenu de rester à sa disposition constante ; qu'en l'espèce, la Sarl FMS Concept produit aux débats deux attestations, l'une émanant de M. Christian Y..., gérant de la Sarl Opale Concept, qui affirme avoir « employé M. Thierry X... comme animateur démonstrateur du 28 mai 2005 au 30 juillet 2006 sous contrat vacataire », l'autre rédigée par M. Laurent Z... qui indique que « M. X... Thierry l'a contacté début juin 2006 pour lui demander du travail, mais de façon occasionnelle, certains jours de la semaine ou exceptionnellement certains samedis, puisque M. X... a un travail en parallèle avec la société Opale Concept et qu'il travaillait le plus souvent pour eux » ; que cet état de fait n'est en rien contesté par M. Thierry X..., lequel ne produit aucune pièce de nature à établir que ses ressources étaient, durant la période revendiquée, uniquement constituées par les salaires perçus dans le cadre de son contrat le liant avec la société First Marketing Services puis avec la société FMS Concept ; que dans ces conditions, la société appelante apporte la preuve de ce que M. Thierry X... n'avait pas à se tenir à la disposition constante de la société First Marketing Services puis de la Sarl FMS Concept ; que dès lors M. Thierry X... ne peut être accueilli en sa demande de rappel de salaire fondée sur un temps plein ; qu'il convient dès lors d'infirmier le jugement frappé d'appel en ce qu'il a accordé au salarié la somme de 71.901 € à ce titre ;

1) ALORS QUE l'article L. 3123-31 du code du travail dispose que, dans les entreprises pour lesquelles une convention ou un accord collectif de travail étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement le prévoit, des contrats de travail intermittents peuvent être conclus 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 ; que le contrat de travail intermittent conclu en dehors des cas prévus par l'accord collectif est irrégulier et doit être requalifié en contrat de travail de droit commun à temps complet ; qu'en relevant qu'il n'était pas contesté que le contrat de

travail intermittent signé le 30 mars 2002 ne reposait sur aucune convention collective, et en déboutant M. X... de sa demande de requalification de son contrat intermittent en contrat de travail à durée indéterminée à temps complet et de rappel de salaires sur la base d'un temps complet, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article L. 3123-31 du code du travail ;

2) ALORS, EN TOUTE HYPOTHESE, QU'il incombe à l'employeur qui conteste la présomption de travail à temps complet de rapporter la preuve de la durée exacte du travail convenue, et de la répartition des heures de travail au sein des périodes travaillées ; qu'en rejetant les demandes de requalification du contrat de travail intermittent en contrat à durée indéterminée à temps complet et de rappel de salaires sur la base d'un temps complet, sans avoir constaté que la société FMS Concept rapportait la preuve de la durée du travail et sa répartition sur les périodes travaillées, la cour d'appel a violé l'article L.3123-33 du code du travail.

3) ALORS, EN TOUTE HYPOTHESE, QU'il incombe à l'employeur qui conteste la présomption de travail à temps complet de rapporter la preuve, notamment, que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'était pas dans l'obligation de se tenir constamment à la disposition de l'employeur ; qu'en retenant que M. X... ne produisait aucune pièce de nature à établir que ses ressources étaient, durant la période revendiquée, uniquement constituées par les salaires perçus dans le cadre de son contrat de travail intermittent le liant avec la société FMS Concept, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve en violation des articles 1315 du code civil et L.3123-33 du code du travail ;

4) ALORS, EN TOUTE HYPOTHESE, QU'il incombe à l'employeur qui conteste la présomption de travail à temps complet de rapporter la preuve, notamment, que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'était pas dans l'obligation de se tenir constamment à la disposition de l'employeur ; qu'en rejetant la demande de rappel de salaires fondée sur un temps complet, motifs pris que la société FMS Concept versait aux débats deux attestations de deux entreprises témoignant que M. X... avait été employé, pour l'une comme vacataire et, pour l'autre, quelques samedi, et qu'elle rapportait ainsi la preuve de ce que le salarié n'avait pas à se tenir à la disposition constante de la société FMS Concept, sans avoir constaté, comme elle y était tenue, que la société FMS Concept prouvait que M. X... n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L.3123-33 du code du travail.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir débouté M. X... de sa demande de requalification de son contrat de travail intermittent à durée indéterminée en un contrat de travail à temps complet et d'avoir limité la condamnation de la Sarl FMS Concept au paiement des sommes de 680 € à titre d'indemnité compensatrice de préavis, 68 € à titre de congés payés sur préavis, 340 € à titre d'indemnité de licenciement et 3.000 € à titre d'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

AUX MOTIFS QUE sur les demandes portant sur la rupture du contrat de travail ; que les relations contractuelles ont pris fin sans que la Sarl FMS Concept soit en mesure de justifier soit d'une démission du salarié soit d'une procédure de licenciement régulièrement menée ; que le salarié a donc droit sur le principe à une indemnité compensatrice de préavis ; que M. Thierry X... justifiant chez le même employeur de l'ancienneté de services continus d'au moins deux ans, celui-ci a droit à un préavis de deux mois, ce en vertu de l'article L.1234-1 du code du travail ; que les bulletins de salaire produits aux débats par M. Thierry X... font apparaître un salaire brut moyen de 340 € ; qu'il convient dès lors de fixer l'indemnité compensatrice de préavis à la somme de 680 €, outre les congés payés de 68 € ; que M. Thierry X... est également fondé, en vertu de l'article L.122-9 devenu article L.1234-9 du code du travail, en sa demande d'indemnité de licenciement, qui ne peut être inférieure à 2/10ème de mois de salaire par année d'ancienneté ; qu'au moment de la rupture des relations contractuelles, M. Thierry X... avait cinq ans d'ancienneté ; que l'indemnité de licenciement se calcule donc comme suit : $2 \times 340/10 \times 5 = 340 \text{ €}$; que M. Thierry X... forme une demande de dommages et intérêts pour non-respect de la procédure de licenciement ; cependant, ayant plus de deux ans d'ancienneté dans une entreprise comptant plus de onze salariés, celui-ci relève des dispositions de l'article L.122-14-4 devenu article L.1235-3 du code du travail ; que dans cette hypothèse, lorsque le licenciement est affecté à la fois d'une irrégularité de fond et d'une irrégularité de forme, il ne peut être alloué au salarié que l'indemnité qui sanctionne l'absence de cause réelle et sérieuse au minimum égale aux six derniers mois de salaire ; que dans ces conditions il convient de débouter le salarié de sa demande formée au titre du non-respect de la procédure de licenciement et de lui accorder, compte tenu de son ancienneté, du montant de sa rémunération et de ses capacités à trouver un nouvel emploi, une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse de 3.000 € ;

ALORS QUE la cassation à intervenir sur le premier moyen devra entraîner, par voie de conséquence, en application de l'article 625 du Code de procédure civile, l'annulation des chefs de dispositif de l'arrêt ayant limité à la somme de 680 euros le montant de l'indemnité compensatrice de préavis, à 68 euros le montant de l'indemnité de congés payés sur préavis, à 340 euros le montant de l'indemnité de licenciement et à 3.000 euros l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Publication :

Décision attaquée : Cour d'appel de Douai du 29 janvier 2010