



## **RAPPORT DE Mme LECAPLAIN-MOREL, CONSEILLÈRE**

**Arrêt n° 310 du 13 mars 2024 (B) – Chambre sociale**

**Pourvoi n° 21-20.421**

**Décision attaquée : Cour d'appel de Toulouse du 4 juin 2021**

**La société Les Néréides**

**C/**

**Mme [F] [I]**

---

**Le présent rapport comporte des propositions de rejets non spécialement motivés.**

### **1 - Rappel des faits et de la procédure**

Mme [I] a été engagée en qualité d'auxiliaire de vie sociale par la société Les Néréides, à compter du 3 septembre 2013, par un contrat de travail à durée indéterminée à temps partiel, pour une durée mensuelle de travail de quatre-vingts heures.

La convention collective applicable à la relation de travail est la convention collective nationale des entreprises de services à la personne, du 20 septembre 2012.

La salariée a été victime d'un accident du travail le 19 mai 2015 et placée en arrêt de travail jusqu'au 1er février 2016.

Le 19 février 2016, à l'issue du second examen de la visite de reprise, elle a été déclarée définitivement inapte à occuper son poste d'auxiliaire de vie sociale.

Par lettre recommandée avec demande d'avis de réception du 22 février 2016, l'employeur a informé la salariée de l'absence de possibilité de reclassement et l'a convoquée à un entretien préalable à un éventuel licenciement fixé au 1er mars 2016, puis il lui a notifié son licenciement le 1er mars 2016.

Le 13 juillet 2016, la salariée a saisi la juridiction prud'homale de demandes en requalification de son contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein, en contestation du bien-fondé de son licenciement et en paiement de rappels de rémunération et de sommes au titre de la rupture de son contrat de travail.

Par jugement du 29 mai 2019, le conseil de prud'hommes de Toulouse a :

- dit que l'employeur avait parfaitement respecté son obligation de reclassement et que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse,
- constaté l'absence de préjudice relatif à la régularité formelle du licenciement et en tout état de cause, l'absence de demande concernant cette irrégularité,
  
- dit que la salariée n'avait pas été remplie de ses droits dans le cadre du solde de tout compte,
- condamné l'employeur au paiement de certaines sommes au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, outre les congés payés afférents, du solde de l'indemnité de licenciement et de l'indemnité compensatrice de congés payés restant due,
- dit que le contrat de travail était bien à temps partiel, et débouté la salariée de sa demande en requalification de son contrat de travail à temps plein,
- débouté l'employeur de sa demande reconventionnelle pour comportement déloyal de la salariée,
- débouté les parties du surplus de leurs demandes,
- condamné l'employeur au paiement d'une indemnité de procédure et aux dépens,
- prononcé l'exécution provisoire de droit du jugement.

Par arrêt du 4 juin 2021, la cour d'appel de Toulouse a :

- confirmé le jugement en ce qu'il a :
  - condamné l'employeur à payer à la salariée certaines sommes au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, les congés payés afférents, du solde de l'indemnité de licenciement, de l'indemnité compensatrice de congés payés, en application de l'article 700 du code de procédure civile ;
  - débouté la salariée de ses demandes au titre des primes de nuit, du travail dissimulé et de la délivrance sous astreinte de bulletins de paie,
  - - débouté l'employeur de sa demande de dommages-intérêts pour déloyauté et de sa demande fondée sur l'article 700 du code de procédure civile,
  - condamné l'employeur aux dépens,
  
- infirmé le jugement pour le surplus,  
*Statuant à nouveau sur les dispositions infirmées et y ajoutant :*
  - ordonné la requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein,

- condamné l'employeur au paiement de certaines sommes à titre de rappels de salaires à temps plein, outre les congés payés afférents, de dommages-intérêts sur le fondement de l'article L 1226-15 du code du travail et au titre de l'article 700 du code de procédure civile pour les frais irrépétibles exposés en cause d'appel,
- condamné l'employeur aux dépens d'appel.

La société les Néréides a fait signifier cet arrêt à Mme [I] par acte extrajudiciaire du 29 juin 2021 remis à une personne habilitée à le recevoir.

#### Procédure devant la Cour de cassation :

- 30 juillet 2021 : déclaration de pourvoi
- 30 novembre 2021 : dépôt du mémoire ampliatif- dde art. 700 CPC : 2 500 euros- et signification du MA à l'avocat constitué de Mme [I]
- 28 janvier 2022 : pourvoi incident de Mme [I] et signification du PI à l'avocat constitué de la société les Néréides
- 28 janvier 2022 : dépôt du mémoire en défense- dde art. 700 CPC : 3 500 euros- et notification du MD à l'avocat constitué de la société les Néréides
- 1<sup>er</sup> juillet 2022 : mémoire en réponse au PI de Mme [I] et signification de ce mémoire en réponse à l'avocat constitué de Mme [I] .

Le pourvoi paraît recevable et l'affaire en état d'être jugée.

## **2 - Analyse succincte des moyens**

### **2-1 Pourvoi principal de la société les Néréides**

#### **2-1-1 Moyens faisant l'objet de propositions de rejets non spécialement motivés**

**Par un premier moyen**, articulé en **une branche**, l'employeur fait grief à l'arrêt de confirmer le jugement en ce qu'il l'a débouté de sa demande d'indemnité pour violation, par la salariée, de son obligation de loyauté.

**La branche unique**, tirée d'une violation de l'article L. 1221-1 du code du travail, soutient que, manque à son obligation de loyauté le salarié qui se fait embaucher directement par un client de son employeur, fût-ce pendant une période limitée dans le temps; qu'en l'espèce, pour rejeter la demande reconventionnelle de l'exposante, la cour d'appel s'est contentée de juger que le contrat de travail de la salariée ne comportait pas de clause d'exclusivité, que, « *même après avoir fait appel à Mme [I] par le biais de CESU, Mme [Y] a continué à utiliser les services de la SARL Les Néréides* » et que cette dernière n'établissait pas que la salariée aurait commis un acte de concurrence déloyale à son détriment ; qu'en statuant ainsi par des motifs inopérants, quand elle constatait que la salariée avait sollicité un client de son employeur pour qu'il l'embauche directement du 30 juin 2014 au 20 mai 2015, soit près d'un an, et avait ainsi effectué à son profit personnel des prestations offertes par l'exposante, ce qui constituait une manifeste violation de son obligation de loyauté envers l'employeur, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

## **Motifs de la proposition de rejet non spécialement motivé**

L'article L. 1222-1 du code du travail dispose : « *Le contrat de travail est exécuté de bonne foi.* »

Cette obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail pèse tant sur l'employeur que sur le salarié.

En application de ce texte, le salarié est, notamment, tenu envers son employeur d'une obligation générale de loyauté en vertu de laquelle il doit s'abstenir de tout acte contraire à l'intérêt de l'entreprise et, en particulier, de tout acte de concurrence. L'obligation générale de non-concurrence ne doit pas être confondue avec celle résultant d'une clause de non-concurrence, laquelle n'a d'effet qu'à la rupture du contrat de travail.

**Le salarié peut exercer une activité professionnelle hors de la société employeur si son contrat de travail ne comporte pas de clause d'exclusivité :**

- Soc., 21 septembre 2006, pourvoi n° 05-41.477, Bull. 2006, V, n° 286 - RJS 11/06 n° 1148 : sommaire : « *Dès lors qu'aucune clause du contrat n'interdit au salarié d'exercer une quelconque activité professionnelle en dehors de la société qui l'emploie, les intérêts qu'il peut avoir dans des sociétés en relation d'affaires avec son employeur ne peuvent constituer un motif de licenciement.* ».

« *Attendu que la société Logidis fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à payer diverses sommes à M. [Z] pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors, selon le moyen :*  
[...]

*Mais attendu que la cour d'appel, qui a relevé qu'aucune clause du contrat de travail du salarié ne lui interdisait d'exercer une quelconque activité professionnelle en dehors de la société employeur et qui a constaté que les autres faits invoqués dans la lettre de licenciement n'étaient pas établis, a légalement justifié sa décision ; »*

Le salarié doit cependant respecter son obligation de non-concurrence ou de fidélité à l'égard de son employeur. Il ne peut pas :

- créer une entreprise concurrente : Soc., 30 novembre 2017, pourvoi n° 16-14.541 - RJS 2/18 n° 94 : « *Mais attendu que la cour d'appel, appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, a retenu que le salarié ayant, alors qu'il était au service de son employeur et sans l'en informer, créé une société dont l'activité était directement concurrente de la sienne, avait manqué à son obligation de loyauté, peu important que des actes de concurrence déloyale ou de détournement de clientèle soient ou non établis, ce dont elle a pu déduire que ces faits étaient constitutifs d'une faute grave ; que le moyen n'est pas fondé ; »* cf également les arrêts suivants relatifs à des licenciement pour faute grave en raison de la création, par le salarié d'une activité concurrente : Soc., 9 juillet 2014, n 13-12.423 Soc., 2 juin 2017, pourvoi n° 15-29.234 ; Soc., 11 avril 2018, pourvoi n° 16-24.749 ;

- détourner la clientèle de son employeur : Soc., 21 octobre 2003, pourvoi n° 01-43.943, Bulletin civil 2003, V, n° 258 - RJS 12/03 n°1384 : sommaire : « *Justifie légalement sa décision retenant qu'un salarié avait commis une faute grave la cour d'appel qui relève que celui-ci, employé en qualité de mécanicien, avait, durant un arrêt de travail pour maladie, entrepris la réparation d'un véhicule pour son compte en faisant appel à un autre salarié de la société*

qui l'employait, de telles constatations faisant nécessairement ressortir que le salarié avait manqué à son obligation de loyauté envers son employeur. » ;

- Soc., 3 décembre 2014, pourvoi n° 13-19.478 : « le fait de détourner la clientèle au profit d'une société concurrente avec laquelle l'employeur était en litige constitue un manquement à l'obligation de loyauté rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise » ;

- suivre une formation dans une société concurrente : Soc., 10 mai 2001, pourvoi n° 99-40.584, Bull. 2001, V, n° 159 - RJS 7/01 n° 833 : sommaire : « Le fait pour un salarié d'effectuer une formation au sein d'une société concurrente de son employeur constitue un manquement à l'obligation de loyauté auquel le salarié est tenu envers son employeur, même pendant les périodes de suspension de son contrat de travail et caractérise une faute. » stage effectué dans le cadre d'un congé de formation de brève durée pendant lequel la salariée s'était bornée à étudier des zones de chalandises.

- Soc., 12 octobre 2004, pourvoi n° 03-43.465, Bull., 2004, V, n° 246 - RJS 12/04 n° 1262: « Manque à son obligation de loyauté et commet une faute grave le salarié qui, alors qu'il est en cours de formation, sollicite un stage auprès d'une société concurrente de son employeur. »

Pour des exemples où le manquement à l'obligation de loyauté n'a pas été retenu :

- Soc., 28 juin 2023, pourvoi n° 22-15.798 : s'agissant d'un salarié licencié en raison d'un comportement déloyal reposant sur la direction d'une société dénommée AOMDP, intervenant dans le secteur des énergies photovoltaïques, sur la dissimulation de sa qualité de président de cette société, cliente et débitrice de son employeur et sur l'achat de marchandises auprès de la société Ingeteam, par le biais d'AOMDP, à des conditions tarifaires et de règlement préférentielles. La cour d'appel a retenu qu'il n'était pas établi que la société AOMDP avait des activités concurrentielles à celle de la société employeur ni qu'elle disposait de conditions d'achat et de règlement avantageuses.

« 8. De ses constatations et énonciations, dont il ressortait que la dissimulation par le salarié de sa qualité de dirigeant d'une société cliente, n'avait eu aucune incidence sur l'exercice de ses fonctions, elle a pu déduire que ce seul grief ne pouvait être qualifié de manquement contraire à la loyauté. »

- et cf également : Soc., 1 février 2023, pourvoi n° 21-20.526 ; Soc., 3 mars 2021, pourvoi n° 18-20.649

- Soc., 23 septembre 2020, pourvoi n° 19-15.313 P+B : « Une cour d'appel, qui a relevé qu'un salarié avait constitué une société concurrente de celle de son employeur, immatriculée pendant le cours du préavis, mais dont l'exploitation n'avait débuté que postérieurement à la rupture de celui-ci, alors que le salarié n'était plus tenu d'aucune obligation envers son ancien employeur, en a exactement déduit qu'aucun manquement à l'obligation de loyauté n'était caractérisé. »

Tout manquement volontaire du salarié à ses obligations peut donner lieu à une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement.

Ainsi, en est-il du manquement, par le salarié, à son obligation de loyauté, lequel peut donner lieu à un licenciement pour faute grave (Soc. 13 février 2013, pourvoi n° 11-27.902 tentative de commercialisation d'un produit concurrent des activités de son employeur par un cadre de haut niveau ; Soc. 9 juillet 2014, pourvoi n° 13-12.423 création d'une entreprise directement concurrente de celle de l'employeur ; Soc. 6 octobre 2015, n° 14-16.627 vente, sur une brocante, d'un stock de lunettes provenant de retours d'opticiens, sans autorisation de l'employeur ; Soc. 28 janvier 2015, pourvoi n° 13-18.354 exercice, par la salariée, pendant son arrêt de maladie, d'une activité professionnelle pour le compte d'une société concurrente ; Soc., 25 septembre 2019, pourvoi n° 18-13.913 : salarié ayant exercé une activité concurrente de celle de son employeur et utilisé, pendant son temps de

travail, les outils mis à sa disposition pour démarcher et commercialiser pour son compte ses propres logiciels, notamment auprès de clients de son employeur avec lesquels il était en relation du fait de ses fonctions de formateur ; Soc., 8 décembre 2021, pourvoi n° 20-15.62), voire pour faute lourde (Soc.17 juin 2009, pourvoi n° 07-44.242 ; Soc. 15 décembre 2011, pourvoi n° 10-21.926 ; Soc., 10 février 2021, pourvoi n° 19-14.315 ; Soc., 30 juin 2021, pourvoi n° 19-19.061, 19-25.182 ; ).

L'absence de préjudice subi par l'employeur ne permet pas d'écarter la faute (Soc., 21 septembre 2010, pourvoi n° 09-41.440) et les juges n'ont pas à caractériser l'existence d'un préjudice particulier (Soc., 5 juillet 2017, pourvoi n° 16-15.623, Bull., V, n° 114).

En principe, le salarié ne peut voir sa responsabilité civile engagée à l'égard de son employeur que s'il a commis une faute lourde laquelle requiert la caractérisation d'une intention de nuire ( jurisprudence constante, notamment: Soc., 11 avril 1996, pourvoi n° 92-43.582, 92-42.847, Bulletin 1996 V n° 152 - RJS 6/96 n° 674 : sommaire : « *Un salarié ne peut être tenu pour responsable, à l'égard de l'employeur, des conséquences pécuniaires de fautes commises dans l'exécution du contrat de travail qu'en cas de faute lourde.* »

cf également : Soc., 21 octobre 2008, pourvoi n° 07-40.809, Bull. 2008, V, n° 197 : en l'absence de faute lourde, compensation interdite entre le salaire et une perte de recettes résultant du mauvais travail du salarié ; Soc., 13 février 2013, pourvoi n° 11-23.920, Bull. 2013, V, n° 37 ; Soc., 9 mars 2022, pourvoi n° 21-10.173 ;

et ce, peu important l'existence d'une clause de responsabilité financière dans le contrat de travail, la convention collective ou le règlement intérieur.

Si le salarié n'a pas été licencié pour faute lourde, il ne peut être condamné à verser des dommages-intérêts à l'employeur que si le juge constate qu'il a commis une telle faute, distincte des faits visés par la lettre de licenciement :

- Soc., 25 janvier 2017, pourvoi n° 14-26.071, Bull. 2017, V, n° 15 : RJS 4/17 n° 245: sommaire : « *A l'égard de son employeur, la responsabilité pécuniaire d'un salarié ne peut résulter que de sa faute lourde.*

*Viole ce principe la cour d'appel qui, décidant que le licenciement du salarié résulte d'une faute grave, condamne le salarié à payer à son employeur des dommages-intérêts, sans retenir l'existence de faits, distincts de ceux visés par la lettre de licenciement, caractérisant une faute lourde.* »

Dans un contrat de travail à temps partiel, la clause d'exclusivité n'est valable que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché (Soc. 25 février 2004, pourvoi n° 01-43.392? Bulletin civil 2004, V, n° 64 6 RJS 5/04 n° 624 ; Soc.,24 mars 2021, pourvoi n° 19-16.418 publié - RJS 6/21 n° 310). De même pour la clause interdisant l'exercice d'une autre activité professionnelle dans le même secteur d'activité (Soc. 20 octobre 2011, pourvoi n° 10-30.258 ) ou celle soumettant l'exercice d'une autre activité professionnelle à l'autorisation préalable de l'employeur (Soc. 16 septembre 2009, pourvoi n° 07-45.346, Bull. 2009, V, n° 184 6 RJS 12/09 n° 987). La nullité de la clause n'entraîne pas la requalification du contrat en contrat à temps complet, mais permet l'octroi de dommages-intérêts réparant le préjudice subi par le salarié (Soc. 25 février 2004, pourvoi n° 01-43.392? Bulletin civil 2004, V, n° 64 et Soc., 24 mars 2021, pourvoi n° 19-16.418 publié).

La CCN des entreprises de services à la personne du 20 septembre 2012 prévoit :

« *article 2.3. Cas particulier du contrat de travail à temps partiel*

*Le contrat de travail du salarié à temps partiel est un contrat écrit.*

*Le contrat de travail à temps partiel rappelle que le salarié à temps partiel n'est pas tenu par une obligation d'exclusivité. »*

« *Section 3 « Clauses particulières du contrat de travail »*

*1. Principe général de loyauté*

*Compte tenu de la nature particulière du secteur des services à la personne et des métiers exercés et de la détermination des parties signataires de la présente convention collective à lutter contre le travail illégal et le travail dissimulé sous toutes ses formes, le contrat de travail peut prévoir une clause par laquelle le salarié s'interdit tout acte contraire aux intérêts de son employeur, pendant toute la durée de son contrat de travail.*

*Seront considérés comme des manquements à ce principe, notamment, le fait de créer une entreprise concurrente, ainsi que celui d'entrer au service des clients actifs de son employeur pour son propre compte ou pour le compte d'un tiers, étant précisé qu'un client est qualifié d'actif lorsqu'il est en contrat avec l'employeur.*

*Indépendamment de la formalisation par une clause spécifique du contrat, le salarié est en tout état de cause soumis à un principe de loyauté. Toutefois, ce principe de loyauté n'a pas pour effet d'empêcher le salarié embauché à temps partiel de cumuler plusieurs emplois. Le contrat de travail à temps partiel rappelle que le salarié à temps partiel n'est pas tenu à une obligation d'exclusivité. »*

**Au cas d'espèce**, à l'appui de sa demande en paiement de la somme de 3 959,70 euros à titre de dommages-intérêts pour manquement de la salariée à son obligation de loyauté (cette somme correspondant au produit des 201 heures de travail effectuées par la salariée pour le compte de Mme [Y] en emploi CESU par le taux horaire -19,70 euros- facturé par l'entreprise), la société Les Néréides faisait valoir qu'elle avait engagé Mme [I] le 3 septembre 2013, que, dans le cadre de cet emploi, la salariée avait commencé à intervenir auprès de Mme [Y] le 3 juin 2014, et que, pendant l'exécution de son contrat de travail, elle avait « démarché » les époux [Y] « *aux fins d'être engagée directement par eux et par CESU, à compter du 30 juin 2014* », « *pour avoir une meilleure rémunération* » en vue de son départ à la retraite dans les prochains mois, ce dont attestait Mme [X] , que, comme en attestaient les bulletins de paie CESU produits, elle avait travaillé en emploi CESU direct pour le compte de Mme [Y] , peu important que les heures effectuées aient été des heures de jour ou de nuit (cf conclusions de l'employeur, pages 13 et 14 - production MA n° 02) .

Mme [I] contestait tout manquement à l'obligation de loyauté, notamment d'avoir démarché Mme [Y] pour se faire employer par elle, et elle expliquait qu'au début de la relation de travail avec la société Les Néréides, elle avait été chargée d'intervenir chez Mme [W] ; qu'à partir du mois de juin 2014, en plus de la personne intervenant chez elle le jour, Mme [Y] avait eu besoin d'une autre personne pour les nuits ; que la société Les Néréides lui avait donc proposé de travailler auprès de cette cliente trois nuits par semaine puis, quatre nuits par semaine, les lundis, mercredis, jeudis et vendredis, entre 20h30 et 8h30 jusqu'à l'arrivée de l'auxiliaire de vie de jour, ces prestations ayant été effectuées de juillet 2014 à mars 2015 ; que la société Les Néréides ne lui avait réglé qu'une partie des heures de travail « sur les 10 heures » (sic) qu'elle effectuait pendant ces quatre jours par semaine auprès de Mme [Y] ; que, trouvant le coût de la prestation de services facturé par la société Les Néréides trop élevé, c'est Mme [Y] qui lui avait demandé d'effectuer les nuits et de la régler

directement « sur les périodes complémentaires qui n'étaient pas réglées par la société Les Néréides » ; que l'employeur était parfaitement informé de cette situation ; que, sur les 160 heures de travail mensuel qu'elle effectuait auprès de Mme [Y] , il résulte des bulletins de paie CESU que cette dernière l'employait directement pour 35 heures par mois en moyenne, ce dont il se déduit qu'elle effectuait 120 heures de travail par mois auprès de cette cliente en tant que salariée de la société Les Néréides ; pour autant, ces heures n'apparaissent pas sur ses bulletins de salaire, pas plus qu'elle n'a été payée des primes de nuit auxquelles elle pouvait prétendre.

### **Motifs de la proposition de rejet non spécialement motivé**

#### **Le moyen n'est pas fondé.**

Il manque en fait en ce qu'il affirme que la cour d'appel a constaté que Mme [I] avait sollicité Mme [Y], cliente de la société Les Néréides, pour qu'elle l'engage directement du 30 juin 2014 au 20 mai 2015.

En effet, si cette sollicitation était invoquée par la société Les Néréides en considération d'un témoignage établi par la nièce de Mme [Y] , la cour d'appel n'a pas constaté une telle sollicitation, au contraire, elle a relevé que « Mme [Y] avait fait appel à Mme [I] par le biais de CESU ».

Elle n'a pas retenu de détournement de clientèle imputable à Mme [I] .

L'arrêt constate que le contrat de travail de la salariée ne contenait aucune clause d'exclusivité interdisant à cette dernière de travailler pour un autre employeur et il relève que, même après avoir fait appel à Mme [I] pour l'employer en direct dans le cadre du CESU, Mme [Y] avait continué à recourir aux services de la société Les Néréides.

Ayant ainsi caractérisé l'absence de détournement de clientèle de la part de la salariée au préjudice de l'employeur, la cour d'appel a pu déduire de ses constatations que le fait, pour Mme [I] , d'avoir été engagée directement par Mme [Y] n'était pas constitutif, de sa part, d'un acte de concurrence déloyale et que le manquement à l'obligation de loyauté n'était pas établi.

**Par un troisième moyen**, articulé en **une branche**, l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à verser à la salariée une certaine somme à titre de dommages-intérêts sur le fondement de l'article L. 1226-15 du code du travail.

**La branche unique**, tirée d'une **violation de l'article 954, alinéa 3, du code de procédure civile**, fait valoir que la cour d'appel n'est saisie que des prétentions qui sont expressément formulées dans le dispositif des conclusions des parties ; qu'en l'espèce, si la salariée évoquait l'article L. 1226-15 du code du travail dans ses écritures (V. p. 12), elle ne formulait, dans le dispositif de ses conclusions, aucune demande indemnitaire fondée sur ce texte, se contentant de solliciter la condamnation de l'exposante à lui verser « *14.356,05 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, en réparation des préjudices subis, 2.771,20 euros au titre des primes de nuit non-réglées, 5.742,42 euros au titre de l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé, 18.300,34 euros à titre de rappel de salaire outre la somme de 1.830,03 euros au titre des congés*

payés y afférents » (V. p. 29); qu'en lui allouant pourtant 11.500 euros de dommages-intérêts sur le fondement de l'article L. 1226-15 du code du travail, prétention dont elle n'était pas saisie, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

### **Motifs de la proposition de rejet non spécialement motivé**

L'article 954 du code de procédure civile dans sa rédaction issue du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, applicable au litige s'agissant d'un appel formé à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2017, en l'occurrence, le 27 juin 2019, énonce :

*« Les conclusions d'appel contiennent, en en-tête, les indications prévues à l'article 961. Elles doivent formuler expressément les prétentions des parties et les moyens de fait et de droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée avec indication pour chaque prétention des pièces invoquées et de leur numérotation. Un bordereau récapitulatif des pièces est annexé.*

*Les conclusions comprennent distinctement un exposé des faits et de la procédure, l'énoncé des chefs de jugement critiqués, une discussion des prétentions et des moyens ainsi qu'un dispositif récapitulant les prétentions. Si, dans la discussion, des moyens nouveaux par rapport aux précédentes écritures sont invoqués au soutien des prétentions, ils sont présentés de manière formellement distincte.*

*La cour ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif et n'examine les moyens au soutien de ces prétentions que s'ils sont invoqués dans la discussion.*

*Les parties doivent reprendre, dans leurs dernières écritures, les prétentions et moyens précédemment présentés ou invoqués dans leurs conclusions antérieures. A défaut, elles sont réputées les avoir abandonnés et la cour ne statue que sur les dernières conclusions déposées.*

*La partie qui conclut à l'infirmité du jugement doit expressément énoncer les moyens qu'elle invoque sans pouvoir procéder par voie de référence à ses conclusions de première instance.*

*La partie qui ne conclut pas ou qui, sans énoncer de nouveaux moyens, demande la confirmation du jugement est réputée s'en approprier les motifs. »*

Dans la rédaction de l'article 954 du code de procédure civile, antérieure au décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, la règle désormais énoncée à l'alinéa 3 selon laquelle « La cour ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif » était énoncée à l'alinéa 2.

Au visa de l'article 954, alinéa 2, devenu 954, alinéa 3, du code de procédure civile, la Cour de cassation juge de façon constante que la cour d'appel ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif et elle sanctionne les arrêts statuant sur des prétentions non énoncées au dispositif, peu important qu'elles figurent dans les motifs des conclusions, la partie discussion des conclusions : 2e Civ., 13 novembre 2014, pourvoi n° 13-24.898 ; 1re Civ., 22 octobre 2014, pourvoi n° 13-24.970, 13-24.975, 13-24.911; 2e Civ., 21 mars 2019, pourvoi n° 17-28.516 ; 2e Civ., 30 janvier 2020, pourvoi n° 18-12.747; 1re Civ., 23 juin 2021, pourvoi n° 19-23.614.

La Cour de cassation considère que la mention, dans les conclusions, de l'objet de l'appel, qui tend à l'infirmité ou à l'annulation du jugement, doit être regardée comme une prétention, pour en déduire, ensuite, que, conformément au deuxième alinéa [devenu le troisième alinéa] de l'article 954 précité, cette mention doit figurer dans le dispositif des conclusions, à défaut de quoi le jugement ne peut qu'être confirmé : 2e Civ., 17 septembre 2020, pourvoi n° 18-23.626, FS-P+B+I ; 2e Civ., 20 mai

2021, pourvoi n° 19-22.316 F - P ; 2e Civ., 4 novembre 2021, pourvoi n° 20-15.757 et autres, publié au bulletin ; Soc., 9 novembre 2022, pourvoi n° 21-10.420.

**Au cas d'espèce**, aux termes de ses conclusions (production MA n° 03), Mme [I] :

- rappelait en pages 7 à 9 les règles posées par les articles L. 1226-10 et L. 1226-12 du code du travail et les obligations en découlant pour l'employeur en termes d'obligations de recherche de reclassement du salarié déclaré inapte suite à une maladie ou à un accident d'origine professionnelle et d'incidence sur la possibilité de rompre valablement le contrat de travail ;

- en pages 9 et 10, elle rappelait qu'elle avait été déclarée inapte, le 19 février 2016, à l'issue du second examen de visite de reprise, et elle reproduisait la lettre du 22 février 2016 par laquelle la société Les Néréides lui rappelait cet avis d'inaptitude, lui indiquait avoir procédé en vain à une recherche de reclassement et lui indiquait être contraint d'envisager son licenciement en la convoquant à un entretien préalable fixé au 1<sup>er</sup> mars suivant ;

- en pages 10 et 11, elle invoquait un manquement de l'employeur à son obligation de reclassement arguant, de l'absence de recherches possibles et effectives compte tenu du délai extrêmement bref ayant séparé l'avis d'inaptitude, intervenu le vendredi 19 février 2016, et l'envoi de la lettre l'informant de vaines recherches de reclassement et la convoquant à un entretien préalable, expédiée dès le lundi 22 février 2016, de l'absence de notification, avant l'engagement de la procédure de licenciement, des motifs empêchant son reclassement, de l'absence d'interrogation du médecin du travail, de l'absence de consultation des délégués du personnel, de l'absence de proposition de reclassement ; elle se prévalait également du fait que la lettre de licenciement n'énonçait ni que le licenciement était prononcé du fait de son inaptitude constatée par le médecin du travail, ni que l'employeur était dans l'impossibilité de la reclasser ;

- en page 12, elle énonçait : « *En tout état de cause, conformément aux dispositions de l'article L. 1226-15 du code du travail, lorsqu'un licenciement est prononcé en méconnaissance des dispositions relatives au reclassement du salarié déclaré inapte prévues aux articles L. 1226-10 à L. 1226-12, le tribunal saisi peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis ; en cas de refus par l'une ou l'autre des parties, le tribunal octroie au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure à 12 mois de salaire.* » ;

- en pages 12 et 13, elle ajoutait que la loi venait ici sanctionner l'employeur, notamment, lorsqu'il n'a pas respecté ses obligations relatives à la proposition d'une offre de reclassement, à la consultation des délégués du personnel, à la prise en compte des conclusions du médecin du travail et à son obligation de notifier, par écrit, les motifs s'opposant au reclassement ; elle soutenait que, la concernant, l'employeur n'avait respecté aucune de ces obligations et que la précipitation avec laquelle la procédure de licenciement avait été engagée établissait à elle-seule l'absence de recherche de reclassement, de sorte que, pour toutes ces raisons, son licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse ;

- en page 14, elle réclamait expressément le paiement d'une « indemnité spéciale de licenciement », en application de l'article L. 1226-14 du code du travail.

Le dispositif des conclusions de Mme [I] , pages 28 et 29 :

- débutait par le visa, notamment, des articles L. 1226-10 et L. 1226-12, L. 1226-15 et L. 1226-14 du code du travail ;
- demandait à la cour d'appel de réformer le jugement, notamment, en ce qu'il avait dit et jugé que la société Les Néréides avait parfaitement respecté son obligation de reclassement, dit et jugé que le licenciement reposait bien sur une cause réelle et sérieuse, débouté Mme [I] , de sa demande en paiement de la somme de 14 356,05 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, en réparation du préjudice subi ;
- demandait à la cour d'appel, statuant à nouveau, notamment, de constater que la société Les Néréides avait manqué à ses obligations, notamment, s'agissant de l'absence totale de proposition de reclassement et de « *la violation de lui notifier par écrit les motifs s'opposant à son reclassement* » et, en conséquence, de la condamner à lui payer, notamment, la somme de 14 356,05 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, en réparation des préjudices subis.

### **Le moyen n'est pas fondé.**

Le dispositif des conclusions de Mme [I] énonçant qu'il était demandé à la cour d'appel de réformer le jugement, notamment, en ce qu'il avait dit et jugé que la société Les Néréides avait parfaitement respecté son obligation de reclassement, dit et jugé que le licenciement reposait bien sur une cause réelle et sérieuse, et débouté Mme [I] , de sa demande en paiement de la somme de 14 356,05 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et la demande en paiement de la somme de 14 356,05 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse étant, aux termes du dispositif des conclusions d'appel de la salariée, formée au visa de l'article L. 1226-15 du code du travail, la cour d'appel était bien saisie d'une demande indemnitaire fondée sur ce texte, ces énonciations du dispositif étant parfaitement concordantes avec celles de la partie discussion des conclusions, aux termes desquelles la salariée fondait expressément son action relative au licenciement, notamment, sur la méconnaissance des dispositions des articles L. 1226-10 et L. 1226-12 du code du travail et ses prétentions pécuniaires sur les dispositions des articles L. 1226-14 et L. 1226-15 du même code.

### **2-1-2 L'autre moyen**

**Par un deuxième moyen**, articulé en **deux branches**, l'employeur fait grief à l'arrêt d'ordonner la requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein et de le condamner à verser à la salariée une certaine somme à titre de rappel de salaire à temps plein, outre les congés payés afférents.

**La première branche**, tirée d'une violation de l'article L. 3123-6 du code du travail, fait valoir que les associations et entreprises d'aide à domicile peuvent, même lorsqu'elles ne relèvent pas d'un accord collectif autorisant la répartition des horaires de travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année, ne pas mentionner la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois, dès lors que le contrat mentionne la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail garantie ; qu'en l'espèce, pour requalifier le contrat à temps partiel de la salariée en contrat

à temps plein, la cour d'appel a jugé que l'employeur ne renversait pas la présomption de travail à temps plein qu'instaurait la convention collective nationale des entreprises d'aide à domicile en l'absence de mention des plages d'intervention et des plages d'indisponibilité du salarié ; qu'en statuant ainsi, quand la loi autorisait la seule mention sur le contrat des heures garanties, sans qu'une présomption de contrat à durée déterminée ne résulte ni de la loi ni de la convention collective, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

**La seconde branche**, également tirée d'une **violation de l'article L. 3123-6 du code du travail**, soutient que, si le contrat écrit de travail à temps partiel doit en principe mentionner les modalités selon lesquelles les horaires de travail pour chaque journée travaillée sont communiqués par écrit au salarié, dans les associations et entreprises d'aide à domicile, les horaires de travail sont communiqués par écrit chaque mois au salarié, ce dont il résulte que l'absence d'une telle communication fait présumer que l'emploi est à temps complet et qu'il incombe alors à l'employeur de rapporter la preuve, d'une part, de la durée hebdomadaire ou mensuelle convenue, d'autre part, que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur ; qu'en l'espèce, pour considérer que l'exposante n'avait pas renversé une présomption de travail à temps plein, la cour d'appel a jugé que les plannings et les bulletins de salaire faisaient apparaître des variations d'horaires supérieures ou inférieures au 80h prévues contractuellement, sans que les durées mentionnées sur les plannings ne correspondent à celle mentionnées sur les bulletins de salaire ; qu'en statuant ainsi par des motifs inopérants, quand elle avait constaté que Mme [I] avait « travaillé aussi par le biais de CESU », ce dont il résultait qu'elle n'était pas resté à plein temps à la disposition de la société Les Néréides, et que cette dernière avait établi les horaires effectivement travaillés, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

## **2-2 Pourvoi incident de Mme [I]**

**Par un moyen unique**, articulé en **une branche**, la salariée reproche à l'arrêt de la débouter de ses demandes au titre des primes de nuit, du travail dissimulé et de la délivrance sous astreinte de bulletins de paie.

**La branche unique** fait valoir que, selon l'article L. 3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; qu'au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ; que pour débouter Mme [I] de sa demande tendant au paiement des heures de travail effectuées au domicile de Mme [Y] pour le compte de la société Les Néréides et de sa demande au titre du travail dissimulé, la cour d'appel a retenu que les explications de la salariée seraient confuses et que les pièces produites par celle-ci ne seraient pas suffisamment précises, estimant dès lors qu'elle « ne fournit pas d'éléments suffisants » (arrêt attaqué, p. 5 in fine et p. 6, alinéas 1 à 3) ; que la cour d'appel, qui a ainsi fait peser la charge de la preuve sur la seule salariée, a violé le texte susvisé.

## **3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger**

- l'absence de mention de plages d'intervention et des plages d'indisponibilité dans le contrat de travail à temps partiel d'une salariée intervenant à domicile, relevant de la convention collective nationale des entreprises de services à la personne du 20 septembre 2012, emporte-t-elle présomption de temps plein ?

- la preuve des heures travaillées non rémunérées

## 4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

### 4-1 Pourvoi principal de l'employeur, deuxième moyen : la requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat à temps complet

L'article L. 3123-14 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 dispose :

« Le contrat de travail du salarié à temps partiel est un contrat écrit.

Il mentionne :

1° La qualification du salarié, les éléments de la rémunération, la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue et, sauf pour les salariés des associations et entreprises d'aide à domicile et les salariés relevant d'un accord collectif de travail conclu en application de l'article L. 3122-2, la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois ;

2° Les cas dans lesquels une modification éventuelle de cette répartition peut intervenir ainsi que la nature de cette modification ;

3° Les modalités selon lesquelles les horaires de travail pour chaque journée travaillée sont communiqués par écrit au salarié. Dans les associations et entreprises d'aide à domicile, les horaires de travail sont communiqués par écrit chaque mois au salarié ;

4° Les limites dans lesquelles peuvent être accomplies des heures complémentaires au-delà de la durée de travail fixée par le contrat. [...]»

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 2016, ces dispositions figurent à l'article L. 3123-6 du code du travail.

Il résulte de ce texte que, si le contrat de travail à temps partiel des salariés des associations et entreprises d'aide à domicile peut ne pas mentionner la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois (Soc., 12 novembre 2020, pourvoi n° 19-12.446 ; Soc., 14 décembre 2022, pourvoi n° 21-15.807), il doit néanmoins mentionner la durée hebdomadaire ou, le cas échéant, mensuelle de travail.

L'indication d'une fourchette de durée de travail ne satisfait pas à cette exigence :

- Soc., 16 novembre 1999, pourvoi n° 98-42.612, Bulletin civil 1999, V, n° 443 - RJS 1/00 n° 112 : sommaire : « En application de l'article L. 212-4-3 du Code du travail, le contrat de travail à temps partiel doit mentionner la durée du travail. L'exception aux règles régissant le contrat de travail à temps partiel des salariés des associations d'aide à domicile ne réside que dans la dispense de la mention de la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois ou des heures de travail à l'intérieur des périodes travaillées sur l'année. »

- Soc., 16 septembre 2015, pourvoi n° 14-10.291, Bull. 2015, V, n° 160 - RJS 12/15 n° 756 : « Vu l'article L. 3123-14 du code du travail ;  
Attendu qu'il résulte de ce texte que si le contrat de travail à temps partiel des salariés des associations et entreprises d'aide à domicile peut ne pas mentionner la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois, il doit néanmoins mentionner la durée hebdomadaire ou, le cas échéant, mensuelle de travail ;

Attendu que pour débouter la salariée de sa demande en requalification de son contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein, l'arrêt, après avoir constaté que le contrat de travail stipulait une durée hebdomadaire de travail pouvant varier entre 10 et 30 heures, retient que pour les entreprises d'aide à domicile, il suffit que soit mentionnée au contrat la durée hebdomadaire ou

*mensuelle garantie au salarié, et que tel est le cas en l'espèce, la durée hebdomadaire garantie à l'intéressée ayant été fixée à 10 heures dans le contrat ;  
Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que le contrat de travail ne mentionnait pas la durée exacte de travail convenue, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; »*

Le commentaire de cet arrêt à la RJS est le suivant : « *Dans plusieurs décisions, dont certaines publiées, la Cour de cassation a énoncé que le contrat de travail à temps partiel d'un salarié d'une association d'aide à domicile doit mentionner la durée hebdomadaire ou, le cas échéant, mensuelle de travail garantie à l'intéressé (Cass. soc. 2 février 1999 n° 96-44.596 : RJS 3/99 n° 443 ; Cass. soc. 4 février 2009 n° 07-44.107 ; Cass. soc. 24 juin 2009 n° 07-44.606). Dans d'autres, également publiées, elle n'a pas repris cette notion de durée du travail hebdomadaire ou mensuelle garantie. Elle s'est bornée à dire que, dans tous les cas, le contrat de travail à temps partiel doit mentionner la durée du travail (Cass. soc. 16 novembre 1999 n° 98-42.612 : RJS 1/00 n° 112), jetant ainsi le trouble sur la nature des mentions relatives à la durée du travail devant être portées sur ce type de contrat.*

*Dans la présente espèce, après avoir constaté que le contrat de travail à temps partiel de la salariée stipulait une durée hebdomadaire de travail pouvant varier entre 10 et 30 heures, la cour d'appel avait rejeté la demande de l'intéressée en requalification de celui-ci en contrat à temps plein au motif qu'il mentionnait une durée minimale hebdomadaire garantie de 10 heures.*

*La chambre sociale de la Cour de cassation censure cette décision, retenant une stricte interprétation de l'article L 3123-14 du Code du travail. En effet, si le texte même de cet article prévoit une dérogation aux mentions devant figurer dans les contrats de travail à temps partiel des salariés des associations et entreprises d'aide à domicile pour ce qui est de la répartition des heures du travail dans les jours de la semaine ou les semaines du mois, il impose que la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail convenue soit stipulée au contrat de travail, la Cour de cassation condamnant, à ce titre, toute approximation.*

*L'idée sous-tendant cette jurisprudence, et valable pour tout contrat à temps partiel, est la prévisibilité de son volume de travail par le salarié, pour lui permettre, le cas échéant, de pouvoir exercer une autre activité. Or, admettre, comme l'avait fait la cour d'appel, qu'un contrat de travail à temps partiel puisse mentionner une durée du travail hebdomadaire variant entre 10 et 30 heures, revient, de fait, à le priver de cette prévisibilité minimale voulue par le législateur. »*

Par ailleurs, le contrat de travail doit mentionner les modalités selon lesquelles les horaires de travail pour chaque journée travaillée sont communiqués par écrit au salarié.

Notre chambre juge qu'en l'absence de stipulations, au contrat de travail à temps partiel, relatives au jour du mois auquel sont communiqués par écrit les horaires de travail des salariés des entreprises et associations d'aide à domicile, ceux-ci doivent l'être avant le début de chaque mois :

- Soc., 20 février 2013, pourvoi n° 11-24.012, Bull. 2013, V, n° 46 - RJS 5/13 n° 412: sommaire : « *Il résulte des dispositions de l'article L. 3123-14 3° du code du travail qu'en l'absence de stipulations au contrat de travail relatives au jour du mois auxquels sont communiqués par écrit les horaires de travail des salariés des entreprises et associations d'aide à domicile, ceux-ci doivent l'être avant le début de chaque mois.*

*L'absence d'une telle communication fait présumer que l'emploi est à temps complet et il incombe alors à l'employeur de rapporter la preuve, d'une part, de la durée exacte hebdomadaire ou mensuelle convenue, d'autre part, que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur. »*

**« Mais attendu, d'abord, que selon l'article L. 3123-14 3° du code du travail, le contrat écrit doit mentionner les modalités selon lesquelles les horaires de travail pour chaque journée travaillée sont communiqués par écrit au salarié ; que dans les associations et entreprises d'aide à domicile, les horaires de travail sont communiqués par écrit chaque mois au salarié ; qu'il en résulte qu'en l'absence de stipulations relatives au jour du mois auxquels sont communiqués par écrit les horaires de travail des salariés des entreprises et association d'aide à domicile, ceux-ci**

**doivent l'être avant le début de chaque mois ; que l'absence d'une telle communication fait présumer que l'emploi est à temps complet et il incombe alors à l'employeur de rapporter la preuve, d'une part, de la durée exacte hebdomadaire ou mensuelle convenue, d'autre part, que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur ;**

*Et attendu qu'ayant constaté que l'employeur n'avait pas avisé la salariée de ses plannings de travail avant le premier jour du mois, lesquels étaient régulièrement modifiés en cours de mois, et que le nombre d'heures travaillées variait d'un mois à l'autre, la cour d'appel qui a retenu que la salariée se trouvait dans l'impossibilité de connaître son rythme de travail et se trouvait à la disposition constante de l'employeur, n'encourt pas les griefs du moyen en ses deuxième, troisième et quatrième branches; Attendu, ensuite, qu'il n'y a pas lieu de statuer sur les autres griefs qui ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; »*

**L'absence de mention de la durée de travail convenue et l'absence de communication des horaires de travail selon les stipulations mentionnées au contrat de travail ou, à défaut, avant le début de chaque mois, sont des circonstances qui font présumer que l'emploi est à temps complet.**

La présomption selon laquelle l'emploi est à temps complet est une présomption simple que l'employeur peut renverser.

Plus spécialement depuis un arrêt du 9 avril 2008 (Soc., 9 avril 2008, pourvoi n° 06-41.596, Bull. 2008, V, n° 84 -RJS 6/08 n° 729), notre chambre énonce que la double preuve que doit rapporter l'employeur (par tous moyens) pour renverser cette présomption simple porte sur :

- la durée exacte, hebdomadaire ou mensuelle, de travail convenue ;
- le fait que le salarié avait connaissance du rythme auquel il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur.

L'exigence de cette double preuve est constamment réaffirmée par la chambre sociale:

- preuve de la durée de travail convenue : Soc., 25 mars 2009, pourvoi n° 08-41.229, Bull. 2009, V, n° 88 ; Soc., 21 novembre 2012, pourvoi n° 11-10.258, Bull. 2012, V, n° 304 ; Soc., 9 janvier 2013, pourvoi n° 11-11.808 , Bull. 2013 V n° 2 et pourvoi n° 11-16.433, Bull. 2013, V, 5 ; Soc., 11 mai 2016, pourvoi n° 14-17.496, Bull. 2016, V, n° 100 RJS 7/16 n° 500 ; Soc., 3 juillet 2019, pourvoi n° 17-15.884, FS, P + B RJS 10/19 n° 605 ; Soc., 14 septembre 2022, pourvoi n° 21-12.251 ; Soc., 29 mars 2023, pourvoi n° 21-23.491 ;
- preuve de ce que le salarié avait connaissance du rythme auquel il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur : Soc., 25 janvier 2023, pourvoi n° 20-20.679 ; Soc., 13 avril 2023, pourvoi n° 21-22.006 ; Soc., 24 mai 2023, pourvoi n° 21-23.971.

Lorsque la durée du travail du salarié varie d'un mois à l'autre, la preuve de la durée exacte du travail convenue n'est pas rapportée (Soc., 13 janvier 2009, pourvoi n° 07-42.459 ; Soc., 21 mars 2012, pourvoi n° 10-21.542 - RJS 6/12 n° 600), cette preuve ne pouvant résulter d'une moyenne calculée a posteriori (Soc., 16 juin 2011, pourvoi n° 09-72.776 - RJS 10/11 n° 846 ; Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-27.599).

Par contre, la présomption de travail à temps complet est renversée si l'employeur établit, d'une part, que le salarié a une durée de travail stable, d'autre part, par exemple, qu'il a des horaires réguliers (Soc., 5 mars 2003, pourvoi n° 01-41.909 ; Soc., 5 octobre 2011, pourvoi n° 10-20.279), ou qu'il jouit d'une autonomie totale dans

l'organisation de son temps de travail (Soc., 15 octobre 2008, pourvoi n° 06-46.382 ), ou qu'il peut mettre à jour un tableau consulté par les services indiquant ses périodes de travail et ses disponibilités (Soc., 9 juillet 2003, pourvoi n° 01-42.451, Bulletin civil 2003, V, n° 229 - RJS 10/03 n° 1175) ou encore que son planning lui est communiqué suffisamment à l'avance pour qu'il puisse prévoir à quel rythme il doit travailler (Soc., 28 septembre 2011, pourvoi n° 09-71.139 ; Soc., 20 juin 2012, pourvoi n° 11-18.983 ; Soc., 25 novembre 2015, pourvoi n° 14-15.251 plannings attestant d'horaires stables et réguliers d'où il résultait que la salariée connaissait le rythme auquel elle devait travailler et qu'elle n'était pas dans l'obligation de se tenir en permanence à la disposition de l'employeur ).

**Et, lorsque le contrat de travail du salarié à temps partiel est conforme aux prescriptions de l'article L. 3123-14 du code du travail**, c'est au salarié qui sollicite la requalification en temps complet en raison des conditions d'exécution du contrat de travail qu'il incombe de démontrer qu'il devait travailler chaque jour selon des horaires dont il n'avait pas eu préalablement connaissance, ce qui lui imposait de rester en permanence à disposition de l'employeur.

Ainsi, dans la mesure où la tranche horaire dans laquelle les heures de travail doivent être exécutées n'a pas à être précisée dans le contrat de travail du salarié à temps partiel, est-ce au salarié qu'il revient de démontrer qu'il devait travailler chaque jour selon des horaires dont il n'avait pas eu préalablement connaissance, ce qui lui imposait de rester en permanence à la disposition de l'employeur :

- Soc., 18 mars 2003, pourvoi n° 01-41.726 : « Mais sur le premier moyen :  
Vu l'article 1315 du Code civil ;

*Attendu que pour requalifier le contrat de travail à temps partiel de Mme. [U] en un contrat de travail à temps complet, la cour d'appel a relevé que le contrat de travail et son avenant comportaient la répartition des heures à effectuer chaque jour sans préciser la tranche horaire dans laquelle elles devaient être exécutées, que l'employeur ne rapportait pas la preuve que la salariée connaissait sa tranche horaire quotidienne de travail et qu'il en résultait que Mme. [U] devait rester en permanence à la disposition de son employeur ;*

*Attendu, cependant, que le contrat de travail étant conforme aux prescriptions de l'article L. 212-4-3 du Code du travail qui n'exige pas la mention de la tranche horaire, il appartenait à la salariée de démontrer qu'elle devait travailler chaque jour selon des horaires dont elle n'avait pas eu préalablement connaissance, ce qui lui imposait de rester en permanence à la disposition de son employeur ;*

*Qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé le texte susvisé ;) ; »* solution confirmée par Soc., 8 mars 2007, pourvoi n° 05-41.911 ;

de même, lorsque le contrat prévoit une durée du travail mensuelle, il n'est pas exigé que soit précisée la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine :

- Soc., 25 novembre 2015, pourvoi n° 13-26.417 : « Vu l'article L. 3123-14 du code du travail;

*Attendu, selon ce texte, que le contrat de travail à temps partiel mentionne la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois ;*

*Attendu que pour dire que le contrat de travail devait être requalifié en contrat à temps complet et condamner en conséquence l'employeur à verser à la salariée une somme à titre de rappel de salaire, l'arrêt retient que, faute de précision de la durée du travail entre les jours de la semaine, ou d'invocation d'un accord collectif de travail sur ce point, les mentions du contrat sont insuffisantes*

pour permettre à la salariée de connaître avec précision ses horaires de travail, puisque contrairement à ce que soutient l'employeur la répartition journalière est nécessaire si le temps de travail hebdomadaire n'est pas un temps complet ; que cette imprécision interdisant à la salariée de compléter le contrat à temps partiel par un autre contrat, elle était en fait à la disposition permanente de son employeur ;

Attendu, cependant, que le contrat de travail étant conforme aux prescriptions de l'article L. 3123-14 du code du travail qui n'exige pas, lorsque le contrat prévoit une durée du travail mensuelle, que soit précisée la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine, il appartenait à la salariée de démontrer qu'elle devait travailler chaque jour selon des horaires dont elle n'avait pas eu préalablement connaissance, ce qui lui imposait de rester en permanence à disposition de l'employeur ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; »

La convention collective nationale des entreprises de services à la personne du 20 septembre 2012 prévoit s'agissant du contrat de travail du salarié à temps partiel :

« **Partie 2 Statut professionnel - Chapitre 1<sup>er</sup> Contrat de travail**

[...]

**Section 1 Engagement**

Article

1. Nature du contrat de travail

2. Forme et mentions obligatoires du contrat de travail

**2.1. Dispositions communes à tous les contrats de travail**

Tout engagement fait l'objet d'un contrat de travail écrit en double exemplaire.

[...]

Ce contrat précise notamment :

[...]

– la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue et **le mode d'organisation retenu pour la répartition des horaires de travail sur la semaine ou le mois, avec des plages prévisionnelles indicatives** ;

– les plages d'indisponibilité pour le personnel intervenant à domicile ;

[...]

2.2. Cas particulier du contrat de travail à durée déterminée

[...]

**2.3. Cas particulier du contrat de travail à temps partiel**

Le contrat de travail du salarié à temps partiel est un contrat écrit.

Le contrat de travail à temps partiel rappelle que le salarié à temps partiel n'est pas tenu par une obligation d'exclusivité.

Outre les mentions visées au point 2.1, il doit comporter des indications sur les limites dans lesquelles peuvent être accomplies des heures au-delà de la durée de travail fixée par le contrat.

[...]

**Chapitre II Organisation du travail**

**Section 1 Lieu de travail- Zone géographique contractuelle d'intervention [...]**

**Section 2 Durée du travail**

I Définition des temps - Article

[...]

i) Répartition de l'horaire de travail

Le détail des interventions accomplies par le salarié auprès des bénéficiaires est tenu à sa disposition par l'employeur. Le salarié peut le consulter à tout moment.

*La répartition de l'horaire de travail peut être modifiée en fonction des impératifs de service.*

**Pour un salarié à temps partiel**, les modifications relatives à la répartition de son horaire de travail doivent lui être notifiées dans un délai qui ne peut être inférieur à 3 jours calendaires sauf dans les cas suivants : [suivent 10 cas]

*En contrepartie d'un délai de prévenance de modification des horaires inférieur à 7 jours, dans le respect des plages d'indisponibilité devant figurer impérativement au contrat de travail, le salarié a la possibilité de refuser 7 fois par année civile la modification de ses horaires, sans que ces refus ne constituent une faute ou un motif de licenciement et sans que ces heures ne puissent être déduites d'une quelconque manière. (3)*

*Tout refus de modification d'horaire doit être confirmé par écrit par l'employeur au salarié. Cette confirmation devant reprendre la proposition d'horaire d'intervention refusée, le nombre de refus comptabilisé par l'employeur dans l'année civile ainsi que les plages d'indisponibilités contractuelles. (3)*

### **Section 3 Dispositions spécifiques pour les salariés travaillant à temps partiel**

#### **Article Préambule**

*Les salariés peuvent être employés à temps partiel dans le cadre des dispositions légales et dans le cadre des conditions conventionnelles particulières définies par la présente section.*

#### **a) Durée contractuelle minimale de travail**

**Le contrat de travail conclu à temps partiel doit préciser la durée contractuelle garantie.**

#### **b) Organisation du travail à temps partiel**

*L'organisation du travail d'un salarié à temps partiel doit se faire conformément au droit commun, avec notamment :*

- un respect des délais de prévenance prévus pour les entreprises du secteur des services à la personne rappelés au point i) de la section 2 (1), sauf pour la réalisation d'interventions urgentes ;*
- la possibilité pour l'employeur d'imposer au salarié l'accomplissement d'heures complémentaires dans la limite de 33 % de la durée contractuelle ;*
- la période minimale continue de travail par jour est fixée à une heure. Elle se définit comme une période continue, comprenant le temps éventuel de déplacement entre les interventions au sein de cette même période, sans qu'intervienne d'interruption non rémunérée ;*
- enfin, les entreprises s'engagent à mettre en place toutes les mesures nécessaires à garantir aux salariés à temps partiel les mêmes droits que ceux reconnus aux salariés à temps plein. L'employeur s'engage à garantir aux salariés embauchés à temps partiel et soumis aux stipulations spécifiques du travail à temps partiel, l'égalité d'accès aux possibilités de promotion, de carrière et de formation.*

#### **c) Priorité d'accès aux emplois à temps plein**

*Les salariés à temps partiel bénéficient d'une priorité d'accès aux emplois à temps plein susceptibles d'être vacants dès lors que les postes concernés sont de nature à correspondre à leur qualification. »*

**Au cas d'espèce**, à l'appui de sa demande en requalification de son contrat de travail en contrat à temps complet, Mme [I] faisait valoir ( pages 21 à 27 de ses conclusions) que son contrat de travail n'était pas conforme dans la mesure où il lui était impossible de connaître le volume horaire qu'elle aurait à réaliser suffisamment à l'avance, puisque, si son contrat prévoyait une durée mensuelle de travail de 80 heures, la répartition de ses horaires de travail pour les jours de la semaine n'était pas définie, même à titre indicatif, ce qui est contraire aux dispositions légales et conventionnelles ; que son contrat ne mentionnait pas des plages prévisionnelles d'intervention ; que le contrat de travail stipulait la remise de plannings ne lui permettant pas de prévoir un rythme de travail particulier.

Elle faisait valoir que ses bulletins de paie révélaiient des durées mensuelles de travail très inégales, que ces durées ne correspondaient pas toujours à celles révélées par les plannings, que sa durée de travail était parfois inférieure à celle convenue, que ses horaires étaient irréguliers notamment quand elle était susceptible de travailler le jour et la nuit, qu'elle était donc dans l'impossibilité de prévoir son rythme de travail et devait se tenir à la disposition permanente de l'employeur.

La société Les Néréides opposait (pages 15 à 17 de ses conclusions) que le contrat de travail mentionnait la durée de travail convenue, que la mention de la répartition des heures de travail dans le mois n'était pas obligatoire s'agissant d'une entreprise d'aide à domicile de sorte que ce défaut de mention n'était pas susceptible d'emporter une présomption de temps plein ; qu'elle avait toujours remis à Mme [I] ses plannings d'intervention en début de mois les 17 plannings étant produits (pièces 10 à 16), de sorte qu'elle connaissait ses horaires de travail et n'était pas dans l'obligation de se tenir à sa disposition.

#### Les motifs de l'arrêt :

Après avoir rappelé les exigences posées par l'article L. 3123-14 du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, applicable au litige, la présomption simple de temps complet en l'absence d'écrit et la double preuve incombant à l'employeur pour la renverser et qu'en revanche, « *si le contrat de travail est conforme à l'article L 3123-14, c'est au salarié qu'il incombe de démontrer qu'il devait travailler chaque jour selon des horaires dont il n'avait pas eu préalablement connaissance dans le respect du délai de prévenance, ce qui lui imposait de rester en permanence à la disposition de l'employeur* », la cour d'appel a statué en ces termes :

*« La convention collective nationale des entreprises de services à la personne prévoit que tout contrat de travail, qu'il soit à temps plein ou à temps partiel, doit préciser les plages prévisionnelles indicatives d'intervention et les plages d'indisponibilité du salarié intervenant à domicile.*

*En l'espèce, le contrat de travail à temps partiel conclu entre Mme [I] et la SARL Les Néréides stipule que la durée hebdomadaire de travail est de 80 heures et que les horaires de travail pour chaque journée travaillée seront communiqués par écrit à Mme [I] sous forme de planning mensuel d'activité. Il ajoute "il est précisé, à titre purement indicatif, à la salariée que ses plages prévisionnelles d'intervention sont : ...", qu'en fonction des nécessités de l'organisation du service, ces plages pourront être modifiées, et que 'il est précisé que les plages d'indisponibilité de Mme [I] sont : ...'.*

*Mme [I] reproche à la SARL Les Néréides de ne pas avoir mentionné, dans le contrat de travail, la répartition des horaires de travail, même à titre indicatif. Si l'article L 3123-14 n'exigeait pas la mention de la répartition pour une entreprise d'aide à domicile, **en revanche la convention collective exigeait la mention des plages d'intervention et des plages d'indisponibilité, l'absence de cette mention étant de nature à faire présumer l'existence d'un contrat de travail à temps plein.***

*La SARL Les Néréides verse aux débats :*

- les plannings mensuels des interventions de Mme [I] de janvier, février, mars, avril, mai, juin, juillet, septembre, octobre 2014, et février et mars 2015 ;
- des attestations de plusieurs salariées affirmant que, chaque mois, elles recevaient leur planning.

*Mme [I] soutient que les plannings qu'elle recevait ne correspondaient pas à la réalité car le nombre des heures de travail variait ainsi qu'il résulte des bulletins de paie.*

*Or, la cour constate relève que :*

- les plannings manquent sur plusieurs mois ;
- les plannings produits font apparaître des variations d'un mois sur l'autre, tant sur le volume des heures, qui souvent excédait 80 heures, que sur les horaires ; si, généralement, les plages de travail étaient du lundi au vendredi, il arrivait régulièrement que des plages soient planifiées le week end ;
- de septembre 2013 à mars 2015, les bulletins de paie mentionnaient seulement à 3 reprises une durée de travail de 80 heures ; tous les autres mois, cette durée de travail était variable, soit au-delà de 80 heures (jusqu'à 113,50 heures), soit en-deçà de 80 heures, sans pour autant qu'il n'y soit mentionné des arrêts maladie, le seul arrêt maladie justifié étant celui du mois d'août 2014 ;
- fréquemment, la durée mentionnée sur les bulletins de paie ne correspondait pas à celle mentionnée sur les plannings produits.

Certes, Mme [I] a pu compléter son temps partiel en travaillant aussi par le biais de CESU, **mais, au vu de la grande variabilité des volumes horaires de travail auprès de la SARL Les Néréides, cette dernière ne renverse pas la présomption.**

*Infirmant le jugement, la cour prononcera donc la requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein.»*

En l'état de l'ensemble de ces éléments, il appartiendra à notre chambre d'apprécier si les motifs de l'arrêt encourent les griefs du moyen.

#### **4-2 Pourvoi incident de la salariée, moyen unique : la demande en paiement de primes de nuit - violation de l'article L. 3171-4 du code du travail**

S'agissant des heures de travail effectuées, l'article L. 212-1-1 du code du travail, devenu l'article L. 3171-4, institue, en ces termes, un système de preuve partagée entre les parties : « *En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié.*

*Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.*

*Si le décompte des heures de travail accomplies par chaque salarié est assuré par un système d'enregistrement automatique, celui-ci doit être fiable et infalsifiable. »*

Par ailleurs, les articles L. 3171-2 et L. 3171-3 du code du travail déterminent les obligations de l'employeur, relatives au décompte du temps de travail.

Pour se mettre en parfaite conformité avec le droit de l'Union européenne (CJUE, 14 mai 2019, aff. C. 55/18) et en se fondant sur les articles L. 3171-2, L. 3171-3 et L. 3171-4 du code du travail, la chambre sociale s'est, dans un arrêt rendu en formation plénière et publié au rapport annuel de la Cour de cassation Soc., 18 mars 2020, pourvoi n° 18-10.919 P + B + R), prononcée à nouveau sur le régime probatoire des heures supplémentaires accomplies par le salarié et a fixé l'office du juge en matière de litige relatif aux heures de travail accomplies :

*« 11. Il résulte de ces dispositions, qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments. Le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des exigences rappelées aux dispositions légales et réglementaires précitées. Après analyse des pièces produites par l'une et l'autre des parties, dans l'hypothèse où il retient l'existence d'heures supplémentaires, il évalue souverainement, sans être*

tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant. »

La notice explicative de l'arrêt, sur le site Internet de la Cour de cassation, en précise la portée :

« [...] Prenant en compte cette décision [ Cour de justice de l'Union européenne, 14 mai 2019, C-55/18], la chambre sociale décide, sans modifier l'ordre des étapes de la règle probatoire, puisque, conformément à l'article 6 du code de procédure civile, tout demandeur en justice doit rapporter des éléments au soutien de ses prétentions, d'abandonner la notion d'étalement, pouvant être source de confusion avec celle de preuve, en y substituant l'expression de présentation par le salarié d'éléments à l'appui de sa demande. La chambre sociale rappelle que ces éléments doivent être suffisamment précis quant aux heures non rémunérées que le salarié prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments, en mettant l'accent en parallèle sur les obligations pesant sur ce dernier quant au contrôle des heures de travail effectuées. Il est enfin rappelé que, lorsqu'ils retiennent l'existence d'heures supplémentaires, les juges du fond évaluent souverainement, sans être tenus de préciser le détail de leur calcul, l'importance de celles-ci et les créances salariales s'y rapportant (Soc., 4 décembre 2013, pourvoi no 12-22.344, Bull. 2013, V, no 299).

Par l'arrêt commenté, la Cour de cassation entend souligner que les juges du fond doivent apprécier les éléments produits par le salarié à l'appui de sa demande au regard de ceux produits par l'employeur et ce afin que les juges, dès lors que le salarié a produit des éléments factuels revêtant un minimum de précision, se livrent à une pesée des éléments de preuve produits par l'une et l'autre des parties, ce qui est en définitive la finalité du régime de preuve partagée.

C'est précisément pour avoir fait porter son analyse sur les seules pièces produites en l'espèce par le salarié, qui versait aux débats des décomptes d'heures qu'il prétendait avoir réalisées, aboutissant ainsi à faire peser la charge de la preuve des heures supplémentaires exclusivement sur celui-ci, que l'arrêt de la cour d'appel est censuré.

La chambre sociale marque ainsi sa volonté de contrôler le respect par les juges du fond du mécanisme probatoire propre aux heures supplémentaires. »

En effet, après avoir énoncé, dans les termes précédemment rappelés, le mécanisme probatoire et l'office du juge nouvellement définis en cas de litige relatif aux heures de travail accomplies, notre chambre a statué en ces termes au sujet de l'espèce qui lui était soumise : « 12. Pour débouter le salarié de sa demande au titre des heures supplémentaires et des congés payés afférents, l'arrêt retient que les documents produits devant la cour n'ont pas été établis au moment de la relation contractuelle dans la mesure où ils sont différents de ceux produits devant le conseil des prud'hommes à l'appui de la demande initiale, qu'en effet l'employeur produit le décompte des heures supplémentaires présenté par le salarié aux premiers juges duquel il ressort de notables différences avec les tableaux produits dans l'instance devant la cour d'appel, ainsi par exemple le travail réalisé pour le conseil général de l'Essonne, que les mêmes différences et incohérences se retrouvent pour d'autres dossiers Renault Truck, Feu Vert, Polyclinique du pays de Rance notamment, qui présentent des anomalies similaires à celles relevées s'agissant du travail que le salarié prétend avoir effectué pour le conseil général de l'Essonne entre les deux tableaux présentés d'une part devant le conseil des prud'hommes et d'autre part devant la cour d'appel, qu'ainsi il ressort desdits tableaux des contradictions manifestes, le salarié ayant opéré devant la cour d'appel des modifications pour tenter de corriger ses précédentes invraisemblances relevées alors à juste titre par l'employeur devant le conseil des prud'hommes, que pas plus les notes de frais que les « exemples de billets de train » ou l'attestation de l'épouse du salarié émanant d'un proche et, comme telle, dépourvue de valeur probante, ne sont de nature à étayer la demande du salarié, que dès lors les éléments présentés par le salarié ne sont pas suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour étayer sa demande et permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments.

13. En statuant ainsi, la cour d'appel, qui a fait peser la charge de la preuve sur le seul salarié, a violé le texte susvisé. »

Par cet arrêt du 18 mars 2020, notre chambre :

- abandonne la notion d'étalement de sa demande par le salarié trop souvent source de confusion avec celle de preuve, pour seulement exiger la présentation d'éléments par celui-ci ;

-met l'accent en parallèle sur les obligations pesant sur l'employeur quant au contrôle des heures de travail effectuées.

Dans le prolongement de l'arrêt du 18 mars 2020 (précité), par un arrêt du 27 janvier 2021 (Soc. 27 janvier 2021 pourvoi n°17-31.046, P R I L), notre chambre a explicité le contrôle exercé sur la notion "d'éléments suffisamment précis" quant aux heures de travail que le salarié prétend avoir accomplies :

« 16. Pour débouter le salarié de sa demande au titre des heures supplémentaires et des congés payés afférents, l'arrêt retient que le salarié communique un décompte des heures de travail qu'il indique avoir accomplies durant la période considérée, lequel mentionne, jour après jour, les heures de prise et de fin de service, ainsi que de ses rendez-vous professionnels avec la mention du magasin visité, le nombre d'heures de travail quotidien et le total hebdomadaire.

17. L'arrêt retient encore que l'employeur objecte, à juste titre, d'une part, que le salarié, qui travaillait de manière itinérante à 600 kilomètres de son siège social, ne précisait pas ses horaires de travail sur ses compte-rendus hebdomadaires et en justifie en produisant plusieurs de ses documents établis en 2012 et, d'autre part, que les fiches de frais ne permettaient pas de déterminer les horaires réellement accomplis par le salarié au cours de ses tournées.

18. L'arrêt ajoute que le décompte du salarié est insuffisamment précis en ce qu'il ne précise pas la prise éventuelle d'une pause méridienne.

19. En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations, d'une part, que le salarié présentait des éléments suffisamment précis pour permettre à l'employeur de répondre, d'autre part, que ce dernier ne produisait aucun élément de contrôle de la durée du travail, la cour d'appel, qui a fait peser la charge de la preuve sur le seul salarié, a violé le texte susvisé. »

La note explicative précise : "S'agissant d'une obligation découlant de l'article 6 du code de procédure civile, relatif à l'obligation d'alléguer les faits nécessaires au succès des prétentions, et non de l'article L. 3171-4 du code du travail, relatif à la preuve des heures travaillées, la précision des éléments produits doit être examinée au regard de cet objectif d'organisation du débat judiciaire. Cette précision n'est ni de la même nature, ni de la même intensité que celle qui pèse par ailleurs sur l'employeur dans le cadre de son obligation de contrôle de la durée du travail."

Les éléments produits par le salarié doivent toujours être suffisamment précis quant aux heures non rémunérées prétendument accomplies afin de permettre à l'employeur d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments mais le seuil de précision attendu est abaissé pour correspondre à l'exigence posée par l'article 6 du code de procédure civile à l'égard de tout demandeur en justice : il s'agit donc pour le salarié de produire des éléments suffisamment précis permettant d'engager, d'amorcer le débat judiciaire en sorte que seules les productions totalement fantaisistes ne permettraient pas de satisfaire à cette exigence. Ce n'est pas la valeur probante des éléments présentés par le salarié qui doit être appréciée à ce stade : il s'agit seulement d'apprécier s'ils rendent possible l'engagement d'un débat judiciaire efficace, appréciation qui ne préjuge pas de la réponse qui adviendra au fond.

La production des éléments par le salarié et par l'employeur doit être opérée dans le même temps. Les juges du fond ne peuvent pas, sous le couvert de la question de la précision des éléments présentés par le salarié, se livrer à une appréciation de leur valeur probante sans examiner les éléments produits par l'employeur.

Une fois passé ce cap, il appartient au juge du fond de se livrer à une pesée des éléments de preuve produits de part et d'autre, de confronter les arguments et les objections, pesée et appréciation qui relèvent de son pouvoir souverain, de même que l'évaluation du montant de la créance.

La chambre sociale contrôle le respect, par les juges du fond, de ce mécanisme probatoire.

Depuis l'arrêt du 18 mars 2020, elle a régulièrement cassé des décisions dont elle a estimé qu'elles faisaient peser la charge de la preuve sur le seul salarié ; à titre d'exemples : Soc., 8 juillet 2020, pourvoi n° 18-26.385 ; Soc., 12 novembre 2020, pourvoi n° 19-11.317 ; Soc., 6 janvier 2021, pourvoi n° 19-22.849 ; Soc., 3 mars 2021, pourvoi n° 18-20.649 ; Soc., 8 septembre 2021, pourvoi n° 20-15.477 ; Soc., 16 février 2022, pourvoi n° 20-16.171 ; Soc., 9 juin 2022, pourvoi n° 21-11.482 ; Soc., 28 septembre 2022, pourvoi n° 21-15.470 ; Soc., 9 novembre 2022, pourvoi n° 21-13.389 ; Soc., 14 décembre 2022, pourvoi n° 21-18.036 publié ; Soc., 12 avril 2023, pourvoi n° 21-21.058 ; Soc., 13 avril 2023, pourvoi n° 21-20.043 ; Soc., 21 juin 2023, pourvoi n° 21-21.352 ; Soc., 5 juillet 2023, pourvoi n° 21-16.809

Pour un exemple d'arrêt ayant rejeté le pourvoi de l'employeur : Soc., 14 septembre 2022, pourvoi n° 20-22.499 : « 6. Ayant relevé que la salariée soutenait que sa présence minimale dans l'entreprise correspondait aux horaires d'ouverture de celle-ci dont elle justifiait, que, si elle s'absentait dans la journée, elle récupérait les heures non travaillées et qu'en sa qualité de secrétaire et d'épouse du gérant, elle travaillait, si nécessaire, les soirs et jours de week-end, la cour d'appel, qui a retenu que la salariée présentait, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'elle prétendait avoir accomplies, afin de permettre à l'employeur d'y répondre en produisant ses propres éléments, a légalement justifié sa décision. 7. Le moyen n'est donc pas fondé. »

Pour un exemple d'arrêt approuvant la cour d'appel d'avoir considéré que les éléments produits par le salarié n'étaient pas suffisamment précis nonobstant l'absence d'éléments de contrôle de la durée du travail produits par l'employeur et traduisant le contrôle lourd exercé par notre chambre :

- Soc., 11 mai 2022, pourvoi n° 21-10.158 : « « 4. La cour d'appel a constaté que le salarié produisait au soutien de sa demande deux-cent-neuf pièces constituées pour l'essentiel de longs courriers électroniques adressés à son employeur et les réponses qui lui ont été apportées. Elle a souligné que les cent premières pièces, antérieures au 31 décembre 2017, concentraient les critiques formulées sur l'organisation interne de la société d'avocats et rendaient compte des difficultés du salarié à s'intégrer dans une structure qui fonctionnait de façon très différente de celle qu'il avait mise en place dans sa propre société. La cour d'appel a relevé que le salarié était totalement évasif sur les horaires accomplis et que les pièces n° 153 et 154, supposées rendre compte de ses horaires de travail ne mentionnaient en réalité que les heures auxquelles il a envoyé des courriers électroniques. 5. En l'état de ces énonciations et constatations, la cour d'appel a exactement décidé que le salarié ne produisait pas d'éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétendait avoir accomplies.

6. Le moyen n'est donc pas fondé. »

Dès lors que le régime probatoire ci-dessus rappelé est respecté, les juges du fond apprécient souverainement si la preuve de l'accomplissement d'heures supplémentaires est rapportée (Soc., 30 septembre 2020, pourvoi n° 19-11.706 ; Soc., 21 octobre 2020, pourvoi n° 19-13.487 ; Soc., 6 janvier 2021, pourvoi n° 19-16.518 ; Soc., 20 janvier 2021, pourvoi n° 19-21.755, en cours de publication.)

**Au cas d'espèce**, en pages 16 à 21 de ses conclusions, dans le paragraphe C) intitulé « Sur une prétendue violation de l'obligation de loyauté de la salariée », Mme [I] mêlait son argumentation relative à sa réponse à la demande indemnitaire de l'employeur pour non-respect de l'obligation de loyauté, lié à son engagement en direct comme auxiliaire de vie, par Mme [Y] , dans le cadre du CESU, et celle relative à ses demandes en paiement de sommes au titre des primes de nuit non réglées et de l'indemnité pour travail dissimulé.

A l'appui de sa demande en paiement d'un rappel de salaire au titre des primes de nuit, Mme [I] soutenait que la majorité des heures de nuit qu'elle avait effectuées comme auxiliaire de vie auprès de Mme [Y] l'avaient été en tant que salariée de la société Les Néréides, pour le compte de cette dernière.

Elle faisait valoir que :

- lors de son engagement par la société Les Néréides, en septembre 2013, elle avait été affectée chez Mme [W] puis qu'à partir de juin ou juillet 2014, la société lui avait proposé de travailler chez Mme [Y], d'abord trois nuits par semaine, puis quatre nuits, de 20 h 30 à 8 h 30, prestations qu'elle avait accomplies jusqu'en mars 2015 ;
- les bulletins de paie CESU relatifs à l'emploi direct par Mme [Y] mentionnaient, pour quatre jours par semaine, un nombre d'heures de travail extrêmement faible alors qu'elle travaillait quatre nuits par semaine chez cette personne ;
- il s'en déduisait que la majorité des heures de nuit devait être supportée par la société Les Néréides, le reste étant dû par Mme [Y] qui la rémunérait par le biais du CESU ;
- pourtant, la société Les Néréides ne lui avait jamais réglé les heures qui lui étaient dues au titre du travail de nuit (cf page 17) ; puis, page 18 : « sur les dix heures » [en réalité douze heures compte tenu d'un horaire de travail allégué de 20 h 30 à 8 h 30] effectuées chez Mme [Y] , l'employeur ne lui en « a réglé qu'une partie » ; et, en bas de la page 18, invoquant le manquement de la société à son obligation de loyauté du fait de « l'absence de paiement de certaines primes pour les heures de nuit accomplies » par elle, Mme [I] ajoutait : « Concernant les horaires de nuit effectués, l'employeur ne réglait Mme [I] qu'une heure au tarif normal alors qu'elle travaillait des nuits complètes pour Mme [Y] pour le compte de l'employeur. » ;
- en page 19, commentant les plannings produits par la société Les Néréides, Mme [I] indiquait avoir travaillé auprès de Mme [Y] pour le compte de cette société, de juin 2014 à mars 2015, à raison de 8 à 10 fois par mois au début, « en principe de 18 heures à 20 heures » mais ces horaires avaient pu être modifiés et elle pouvait commencer à 18 h 30 ;
- s'agissant des factures établies par la société Les Néréides à l'égard de Mme [Y] , contrairement aux plannings, elles ne mentionnaient pas son nom mais faisaient seulement état des auxiliaires de vie qui travaillaient de jour auprès de cette cliente ;
- alors que les salariées n'avaient pas, en principe, le droit de travailler au-delà de 20 heures chez Mme [Y] , c'est ce qu'elle avait fait sans être rémunérée par l'employeur des heures effectuées, de sorte qu'elle ne percevait pas les indemnités au titre du travail de nuit que l'employeur aurait dû lui verser conformément à la convention collective nationale des entreprises de services à la personne ;
- page 20 : elle « travaillait, pour Mme [Y] , quatre nuits par semaine entre 20h30 et 8h30 » soit plus de dix heures par jour, « puis elle travaillait ensuite pour le compte de la société Les

*Néréides, auprès de Mme [W], 4 heures par jour du lundi au vendredi. » ; « Mme [Y] réglait à Mme [I] l'équivalent de 35 heures en moyenne par mois alors que Mme [I] travaillait pour elle 160 heures par mois au total » ; « Il s'en déduit que Mme [I] travaillait auprès de Mme [Y] près de 120 heures par mois pour le compte de la société Les Néréides. Pourtant ces heures n'apparaissent pas sur les bulletins de salaire. La salariée n'était pas davantage réglée des primes de nuit auxquelles elle pouvait prétendre. »*

Mme [I] établissait ainsi le décompte de sa créance au titre des primes de nuit à raison de 20 euros par nuit sur une base de quatre nuits par semaine pendant huit mois :  $([20 \times 4]) \times 4,33 \times 8 = 2\,771,20$  euros.

La société Les Néréides rétorquait (pages 14 et 15 de ses conclusions) que Mme [I] n'avait jamais travaillé de nuit chez Mme [Y] à sa demande et qu'elle n'apportait pas le moindre commencement de preuve à l'appui de ses allégations.

Elle se prévalait du témoignage de la nièce de Mme [Y] selon lequel elle n'avait jamais eu de facturation de nuit avec la société Les Néréides, « aucune nuit n'ayant été effectuée. » et opposait avoir toujours réglé à Mme [I] l'ensemble des heures qu'elle avait effectuées pour son compte auprès de Mme [Y] comme auprès des autres clients.

#### La cour d'appel a statué en ces termes :

*« Mme [I] affirme avoir réalisé de nombreuses heures de travail chez Mme [Y], y compris la nuit, la totalité de ces heures n'apparaissant pas sur les bulletins de paie, et les primes de nuit ne lui ayant pas été payées ; elle demande le paiement des primes de nuit et d'une indemnité pour travail dissimulé. Elle ajoute que, si elle a également travaillé directement en qualité de salariée de Mme [Y] qui la réglait par CESU, ces heures étaient résiduelles car l'essentiel du travail était effectué en qualité de salariée de la SARL Les Néréides, laquelle savait que Mme [I] travaillait également par le biais de CESU.*

*Elle verse aux débats :*

*- les plannings mensuels des interventions, établis par la SARL Les Néréides pour les mois de juin, juillet, septembre, octobre 2014, février et mars 2015, ne mentionnant pas d'heures de nuit chez Mme [Y] ;*

*- une attestation de Mme [X] indiquant que sa tante Mme [Y] a employé Mme [I] par le biais de CESU, sur demande de cette dernière, à l'insu de la SARL Les Néréides ;*

*- les attestations CESU pour le compte de Mme [Y] en qualité d'employeur, de juillet, septembre, octobre, novembre et décembre 2014, mentionnant un total de 201 heures de travail, sans précisions sur les jours et horaires de travail.*

*La SARL Les Néréides réplique que Mme [I] n'a jamais travaillé de nuit pour Mme [Y] en qualité de salariée de la société, de sorte qu'il n'y a ni primes de nuit dues ni travail dissimulé. Elle ajoute que Mme [I] a manqué à son obligation de loyauté en travaillant directement pour Mme [Y] en juillet, septembre, octobre, novembre et décembre 2014 par le biais de CESU, à hauteur de 201 heures, ce qui a causé un préjudice financier à la société ; elle réclame donc des dommages et intérêts sur la base du taux horaire qu'elle aurait pu facturer à Mme [Y].*

*Elle produit une seconde attestation de Mme [X], affirmant n'avoir jamais eu de facturation de nuit avec la SARL Les Néréides, aucune heure de nuit n'ayant été effectuée.*

*En premier lieu, la cour ne peut que constater le caractère particulièrement confus des dires de Mme [I], qui affirme :*

*- qu'elle a travaillé chez Mme [Y] de juillet 2014 à mars 2015 (page 17 de ses conclusions) ou de juin 2014 à mars 2015 (page 19) ;*

*- qu'elle a travaillé 3 nuits puis 4 nuits par semaine pour le compte de la SARL Les Néréides (page 17), ou 4 nuits par semaine (page 20), et sollicite des primes de nuit sur une base forfaitaire de 4 nuits par semaine pendant 8 mois, sans fournir aucun planning des nuits sur la période réclamée ;*

- qu'elle a travaillé de nuit alors qu'elle ne réclame que des primes de nuit qui ne correspondent qu'à des heures de présence nocturne, et qu'elle ne réclame pas le paiement d'heures de travail effectives de nuit;

- qu'une 'grande partie' des heures de nuit était effectuée pour le compte de la SARL Les Néréides, ce qui implique qu'une petite partie de ces heures était effectuée pour le compte de Mme [Y] en qualité d'employeur, tout en réclamant à la SARL Les Néréides le paiement de la totalité des primes de nuit sur 4 jours.

*Par ailleurs, les pièces que produit Mme [I] ne sont pas suffisamment précises quant à sa présence de nuit, au domicile de Mme [Y], en qualité de salariée de la SARL Les Néréides.*

*Par suite, la cour estime que Mme [I] ne fournit pas d'éléments suffisants, et que c'est à juste titre que le conseil de prud'hommes l'a déboutée de sa demande au titre des primes de nuit.*

*Par voie de conséquence, la demande au titre du travail dissimulé ne pouvait qu'être rejetée, la confirmation de ce chef s'imposant aussi. »*

Il appartiendra à notre chambre d'apprécier si les motifs de l'arrêt encourent les griefs du moyen.

**Notre chambre pourrait retenir, par une décision de rejet non spécialement motivé,** qu'en l'état de ces énonciations et constatations, la cour d'appel a exactement décidé que la salariée ne produisait pas d'éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'elle prétendait avoir accomplies, et n'a, en tout état de cause, pas fait peser sur elle seule la charge de la preuve, en ce qu'elle a examiné les éléments produits par l'employeur, notamment, le témoignage établi par Mme [X] qu'elle indiquant l'absence d'heure de nuit facturée par la société Les Néréides à l'égard de Mme [Y] et l'absence d'heure de nuit effectuée.

En effet, la cour d'appel a constaté que la salariée produisait les plannings mensuels des interventions, établis par la société Les Néréides, pour les mois de juin, juillet, septembre, octobre 2014, février et mars 2015, ne mentionnant pas d'heures de nuit chez Mme [Y], une attestation de Mme [X] indiquant que sa tante, Mme [Y], avait employé Mme [I] par le biais de CESU, sur demande de cette dernière, à l'insu de la société et, enfin, les attestations CESU pour le compte de Mme [Y] en qualité d'employeur, de juillet, septembre, octobre, novembre et décembre 2014, mentionnant un total de 201 heures de travail, sans précision sur les jours et horaires de travail.

Elle a relevé le caractère particulièrement confus des affirmations de la salariée s'agissant tant de la période au cours de laquelle elle aurait travaillé chez Mme [Y] pour le compte de la société, que du nombre de nuits hebdomadaires qu'elle aurait effectuées dans ce cadre ainsi que l'absence de production d'un quelconque planning relatif aux nuits travaillées pendant la période considérée. Au titre de cette confusion, elle a encore relevé la simple réclamation de primes de nuit correspondant à des heures de présence nocturne et non le paiement d'heures de travail effectif alors que la salariée affirmait avoir travaillé de nuit, mais aussi que la salariée réclamait à la société le paiement de la totalité des primes de nuit sur quatre jours par semaine alors qu'elle affirmait qu'une "grande partie" des heures de nuit était effectuée pour le compte de la société, ce qui impliquait qu'une petite partie de ces heures était effectuée pour le compte de Mme [Y] en qualité d'employeur.

La cour d'appel a constaté que la société contestait que la salariée ait jamais travaillé de nuit, pour son compte, auprès de Mme [Y], soulignait qu'elle avait travaillé directement pour cette personne par le biais du CESU à hauteur de 201 heures et qu'elle produisait une attestation de Mme [X] affirmant qu'elle n'avait jamais eu de facturation de nuit de la part de la société, aucune heure de nuit n'ayant été effectuée.