



Requalification du contrat du travail à temps partiel

Jurisprudence publié le **05/10/2009**, vu **5823 fois**, Auteur : [Maitre JALAIN, AVOCAT AU BARREAU DE BORDEAUX](#)

Lors de la conclusion d'un contrat de travail à temps partiel, des règles précises doivent être respectées.

En effet, selon l'article L. 212-4-3 (ancien) du code du travail, le contrat de travail des salariés à temps partiel doit être établi par écrit et comporter des mentions précises telles que, notamment :
la durée hebdomadaire (ou, le cas échéant, mensuelle) prévue ;
la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine (ou les semaines du mois).

Si le contrat à temps partiel ne comporte pas ces mentions, les tribunaux considèrent qu'il est présumé être à temps complet.

En l'absence de contrat écrit mentionnant la durée du travail et sa répartition sur les jours de la semaine et les semaines du mois, l'emploi est présumé à temps complet et **il appartient à l'employeur de rapporter la preuve, de la durée du travail convenue, et que le salarié n'est pas dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il doit travailler et qu'il ne doit pas se tenir constamment à la disposition de l'employeur.**

Il résulte en conséquence de cette décision de la Chambre sociale de la Cour de cassation que le salarié à temps partiel ne peut voir sa durée du travail portée, même temporairement sur une courte période, à hauteur de la durée légale du travail ou de la durée fixée conventionnellement. Un avenant au contrat de travail ne permet pas de déroger à cette interdiction et à la sanction applicable en la matière, à savoir la requalification du contrat de travail à temps partiel en un contrat de travail à temps complet.

EN SAVOIR PLUS: <http://avocat-jalain.fr>

Cass. soc., 25 mars 2009, n°08-41.229

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué rendu sur renvoi après cassation (Soc, 21 mars 2006 N° 04-45. 458), que M. X... et trois autres salariés ont été engagés verbalement le 1er novembre 1996 par la société Jalpack JCT international en qualité d'agents d'accueil afin d'accompagner les touristes japonais dans leur transfert entre les aéroports, les gares et les hôtels ; qu'ils ont saisi la juridiction prud'homale de demandes tendant à obtenir le paiement de rappels de salaire en application de la convention collective des agences de voyages et de tourisme et à titre de treizième mois, d'heures supplémentaires et d'indemnité de congés payés ;

Sur le premier moyen :

Attendu que les salariés font grief à l'arrêt d'avoir rejeté leurs demandes en application de la convention collective des agences de voyage et de tourisme, alors, selon le moyen :

1° / que la convention collective des agences de voyages et de tourisme s'applique aux relations de travail entre les agences de voyages et les agents d'accueil qui exercent leur fonction de manière permanente pour le compte d'un même employeur selon des modalités les intégrant à part entière dans le personnel de l'entreprise ; qu'en énonçant que ladite convention est seulement applicable aux salariés sédentaires qui travaillent en agence de façon permanente qui peuvent être temporairement détachés pour exercer la fonction de guide accompagnateur et / ou accompagnateur, la cour d'appel a violé l'article 1er de la convention collective des agences de voyages et de tourisme du 12 mars 1993 ;

2° / qu'en ne recherchant pas si les conditions effectives de travail des agents d'accueil notamment au regard de la durée mensuelle de travail, des conditions de leurs absences, et de leur disponibilité pour leur employeur ne conduisaient pas les salariés à exercer leur fonction de manière permanente pour le compte d'un même employeur, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1er de la convention collective des agences de voyages et de tourisme du 12 mars 1993 ;

Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel a exactement décidé que la convention revendiquée n'est applicable qu'aux salariés sédentaires qui travaillent de façon permanente en agence et qui peuvent, le cas échéant, être temporairement détachés pour exercer la fonction de guide accompagnateur ou accompagnateur ;

Et attendu ensuite qu'ayant procédé à la recherche demandée relative aux conditions effectives de travail des salariés, la cour d'appel a constaté qu'il n'était pas démontré que les salariés demandeurs étaient des employés de l'agence temporairement détachés de leurs occupations habituelles pour exercer la fonction d'accompagnateur ou de guide accompagnateur ; que par ce seul motif, elle a légalement justifié sa décision ;

Mais sur le deuxième moyen :

Vu l'article L. 223-11 devenu L. 3131-22 du code du travail, ensemble l'article 1134 du code civil ;

Attendu que s'il est possible d'inclure l'indemnité de congés payés dans la rémunération forfaitaire lorsque des conditions particulières le justifient, cette inclusion doit résulter d'une convention expresse entre les parties et ne pas être défavorable au salarié ;

Attendu que pour rejeter la demande de rappel au titre des indemnités de congés payés, l'arrêt retient que l'article 15 de la convention collective des accompagnateurs et guides accompagnateurs prévoit que l'indemnité de congés payés est réglée en même temps que les salaires à chaque mission ; que les salariés exigent une démonstration d'une convention de forfait mais qu'il n'est pas démenti que le nombre de tours traité par les agents d'accueil présente un caractère irrégulier puisque dépendant du nombre de touristes japonais se rendant en France ; qu'il n'est pas interdit d'inclure forfaitairement l'indemnité de congés dans le tarif des tours ;

Qu'en statuant comme elle a fait par des motifs inopérants, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur le troisième moyen :

Vu le principe à travail égal, salaire égal ;

Attendu que si l'employeur peut faire bénéficier certains salariés d'un avantage particulier, c'est à la condition, si tous les salariés sont situés dans une position identique au regard de cet avantage, que cette différence de traitement repose sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la

réalité et la pertinence ;

Attendu que pour refuser le bénéfice de la prime de 13ème mois versés à tous les salariés de l'agence, sauf aux accompagnateurs et guides accompagnateurs, l'arrêt retient que cet avantage résulte de l'application de l'article 37 de la convention collective des agences de voyage et de tourisme qui prévoit que les entreprises s'efforceront dans la mesure du possible d'accorder une gratification annuelle à tout ou partie de leur personnel ayant au moins six mois d'ancienneté et que cette gratification pourra prendre la forme d'une prime de bilan, d'un treizième mois ou de toute autre gratification éventuellement en application dans l'entreprise ; qu'il en résulte que l'employeur n'est pas libre de fixer cette rémunération ; qu'il y est fortement incité et dans la mesure où son acceptation est avérée les modalités du versement sont encadrées par l'article 37 ; qu'à juste titre le tribunal a décidé que cet élément de rémunération puise sa source dans la convention collective nationale des agences de voyage et de tourisme ; que cette convention collective n'étant pas applicable, les salariés ne peuvent bénéficier du treizième mois ;

Qu'en statuant comme elle a fait, alors qu'elle avait constaté que le paiement d'un treizième mois n'était pas imposé par l'application de la convention collective, ce dont il résultait qu'il constituait un engagement unilatéral et qu'il appartenait en conséquence à l'employeur de justifier la décision de ne le verser qu'à une seule partie des salariés de l'agence, la cour d'appel a violé le principe susvisé ;

Et sur le quatrième moyen :

Vu l'article L. 212-5 devenu L. 3121-22 du code du travail ;

Attendu que la rémunération au forfait ne peut résulter que d'un accord entre les parties ; que la convention de forfait doit déterminer le nombre d'heures correspondant à la rémunération convenue, celle-ci devant être au moins aussi avantageuse pour le salarié que celle qu'il percevrait en l'absence de convention, compte tenu des majorations pour heures supplémentaires ; qu'il appartient à l'employeur qui se prévaut de l'existence d'une convention de forfait d'en apporter la preuve ;

Attendu que pour rejeter la demande de dommages-intérêts compensatoires d'heures supplémentaires concernant trois salariés, l'arrêt retient que la société justifie son système de rémunération dès lors qu'en raison de leur travail à l'extérieur de l'entreprise et de l'indépendance attachée à leur activité, les salariés n'ont pas vocation à exciper d'heures supplémentaires ; que le tarif forfaitisé par type de missions apparaît donc comme légitime en raison de l'indétermination du temps de travail passé par l'agent d'accueil ; que raisonner autrement conduirait à méconnaître l'intérêt des grilles de salaire telles que proposées par l'employeur ; que de surcroît aucun préjudice n'est démontré, l'employeur apportant des éléments de fait établissant les avantages retirés par le mode de rémunération ;

Qu'en statuant comme elle a fait, par des motifs inopérants, sans constater l'existence d'un accord des salariés sur le paiement forfaitisé des heures supplémentaires, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur le cinquième moyen :

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

Attendu que pour rejeter la demande de requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein, l'arrêt retient que la convention collective nationale des guides accompagnateurs et accompagnateurs a précisément envisagé et aménagé un régime spécifique de travail et de rémunération à la vacation par type de missions, " transfert aéroport, transfert gare ou divers, assistance aéroport, assistance gare-ville ou divers " ; que force est d'admettre que la

convention susvisée a été signée par l'ensemble des syndicats de la profession ; que certes un accord ne peut priver les salariés des droits qu'ils tiennent de la loi ; que toutefois ils ne font que procéder par voie d'affirmations sur les exigences de l'article L. 132-4 du code du travail ; que raisonner autrement conduirait à dénier les capacités contractuelles des partenaires sociaux ; que les salariés n'ont donc pas vocation à se référer à l'article L. 212-4-3 du code du travail en tant que salariés à la vacation et rémunérés comme tels ;

Qu'en statuant comme elle a fait, par des motifs inopérants, alors qu'en l'absence de contrat de travail écrit mentionnant la durée du travail et sa répartition sur les jours de la semaine et les semaines du mois, l'emploi est présumé à temps complet et qu'il appartient à l'employeur de rapporter la preuve, de la durée du travail convenue, que le salarié n'était pas 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 a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur le sixième moyen :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté les demandes des salariés de rappel de congés payés de paiement du 13ème mois, de dommages-intérêts compensatoires d'heures supplémentaires, et de requalification des contrats de travail à temps partiel en contrats de travail à temps plein, l'arrêt rendu le 15 janvier 2008 entre les parties par la cour d'appel de Versailles ; 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 de Paris, autrement composée ;

Condamne la société Jalpack JCT international aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Jalpack JCT international à payer aux salariés la somme globale 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 vingt-cinq mars deux mille neuf.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Masse-Dessen et Thouvenin, avocat aux Conseils pour M. X..., Mme D..., Mme E... et M. F....

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé dans la limite de la cassation les dispositions du jugement rendu le 17 octobre 2002 par le Conseil des Prud'hommes de Paris, et partant d'avoir débouté les salariés de leurs demandes de rappel de salaire (travail du dimanche, jours fériés, prime d'ancienneté, prime de langue) de primes de 13ème mois et de congés payés en application de la convention collective des agences de voyages et de tourisme ;

AUX MOTIFS QUE sur l'application de la Convention collective des agences de voyages et de tourisme, les salariés revendiquent le bénéfice de cette convention, et rejettent la mise en oeuvre de la Convention collective des guides accompagnateurs, dès lors selon eux que : a) la société ne justifie pas être adhérente à l'organisation syndicale adéquate b) qu'ils ne sont pas employés « à la vacation » c) leur emploi n'est pas exclusif des fonctions distinctes de celles d'accompagnateurs ; mais que a) la société JALPAK INTERNATIONAL (France) SAS est adhérente au Syndicat national des agences de voyages et de tourisme (SNAV), ainsi qu'en font foi les pièces 158 et 159, et l'attestation d'adhésion de la société à la SNAV depuis le 18 octobre 1990 ; que b) à l'appui de leur thèse, les salariés observent que : « La Convention collective des guides

accompagnateurs prévoit en effet que les salariés sont engagés par le biais de contrats à durée déterminée prenant fin dès l'accomplissement de la mission qui en faisait l'objet et sont rémunérés de manière forfaitaire pour une mission donnée. Ce faisant, la convention collective des guides accompagnateurs généralise l'emploi du recours au CDD pour cette catégorie de salariés sans considération pour le caractère durable et lié à l'activité normale de l'entreprise de l'emploi occupé. La convention déroge en outre à la nécessité d'établir par écrit le contrat de travail pourtant à durée déterminée » ; qu'ils font référence à l'article 5 alinéa 3 de ladite convention collective qui proclame : " Un contrat existe entre l'employeur, d'une part, et le guide-accompagnateur ou l'accompagnateur, d'autre part, dès qu'un accord verbal ou écrit a été réalisé, étant entendu que tout accord verbal doit être confirmé par écrit dans les trois jours. Sauf stipulation contraire, ce contrat prend fin dès l'accomplissement de la mission en faisant l'objet. Cette disposition ne peut en aucun cas porter atteinte au principe de l'ancienneté, au droit pour le guide-accompagnateur ou l'accompagnateur d'en revendiquer le bénéfice tel qu'il est défini à l'article 8 " ; mais que la convention collective nationale des guides et accompagnateurs date du 10 mars 1966 et qu'à cette époque les dispositions de l'article L 122-1 du Code du travail qui prévoient " que le contrat de travail à durée déterminée, " quel que soit son motif " ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement en emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise " n'existaient pas puisqu'elles ont été pour leur part adoptées par la loi n° 90-613 du 12 juillet 1990 ; qu'il n'est donc pas opportun de relier les deux textes rédigés à 24 ans d'intervalle ; qu'en tout état de cause, la convention collective nationale des guides accompagnateurs et accompagnateurs n'utilise même pas les termes de contrat de travail à durée déterminée de sorte qu'il est inexact de soutenir qu'elle serait réservée aux salariés engagés par le biais de contrat de travail à durée déterminée ; que de surcroît, l'on ne peut pas dire qu'elle déroge à la nécessité d'établir par écrit le contrat à durée déterminée puisqu'elle prévoit que " tout accord verbal doit être confirmé par écrit " ; que, pareillement selon les salariés, " Le guide-accompagnateur vacataire au sens combiné des dispositions de la convention collective des agences de voyages et de tourisme et de celles de la convention collective des guides-accompagnateurs au service des agences de voyages ne pourrait être embauché que dans le cadre d'une succession de contrats à durée déterminée dit usage, le contrat de travail étant résiliable chaque fois que prend fin un service commandé " ; que les salariés soutiennent corrélativement que le guide-accompagnateur ne pourrait pas être lié à la société par un contrat à durée indéterminée, et que le fait d'être titulaire d'un tel contrat ferait obstacle à l'application de la convention collective nationale des guides-accompagnateurs et accompagnateurs au service des agences de voyages et de tourisme ; mais qu'une telle thèse n'est pas recevable ; qu'en effet, outre le fait que la convention collective nationale des guides-accompagnateurs et accompagnateurs n'utilise à aucun moment les termes de contrat à durée déterminée, il y a lieu de relever que selon l'article L. 122-1-1 alinéa 3ème du Code du travail, le contrat à durée déterminée dit d'usage ne peut être conclu que dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, où il est d'usage de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois que le décret n° 89-13 87 du 31 décembre 1986, article 1er-1 codifié à l'article D. 121-2 qui définit la liste des secteurs d'activité concernés ne vise absolument pas que ce soit directement ou indirectement les activités d'accueil, de transfert et d'accompagnement de touristes ; que la convention collective nationale des guides accompagnateurs et accompagnateurs, n'est pas étendue et ne peut être considérée comme satisfaisant à la condition requise par l'article L. 122-1-1 alinéa 3ème d'une convention étendue définissant la liste des secteurs d'activité autorisés à recourir au contrat à durée déterminée d'usage ; que l'expression " sauf stipulation contraire " dans le texte de l'article 5 précité de la convention collective signifie clairement qu'il est tout à fait possible d'écarter la règle selon laquelle " le contrat prend fin dès l'accomplissement de la mission en faisant l'objet " et que de ce fait cette convention collective est également applicable aux guides-accompagnateurs et accompagnateurs apportant à l'entreprise une collaboration durable ou encore sous contrat de travail à durée indéterminée, ce qui est effectivement le cas des salariés concernés qu'au surplus, certaines dispositions-article 8- définissant " l'ancienneté ", article 16 relatif aux congés maladie-

article 17 afférent à l'indemnité de fin de carrière-révèlent à suffire qu'un guide-accompagnateur ou accompagnateur (agent d'accueil en l'occurrence) peut travailler plusieurs années au service d'une même agence et même jusqu'à 65 ans et plus ; qu'il s'ensuit qu'une collaboration aussi longue qui par définition correspond à un emploi durable est bien celle inhérente au contrat de travail à durée indéterminée ; qu'enfin que les dispositions de l'article 5 concernent les seules modalités d'embauche et doivent être distinguées des dispositions de l'article 1 relatives au champ d'application que force est de constater avec la société que le champ d'application de cette convention collective n'en réserve absolument pas l'application aux salariés sous contrat de travail à durée déterminée ; que c) sur les autres arguments des salariés : les salariés entendent tirer partie de la cassation qui a reproché aux juges d'appel de n'avoir pas précisé les conditions effectives de leur travail ; qu'ils affirment qu'il ressort des pièces versées aux débats le fait qu'ils accomplissent bien des fonctions distinctes de celles d'agent d'accueil ; mais que la fonction d'agent d'accueil se définit de la façon suivante " Est chargé pour le compte d'une ou plusieurs entreprises, de l'accueil en gare, à l'aéroport, à l'hôtel ou en tout autre lieu, de touristes ou voyageurs. Représente l'entreprise auprès d'eux. Peut être en outre chargé de convoier des voyageurs d'un point de départ à un lieu de séjour ou à un point de rassemblement ou vice versa. Dans le cadre de la mission qui lui incombe est au courant techniquement et commercialement des dossiers des clients qu'il prend en charge. Possède des connaissances techniques suffisantes pour modifier les itinéraires et établir des nouveaux documents nécessaires » ; qu'il n'est pas sérieusement démenti que les salariés sont chargés-de l'accueil à l'aéroport, en gare, à l'hôtel ou en tout autre lieu des touristes japonais en France,- de convoier, d'accompagner ces touristes japonais d'un point de départ (tel que aéroport, gare) à un lieu de séjour (hôtel) ou à un point de rassemblement ou vice versa tel que par exemple bateaux mouche, mariage à l'église américaine, dîner spectacle cabaret parisien, " Lido ", " Moulin Rouge ", shopping, etc, les attestations de MM. Y..., Z..., A..., Mme B..., ayant été rédigées dans les formes solennelles édictées par l'article 202 du Code de procédure civile ; qu'ainsi les salariés exercent bien la profession d'accompagnateur (en l'occurrence agent d'accueil transfériste) de façon suivie comme activité principale ainsi qu'il ressort des pièces n° s 152, 153, 154, 163, 173- grilles de salaire qui énumèrent les différentes missions, pièces n° s 38, 38 bis, 151, 155- fiches d'itinéraire des groupes pièces ns 197, 198, 199, 200- bulletins de paie pièces n° s 55, 56, 59, 60, 63, 64, 74, 75 ; que les salariés le reconnaissent d'ailleurs eux-mêmes dans leurs écritures (aveu portant sur des éléments de fait) lorsqu'ils écrivent dans le rappel des faits en page 2, deuxième paragraphe : " les concluants sont salariés en qualité d'agents d'accueil transféristes et ont pour fonction principale de prendre en charge des groupes de touristes japonais à l'occasion des transferts entre les aéroports et gares parisiens et les hôtels accueillants ces touristes " ; que certes, les salariés soutiennent accomplir des fonctions distinctes de celles d'accompagnateurs ce qui ferait obstacle à l'application de la convention collective nationale des guide-accompagnateurs et accompagnateurs au service des agences de voyages et de tourisme ; mais que ladite convention collective ne subordonne pas son application à la condition de ne pas accomplir des fonctions distinctes de celle d'accompagnateur mais précise seulement qu'elle " s'applique aux personnes exerçant de façon suivie comme activité principale la profession d'accompagnateur " ; qu'il suit de là que l'exercice de fonctions distinctes, à supposer que ce soit le cas de celle d'accompagnateur ne peut pas faire obstacle à l'application de la convention collective nationale des guidesaccompagnateurs et accompagnateurs dès lors que la profession d'accompagnateur reste exercée " de façon suivie comme activité principale " qu'il est vrai que les salariés font valoir également dans leurs écritures " qu'avant de prendre en charge un groupe, les agents d'accueil sont tenus de retirer au siège de la société JALPAK et de vérifier le dossier du groupe concerné " ; que la définition de l'agent d'accueil prévoit expressément " dans le cadre de la mission qui lui incombe est au courant techniquement et commercialement des dossiers des clients qu'il prend en charge. Possède des connaissances techniques suffisantes pour modifier les itinéraires et établir les nouveaux documents nécessaires " ; que l'agent d'accueil est bien tenu, avant de prendre en charge un groupe, de retirer le dossier de ce groupe qui comprend notamment le programme du séjour ; que cette tâche n'est pas distincte de la fonction d'accompagnateur ; que les salariés

allèguent aussi que certains agents d'accueils (Monsieur Takuya X... et Madame Satoko C...) devaient assurer une permanence au sein de l'Hôtel NO VOTEL Paris Tour Eiffel (ancien Hôtel NIKO) qui est situé quai de Grenelle dans le 15ème arrondissement à PARIS où séjournent de nombreux touristes japonais ; que cette tâche entre tout à fait dans la " mission d'accueil à l'hôtel des touristes et voyageurs " et de celle " représente l'entreprise auprès d'eux " mentionnées dans la définition de la fonction d'agent d'accueil par la convention collective nationale récusée ; qu'il n'est pas contredit que les agents avaient seulement pour mission-de répondre aux questions des touristes japonais sur leur séjour à Paris,- de renseigner ces touristes sur les excursions à l'extérieur de PARIS ; que la société n'est pas davantage démentie lorsqu'elle explique que cette activité était tout à fait accessoire, irrégulière et non systématique, ne représentant en 2006 qu'à peine 5, 8 % du volume annuel des missions des agents d'accueil ; que les salariés indiquent encore dans leurs écritures " Efin, à l'occasion de l'accompagnement des groupes, les agents d'accueil doivent vendre des options et procéder à des encaissements pour le compte de la société JALPAK, à charge pour chaque agent transfériste de remettre au comptable de la société JALPAK les coupons et règlements afférents aux ventes " ; que sur ce point également que la société n'est pas contrée lorsqu'elle explique que les agents d'accueil " ne doivent pas vendre des options " (ce n'est donc pas une obligation de vente) mais ont simplement à se tenir à disposition des touristes japonais désireux de commander des excursions optionnelles, non comprises dans le tour ; qu'en outre force est d'observer que cette assistance des touristes japonais pour l'achat d'excursions optionnelles se déroule pendant leur transfert de l'aéroport à l'hôtel et fait donc partie intégrante de l'activité d'accueil et de transfert des touristes inhérente à la fonction d'agent d'accueil dont la définition prévoit aussi : " dans le cadre de la mission qui lui incombe est au courant techniquement et commercialement des dossiers des clients qu'il prend en charge " ; que les mêmes réflexions peuvent être émises à propos de la vente de produits opérée durant les transferts, que la société illustre par la production des pièces 156 et 209 ; que sur le mode de rémunération : les salariés soutiennent n'être pas employés à la vacation au sens de la convention rejetée ; que les salariés taisants sur le mode de rémunération recherché, ne peuvent sérieusement faire grief à la société de leur accorder un statut plus protecteur ; que les explications fournies par la société sur le système de rémunération ne sont nullement attaquées par les plaignants ; qu'il est conforme à l'article 9 de la convention pourtant refusée ; que surabondamment, force est de convenir que les salariés ne sont pas des employés des agences temporairement détachés de leurs occupations habituelles pour exercer la fonction d'accompagnateur ; qu'en effet que la société rappelle opportunément que le deuxième alinéa de l'article 1 de la convention collective nationale des guidesaccompagnateurs et accompagnateurs exclut de son champ d'application " les employés des agences ou autres organisateurs de voyages temporairement détachés de leurs occupations habituelles pour exercer les fonctions de guidesaccompagnateurs et accompagnateurs, le statut de ces employés étant réglé par la convention collective de travail du personnel des agences de voyages et de tourisme " ; que le fait que des employés des agences (c'est-à-dire des salariés sédentaires) puissent être temporairement détachés de leurs occupations habituelles pour occuper les fonctions d'accompagnateurs explique d'ailleurs la raison pour laquelle la convention collective nationale du personnel des agences de voyages et de tourisme comporte elle aussi dans sa classification la fonction d'agent d'accueil que la convention collective nationale du personnel des agences de voyages et de tourisme répertorie trois catégories d'agent d'accueil : l'agent d'accueil niveau II numéro d'emploi 123, l'agent d'accueil accompagnateur (trice) niveau III numéro 134 et enfin l'agent d'accueil accompagnateur niveau IV numéro d'emploi 144, la classification précisant que ces emplois sont rémunérés au mois alors que la convention collective nationale des guides accompagnateurs et accompagnateurs répertorie une seule catégorie d'agent d'accueil celle d'agent d'accueil appelé également agent de transfert, interprète, station-man ou hôtesse d'accueil ; que la définition de l'agent d'accueil dans ces deux conventions collectives recèle des éléments de similarité " accueil en gare, à l'aéroport, à l'hôtel ou en tout autre lieu, des touristes ou voyageurs... " ; que néanmoins la différence entre les deux est que la convention collective nationale du personnel des agences de voyages et de tourisme, vise un employé qui travaille en

agence de façon permanente (sédentaire) et peut être temporairement détaché pour exercer la fonction de guide-accompagnateur et / ou accompagnateur (agent d'accueil) alors que pour la convention collective nationale des guides-accompagnateurs et accompagnateurs, l'agent d'accueil exerce sa fonction d'accompagnateur de façon suivie, comme activité principale, pour le compte d'agences ou bureaux de voyages ou autres organisateurs de voyages ayant un bureau en France et est rémunéré à la vacation ; qu'il n'est pas démontré, ni même allégué que les salariés sont temporairement détachés de leurs fonctions habituelles d'employés de bureau à des missions temporaires d'accueil des touristes ; qu'au contraire, la société démontre en produisant les pièces n° s 152, 153, 154, 173 et pièces n° s 164, 165, 166, 167, 168, 169- liste des postes téléphoniques de JALPAK INTERNATIONAL ; pièce n° 157- liste des adresses e-mails de la société ; que les salariés travaillent à l'extérieur de l'entreprise ; qu'en définitive les agents d'accueil transféristes de la société relèvent de la Convention collective nationale des guides-accompagnateurs, et accompagnateurs au service des agences de voyages et de tourisme ; Sur les demandes de majoration de salaire pour le travail le dimanche et les jours fériés ; sur la demande de prime mensuelle d'ancienneté, sur la demande de prime de langue en application des articles 36, 32, et 33 de la convention susvisée ; qu'il découle de ce qui a été énoncé plus avant que ces demandes seront rejetées, la convention collective des guides-accompagnateurs n'accordant pas de tels avantages que le jugement rendu le 17 octobre 2002 par le conseil de prud'hommes de PARIS sera confirmé en la matière ;

ALORS D'UNE PART QUE la convention collective des agences de voyages et de tourisme s'applique aux relations de travail entre les agences de voyages et les agents d'accueil qui exercent leur fonction de manière permanente pour le compte d'un même employeur selon des modalités les intégrant à part entière dans le personnel de l'entreprise ; qu'en énonçant que ladite convention est seulement applicable aux salariés sédentaires qui travaillent en agence de façon permanente qui peuvent être temporairement détachés pour exercer la fonction de guide accompagnateur et / ou accompagnateur, la Cour d'appel a violé l'article 1er de la convention collective des agences de voyages et de tourisme du 12 mars 1993 ;

ALORS QUE D'AUTRE PART en ne recherchant pas si les conditions effectives de travail des agents d'accueil notamment au regard de la durée mensuelle de travail, des conditions de leurs absences, et de leur disponibilité pour leur employeur ne conduisaient pas les salariés à exercer leur fonction de manière permanente pour le compte d'un même employeur, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1er de la convention collective des agences de voyages et de tourisme du 12 mars 1993.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté les salariés de leur demande de rappel de congés payés ;

AUX MOTIFS QUE le Conseil a retenu que " le rappel d'indemnité de congés payés englobé dans le rappel de salaire ne résiste pas à l'examen, l'article 15 de la convention collective prévoit que l'indemnité de congés payés est réglée en même temps que les salaires à chaque mission, et telle qu'elle apparaît sur une ligne distincte du bulletin de paie ; que pour les salariés, il s'agit d'une dénaturation de la convention qui renvoie pour le calcul aux dispositions légales c'est-à-dire à l'article L. 223-11 du Code du travail que les salariés exigent ainsi la démonstration d'une convention de forfait ; qu'il n'est pas démenti que le nombre de tours traité par les agents d'accueil présente un caractère irrégulier, puisque dépendant du nombre de touristes japonais se rendant en France ; qu'il n'est pas interdit d'inclure forfaitairement l'indemnité de congés dans le tarif des tours ;

ALORS QUE la cassation qui ne manquera pas d'être prononcée sur le fondement du premier moyen entraînera par voie de conséquence l'annulation du chef ici attaqué en application de l'article 624 du Code de procédure civile ;

ALORS QUE subsidiairement aux termes de l'article 15 de la convention collective des guides accompagnateurs et accompagnateurs, l'indemnité de congés payés est calculée conformément à la législation en vigueur et est réglée en même temps que le salaire ; qu'il en résulte que les salariés à défaut d'une convention de forfait expresse, peuvent prétendre à une indemnité de 10 % en plus des rémunérations perçues au titre des missions ; qu'en énonçant qu'il n'est pas interdit d'inclure forfaitairement l'indemnité de congés payés dans le tarif des tours sans caractériser la convention expresse des parties, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 223-11 alors en vigueur (devenu l'article L 3141-22) du Code du travail, ensemble l'article 1134 du Code civil.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté les salariés de leur demande de paiement du 13ème mois ;

AUX MOTIFS QUE les salariés font plaider qu'à défaut de mise en oeuvre de la convention collective revendiquée-ce qui vient d'être jugé-ils n'en ont pas moins vocation à solliciter le versement du 13ème mois en vertu du principe de l'égalité de traitement ; que, rappelant les termes de l'article 37 de la convention collective des agences de voyages et de tourisme, d'après lesquels « les entreprises s'efforceront dans la mesure du possible d'accorder une gratification annuelle à tout ou partie de leur personnel ayant au moins 6 mois d'ancienneté (...) », ils estiment que le versement accordé doit s'analyser en un engagement unilatéral ; qu'il résulte de l'article 37 même, que l'employeur n'est pas libre de fixer cette rémunération ; qu'il y est fortement incité, et dans la mesure où son acceptation est avérée, les modalités du versement sont encadrées par l'article 37 ; qu'à juste titre, le tribunal a décidé que cet élément de rémunération puise sa source dans la convention collective nationale du personnel des agences de voyages et de tourisme ;

ALORS QU'en refusant le bénéfice de la prime de 13ème mois instituée par un engagement unilatéral aux salariés de l'entreprise au seul motif qu'elle trouve sa source dans la convention collective des agences de voyage et de tourisme sans rechercher les conditions d'octroi de cette prime prévues dans l'engagement unilatéral lui-même, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1134 du Code civil.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté les salariés de leur demande de dommages et intérêts compensatoires d'heures supplémentaires ;

AUX MOTIFS QUE sur les dommages-intérêts compensatoires d'heures supplémentaires concernant Mme Akiko D..., Mrs. Takuya X... et Shigeki F... ; que lesdits salariés qui visent exclusivement l'article L. 212-5 du Code du travail soulignent qu'aucune disposition de la convention collective des guides interprètes et accompagnateurs n'est susceptible de faire obstacle à cette réclamation ; mais que malgré les objections des salariés concernés en la matière, force est de convenir que la société en produisant les pièces n° 78 (pages 10 et 11), pièce n° 155 / 1. 2 justifie son système de rémunération, dès lors qu'en raison de leur travail à l'extérieur de l'entreprise, et de l'indépendance attachée à leur activité, les susnommés n'ont pas vocation à exciper d'heures supplémentaires ; que le tarif forfaité par type de missions apparaît donc comme légitime en raison de l'indétermination du temps de travail passé par l'agent d'accueil ; que raisonner autrement conduirait à méconnaître l'intérêt des grilles de salaire, telles que proposées par l'employeur ; que de surcroît, ainsi que le note opportunément la société que

l'octroi de dommages intérêts suppose la démonstration de l'existence d'un préjudice né et certain, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, l'employeur apportant des éléments de fait établissant à suffire les avantages retirés par le mode de rémunération ; que dans ces conditions, abstraction faite du motif tiré de l'absence de demande à l'employeur, il y a lieu d'approuver le point de vue du Conseil ;

ALORS QUE le paiement des heures supplémentaires selon un forfait ne peut résulter que d'un accord particulier entre l'employeur et le salarié ; qu'en ne recherchant pas l'accord des salariés au paiement forfaitisé des heures supplémentaires accomplies en raison du caractère légitime du recours au tarif forfaité par type de missions, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L 212-5 alors en vigueur (article L 3121-22) du Code du travail.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté les salariés de leur demande de requalification de leur contrat de travail en contrat de travail à temps plein et de leur rappel de salaire afférent ;

AUX MOTIFS QUE cette demande a été introduite auprès du Conseil par acte en date du 14 mars 2005 ; qu'en raison de la prescription quinquennale, il est demandé à cette cour de renvoi statuant par évocation, de condamner la société à payer à chacun des salariés un rappel de salaire sur temps plein correspondant à la période non prescrite, soit du 15 mars 2000 jusqu'au mois de juillet 2007 conformément aux décomptes versés aux débats (pièce 87) ; qu'au soutien de leurs prétentions, les salariés se prévalent de l'article L 212-4-3 du Code du travail définissant les mentions devant figurer dans un contrat de travail à temps partiel ; qu'ils insistent sur la circonstance qu'ils ne bénéficiaient d'aucun contrat de travail écrit et ne disposaient pas d'un volume de travail équivalent à un temps plein, ajoutant que la société se réservait la possibilité de faire assurer les prestations d'accueil par des entreprises extérieures, ce dont elle usait largement ; qu'ils font état de plannings remis moins de quinze jours à l'avance alors qu'ils se trouvaient en permanence à la disposition de l'employeur ; qu'ils en concluent qu'eu égard à l'imprévisibilité de leur charge de travail et de l'exclusivité qu'il étaient contraints de consacrer à la société, ils sont habiles à solliciter la requalification de leur contrat de travail à temps plein, et partant, à bénéficier d'un rappel de salaire afférent ; que la Convention collective nationale des guides accompagnateurs et accompagnateurs a précisément envisagé et aménagé un régime spécifique de travail et de rémunération à la vacation, par type de missions " transfert aéroport, transfert gare ou divers, assistance aéroport, assistance gare ville ou divers " ; que malgré de longs développements consacrés par les salariés aux démêlés de l'un d'entre eux, M. X..., avec la direction de la société-certainement regrettables-s'agissant de l'engagement syndical de celui-ci, force est d'admettre que la convention susvisée a été signée par l'ensemble des syndicats de la profession ; que certes, un accord ne peut priver les salariés des droits qu'ils tiennent de la loi ; que toutefois ils ne font que procéder par voie d'affirmations gratuites sur les exigences de l'article L 132-4 du Code du travail que raisonner autrement conduirait à dénier les capacités contractuelles des partenaires sociaux ;

ALORS QU'en l'absence de contrat écrit mentionnant la durée du travail et sa répartition, l'emploi est présumé à temps complet et il appartient à l'employeur de rapporter la preuve qu'il s'agit d'un emploi à temps partiel, que le salarié n'était pas 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 son employeur ; qu'en refusant de statuer sur les demandes de requalification de contrat de travail à temps plein et de rappel de salaire afférent, au motif erroné que la convention collective des guides accompagnateurs et des accompagnateurs pouvait aménager un régime dérogatoire, la Cour d'appel a violé, par refus d'application, l'article L 212-4-3 alors en vigueur (article L 3123-14) du Code du travail, ensemble l'article L 132-4 alors en vigueur (article L 2251-1) du Code du travail.

SIXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté les salariés de leur demande subsidiaire de rappels de salaires sur salaires théoriques et ses conséquences, et dommages et intérêts pour perte de salaire ;

AUX MOTIFS QUE les salariés invoquent le droit d'inviter le juge à se référer aux modalités d'exécution des contrats au cours de la première année pour déterminer l'étendue et la portée des obligations souscrites lors de la conclusion du contrat de travail, notamment en termes de volume d'emploi et de rémunération ; qu'ils ont donc présenté des décomptes basés sur les journées théoriques non effectuées ; que par ailleurs, ils dénoncent l'ambiguïté de leur statut faisant valoir que " bien qu'engagés dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée ", ils n'en bénéficient pas pour autant d'une garantie de salaire, " dépendant directement de la volonté unilatérale et discrétionnaire de la société JALPAK " ; qu'ils revendiquent l'exécution loyale de leur contrat par application de l'article 1134 du Code civil ; qu'ils rappellent le choix illicite de la société de recourir à la sous-traitance dans des conditions qui ont été sanctionnées par la cour d'appel de PARIS, les privant ainsi de la possibilité d'exécuter leur travail dans le cadre d'un temps plein, et de percevoir la rémunération y afférente ; qu'ils invoquent un défaut de fourniture de travail, et ce, malgré diverses correspondances : lettres des 26 novembre 2001-15 décembre 2004-5 septembre 2005 qu'ils se réfèrent aux articles L. 212-4-9, et L. 212-4-13 du Code du travail qu'ils se sont attachés à critiquer le fonctionnement d'une société-écran, la société SATELLITE, " appendice de JALPAK ", se consacrant exclusivement aux tâches d'accompagnement sous-traitées par JALPAK " qui assurait dans les faits la direction effective de sa sous-traitante " ; que les demandes chiffrées présentées par Mesdames Akiko J..., et Meiko K..., et par Messieurs Shigeki F..., et Takuya X... ont été récapitulées plus avant en tête du présent arrêt ; mais que malgré les protestations reprises en fin d'écritures par les appelants, et auxquelles la société rétorque de façon exhaustive et adaptée à l'argumentaire des salariés, il importe de concéder que la société n'a pas méconnu l'article 1134 du Code civil dès lors qu'elle n'a fait qu'appliquer un système institué par une convention collective ; fut-elle critiquable ; qu'en outre s'il est vrai que la cour d'appel de PARIS a invalidé et interdit le 13. 09. 2007 les opérations dénoncées au motif qu'il ne s'agissait pas d'une sous-traitance licite mais de prêt de main d'oeuvre, elle n'a pas pour autant édicté une interdiction générale pour la société de confier ces missions à d'autres agents d'accueil, puisqu'elle réserve dans son arrêt la possibilité pour celle-ci de recourir à une entreprise de travail temporaire ; qu'il suit de là que si la société avait eu recours à une entreprise de travail temporaire, il y aurait eu un volume de travail certainement équivalent confié à l'extérieur et qui n'aurait corrélativement pas été traité par ses transféristes (ceux-ci ne contestent pas l'existence de pointes d'activité temporaires) que certes les salariés mettent en avant " qu'il n'existe sur la place de Paris aucune société de travail temporaire spécialisée dans le tourisme destiné à une clientèle japonaise et susceptible de prendre en charge les prestations vendues par la société JALPAK le recours à des entreprises de travail temporaire était donc, tout simplement impossible " ; que cependant la société n'est pas contredite lorsqu'elle affirme pouvoir faire appel à une entreprise de travail temporaire, la société EXELTEAM Travail Temporaire (83, rue de la Victoire 75009 Paris) pour des missions d'accueil et d'accompagnement des touristes en

cas de surcroît temporaire d'activité ; que le lien de causalité entre la sous-traitance pratiquée et la privation de mission alléguée n'est dès lors pas démontré que par ailleurs il ressort des attestations versées aux débats que des salariés refusent des vacations ; qu'ainsi Isabelle G... indique dans son attestation que les agents d'accueil transféristes " ayant ainsi toute latitude d'accepter ou de rejeter les missions proposées, certains d'entre eux les refusaient pour convenances personnelles (horaires trop tôt ou trop tard dans la journée, loisirs ou engagement précis " ainsi qu'il s'infère de la pièce n° 163 / 1 que Shinichi A... révèle dans son attestation : " il arrivait parfois que certains agents d'accueil refusaient une mission parce que les horaires ne leur convenaient pas pouvant être aussi bien tôt le matin, tard le soir, parce qu'ils avaient déjà prévu des activités (familiales, loisirs, etc) ou parfois c'est un non sans explication et sans motifs connu. La société n'avait aucun moyen de les obliger à réaliser ces missions et elle devait se tourner vers des agents d'accueil transféristes qui acceptaient plus volontiers de les effectuer ", ainsi qu'il s'évince de la pièce n° 173 / 1 / 2 / ; qu'il est inexact de répliquer que les attestants sont restés imprécis ; que par exemple Madame Isabelle G... indique dans son attestation (pièce n° 218 / 1 / 2 / 3 " lorsque je travaillais pour la section planning du service In bound de JALPAK, j'ai pu constater que certains transféristes agents d'accueil avaient des demandes particulières quant à l'organisation de leur travail. Par exemple, Monsieur F... souhaitait avoir quasi systématiquement une ou plusieurs journées de congés hebdomadaires pour des raisons personnelles. Il s'agissait en général du dimanche, parfois également du lundi ou même d'autres jours de la semaine. De la même manière, Madame D... nous avait demandé de ne pas lui attribuer de services tôt le matin car ayant du mal à se lever de bonne heure elle craignait de ne pas réussir à se présenter à temps pour effectuer son travail " ; que pareillement, un courriel du 16 janvier 2007 fait état d'un refus de l'agent d'accueil transfériste, Monsieur S., d'accomplir des services pour le mois de mars 2007 au motif " qu'il ne peut pas prévoir son planning pour une date lointaine " (pièce n° 215) ; que les salariés ne peuvent sans paradoxe se prévaloir d'une violation de l'article L. 212-4-9 du Code du travail qui prévoit que les salariés à temps partiel souhaitant occuper un emploi à temps complet ont priorité pour l'attribution d'un emploi correspondant à leur activité professionnelle puisqu'ils ne sont pas des salariés à temps partiel mais des salariés rémunérés à la vacation, selon un système défini par les partenaires sociaux dans le cadre d'une convention collective ; qu'ils ne peuvent davantage invoquer les dispositions de l'article L. 212-4-13 du Code du travail concernant le contrat de travail intermittent, ce type de contrat de travail n'étant pas adapté à l'activité des agents d'accueil transféristes ; qu'en effet, le contrat intermittent requiert que l'on indique par écrit à l'avance les périodes de travail (article L. 212-4-13- 4è) et la répartition des heures de travail à l'intérieur de ces périodes (article L. 212-4-13- 5è) ; qu'en l'espèce le volume de travail n'est pas constant car il n'est pas sérieusement contredit qu'il est impossible de savoir " à l'avance " si les groupes de touristes viendront et s'ils viennent, quelle sera la taille des groupes, de sorte que l'on ne peut pas définir par avance dans un contrat de travail les périodes de travail et la répartition des heures à l'intérieur de ces périodes ; que le décret auquel renvoie le dernier alinéa de l'article L. 212-4-13 du Code du travail pour fixer la liste des secteurs " où la nature de l'activité ne permet pas de fixer avec précision les périodes de travail et la répartition des heures de travail au sein de ces périodes " et dans lesquels " la convention ou l'accord collectif détermine les adaptations nécessaires et notamment les conditions dans lesquelles le salarié peut refuser les dates et les horaires de travail qui lui sont proposés ", n'est jamais paru de sorte qu'il est impossible de déroger aux exigences des 4ème et 5ème alinéas de l'article L. 212-4-13 du Code du travail ; que s'agissant de la procédure de licenciement collectif pour cause économique, la société verse aux débats l'arrêt du 13 septembre 2007 de la cour d'appel de Paris confirmant le jugement du 5 juillet 2005, et l'autorisant à poursuivre cette procédure de licenciement collectif sous certaines conditions que s'agissant du grief tiré du refus d'établir des contrats de travail écrit qui serait " manifestement constitutif d'une faute contractuelle engageant la responsabilité de la société JALPAK et ouvrant droit à réparation au profit des personnes concernées ", la société produit deux lettres du 12 avril 2000 et 13 juin 2000 adressées à la section syndicale CFDT, certifiant qu'elle a tenté en vain de négocier un contrat-type d'agent d'accueil à durée indéterminée assorti de propositions individuelles ; que la lettre du 12 avril 2000- page 2- se lit comme suit : " Nous vous

rappelons également que la direction vous a réuni à de nombreuses reprises (plus d'une dizaine de fois depuis un an) afin de définir les conditions d'un contrat-type des agents d'accueil et parler avec vous de la marche générale de l'entreprise. Notre président du Conseil d'Administration lui-même vous a reçu deux ou trois fois. Dans le cadre de ces négociations, nous vous avons présenté pour le troisième fois le 28 février 2000 des propositions individuelles et vous venez de les rejeter à nouveau ; Vous bénéficiez des rémunérations forfaitaires élevées puisque elles reflètent l'instabilité de l'emploi dans le passé et comprennent toutes des primes ainsi que les indemnités compensatrices de congés payés réglées en même temps que le salaire. Ce système de rémunération a été défini par « la convention collective nationale des guides-accompagnateurs et accompagnateurs au service des agences de voyages et de tourisme » entre agence et des agents d'accueil avant la loi quinquennale de 1993, et aussi durant la période d'activité de la société SATELLITE dont vous étiez selon le cas, gérant, associé ou l'un des employés ; Tous les membres de SATELLITE ont été engagés par notre société à la dissolution de SATELLITE par propre décision de ses associés en novembre 1996 (...) ; que concernant l'épisode de la société SATELLITE la société JALPAK a apporté les informations suivantes-sans être démentie : la société SATELLITE était une SARL qui avait été fondée en 1992 par Monsieur Kazuo H..., agent d'accueil transfériste détenteur de la moitié du capital social et qui en était le gérant et par Monsieur Akira I... agent d'accueil transfériste, détenteur de l'autre moitié du capital social ; qu'il s'ensuit que cette société SATELLITE était donc indépendante de la société JCT International (France) celle-ci n'ayant jamais détenu aucune participation dans le capital social ; que cette société a fonctionné jusqu'au 31 mars 1998 date de sa liquidation (pièces 31 et 32) publicité aux affiches parisiennes ; qu'avant d'entrer au service de JCT International (France) SA-JALPAK-Mesdames Akiko D..., Meiko E... et Monsieur Shigeki F... ont été employés en qualité d'agents d'accueil de la société SATELLITE, Monsieur Takuya X... ayant également été employé en tant qu'agent d'accueil en 1993, 1994, 1995, 1996 ; que l'examen des bulletins de salaire délivrés à Mesdames D... et E... et à Messieurs X... et F... par la société SATELLITE, montre que lorsqu'ils travaillaient ensemble dans cette société s'appliquaient la Convention collective nationale des guides accompagnateurs et accompagnateurs au service des agences de voyages et de tourisme et pratiquaient un système de rémunération forfaitaire par type de missions identique à celui pratiqué par la société JALPAK (pièce n° 35 tarif de la SARL SATELLITE, pièce n° 36 liste des périodes de service de SATELLITE, bulletins de paie de Madame D..., bulletins de paie de Madame E..., bulletins de paie de M. X..., bulletins de paie de M. F... lorsque ces quatre agents étaient au service de la société SATELLITE) ; que sans être davantage contredite, la société expose qu'en 1996 les dirigeants de la société SATELLITE Messieurs H... et I... n'ont pas souhaité obtenir une licence d'agent de voyage en leur propre nom et ce malgré une proposition de la société JCT INTERNATIONAL (France) SA (JALPAK) de soustraire à la société SATELLITE une partie des tours que la société JCT INTERNATIONAL (France) SA traitait directement ; qu'en novembre 1996, JCT INTERNATIONAL (France) SA a accepté d'embaucher tous les agents d'accueil " transféristes " de la société SATELLITE le désirant et lors de leur engagement par la société JCT INTERNATIONAL (France) SA, les dirigeants de la société SATELLITE ont remis à la direction de JCT INTERNATIONAL (France) SA les dossiers administratifs dont notamment les tarifs pratiqués par la société SATELLITE, les relevés informatiques de salaire et bulletins de paie et les procès-verbaux de ses assemblés ; que la société justifie ainsi avoir été en mesure de produire ces documents au procès ; que les salariés n'ont donc pas été victimes d'un montage financier destiné à leur nuire ; que sur le moyen pris du principe de faveur édicté par l'article L. 132-4 du Code du travail selon lequel la convention collective peut comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur mais ne peut déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements ; qu'à ce sujet, les salariés soutiennent que " La Convention collective nationale des guides-accompagnateurs au service des agences de voyages et de tourisme n'a pas été étendue par le Ministre du travail car les termes de cette convention dérogeaient trop défavorablement aux dispositions du Code du travail " ; que cette affirmation reste toutefois gratuite en l'état ; que la société dans des développements articulés à titre subsidiaire et non combattus a fait ressortir qu'avec le système de rémunération forfaitaire à la

vacation, les agents d'accueil perçoivent une rémunération élevée puisqu'elle est selon les années équivalente ou supérieure à celle des cadres sédentaires à temps complet niveau VIII, et ce, alors même que la fonction d'agent d'accueil relève de la catégorie professionnelle " employé " et se caractérise par des tâches simples pouvant être assurées par des étudiants japonais titulaires d'une autorisation de travail ; que, même la société démontre que le taux horaire de 8, 44 brut correspondant au SMIC est moins favorable que le taux accordé sur la base d'une rémunération forfaitaire, ainsi qu'il ressort de la pièce n° 155 / 1 / 2- grille de salaire des assistants 2005 ; qu'au surplus, sans être davantage contrée, la société allègue que la convention collective critiquée n'a jamais été dénoncée par les organisations syndicales représentatives des salariés qui bien au contraire continuent à signer des accords de salaire dans le cadre de cette convention collective ainsi qu'il s'infère de la pièce n° 213 page 9 : accord de salaire du 1er octobre 2006 ; que le moyen ne peut être accueilli ; que dans ces conditions que les salariés seront aussi déboutés de leur demandes formées à titre subsidiaire ;

ALORS QUE la seule application d'une convention collective, si elle est contraire à la loi, n'exonère pas l'employeur de sa dette envers les salariés ; qu'en se fondant sur le fait que l'employeur avait appliqué la convention collective, fut-elle critiquable pour exclure l'indemnisation, la Cour d'appel a violé l'article L 132-4 (actuellement L 2251-1) du Code du travail, ensemble l'article 1134 du Code civil ;

ALORS encore QUE l'utilisation de travailleurs temporaires n'est possible que dans les cas limitatifs énoncés par la loi ; que notamment les travailleurs temporaires ne peuvent être recrutés aux fins de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice ; qu'en disant que le travail confié illégalement à une société sous-traitante aurait à défaut été confiée à des travailleurs intérimaires, sans rechercher si ce travail ne pouvait être effectué par les salariés de l'entreprise, et s'il était lié à l'activité normale de l'entreprise ou à un surcroît occasionnel d'activité, la Cour d'appel n'a pas justifié sa décision au regard des articles L 124-2, L 124-2-1 et suivants du Code du travail (actuellement L 1251-5 et 6) et 1134 du Code civil ;

ALORS surtout QU'en affirmant que le volume de travail illégalement sous-traité aurait « certainement » été confié à l'extérieur si la société avait eu recours à une entreprise de travail temporaire, en sorte que la privation de travail due à cette sous-traitance pratiquée n'est pas démontrée, la Cour d'appel qui a statué par un motif hypothétique a violé l'article 455 du code de procédure civile.

A rapprocher de :

Cour de cassation

chambre sociale

5 avril 2006

N° de pourvoi: 04-43180

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Attendu que Mme X... a été engagée le 1er octobre 1999 par la société Supermarché Match en qualité d'employée commerciale selon contrat à durée indéterminée à temps partiel ; qu'elle devait effectuer 22 heures de travail réparties sur 5 jours, à raison de 4 heures par jour les lundi, mardi,

et mercredi, et de 5 heures par jour, les jeudi et vendredi ; que le contrat stipulait que l'employeur pouvait lui demander d'accomplir des heures complémentaires dans la limite de 7 heures par semaine ; que par avenants des 30 novembre 1999, 7 décembre 1999 et 21 février 2000, l'employeur a porté la durée du travail hebdomadaire de 22 heures à 35 heures, à trois reprises, pour une durée limitée de une ou deux semaines ; que par lettre du 4 mai 2000, la salariée a demandé à son employeur d'aménager la répartition de ses horaires de travail afin d'être libérée le vendredi car elle avait trouvé un emploi à temps partiel au service d'un autre employeur les vendredi et samedi ; que l'employeur a refusé cet aménagement, verbalement, le 18 mai 2000 puis par courrier recommandé du 7 juin 2000, en la mettant en demeure de respecter les termes de son contrat ; que Mme X... a été licenciée pour faute grave par lettre du 6 juillet suivant ;

Sur le deuxième moyen :

Vu l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que la cour d'appel, qui a décidé que la rupture du contrat de travail était justifiée par la faute grave sans répondre aux conclusions de la salariée qui faisait valoir qu'à la suite de l'accord relatif à l'aménagement de la réduction du temps de travail en date du 29 juin 1999, la direction générale des ressources humaines avait, par note du 13 mars 2000, donné à l'ensemble des directeurs de magasin des instructions pour favoriser la répartition du temps de travail sur quatre jours et qu'elle aurait dû en conséquence "bénéficier de son vendredi de façon automatique", n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

Et sur le troisième moyen :

Vu l' article L. 212-4-3 du Code du travail ;

Attendu que, selon ce texte, le contrat de travail à temps partiel détermine les limites dans lesquelles peuvent être effectuées des heures complémentaires au-delà du temps fixé par le contrat ; que les heures complémentaires ne peuvent avoir pour effet de porter la durée du travail au niveau de la durée légale du travail ou de la durée fixée conventionnellement ;

Attendu que, pour rejeter les demandes de la salariée en paiement de rappels de salaire et de congés payés sur le fondement d'une requalification du contrat de travail à temps partiel en un contrat à temps complet, la cour d'appel retient que le contrat de travail n'est entaché d'aucune irrégularité et que les avenants, qui avaient pour objet, le premier, de pourvoir au remplacement d'un salarié malade, le second, de faire face à un surcroît de travail pour les fêtes de fin d'année et le troisième de remplacer des salariés nommément désignés, ont été conclus, pour une période limitée, dans le cadre d'une modification temporaire d'un contrat à durée indéterminée à temps partiel ; "que les 35 heures à l'accomplissement alors convenu n'ont pas constitué des heures complémentaires accomplies en dehors des conditions fixées par l'article L. 212-14-3 du Code du travail" ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte de ses propres constatations que les heures effectuées par la salariée en exécution des avenants avaient eu pour effet de porter la durée hebdomadaire du travail de celle-ci, employée à temps partiel, au niveau de la durée fixée conventionnellement, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le premier moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 février 2004, entre les parties, par la cour d'appel de Douai ;

remet, en conséquence, 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 Douai, autrement composée ;

Condamne la société Supermarchés Match Nord aux dépens ;

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 cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du cinq avril deux mille six.