

C1

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

N° RG 22/01339

**COUR D'APPEL DE GRENOBLE**

N° Portalis  
DBVM-V-B7G-LJYC

**Ch. Sociale -Section A**  
**ARRÊT DU MARDI 16 JANVIER 2024**

N° Minute :

Appel d'une décision (N° RG 21/00035)  
rendue par le Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de VALENCE  
en date du 04 mars 2022  
suivant déclaration d'appel du 01 avril 2022

**APPELANTE :**

**Madame**

représentée par Me Isabelle ROUX de la SARL CABINET ISABELLE ROUX,  
avocat au barreau de VALENCE,

**INTIMEE :**

**Mutualité Française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la Mutuelle  
AESIO Santé Sud Rhône-Alpes**

représentée par

**Syndicat AESIO SANTE SUD RHONE ALPES**, prise en la personne de son  
représentant légal,

représentée par Me Isabelle ROUX de la SARL CABINET ISABELLE ROUX,  
avocat au barreau de VALENCE,

Copie exécutoire délivrée le :

**COMPOSITION DE LA COUR :**

**la SARL CABINET ISABELLE  
ROUX**

**LORS DU DÉLIBÉRÉ :**

Madame Hélène BLONDEAU-PATISSIER, Conseillère faisant fonction de  
Présidente,  
Madame Gwenaëlle TERRIEUX, Conseillère,  
Monsieur Frédéric BLANC, Conseiller,

**DÉBATS :**

A l'audience publique du 13 novembre 2023, Mme Gwenaëlle TERRIEUX, Conseillère, chargée du rapport, et, Mme Hélène BLONDEAU-PATISSIER, Conseillère faisant fonction de Présidente, ont entendu les parties en leurs conclusions et plaidoiries, assistées de Mme Mériem CASTE-BÉLKADI, Greffière, conformément aux dispositions de l'article 805 du code de procédure civile, les parties ne s'y étant pas opposées ;

Puis l'affaire a été mise en délibéré au 16 janvier 2024, délibéré au cours duquel il a été rendu compte des débats à la Cour.

L'arrêt a été rendu le 16 janvier 2024.

**EXPOSE DU LITIGE**

Mme a été embauchée par l'Union des Mutuelles de la Drôme selon contrat de travail à durée déterminée à temps partiel modulé du 30 mars 2007 à effet au 1<sup>er</sup> avril 2007 en qualité d'agent à domicile.

Un avenant au contrat de travail à temps partiel modulé a été régularisé avec Eovi Services et Soins le 7 mars 2018 à effet au 1<sup>er</sup> janvier 2018 augmentant la durée mensuelle de travail.

La mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes est devenue la Mutualité française Sud Rhône-Alpes à la suite de sa fusion par absorption par la Mutualité française Ardèche Drôme SSAM (Services de Soins et d'Accompagnement Mutualistes).

Le 11 février 2021, Mme a saisi le conseil de prud'hommes de Valence d'une demande de requalification de son contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet, et de demandes de rappels de salaire au titre de la requalification de son contrat de travail à temps plein et au titre des temps d'inter-vacations.

Le syndicat CGT Aesio Sud Rhône-Alpes est intervenu volontairement à l'instance.

**Par jugement du 4 mars 2022, le conseil de prud'hommes de Valence a :**

Condamné la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes à verser à Mme les sommes suivantes :

- 1877,94 euros brut à titre de rappel de salaire,
- 187,79 euros brut au titre des congés payés afférents,
- 2 500 euros net à titre de dommages et intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail,
- 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Condamné la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes à verser la somme de 50 euros au syndicat CGT Aesio Sud Rhône Alpes à titre de dommages et intérêts,

Débouté Mme du surplus de ses demandes,

Fixé la moyenne brute des trois derniers mois de salaire de Mme à la somme de 886 euros, Débouté la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes de ses demandes,

Dit qu'à défaut de règlement spontané des condamnations prononcées par la présente décision et en cas d'exécution par voie extra-judiciaire, les sommes retenues par l'huissier instrumentaire en application des dispositions de l'article 10 du décret du 8 mars 2001 portant modification du décret du 12 décembre 1996 devront être supportés par la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes en sus de l'indemnité mise à sa charge sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

Condamné la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes aux dépens de l'instance.

La décision ainsi rendue a été notifiée aux parties par lettre recommandée avec avis de réception.

Mme en a relevé appel par déclaration de son conseil au greffe de la présente juridiction le 1er avril 2022.

Le syndicat CGT Aesio Sud Rhône-Alpes est intervenu volontairement à l'instance en cause d'appel.

Par conclusions transmises par voie électronique le 27 avril 2023, **Mme et le syndicat CGT Aesio Sud Rhône-Alpes demandent de :**

« Confirmer le jugement de première instance en ce qu'il a :  
Débouter la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes de sa demande de remboursement de frais kilométriques,  
Condamner la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes à payer :

A Mme :  
Rappel de salaire : 1877,94 euros et 187,79 euros de congés payés,  
Dommages et intérêts pour exécution déloyale mais en réformer le quantum et le fixer à 40000 euros net de CSG et de CRDS,  
Au syndicat CGT Aesio Sud Rhône-Alpes :  
Dommages et intérêts pour atteinte à l'intérêt collectif de la profession mais en réformer le quantum et le fixer à 500 euros net de CSG et de CRDS,

Réformer le jugement de première instance en ce qu'il a débouté Mme de ses demandes de requalification de son contrat de travail à temps partiel en temps complet de rappel de salaires,

Statuant à nouveau,  
Requalifier le contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein avec effet au 1er février 2018,  
Condamner la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes à payer :  
Rappel de salaire : 41693,37 euros et 4169,33 euros de congés payés,  
Condamner la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes à payer 2 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,  
Vu les dispositions de l'article R. 1454-28 du code du travail, fixer la moyenne des trois derniers mois de salaire à la somme de 1299 euros ».

Par conclusions transmises par voie électronique le 9 octobre 2023, **la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes demande de :**

« Au titre de l'appel principal interjeté par Mme et le syndicat CGT Aesio Sud Rhône-Alpes :  
confirmer le jugement et :  
Déclarer que la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes a respecté ses obligations légales en matière de communication des plannings mensuels de Mme , ce qui a bien permis à cette dernière d'avoir préalablement connaissance de ses horaires de travail et ne pas être ainsi dans l'obligation de se tenir constamment à la disposition de son employeur,  
Déclarer que la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes a bien permis à Mme de bénéficier de plages d'indisponibilité au sens de la convention collective, cette dernière ne s'étant en outre jamais opposée aux plannings qui lui étaient transmis chaque mois par son employeur, ni demandé une modification de ses plannings à l'occasion des avenants qui lui étaient soumis chaque année pour augmenter sa durée de travail ; qu'elle a en outre demandé à réduire sa durée de travail à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2021,

En conséquence,  
Confirmer le jugement de première instance en ce qu'il a débouté :

Mme de sa demande de requalification du contrat de travail à temps partiel modulé en contrat à temps plein et débouter encore cette dernière de ses demandes de rappel de salaire et congés payés afférents, et des dommages et intérêts sollicités à ce titre pour exécution déloyale du contrat de travail, réévaluées en cause d'appel,

Le syndicat de sa demande de dommages et intérêts au titre du préjudice collectif de la profession invoqué au titre de la requalification du contrat de travail à temps partiel modulé en contrat à temps plein et débouter encore ce dernier de sa demande à ce titre en cause d'appel,

Au titre de l'appel incident de la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes : infirmer le jugement et,

Déclarer que la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes a bien rémunéré Mme au titre de ses temps d'inter-vacations même s'ils n'étaient pas mentionnés de façon distincte avant février 2020 sur ses plannings d'intervention,

En conséquence,

Réformer le jugement de première instance en ce qu'il a jugé que Mme n'aurait pas été rémunérée au titre de ses temps d'inter-vacations et a :

Condamné la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes à verser à Mme les sommes de 1877,94 euros brut à titre de rappel de salaire ainsi qu'aux congés payés afférents à hauteur de 187,79 euros brut,

Condamné la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes à verser à Mme la somme de 2 500 euros net à titre de dommages et intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail,

Condamné la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes à verser la somme de 50 euros au syndicat santé Sud Rhône Alpes à titre de dommages et intérêts,

Et statuant à nouveau,

Rejeter les demandes de Mme au titre de ses temps de trajet d'inter-vacations, à savoir : Les sommes de 1877,94 euros brut à titre de rappel de salaire et congés payés afférents à hauteur de 187,79 euros brut,

Les dommages et intérêts réclamés en raison de la soi-disant exécution déloyale du contrat de travail par la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes,

Rejeter la demande de dommages et intérêts du syndicat pour atteinte à l'intérêt collectif de la profession,

Condamner la salariée et le syndicat à rembourser à la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes les sommes qui leur ont été réglées à titre provisoire en application du jugement rendu en première instance,

Déclarer que Mme a majoré ses déclarations de kilomètres parcourus jusqu'en janvier 2020, En conséquence,

Réformer le jugement de première instance en ce qu'il a débouté la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes de sa demande reconventionnelle de remboursement des indemnités kilométriques qu'elle a indûment versées de mars 2019 à janvier 2020, et évaluées à 1250,25 euros,

Réformer le jugement de première instance en ce qu'il a débouté la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes de sa demande présentée au titre de l'article 700 du code de procédure civile et condamné cette dernière à verser à Mme la somme de 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Et statuant à nouveau,

Condamner Mme à la somme de 1 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et la débouter de sa propre demande à ce titre ».

La clôture de l'instruction, prononcée le 10 octobre 2023 a été rabattue et prononcée à l'audience du 13 novembre 2023 avant les débats.

Pour un plus ample exposé des faits, de la procédure et des moyens des parties, la cour se réfère à la décision attaquée et aux dernières conclusions déposées, conformément aux dispositions de l'article 455 du code de procédure civile.

### **MOTIFS DE LA DECISION :**

#### **Sur la demande de requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet :**

*Moyens des parties,*

Mme fait valoir que :

- L'accord du 20 mars 2006 instaure une plage d'indisponibilité (au cours de laquelle l'employeur ne peut solliciter le salarié pour travailler, le refus du salarié de travailler durant cette plage n'étant pas constitutif d'une faute) dans la limite d'une journée ouvrable par semaine en contrepartie de la mise en place de la modulation du temps de travail du salarié à temps partiel de la branche de l'aide à domicile, des amplitudes horaires très larges et des modifications fréquentes des emplois du temps,
- Cette contrepartie est une obligation qui s'impose à l'employeur, qui l'autorise à déroger au code du travail, et elle n'a pas besoin d'être prévue par le contrat de travail,
- La plage d'indisponibilité ne se substitue pas aux deux jours de repos,
- L'absence de plage d'indisponibilité pour les salariés de la branche d'aide à domicile entraîne la requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein, dès lors que cette absence fait présumer que l'emploi était à temps complet,
- Elle n'a jamais bénéficié de plages d'indisponibilité par semaine,
- En effet, en l'absence de mention d'une plage d'indisponibilité dans le contrat ou dans les plannings mensuels, le salarié reste entièrement à la disposition de l'employeur,
- Les plages d'indisponibilité doivent être mentionnées sur les emplois du temps avant la réalisation du travail, et non a posteriori,
- Elle est ainsi fondée à solliciter un rappel de salaire au titre de la requalification de son contrat de travail à temps plein.

La Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes fait valoir pour sa part que :

- Selon la commission d'interprétation de la convention collective nationale de l'aide à domicile, si la plage d'indisponibilité ne figure pas dans le contrat de travail, elle peut ensuite être prévue dans les emplois du temps mensuels du salarié et même être modifiée chaque mois,
- L'absence de plage d'indisponibilité prévue dans le contrat de travail ou dans l'emploi du temps mensuel du salarié n'entraîne pas la requalification du contrat à temps plein, mais offre au salarié la possibilité de refuser toute modification de ses horaires de travail planifiés au cours du mois, quelle que soit la plage horaire concernée et quel que soit le délai de prévenance, et cela sans s'exposer à une sanction ou à un licenciement,
- A l'inverse, si le contrat de travail ou l'emploi du temps mensuel prévoit des plages d'indisponibilité, le salarié peut seulement refuser d'intervenir à la demande de l'employeur dans la plage d'indisponibilité,
- Dans tous les cas, le bénéfice d'une plage d'indisponibilité n'est pas une condition de validité du travail à temps partiel modulé,
- Les avis de la commission paritaire d'interprétation de la convention collective ne lient pas le juge,
- Les dispositions de la convention collectives sont claires et dénuées d'ambiguïté et doivent être interprétées strictement,

- Elle a bénéficié chaque semaine de plusieurs après-midi (entre deux et quatre) non travaillés, le plus souvent les mardis, mercredis, jeudis et/ou vendredis,
- Elle rapporte uniquement la preuve que les plages d'indisponibilité n'étaient pas toujours programmées le même jour sur les emplois du temps mensuels, mais elle n'a jamais demandé à ce que la plage d'indisponibilité soit définie comme un jour fixe hebdomadaire,
- Dans tous les cas, les conditions posées par la jurisprudence pour une requalification d'un contrat de travail temps partiel modulé en contrat de travail à temps plein, ne sont pas remplies,
- La salariée a toujours reçu ses emplois du temps de travail mensuels dans les conditions prévues par l'accord du 30 mars 2006 et ses emplois du temps n'ont pas été modifiés par son employeur,
- La salariée ne démontre pas qu'elle a été contrainte de travailler selon des horaires dont elle n'avait pas eu préalablement connaissance,
- La salariée a toujours refusé de signer les avenants à son contrat de travail qui lui ont été proposés pour tenir compte de ses dépassements d'heures annuels, et est donc mal fondée à réclamer des rappels de salaire au titre d'heures qu'elle a demandé de ne pas effectuer.

*Sur ce,*

Aux termes de l'article 21 (« Contrat de travail ») du chapitre III (« Temps partiel modulé ») de l'accord de branche du 30 mars 2006 relatif aux temps modulés dans la branche de l'aide à domicile, le contrat de travail comporte les mentions suivantes : « - la contrepartie des articles 24 et 26 du présent accord ».

Selon l'article 26 (« Contrepartie à la mise en place du temps partiel modulé ») du chapitre III (« Temps partiel modulé ») de cet accord, « en contrepartie à la mise en place du temps partiel modulé, pourra être indiqué au contrat de travail du salarié le principe d'une plage de non-disponibilité du salarié, dans la limite d'une journée ouvrable par semaine. Si l'employeur demande au salarié de venir travailler pendant cette plage de non-disponibilité, le salarié est en droit de refuser l'intervention sans que lui soit opposable le nombre de refus indiqué à l'article 5 du présent accord ».

Selon l'article 5 (« Programme indicatif de la répartition de la durée du travail et délai de prévenance ») du chapitre Ier (« Dispositions communes au temps plein et au temps partiel ») de ce même accord : « Les horaires de travail sont précisés aux salariés par écrit lors de la notification du planning d'intervention pour le personnel d'intervention ou lors de la réunion de service pour le personnel administratif.

*La notification du planning a lieu selon une périodicité mensuelle, par remise en main propre au salarié ou par courrier.*

*Les plannings sont notifiés au salarié au moins 7 jours avant le 1er jour de leur exécution.*

*Afin de mieux répondre aux besoins des usagers, de faire face à la fluctuation des demandes inhérentes à l'activité, et d'assurer une continuité de service, les changements des horaires de travail peuvent être modifiés dans un délai inférieur à 7 jours et dans la limite de 4 jours, sauf les cas d'urgence ci-dessous.*

*(...)*  
*Les contreparties:*

*- en contrepartie d'un délai de prévenance inférieur à 7 jours, le salarié a la possibilité de refuser 4 fois, par année de référence, la modification de ses horaires sans que ce refus ne constitue ni une faute, ni un motif de licenciement ;*

*- les salariés s'engageant à accepter les interventions d'urgence (délai de prévenance inférieur à 4 jours) bénéficieront, par année de référence, d'un jour de congé supplémentaire, au choix du salarié, dès lors qu'ils seront intervenus effectivement dans ce cadre. Ces salariés pourront refuser 4 fois ces interventions : au-delà, le salarié perd son droit à congé supplémentaire ».*

Il résulte de ces dispositions que le contrat de travail à temps partiel modulé doit prévoir « une plage de non-disponibilité du salarié, dans la limite d'une journée ouvrable par semaine » conformément aux dispositions des articles 21 et 26 de l'accord susvisé.

En effet, il ne peut être retenu, malgré l'emploi du verbe « pouvoir » conjugué au futur, à l'article 26, que la détermination d'une plage d'indisponibilité dans le contrat de travail serait non pas une obligation mais une faculté laissée à l'employeur, une telle interprétation revenant à vider de sa substance le principe d'une contrepartie au travail à temps partiel modulé.

Eu égard aux pouvoirs dont dispose l'employeur en vertu des dispositions de l'article 5 de l'accord de branche, l'autorisant à modifier, sans avoir à justifier d'un motif, les horaires de travail du salarié fixés dans le planning mensuel, d'une part lorsqu'est respecté un délai de prévenance de 7 jours sans que le salarié puisse s'y opposer sauf à commettre une faute, d'autre part lorsqu'est respecté un délai de prévenance compris entre 4 et 7 jours, le salarié ne pouvant s'y opposer que quatre fois par an, les refus de modification au-delà de ce seuil caractérisant une faute, la détermination d'une plage d'indisponibilité dans le contrat de travail constitue la garantie pour le salarié travaillant à temps partiel modulé de ne pas avoir à travailler, sauf avec son accord, sur une plage de la semaine préalablement déterminée et fixée pour l'avenir.

Dès lors que le salarié peut toujours refuser une intervention que l'employeur voudrait fixer dans la plage d'indisponibilité peu important le respect d'un délai de prévenance, le refus du salarié de travailler durant cette plage ne pouvant pas être décompté des refus prévus à l'article 5 et ne pouvant ainsi jamais s'analyser comme une faute, l'employeur ne peut ni prévoir de faire travailler le salarié durant cette plage lorsqu'il élabore le planning mensuel, ni ne peut modifier le planning sur le fondement de l'article 5 de l'accord en exigeant du salarié qu'il travaille exceptionnellement durant cette plage selon les modalités prévues par cet article.

Les organisations syndicales ont ainsi entendu à la fois accorder à l'employeur des pouvoirs accrus lui permettant de modifier les horaires de travail du salarié à temps partiel modulé afin de répondre aux contraintes propres à la branche de l'aide à domicile et assurer au salarié une stabilité minimale dans l'aménagement de son temps de travail afin de lui permettre de concilier sa vie personnelle et sa vie professionnelle, laquelle conciliation constitue l'un des objectifs de la convention collective nationale de la branche de l'aide, de l'accompagnement, des soins et des services à domicile du 21 mai 2010 (Article 1er – Principes généraux).

En outre, eu égard à la modulation du temps de travail du salarié, au fait que l'aménagement de son temps de travail est amené à varier d'un mois sur l'autre dans le cadre d'un planning fixé par l'employeur et compte tenu des pouvoirs importants dont dispose l'employeur pour modifier ce planning dans le respect d'un délai de prévenance de 7 jours ou de 4 jours, seule l'existence d'une plage d'indisponibilité prévue dans le contrat de travail permet de retenir que le salarié travaillant à temps partiel modulé ne se tient pas en permanence à la disposition de son employeur.

Enfin, dès lors qu'aux termes de l'article 21, la contrepartie doit être mentionnée au contrat de travail, et à la contradiction apparente entre cette disposition et l'article 26, une lecture favorable au salarié de l'accord doit prévaloir.

Il en résulte qu'en l'absence de plage d'indisponibilité fixée dans le contrat de travail à temps partiel modulé, le salarié doit être présumé travailler à temps complet, et il appartient à l'employeur de démontrer que le salarié dont le contrat de travail ne prévoit pas de plage d'indisponibilité bénéficiait bien dans les faits d'une plage d'indisponibilité prévue par l'article 26 de l'accord de branche.

Il ne peut être retenu, comme le soutient l'employeur, que le seul effet de l'absence de mention d'une plage d'indisponibilité fixée dans le contrat de travail ou dans les plannings remis au salarié serait l'impossibilité pour l'employeur d'appliquer les dispositions des articles 5 et 26 de l'accord de branche du 30 mars 2006 relatif aux temps modulés dans la branche de l'aide à domicile, et de sanctionner le salarié au-delà d'un certain nombre de refus, quelle que soit la plage horaire concernée et le délai de prévenance, le salarié ayant ainsi le pouvoir de s'opposer à toute modification de ses horaires de travail planifiés pour un mois.

Cette interprétation revient dans les faits à laisser à l'employeur une option entre l'application stricte des dispositions de l'accord susvisé et la possibilité de s'en affranchir totalement, ce qui l'autorise à se départir de l'application des règles de droit applicables à la situation juridique des salariés placés sous sa subordination, lesquelles ont été négociées par les partenaires sociaux en vue d'accorder autant que possible les contraintes liées à la profession et le respect du droit des salariés à une vie familiale.

L'interprétation des dispositions susvisées de l'accord de branche qui s'évince des termes dudit accord et des principes juridiques du droit du travail applicables aux salariés exerçant à temps partiel s'oppose en partie à l'interprétation faite par la commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation de la convention collective nationale de la branche de l'aide, de l'accompagnement, des soins et des services à domicile du 21 mai 2010 qui, dans un avis du 7 mars 2018, a retenu que l'intégration de la plage d'indisponibilité dans le contrat de travail ne revêtait qu'un caractère facultatif : *« La plage d'indisponibilité prévue dans l'accord de branche du 30 mars 2006 est une contrepartie obligatoire à la mise en place de la modulation pour les salariés employés à temps partiel. Cette contrepartie peut être indiquée dans le contrat de travail et modifiée s'il y a accord des parties. Si le principe de la mise en œuvre de la plage d'indisponibilité est bien une obligation pour l'employeur, son intégration dans le contrat de travail ne revêt qu'un caractère facultatif. Lorsque la plage d'indisponibilité n'est pas été (sic) intégrée au contrat, elle doit être fixée lors du planning mensuel au sein du mois considéré. Dans ce cas, elle peut être modifiée tous les mois lors de l'élaboration du planning après accord des parties. En l'absence d'accord des parties, la plage d'indisponibilité du mois précédent est maintenue. En revanche, elle ne peut pas être modifiée postérieurement à la transmission de chaque planning mensuel sauf accord des parties ».*

Les avis rendus par cette commission, lesquels s'adressent aux parties à l'accord lorsqu'elles rencontrent un problème d'application de celui-ci, ne lient pas le juge, lequel reste souverain dans l'exercice de son pouvoir d'interprétation du droit ayant vocation à s'appliquer pour trancher un différend opposant deux parties.

Toutefois, la cour d'appel relève que si cet avis présente une interprétation en contradiction avec l'article 21 de l'accord, lequel prévoit sans aucune ambiguïté que la plage d'indisponibilité prévue par l'article 26 doit être mentionnée dans le contrat de travail à temps partiel modulé, il tient néanmoins pour une obligation s'imposant à l'employeur, dans l'hypothèse où le contrat de travail n'a pas prévu la plage d'indisponibilité, de formaliser cette plage dans le planning mensuel, ce qui implique, que l'employeur ne peut, sauf accord des parties, ni la modifier postérieurement à la transmission du planning, ni la faire varier d'un mois sur l'autre.

Dans les faits, cette interprétation revient donc à faire peser sur l'employeur la charge de démontrer qu'une plage d'indisponibilité fixe a bien été prévue conformément à l'accord lorsque le contrat de travail ne l'a pas lui-même fixée. Il en résulte que lorsque la plage d'indisponibilité est prévue par le planning, elle doit donc être désignée comme telle, afin que le salarié en ait connaissance. Et dans les cas où cette plage varierait d'un mois sur l'autre, ou en cours de mois, il incombe à l'employeur de démontrer que chacune de ces variations a été acceptée préalablement par le salarié.

Cette interprétation s'accorde donc en pratique avec l'interprétation retenue par la cour.

Eu égard à l'ensemble de ces constatations, il doit être retenu que lorsque le contrat de travail ne prévoit pas de plage d'indisponibilité, le contrat de travail est présumé être à temps complet. Dans ce cas, il incombe à l'employeur de démontrer qu'il a prévu une plage d'indisponibilité dans les plannings mensuels et que cette plage était fixe d'un mois sur l'autre, sauf à justifier, en cas de modification de cette plage, de l'accord du salarié pour chacune de ces modifications. En l'absence de plage d'indisponibilité prévue dans le contrat de travail ou désignée comme telle dans les plannings remis au salarié, il en résulte que le salarié se tenait en permanence à la disposition de l'employeur, et le contrat de travail doit être requalifié à temps plein.

Au cas d'espèce, il apparaît que ni le contrat de travail à durée indéterminée à temps partiel modulé du 30 mars 2007 à effet au 1er avril 2007 ni l'avenant au contrat de travail à temps partiel modulé du 7 mars 2018 à effet au 1er janvier 2018 n'ont déterminé de plage d'indisponibilité, contrairement à ce qu'exigeait l'article 21 de l'accord de branche de l'aide à domicile relatif aux temps modulés du 30 mars 2006.

Par ailleurs, aucun des plannings versés aux débats ne mentionne une plage d'indisponibilité.

L'employeur ne peut valablement soutenir que la salariée aurait, dans les faits, bénéficié de plages d'indisponibilité au motif que celle-ci a bénéficié chaque semaine de plusieurs après-midi non travaillés et qu'il ne la sollicitait pas durant ces périodes, et cela, même si ces plages n'étaient pas mentionnées comme plages d'indisponibilités dans les plannings.

En effet, la salariée, en l'absence de mention de ces plages dans le contrat de travail, et d'indication dans les plannings les qualifiant comme telles, ignorait qu'elle était en droit de refuser toute intervention pendant ces plages décidées par l'employeur postérieurement à la remise des plannings mensuels et qu'elle était ainsi libre de vaquer à ses occupations durant ces périodes.

Il est sans incidence que la salariée ait refusé à plusieurs reprises depuis 2016 de signer les avenants qui lui ont été proposés pour augmenter sa durée de travail, la requalification à temps plein d'un contrat de travail à temps partiel n'étant que la conséquence de la disponibilité permanente dans laquelle le salarié est placé vis-à-vis de son employeur, laquelle disponibilité n'implique pas le souhait du salarié de travailler à temps plein. Un employeur ne peut donc se prévaloir du refus d'un salarié de travailler à temps complet pour faire obstacle à la demande de requalification de son contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein formulée par ce dernier.

Eu égard à l'ensemble de ces constatations, le contrat de travail à temps partiel modulé du 30 mars 2007 doit être requalifié en contrat de travail temps plein à compter de la date visée au dispositif des conclusions de la salariée, soit le 1<sup>er</sup> février 2018.

Mme produit un calcul détaillé du rappel de salaire dû pour la période du 1<sup>er</sup> février 2018 au 28 février 2023, lequel n'est pas contesté utilement par la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes.

En conséquence, la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes doit être condamnée à payer à Mme la somme de 41 693,37 euros brut à titre de rappel de salaire au titre de la requalification du contrat de travail à temps partiel modulé en contrat de travail à temps plein pour la période du 1<sup>er</sup> février 2018 au 28 février 2023, outre 4 169,33 euros brut à titre d'indemnité compensatrice de congés payés y afférents, par infirmation du jugement entrepris de ce chef.

### **Sur la demande au titre des temps de déplacement inter-vacations :**

*Moyens des parties,*

Mme fait valoir que :

- L'article 2 de la convention collective prévoit que le temps de déplacement entre deux séquences consécutives de travail constitue du temps de travail effectif,
- Jusqu'au 31 janvier 2020, le temps de trajet entre deux usagers n'apparaissait pas sur les emplois du temps, aucun temps n'était compté pour le déplacement entre les domiciles des deux usagers,
- A compter du mois de février 2020, le temps de trajet est pris en compte, ce qui a pour effet de décaler l'heure de fin de journée,
- Il en résulte que le temps d'inter-vacations n'était pas payé jusqu'au mois de février 2020,
- En effet, la journée débutait plus tôt que l'horaire d'arrivée chez le premier usager indiqué sur

l'emploi du temps, et elle se terminait plus tard que l'horaire de fin de journée indiqué sur l'emploi du temps,

- L'existence de l'usage invoqué par l'employeur selon lequel le temps de trajet était compris dans le temps prévu chez les usagers, les salariés étant autorisés à partir plus tôt que l'heure de départ indiquée pour se rendre chez un autre usager, et à arriver chez l'usager suivant plus tard que l'heure indiquée sur l'emploi du temps, n'est pas établie, et s'il existe un usage, il ne lui est pas opposable,
- Ce prétendu usage n'a jamais été formalisé par un document qui lui aurait été transmis, il repose sur une pratique illicite, et il lui est désavantageux, car il contraint les salariés à effectuer en 46 minutes une prestation qu'ils doivent normalement effectuer en 60 minutes.

La Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes fait valoir que :

- Le régime conventionnel des frais de déplacement est issu d'un accord d'entreprise du 10 octobre 2011, qui a été modifié par avenants en 2006, puis en 2020 à la suite de la mise en place de la télégestion,
- Jusqu'en janvier 2020, les frais de déplacement des auxiliaires de vie étaient indemnisés sur la base des déclarations de trajets établies par les salariés eux-mêmes,
- A partir de février 2020, un régime plus avantageux a été mis en place grâce à la télégestion, permettant d'établir des emplois du temps distinguant désormais les temps de déplacement et les temps d'intervention,
- La mise en place de ce nouveau régime n'implique pas *a contrario* qu'elle ne rémunérait pas correctement les temps d'inter-vacations avant février 2020,
- Il existait jusqu'en février 2020 un usage autorisant, si cela était nécessaire, un auxiliaire à partir de chez l'usager jusqu'à 7 minutes avant la fin de son heure d'intervention et à arriver jusqu'à 7 minutes après son heure d'intervention chez l'usager suivant,
- Jusqu'en février 2020, les temps de déplacement de la salariée étaient donc inclus dans ses temps d'intervention chez les usagers,
- La salariée demande donc à être payée une deuxième fois pour du temps de déplacement pour lequel elle a déjà été rémunérée au titre de ses interventions,
- Dans tous les cas, le calcul effectué par la salariée est erroné, car il inclut également les trajets de départ et de fin de journée de travail,
- Ses temps d'inter-vacations ont diminué entre 2020 et 2021, ce qui montre bien que la mise en place de la télégestion a permis d'optimiser les emplois du temps des aides à domicile.

Sur ce,

Un usage d'entreprise correspond à une pratique habituellement suivie dans l'entreprise et prend la forme d'un avantage supplémentaire accordé aux salariés ou à une catégorie d'entre eux. Celui-ci doit être caractérisé par les critères cumulatifs de constance, de généralité et de fixité de la pratique, lesquels doivent permettre d'établir la volonté non équivoque de l'employeur de s'engager envers ses salariés et de leur octroyer un avantage.

Il incombe au salarié qui invoque un usage d'apporter par tous moyens la preuve tant de son existence que de son étendue, et à l'employeur d'établir que l'avantage ne présente pas les caractéristiques d'un usage.

Selon l'article 2 de la convention collective nationale de la branche de l'aide, de l'accompagnement, des soins et des services à domicile du 21 mai 2010, « les temps de déplacement entre deux séquences consécutives de travail effectif » constitue du temps de travail effectif.

En outre, selon l'article 14.2 de cette même convention collective (« Prise en charge des déplacements »):

« Une demi-journée est constituée soit :

- de la matinée qui débute lors de la première intervention et s'achève lors de la pause repas ;
- de l'après-midi/soirée qui débute lors de la première intervention après la pause repas et s'achève à la fin de la dernière intervention.

Les temps de déplacement nécessaires entre deux séquences successives de travail effectif au cours d'une même demi-journée sont considérés comme du temps de travail effectif et rémunérés comme tel, dès lors qu'elles sont consécutives.

Lorsque les séquences successives de travail effectif au cours d'une même demi-journée ne sont pas consécutives, le temps de déplacement entre ces deux séquences est reconstitué et considéré comme du temps de travail effectif et rémunéré comme tel.

L'employeur peut utiliser des outils facilitant la comptabilisation et le contrôle de ces temps de déplacement. Cependant ces outils ne doivent pas empêcher la vérification des temps et kilomètres sur la base du réel effectué.

Les mêmes règles s'appliquent pour les salariés qui interviennent de nuit ».

Il ressort des plannings mensuels versés aux débats par Mme pour les années 2018 à 2022 que :

- jusqu'en janvier 2020 inclus, les plannings ne font apparaître aucun temps entre deux visites chez des usagers, lesquelles s'enchaînent les unes après les autres, de sorte que l'horaire de fin d'une visite chez un usager correspond à l'horaire de début de la visite chez l'utilisateur suivant ;
- à compter du mois de février 2020, les plannings font apparaître un temps entre deux visites, lequel varie d'une visite à l'autre, de sorte que l'horaire de fin de la visite chez un usager ne correspond plus à l'horaire de début de la visite chez l'utilisateur suivant ;
- les visites indiquées sur l'ensemble des plannings de la période sont au minimum d'une heure, et pour les durées supérieures à l'heure, peuvent inclure des demi-heures (par exemple deux heures et demie),
- les séquences du matin et de l'après-midi débutent toujours à une heure ronde ou à la demie,
- pour la période antérieure à février 2020, les séquences du matin et de l'après-midi se terminent toujours à une heure qui est ou ronde ou tombe à la demie (par exemple, 16h00 ou 17h30),
- pour la période postérieure à janvier 2020, les séquences du matin et de l'après-midi se terminent la plupart du temps à une heure qui n'est pas ronde ou ne tombe pas à la demie (par exemple, 16h40 ou 17h15).

A l'examen des plannings, il apparaît donc que la mention des temps d'inter-vacations à compter du mois de février 2020 a eu pour effet d'allonger la durée des séquences du matin et de l'après-midi. En effet, dès lors que la durée des interventions est demeurée identique (au minimum une durée d'une heure), la prise en compte de la durée du trajet entre deux visites entraîne logiquement, pour une durée de visite identique, une durée de travail effectif plus longue que lorsque les temps d'inter-vacations n'apparaissaient pas sur les plannings.

La Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes, qui soutient que la mention des temps d'inter-vacations à compter du mois de février 2020, ne signifie pas que les temps d'inter-vacations n'étaient pas pris en compte avant cette date, et étaient bien rémunérés comme du temps de travail effectif, ne produit aucun élément permettant de démontrer que la durée des visites indiquées sur les plannings pour la période antérieure à février 2020 ne correspond pas à la durée réelle passée chez les usagers.

En effet, aucun élément versé aux débats ne permet d'établir que les salariés étaient tenus, si nécessaire, d'une part de terminer leur visite avant l'horaire de fin prévu sur le planning, d'autre part d'arriver après l'horaire de début de la seconde visite, de sorte que les temps de déplacement entre deux vacations n'entraînent pas un décalage dans le temps des rendez-vous, et que les salariés terminent bien leurs séquences de travail aux horaires indiqués sur les plannings.

La Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes ne produit notamment aucun document adressé aux salariés de la société leur rappelant que les horaires des visites indiqués sur les plannings ne doivent pas être respectés, mais qu'ils doivent être raccourcis afin de tenir compte des temps de déplacement.

L'employeur échoue ainsi à établir l'existence d'une consigne de travail en ce sens et s'imposant à la salariée.

Par ailleurs, la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes ne contredit pas Mme qui soutient que les contrats conclus avec les usagers prévoient une durée d'intervention se décomptant en heure ou en demi-heure, et que les durées contractuellement prévues avec chacun des usagers correspondent bien à celles mentionnées sur les plannings.

En outre, la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes, qui allègue que cette pratique constituerait un « usage » en vigueur dans l'entreprise, ne démontre pas en quoi elle constituerait un avantage supplémentaire accordé par l'employeur au profit des salariés, Mme considérant que cette pratique, dont elle conteste l'existence au sein de l'entreprise, dessert les salariés puisqu'elle les contraint à réaliser des tâches chez les usagers en moins de temps que ce qui est prévu contractuellement avec ces derniers.

Nonobstant le point de savoir si la pratique invoquée par l'employeur constitue ou non un avantage pour les salariés, il doit être relevé que le procès-verbal de la réunion des délégués du personnel du 12 décembre 2016, dans lequel la direction évoque l'existence d'un « usage » autorisant les salariés à partir de chez l'utilisateur jusqu'à 7 minutes avant la fin de son heure d'intervention et à arriver jusqu'à 7 minutes après son heure d'intervention chez l'utilisateur, ne peut, à lui seul, établir l'existence d'une pratique constante, générale et fixe, caractérisant un usage, étant précisé que ce compte-rendu porte uniquement la signature du représentant de la direction.

Au surplus, la cour d'appel relève que l'employeur indique dans ce procès-verbal de réunion des délégués du personnel que pour les clients qui paient intégralement le prix de la prestation, cet « usage » ne s'applique pas, reconnaissant ainsi que dans certains cas, le salarié est tenu de respecter strictement les horaires de début et de fin de visite prévus par le planning :

*« L'inter vacation est le temps nécessaire au/à la salarié(e) pour se rendre immédiatement de sa mission A à sa mission B.*

*Le temps de vacation est "pris" sur le temps de prestation, payé par le client ou l'organisme.*

*Il est "d'usage" dans notre structure d'autoriser le/la salarié(e) de partir 7 minutes plus tôt du client A pour arriver 7 minutes plus tard chez le client B, sauf pour les clients qui paient intégralement la prestation ».*

Enfin, les fiches de vacation mensuelle produites par la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes, outre qu'elles ne portent que sur le mois de février 2018 et non sur la totalité de la période litigieuse, ne permettent pas de démontrer que la salariée respectait les horaires fixés dans les plannings mensuels.

En effet, ces fiches de vacation, qui portent à la fois la signature de l'utilisateur et de la salariée, ont manifestement pour objet de s'assurer que la salariée a bien effectué sa prestation chez l'utilisateur concerné aux dates indiquées et pour les durées prévues. Retenir que la salariée était bien présente chez l'utilisateur aux horaires indiqués sur ces fiches implique que la salariée n'avait aucun temps de trajet entre deux vacations, ce qui n'est pas réaliste. Inversement, dès lors que ces fiches font seulement mention des horaires indiqués dans les plannings, lesquels sont manifestement les horaires contractuellement prévus avec les usagers, et non les horaires d'arrivée et de départ réels indiqués par la salariée ou par l'utilisateur, elles ne permettent pas de démontrer que la salariée arrivait un peu après le début de l'heure indiquée et repartait un peu avant l'heure de fin comme le soutient l'employeur.

Eu égard à l'ensemble de ces constatations, il doit être retenu que jusqu'au mois de janvier 2020 inclus, l'employeur ne rémunérait pas les temps de trajet entre deux vacations, lesquels constituent du temps de travail effectif.

Il en résulte que la salariée est bien fondée à demander un rappel de salaire à ce titre pour la période non prescrite, soit du 1<sup>er</sup> février 2018 au 31 janvier 2021.

Pour calculer le rappel de salaire dû, la salariée se fonde sur les kilomètres parcourus mentionnés chaque mois sur ses bulletins de paie sous l'appellation « *régularisation de kilomètres* », auxquels elle a appliqué une vitesse moyenne de 60 km/h, et un taux horaire majoré de 15 % conformément aux dispositions de l'article 22 de l'accord du 20 mars 2006, selon lesquelles « *chacune des heures de dépassement annuel effectuées au-delà du dixième de la durée annuelle prévue au contrat donne lieu à une majoration de salaire de 15 %* ».

La Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes, qui allègue que les distances retenues par la salariée incluent les trajets de départ et de fin de journée (trajet entre le domicile et le premier usager et trajet entre le dernier usager et le domicile), ce que la salariée conteste, ne produit aucun élément utile permettant de le démontrer.

En effet, s'il ressort de la fiche de déclaration de frais de déplacement pour le mois de février 2018 produite par l'employeur que la salariée a manifestement déclaré ses trajets de départ et de fin de journée entre l'agence et l'usager au cours de ce mois, cette pièce est insuffisante pour établir que la salariée a systématiquement inclus dans ses déclarations les trajets du matin et du soir.

Par ailleurs, l'employeur oppose aux distances déclarées par la salariée des calculs théoriques des distances parcourues réalisés plusieurs années après les faits à l'aide d'un calculateur disponible sur un site internet. Il en résulte que ces calculs ne tiennent pas compte des aléas et contraintes de la circulation, de sorte qu'ils sont à eux seuls insuffisants pour écarter les distances déclarées par la salariée chaque mois et reportées par l'employeur sur les bulletins de paie aux fins de déterminer le montant de l'indemnité kilométrique due à la salariée.

Dès lors, il n'y a pas lieu de retenir d'autres distances que celles mentionnées sur les bulletins de paie.

La Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes ne conteste pas la vitesse moyenne retenue par la salariée de 60 km/h pour déterminer la durée d'inter-vacation à partir de ces distances, soit 84,61 heures au titre de l'année 2018 et 76,31 heures au titre de l'année 2019.

S'agissant du taux horaire, Mme, qui soutient que qu'il doit être majoré de 15 % en ce qu'elle « *dépasse régulièrement un dixième de la durée annuelle contractuelle* », ne démontre pas que les trajets d'inter-vacation effectués seraient des heures de travail réalisées au-delà du dixième de la durée annuelle prévue au contrat, soit 1044,84 heures.

En conséquence, il y a lieu d'appliquer le taux horaire non majoré aux fins de calculer le montant du rappel de salaire dû au titre des temps de trajet inter-vacation, soit 10,38 euros selon l'employeur, ce taux étant légèrement supérieur à celui figurant sur les bulletins de paie versés aux débats pour cette période.

Eu égard à ces constatations, la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes doit être condamnée à payer à Mme la somme de 1 670,34 euros brut à titre de rappel de salaire, outre 167,03 euros brut à titre d'indemnité compensatrice de congés payés y afférents, par réformation du jugement entrepris sur le quantum de la condamnation.

**Sur la demande au titre de l'exécution déloyale du contrat de travail résultant de l'absence de bénéfice des jours d'indisponibilité :**

*Moyens des parties,*

Mme fait valoir que :

- Elle n'a jamais bénéficié d'un seul jour d'indisponibilité depuis le début de la relation contractuelle, et ce manquement de l'employeur à ses obligations conventionnelles caractérise une exécution déloyale du contrat de travail,
- Son préjudice est égal à la perte de salaire (différence entre le temps partiel et le temps plein) pour la période prescrite, dont elle est bien fondée à demander la réparation au titre de l'exécution déloyale du contrat de travail,
- La mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes a omis de payer les temps d'inter-vacations, et ce n'est que sous la pression des salariés, qu'elle a été contrainte de les payer à partir du mois de janvier 2021, ce qui caractérise également une exécution déloyale du contrat de travail,
- Elle a subi un préjudice pendant la période prescrite au cours de laquelle la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes ne l'a pas indemnisée de son temps pour les déplacements inter-vacations entre les domiciles des patients.

La Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes fait valoir pour sa part que :

- La salariée demande des dommages et intérêts au titre de l'exécution déloyale du contrat de travail qui sont calculés comme des rappels de salaire pour la période prescrite,
- La demande vise donc à contourner la prescription triennale qui s'applique en matière de salaire,
- Pour obtenir la réparation d'un préjudice résultant d'une exécution déloyale du contrat de travail, il est nécessaire de démontrer la matérialité des faits, mais également la mauvaise foi de l'employeur, la seule preuve d'un manquement n'ouvrant pas automatiquement droit à une indemnisation complémentaire au rappel de salaire,
- La salariée ne rapporte ni la preuve de la matérialité des faits caractérisant, d'après elle, des manquements de l'employeur dans l'exécution du contrat de travail, ni la preuve d'une quelconque mauvaise foi de la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes.

*Sur ce,*

Selon les dispositions de l'article L. 1222-1 du code du travail, le contrat de travail est exécuté de bonne foi. Comme le salarié, l'employeur est tenu d'exécuter le contrat travail de bonne foi. Il doit en respecter les dispositions et fournir au salarié le travail prévu et les moyens nécessaires à son exécution en le payant le salaire convenu.

Il a été retenu précédemment que la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes n'avait pas prévu de plages d'indisponibilité en violation des dispositions conventionnelles applicables, et que le contrat de travail à temps partiel modulé devait ainsi être requalifié en contrat de travail à temps plein à compter du 1<sup>er</sup> février 2018, l'employeur étant tenu de payer à la salariée un rappel de salaire à ce titre.

Il a également été jugé que la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes n'avait pas payé à Mme les temps de trajet inter-vacation sur la période du 1<sup>er</sup> février 2018 au 31 janvier 2021 et qu'elle devait à la salariée un rappel de salaire à ce titre.

L'absence de prévision de plages d'indisponibilité par l'employeur en violation des dispositions conventionnelles applicables à la relation contractuelle, ainsi que l'absence de paiement des temps de

trajet inter-vacation caractérisent une exécution déloyale du contrat de travail ayant causé un préjudice moral à la salariée, dont elle est bien fondée à obtenir la réparation.

La salariée, qui soutient avoir subi un préjudice financier résultant de l'absence de prévision de plages d'indisponibilité correspondant à la différence entre les salaires qu'elle a perçus du 1er avril 2007 au 31 janvier 2018 et la rémunération qu'elle aurait dû percevoir si elle avait été payée sur la base d'un temps plein durant cette période, sollicite de fait le paiement d'un rappel de salaire sur une période prescrite.

Il en est de même pour le préjudice financier résultant de l'absence de paiement des temps de trajet inter-vacation sur la période du 1er avril 2007 au 31 janvier 2018, la salariée calculant ce préjudice en fonction de la rémunération qu'elle aurait dû percevoir si l'employeur avait rémunéré les temps de trajet inter-vacation durant cette période.

Ainsi, il doit être retenu que Mme ne justifie d'aucun préjudice financier sur la période prescrite distinct des salaires non perçus.

Eu égard aux manquements de l'employeur caractérisant une exécution déloyale du contrat de travail et à leur durée, le préjudice moral subi par Mme sera justement réparé par la condamnation de la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes à lui payer la somme de 6 000 euros net de dommages et intérêts à ce titre, et ce par infirmation du jugement entrepris sur le quantum de la condamnation.

**Sur la demande reconventionnelle de remboursement des indemnités kilométriques formulée par la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes :**

*Moyens des parties,*

Mme fait valoir que :

- Toute demande antérieure au 24 mars 2019 est prescrite, conformément aux dispositions de l'article L. 1471-1 du code du travail,
- L'avenant n° 2 à l'accord relatif à l'indemnisation des déplacements du 3 octobre 2006 prévoit que les frais de transport sont rémunérés sur présentation d'un récapitulatif mensuel établi par le salarié,
- La convention collective pose comme condition l'existence d'une suspicion de fraude pour que l'employeur soit autorisé à effectuer des contrôles inopinés,
- Jusqu'à sa saisine du conseil de prud'hommes, l'employeur n'a jamais eu de suspicion à son égard quant à ses déclarations, et elle n'a fait l'objet d'aucun contrôle ; le contrôle effectué est donc une réponse à sa demande judiciaire, tous les salariés ayant saisi la juridiction prud'homale ayant fait l'objet d'un contrôle, qui est de ce fait discriminatoire,
- L'employeur ne démontre pas que les temps qu'elle a déclarés seraient erronés.

La Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes fait valoir pour sa part que :

- Elle a pu reconstituer avec le nouveau logiciel de télégestion des déplacements les distances réellement parcourues par la salariée,
- Elle sollicite la restitution des indemnités kilométriques indûment versées à la salariée durant la période non prescrite, soit entre mars 2019 et janvier 2020.

*Sur ce,*

Aux termes de l'article 1302 du code civil, tout paiement suppose une dette ; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution. La restitution n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.

Aux termes de l'article 1302-1 du code civil, celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû doit le restituer à celui de qui l'a indûment reçu.

Il incombe au demandeur en restitution des sommes qu'il prétend avoir indûment payées de prouver le caractère indu du paiement.

La constatation de l'erreur n'est pas une condition nécessaire à la répétition de l'indu dans le cas où le paiement se trouve dépourvu de cause en raison de l'inexistence de la dette.

Il ne peut être valablement soutenu par la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes que les distances qu'elle a calculées par l'utilisation de son outil de gestion correspondent, comme elle le soutient, aux distances réellement parcourues, alors que ces distances ont été calculées plusieurs années après les faits par un calculateur disponible sur internet, lequel ne prend pas en compte les conditions réelles de circulation.

En outre, la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône Alpes, ne peut, sans se contredire, alléguer dans le cadre de la demande de rappel de salaire de la salariée au titre du temps inter-vacation, que les distances retenues par la salariée incluent les trajets de départ et de fin de journée (trajet entre le domicile et le premier usager et trajet entre le dernier usager et le domicile), puis ne plus viser ces distances dans ses calculs au titre de sa demande reconventionnelle de restitution d'une partie des frais de déplacement, pour affirmer que la salariée a majoré ses indemnités kilométriques.

La Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes ne justifie pas suffisamment du caractère probant de ses calculs et échoue ainsi à démontrer que les frais de déplacement qu'elle a versés à Mme sur la base des déclarations de cette dernière seraient indus et qu'il y aurait lieu à restitution.

En conséquence, la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes doit être déboutée de sa demande de remboursement d'une partie des frais de déplacement payés à la salariée sur la période de mars 2019 à janvier 2020, par confirmation du jugement entrepris de ce chef.

### **Sur l'intervention volontaire du syndicat CGT Aesio Sud Rhône-Alpes :**

*Moyens des parties,*

Le syndicat CGT Aesio Sud Rhône-Alpes, intervenant volontairement à l'instance, fait valoir que :

- Son intervention est recevable, dès lors qu'il a été porté atteinte à l'intérêt collectif de la profession,
- En effet, l'employeur n'a pas respecté les dispositions réglementaires en matière d'indemnisation du temps inter-vacation et en matière d'attribution du jour d'indisponibilité, ce qui porte nécessairement atteinte à l'intérêt collectif de la profession,
- Il est de jurisprudence constante que le syndicat représentant les intérêts collectifs de la profession subit un préjudice lorsque l'employeur ne respecte pas les dispositions conventionnelles,
- Il est fondé à demander la réparation du préjudice qu'il a subi, et demande la réformation du jugement entrepris sur le quantum de la condamnation.

La Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes fait valoir pour sa part que :

- Compte tenu du caractère infondé de l'interprétation qui est faite des dispositions conventionnelles applicables, le syndicat devra être débouté de sa demande de dommages et intérêts.

*Sur ce,*

Il résulte de l'article L 2132-3 du code du travail que les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice et peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent.

Il apparaît que la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes n'a pas respecté plusieurs dispositions conventionnelles issues de l'accord du 30 mars 2006 et qu'elle n'a pas rémunéré les temps de trajet inter-vacation jusqu'au mois de janvier 2020 inclus.

Ces manquements portent directement atteinte à l'intérêt collectif de la profession.

L'intervention du syndicat CGT Aesio Sud Rhône-Alpes doit donc être déclarée recevable.

Eu égard à l'ampleur des manquements commis, l'atteinte à l'intérêt de la profession, dont le syndicat assure la défense, doit être évaluée à la somme de 500 euros net, dont la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes lui doit réparation.

Il convient par conséquent d'infirmer le jugement déféré de ce chef sur le quantum de la condamnation.

#### **Sur les demandes accessoires :**

Le jugement entrepris est confirmé sur les frais irrépétibles et les dépens.

La Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes, partie perdante, est condamnée aux dépens d'appel et à payer à Mme la somme de 2 000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel, cette condamnation emportant nécessairement rejet de sa demande au titre des frais exposés en cause d'appel.

#### **PAR CES MOTIFS,**

LA COUR, statuant publiquement et contradictoirement, après en avoir délibéré conformément à la loi,

**CONFIRME** le jugement entrepris en ce qu'il a, sauf à préciser que la Mutualité française Sud Rhône-Alpes vient aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes :

- Débouté la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes de sa demande reconventionnelle de remboursement des indemnités kilométriques,
- Condamné la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes à verser à Mme la somme de 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- Débouté la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes de sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- Condamné la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes aux dépens de l'instance,

**L'INFIRME** pour le surplus,

*Statuant à nouveau et y ajoutant,*

**REQUALIFIE** le contrat de travail à temps partiel modulé en contrat de travail à temps complet à compter du 1<sup>er</sup> février 2018,

**CONDAMNE** la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes à payer à Mme les sommes suivantes :

- 41 693,37 euros brut à titre de rappel de salaire au titre de la requalification du contrat de travail à temps partiel modulé en contrat de travail à temps plein pour la période du 1<sup>er</sup> février 2018 au 28 février 2023, outre 4 169,33 euros brut à titre d'indemnité compensatrice de congés payés y afférents,
- 1 670,34 euros brut à titre de rappel de salaire, outre 167,03 euros brut à titre d'indemnité compensatrice de congés payés y afférents,
- 6 000 euros net à titre de dommages et intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail,
- 2 000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel.

**CONDAMNE** la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes à payer au syndicat CGT Aesio Sud Rhône-Alpes la somme de 500 euros à titre de dommages et intérêt pour atteinte à l'intérêt collectif de la profession,

**DEBOUTE** la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes de sa demande d'indemnité au titre des frais exposés en cause d'appel.

**CONDAMNE** la Mutualité française Sud Rhône-Alpes venant aux droits de la mutuelle Aesio Santé Sud Rhône-Alpes aux dépens d'appel.

Prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

Signé par Madame Hélène Blondeau-Patissier, Conseillère faisant fonction de Présidente, et par Madame Mériem Caste-Belkadi, Greffière, à qui la minute de la décision a été remise par la magistrate signataire.

La Greffière,

La Conseillère faisant fonction  
de Présidente,