



**AVIS DE Mme MOLINA,
AVOCAT GÉNÉRAL RÉFÉRENDAIRE**

Arrêt n° 527 du 2023 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 22-11.623

Décision attaquée : 26 janvier 2021 de la cour d'appel de Besançon

M. [O] [G]

C/

la société Geox Retail SRL

M. [O] [G] a été engagé par la société Geox Retail, suivant contrat à temps partiel du 8 octobre 2016 sur la base hebdomadaire de 6 heures pour surcroît d'activité. Le contrat a été renouvelé à plusieurs reprises, le dernier avenant fixant au 7 juillet 2017 le terme des relations contractuelles.

Le 7 juillet 2019, le salarié a saisi le conseil de prud'hommes de Besançon aux fins notamment de requalification du contrat à durée déterminée en durée indéterminée et de voir condamner son employeur à lui payer diverses sommes, dont une à titre de rappel de salaire sur temps complet.

Par jugement du 11 avril 2019, le conseil de prud'hommes a notamment requalifié le contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée ainsi que les avenants postérieurs ; prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur ; dit que la résiliation judiciaire du contrat de travail devait produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ; condamné l'employeur à verser au salarié diverses sommes.

Sur appel de l'employeur, la cour d'appel de Besançon, dans un arrêt prononcé le 26 janvier 2021, a notamment infirmé le jugement déféré sauf dans sa disposition relative à la prime de précarité ; statuant à nouveau sur les chefs infirmés et y ajoutant, débouté le salarié de l'ensemble de ses prétentions.

Le salarié s'est pourvu en cassation.

Le pourvoi reproche à la cour d'appel d'avoir débouté le salarié de sa demande tendant à la requalification à temps plein de son contrat à durée déterminée et des avenants postérieurs ainsi que de sa demande subséquente de rappels de salaire et de congés payés y afférents.

Il soutient qu'aucune dérogation autre que par accord collectif n'étant prévue par l'article L. 3123-27 du code du travail, il ne peut être opposé au salarié étranger titulaire d'un titre de séjour portant la mention *étudiant* la limitation de son temps de travail fixée par l'article R. 5221-26 du code du travail à 964 heures annuelles.

Il argue également que l'étranger titulaire d'un titre de séjour portant la mention *étudiant* est autorisé à exercer une activité salariée, à titre accessoire, dans la limite d'une durée annuelle de travail égale à 964 heures et que la cour d'appel ne pouvait donc pas opposer au salarié un plafond de durée du travail de 18 heures par semaine, quand l'article R. 5221-26 du code du travail prévoit seulement un plafond annuel et non un plafond hebdomadaire.

Le pourvoi soutient enfin que la cour d'appel ne pouvait pas opposer un plafond de 18 heures par semaine sans vérifier la réalité du temps de travail effectué sur l'année par le salarié, lequel pouvait à tout le moins prétendre à un rappel de salaire correspondant aux heures effectuées jusqu'à 964 heures.

La loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration a supprimé l'obligation faite aux étudiants de solliciter une autorisation de travail pour pouvoir exercer une activité salariée parallèlement à la poursuite de leurs études.

Selon l'article L. 313-7 du CESEDA, une carte de séjour portant la mention « étudiant » est délivrée à l'étranger qui fait des études ou suit un enseignement en France, sous réserve de la justification de moyens d'existence suffisants et d'une inscription préalable dans un établissement d'enseignement (article R. 313-7 du CESEDA), sauf exceptions mentionnées au II du même article.

Cette carte de séjour temporaire donne automatiquement droit à l'exercice d'une activité professionnelle salariée dans la limite de 60 % de la durée annuelle du travail (article L. 313-7 du CESEDA dans sa version issue de la loi n°2016-274 du 7 mars 2016), ce qui correspond à 964 heures de travail pour l'année (article R. 5221-6 alinéa 1 du code du travail dans sa version issue du décret n° 2009-477 du 27 avril 2009¹).

¹ Article R. 5221-26 alinéa 1 du code du travail dans sa version issue du décret n° 2009-477 du 27 avril 2009 : « *L'étranger titulaire du titre de séjour ou du visa pour un séjour d'une durée supérieure à trois mois mentionné au 3° de l'article R. 5221-3 portant la mention étudiant est autorisé à exercer*

Si, en raison de son cursus, il souhaite néanmoins travailler plus que la durée maximale, l'étudiant étranger doit solliciter une autorisation provisoire de travail (article R. 5221-3 du code du travail). Toutefois, ni le code du travail, ni le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile n'interdisent expressément à un étudiant étranger de travailler à temps plein sur une période limitée, sans autorisation de travail, dès lors que la limite annuelle est respectée.

Le retrait de la carte de séjour temporaire est encouru par l'étudiant étranger qui dépasse la durée maximale de travail, alors qu'il ne justifie pas d'une autorisation provisoire de travail (dernier alinéa de l'article L. 313-5 du CESEDA dans sa version issue de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006). Il résulte de cette disposition que seul le dépassement de la durée de travail annuelle dont l'étudiant est à l'origine peut provoquer le retrait de sa carte de séjour temporaire et non le dépassement consécutif à une décision de l'employeur.

Selon l'article L. 3123-1 du code du travail, est considéré comme salarié à temps partiel le salarié dont la durée du travail est inférieure notamment à la durée légale du travail, à la durée mensuelle résultant de l'application, durant cette période, de la durée légale du travail, à la durée de travail annuelle résultant de l'application durant cette période de la durée légale de travail, soit 1607 heures, ou, dans ces trois situations, si elle est inférieure, de la durée de travail fixée conventionnellement pour la branche ou l'entreprise ou de la durée du travail applicable dans l'établissement.

De plus, l'article L. 3123-27 du code du travail dispose : « *A défaut d'accord prévu à l'article L. 3123-19, la durée minimale de travail du salarié à temps partiel est fixée à vingt-quatre heures par semaine ou, le cas échéant, à l'équivalent mensuel de cette durée ou à l'équivalent calculé sur la période prévue par un accord collectif conclu en application de l'article L. 3121-44.* ».

Certes, ainsi que le soutient le mémoire ampliatif, l'article précité ne prévoit pas d'autre « dérogation » que celle d'une convention ou d'un accord de branche et ne mentionne notamment pas la situation des salariés étrangers titulaires d'un titre de séjour portant la mention *étudiant*.

Cependant, d'une part, je considère que l'existence d'une convention ou d'un accord de branche n'est pas une « dérogation », car l'article L. 3123-27 du code du travail, qui énonce la durée légale minimale du temps partiel, est une disposition supplétive, applicable à défaut de négociation collective.

D'autre part, considérer que le législateur n'a prévu aucune dérogation à la durée minimale autre que celle fixée par accord collectif, c'est oublier l'existence de textes légaux et réglementaires distincts qui, eux, prévoient réellement des exceptions à cette durée.

une activité salariée, à titre accessoire, dans la limite d'une durée annuelle de travail égale à 964 heures.

[...]. »

Il en est ainsi de l'article L. 3123-7 du code du travail qui prévoit que la durée minimale de travail hebdomadaire, déterminée par une convention ou un accord de branche étendu ou par la loi, ne s'applique pas à un certain nombre de situations ou de salariés : contrats d'une durée au plus égale à sept jours ; contrats à durée déterminée conclus au titre du 1° de l'article L. 1242-2 ; contrats de travail temporaire conclus au titre du 1° de l'article L. 1251-6 pour le remplacement d'un salarié absent ; contrats de travail à durée indéterminée conclus dans le cadre d'un cumul avec l'un des contrats prévus aux articles L. 5132-5, L. 5132-11-1 ou L. 5132-15-1, afin d'atteindre une durée globale l'activité correspondant à un temps plein ou au moins égale à la durée mentionnée à l'article L. 3123-27 ; au salarié qui en fait la demande pour lui permettre de faire face à des contraintes personnelles, soit pour lui permettre de cumuler plusieurs activités ; au salarié, qui en fait la demande, ayant atteint l'âge prévu au premier alinéa de l'article L. 161-22-1-5 du code de la sécurité sociale ; au salarié âgé de moins de vingt-six ans poursuivant ses études, à sa demande.

Il en est de même de l'article R. 5221-26 du code du travail précité qui mentionne la possibilité d'exercer une activité salariée pour les étudiants étrangers, d'une durée annuelle inférieure à la durée légale. Cette situation s'entend dès lors qu'une activité salariée, si elle doit éventuellement permettre à l'étudiant de subvenir à ses besoins, ne doit pas être incompatible avec une poursuite sérieuse des études, motif principal du séjour.

Dès lors, outre le principe énoncé à l'article L. 3123-27 du code du travail selon lequel une durée minimale de travail à temps partiel est fixée par accord et, à défaut, à 24 heures par semaine, il existe des exceptions énoncées par d'autres textes.

Par ailleurs, dans ses conclusions d'appel, le salarié soutenait que l'article 21 de la convention collective des détaillants de chaussures ne prévoyant pas de dérogation particulière à la durée minimale de temps partiel de 24 heures, l'employeur avait méconnu les dispositions de l'article L. 3123-27 du code du travail, ce qui devait entraîner une requalification du contrat de travail et des avenants à temps plein (page 7 des conclusions - production MA 2).

Le mémoire en défense soutient que la deuxième branche du premier moyen est irrecevable, comme contraire aux conclusions d'appel du salarié.

Toutefois, la cour d'appel a motivé sa décision sur l'application de l'article R. 5221-26 du code du travail, en ramenant la durée annuelle de l'activité salariée autorisée pour les étudiants étrangers fixée par cette disposition à une durée moyenne hebdomadaire de 18 heures (964 heures / 52 semaines par an = 18,54 heures par semaine). Dès lors, je considère que la position soutenue devant la Cour par le mémoire ampliatif, rejetant l'application de l'article précité, n'est pas incompatible avec celle présentée devant la cour d'appel, fondée sur l'absence de dérogation conventionnelle permettant d'écarter la durée légale minimale hebdomadaire de temps partiel de 24 heures. Considérant qu'il n'existe pas de dérogation à la mise en oeuvre de la durée minimale légale de travail à temps partiel, le salarié peut contester l'application d'un texte fixant, pour une certaine

catégorie de salariés, une durée de travail maximale inférieure à la durée précitée.

En revanche, je ne m'associe pas au mémoire ampliatif qui expose que la cour d'appel, en appliquant un cadre hebdomadaire à raison de 18 heures, a ajouté une limitation supplémentaire non prévue par l'article R. 5221-6 du code du travail, lequel mentionne un plafond annuel de 964 heures.

En effet, puisque le salarié réclamait devant elle un rappel de salaire au titre du contrat de travail et des avenants qui avaient fixé une durée de travail hebdomadaire inférieure à 24 heures, la cour d'appel a valablement rapporté le plafond maximal annuel d'heures d'activité salariée autorisée pour les étudiants étrangers, situation du salarié en l'espèce, à une valeur hebdomadaire pour permettre la comparaison du résultat avec la durée légale minimale à temps partiel exprimée à la semaine.

Ainsi, elle pouvait vérifier si les dispositions de l'article R. 5221-6 du code du travail permettaient d'envisager l'application de la durée légale minimale de travail à temps partiel ou si elles lui étaient dérogatoires.

De plus, le mémoire ampliatif expose, se référant à la circulaire dpm/dm 2-3 n°98-420 du 9 juillet 1998 relative à la délivrance des autorisations provisoires de travail aux étudiants étrangers (article 3.1.1.1.), que « *si des variations d'un mois à l'autre (avec une interdiction d'un temps plein de plus de trois mois consécutivement) sont autorisées, c'est ainsi un seuil mensuel qui peut, le cas échéant, être opposé en sus du seuil annuel.* ». Ce faisant, le mémoire ampliatif propose de convertir le seuil annuel de l'article R. 5221-6 du code du travail en seuil mensuel, alors que celui-ci ne figure pas plus que le seuil hebdomadaire énoncé par la cour d'appel, dans cette disposition.

Outre le fait que le contrat de travail à temps partiel s'inscrit principalement dans un cadre hebdomadaire ou mensuel ; pour permettre une comparaison fiable, les seuils confrontés doivent être exprimés dans la même temporalité.

Enfin, ainsi que je l'ai rappelé ci-avant, devant la cour d'appel, le salarié s'est contenté de réclamer un rappel de salaire fondé sur la requalification en temps complet du contrat initial et des avenants ayant fixé une durée de travail inférieure à 24 heures, n'évoquant que l'application de l'article L. 3121-27 du code du travail.

Dès lors, la cour d'appel n'avait pas à rechercher si l'employeur avait ou non respecté le plafond annuel des 964 heures fixé par l'article R. 5221-26 du code du travail, puisque cela ne lui était pas demandé.

► Je conclus au rejet du premier moyen, en ses trois branches.

Le pourvoi reproche également à la cour d'appel d'avoir débouté le salarié de sa demande de requalification en contrat à durée indéterminée de son contrat à durée déterminée et de ses avenants postérieurs ainsi que de sa demande d'indemnité de requalification subséquente, de sa demande de résiliation judiciaire aux torts de l'employeur et de ses demandes subséquentes.

Il soutient que la cour d'appel n'a pas vérifié, ainsi que l'y avait invité le salarié, si l'employeur avait fait la preuve de la réalité du cas de recours, justifiant les avenants successifs.

Le pourvoi argue également que la signature d'un contrat à durée déterminée a le caractère d'une prescription d'ordre public dont l'omission entraîne la requalification en contrat à durée indéterminée ; qu'il n'en va autrement que si le salarié a refusé délibérément de signer le contrat de mauvaise foi ou dans une intention frauduleuse et que la cour d'appel ne pouvait retenir la mauvaise foi du salarié par un motif impropre tiré du seul refus de signature de l'avenant de renouvellement du contrat à durée déterminée motivé par son désaccord sur son contenu.

Un contrat à durée déterminée ne peut avoir ni pour objet, ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise². Sa conclusion n'est possible que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire et pour l'un des cas limitativement énumérés par la loi³.

Le renouvellement du contrat à durée déterminée est possible lorsqu'il est conclu avec un terme précis, s'il est justifié par la persistance, à l'issue de la période initiale, du motif à l'origine du recours. Il ne s'agit pas de la conclusion d'un nouveau contrat mais de l'aménagement du terme initial, l'objet du contrat n'ayant pu être complètement réalisé pendant la durée prévue à l'origine par l'employeur. Les conditions de renouvellement peuvent figurer dans le contrat ou faire l'objet d'un avenant soumis au salarié avant le terme prévu initialement⁴.

En l'espèce, la cour d'appel a constaté que les parties avaient conclu un contrat de travail à durée déterminée initial, fondé sur un accroissement temporaire d'activité ; puis, au cours de son exécution, signé des avenants pour modifier la durée hebdomadaire du travail et la répartition des heures à effectuer dans la semaine. A l'issue du contrat de travail initial, les parties l'ont renouvelé avec un motif de recours identique ; puis, ont, à nouveau, signé des avenants pour modifier la durée hebdomadaire du travail et la répartition des heures à effectuer dans la semaine.

Devant la cour d'appel, le salarié soutenait qu'alors que le contrat à durée déterminée initial avait été conclu au motif d'un accroissement temporaire de l'activité du service, les avenants successifs avaient chacun modifié le volume horaire de travail, ce qui impliquait donc une modification du motif de recours au contrat et entraînait sa requalification en contrat de travail à durée indéterminée (pages 10 et 11 des conclusions - production MA 2).

² Article L. 1242-1 du code du travail

³ Article L. 1242-2 du code du travail

⁴ Article L. 1243-13 du code du travail

Ainsi, le motif du recours au contrat à durée déterminée n'étant pas contesté, la cour d'appel n'avait pas à rechercher si l'employeur avait fait la preuve de la réalité de ce motif.

Outre que les avenants ne portaient pas sur le motif du recours au contrat à durée déterminée mais sur ses conditions d'exécution, des modifications relatives à la durée hebdomadaire du travail et à la répartition des heures à effectuer dans la semaine sont tout à fait justifiées dans le cadre de l'exécution d'un contrat à durée déterminée conclu pour un accroissement temporaire d'activité puisqu'elles tendent à adapter au mieux l'emploi du temps du salarié aux besoins de l'activité inhabituelle de l'entreprise.

Les avenants destinés à modifier les modalités d'exécution du contrat de travail, qui n'impliquent pas automatiquement une modification du motif de recours à ce contrat, doivent être distingués des avenants énonçant les conditions de renouvellement du contrat de travail à durée déterminée initial et devant donc contenir le motif de recours à celui-ci.

Par ailleurs, dès lors que le contrat à durée déterminée est un contrat précaire et une exception au principe que constitue le contrat à durée indéterminée, les modalités de sa conclusion sont strictement encadrées. Il doit être établi par écrit, comporter la définition précise de son motif pour ne pas, à défaut, être réputé conclu pour une durée indéterminée, et contenir également différentes mentions⁵.

La signature du contrat permettant d'identifier une partie et d'attester sa volonté de s'engager dans des conditions exorbitantes du droit commun, son défaut ne permet pas de considérer que le contrat a été établi par écrit. La Cour a ainsi déjà jugé qu'*« Il résulte de l'article L. 1242-12 du code du travail que, devant être établi par écrit, le contrat de travail à durée déterminée doit comporter la signature du salarié et celle de l'employeur. »*

Encourt la cassation l'arrêt qui, pour débouter le salarié de sa demande de requalification de son contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, retient que l'absence de signature de l'employeur sur ce contrat n'entraîne pas l'application de cette sanction. » (Soc., 14 novembre 2018, pourvoi n° 16-19.038).

La Cour a également jugé qu'*« Il résulte de l'article L. 1242-12 du code du travail que la signature d'un contrat de travail à durée déterminée a le caractère d'une prescription d'ordre public dont l'omission entraîne à la demande du salarié, la requalification en contrat à durée indéterminée ; il n'en va autrement que lorsque le salarié a délibérément refusé de signer le contrat de travail de mauvaise foi ou dans une intention frauduleuse. »* (Soc., 7 mars 2012, pourvoi n° 10-12.091 ; Soc., 31 janvier 2018, pourvoi n° 17-13.131 ; Soc., 31 janvier 2018, pourvoi n° 17-15.058).

En l'espèce, le mémoire ampliatif soutient qu'en retenant que le refus de signature de l'avenant de renouvellement du contrat à durée déterminée motivé par son désaccord avec son contenu caractérisait la mauvaise foi du salarié, la cour d'appel a statué par des motifs impropres à caractériser celle-ci.

⁵ Article L. 1242-12 du code du travail

Toutefois, je m'associe au mémoire en défense qui relève que la cour d'appel n'a pas seulement retenu l'absence de signature de l'avenant de renouvellement pour caractériser la mauvaise foi du salarié.

En effet, si la cour d'appel a retenu que le salarié avait refusé de signer un second avenant de renouvellement qui lui avait été soumis dès le lendemain du terme du premier renouvellement du contrat à durée déterminée, elle a également constaté que le salarié avait néanmoins continué de travailler pour l'employeur au-delà du terme du premier renouvellement et jusqu'au terme du second renouvellement, dans les conditions fixées dans la proposition de celui-ci, telle que soumise par l'employeur. Ainsi, la cour d'appel, pour caractériser la mauvaise foi du salarié, a développé deux moyens dans sa motivation et non pas seulement celui contesté devant la Cour par le mémoire ampliatif.

➤ Je conclus au rejet du second moyen, sur ses deux branches.