



**RAPPORT DE Mme PRIEUR,  
CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE**

**Arrêt n° 676 du 8 juillet 2020 – Chambre sociale**

**Pourvoi n° 17-10.622**

**Décision attaquée : 23 novembre 2016 de la cour  
d'appel de Reims**

**Mme A... R...P...**

**C/**

**Mme M... B...**

---

**Rapport commun aux pourvois connexes n°X1710622 et A1711131.**

**Ce rapport contient des propositions de rejet non spécialement motivé du 2<sup>ème</sup> moyen pris en sa 5<sup>ème</sup> branche, des 3<sup>ème</sup> et 5<sup>ème</sup> moyens du pourvoi n°X1710622, et des 2<sup>ème</sup>, 3<sup>ème</sup>, 4<sup>ème</sup>, 5<sup>ème</sup> moyen pris en sa 3<sup>ème</sup> branche, 6<sup>ème</sup>, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> moyens du pourvoi n°A1711131.**

## 1 - Rappel des faits et de la procédure

Mme B... a été engagée le 6 novembre 2008 par M. E... en qualité de garde d'enfant au domicile de Mme R... P...pour leur enfant commun, par contrat à durée déterminée de remplacement, puis par avenant du 26 juin 2009 par contrat à durée indéterminée à temps plein.

La relation de travail est régie par la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999.

Contestant son licenciement intervenu le 31 mai 2011 pour réorganisation de la vie familiale, la salariée a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes au titre de l'exécution et de la rupture de son contrat de travail.

M. E... a appelé en intervention forcée Mme R... P...à la procédure.

Par jugement du 17 janvier 2014, le conseil de Prud'hommes de Cergy-Pontoise a dit que M. E... et Mme R... P...étaient co-employeurs de Mme B..., que le licenciement de Mme B... revêtait une cause réelle et sérieuse et l'a déboutée de ses demandes formulées à ce titre. Il a condamné solidairement M. E... et Mme R... P...à payer à Mme B... les sommes de 35 026 euros au titre des heures supplémentaires, de 4 988 euros au titre des heures de nuit, 2 976 euros au titre des congés payés et 3 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Sur appel interjeté respectivement par M. E... et Mme R... P..., la cour d'appel de Reims a, par arrêt du 23 novembre 2016, confirmé le jugement déféré en toutes ses dispositions sauf en ce qu'il a débouté Mme B... de sa demande de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle sérieuse.

Infirmant le jugement de ce chef, statuant à nouveau dans cette limite et y ajoutant, la cour d'appel condamné in solidum Mme R... P...et M. E... à payer à Mme B... les sommes de 8 000 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle sérieuse, 3 000 euros de dommages-intérêts pour harcèlement moral, 500 euros de dommages-intérêts pour défaut de visite médicale, 9 312 euros de repos compensateurs outre 931,20 euros de congés payés afférents, 15 198 euros d'indemnité pour travail dissimulé et 2 000 euros à titre de frais irrépétibles d'appel.

Mme R... P...a déposé le 16 janvier 2017 un pourvoi n°X1710622, dont la procédure devant la Cour de cassation est la suivante :

- 16/05/2017 : dépôt du mémoire ampliatif (SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer) ;
- 19/07/2017 : dépôt d'une requête pour Mme B... en radiation du rôle de la Cour (art.1009-1 du code de procédure civile) ;
- 30/11/2017 : ordonnance de radiation du rôle ;
- 06/12/2018 : dépôt d'une requête pour Mme R... P...en réinscription au rôle de la Cour ;
- 18/04/2019 : ordonnance de réinscription ;
- 18/06/2019 : dépôt du mémoire en défense banal (SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois) ;

- 11/07/2019 : dépôt du mémoire complémentaire en défense.

M. E... a déposé le 23 janvier 2017 un pourvoi n°A171113, dont la procédure devant la Cour de cassation est la suivante :

- 23/05/2017 : dépôt du mémoire ampliatif (SCP Matuchansky, Poupot et Valdelièvre);
- 19/07/2017 : dépôt d'une requête pour Mme B... en radiation du rôle de la Cour (art.1009-1 du code de procédure civile) ;
- 24/07/2017 : dépôt du mémoire en défense de Mme R... P...(SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer), qui conclut de lui donner acte de ce qu'elle s'associe au pourvoi de M. E..., sauf sa contestation des développements factuels du coemploi;
- 30/11/2017 : ordonnance de radiation du rôle ;
- 08/02/201 : dépôt d'une requête pour M. E... en réinscription au rôle de la Cour;
- 18/04/2019 : ordonnance de réinscription ;
- 18/06/2019 : dépôt du mémoire en défense banal de Mme B... (SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois) ;
- 11/07/2019 : dépôt du mémoire complémentaire en défense de Mme B....

Demandes au titre de l'article 700 du code de procédure civile :

- Mme R... P...contre Mme B... : 3 000 euros ;
- M. E... contre Mme B... : 3 500 euros ;
- Mme B... contre Mme R... P...: 3 500 euros ;
- Mme B... contre M. E... : 3 000 euros.

Les pourvois paraissent recevables, la procédure régulière et l'affaire en état d'être jugée.

## 2 - Analyse succincte des moyens

### 2.1- Pourvoi de Mme R... P...n°X1710622

Dans un premier moyen à une branche unique, Mme R... P...fait grief à l'arrêt de dire qu'elle était, avec M. E..., **co-employeurs** de Mme B..., de les condamner solidairement à payer à la salariée diverses sommes au titre des heures supplémentaires, des heures de nuit, des congés payés, et à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, de dommages-intérêts pour harcèlement moral, de dommages-intérêts pour défaut de visite médicale, de repos compensateurs outre les congés payés afférents, d'indemnité pour travail dissimulé, ainsi qu'au titre des frais irrépétibles de première instance et d'appel, et de leur ordonner de lui remettre un certificat de travail, alors que *"hors l'existence d'une situation de coemploi caractérisée au sein d'un groupe de sociétés par une confusion d'intérêts, d'activités et de direction, le coemploi suppose que soit caractérisé un lien de subordination entre le salarié et les deux coemployeurs ; que l'existence d'une telle relation salariée présuppose l'existence d'un lien de subordination, qui est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des*

directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ; que la preuve de l'existence d'un lien de subordination pèse sur celui qui s'en prévaut ; qu'en l'espèce, pour retenir que Mme R... P...était coemployeur de Mme B..., aux côtés de M. E..., la cour d'appel s'est bornée à constater qu'elle exerçait un pouvoir de direction et de contrôle vis-à-vis de l'employée de maison en lui donnant des directives, ce que Mme R... P...expliquait par le fait qu'elle entendait disposer d'un droit de regard sur la façon dont Mme B... s'occupait de son enfant ; qu'en statuant ainsi sans constater, ni rechercher si Mme R... P...détenait également un pouvoir de sanction à l'égard de l'intéressée, condition indispensable pour que le lien de subordination soit caractérisé, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1221-1 du code du travail."

Dans un deuxième moyen articulé en cinq branches, Mme R... P...fait grief à l'arrêt de la condamner, avec M. E..., à verser à la salariée diverses sommes au titre des **heures supplémentaires, des heures de nuit, des congés payés, des repos compensateurs** outre les congés payés afférents et des frais irrépétibles, alors:

1°/ que "les employés de maison sont exclus du champ d'application de la législation relative à la durée du travail telle que prévue par le code du travail et relèvent exclusivement sur ces questions des règles fixées par les dispositions de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur ; que les dispositions de l'article L. 3171-4 du code du travail - texte qui n'est pas mentionné par l'article L.7221-2 du code du travail fixant les règles du code du travail applicables par exception aux employés de maison - ne trouvent donc pas à s'appliquer dans les litiges relatifs à la preuve de l'accomplissement d'heures de travail impayées par les employés de maison ; qu'il n'est pas contesté en l'espèce que Mme B... disposait de la qualité d'employée de maison assurant une « garde d'enfants » ; qu'en se fondant néanmoins sur les règles de répartition de la preuve prévues par l'article L. 3171-4 du code du travail pour faire droit à ses demandes à titre de rappel d'heures de nuit et de rappel d'heures supplémentaires, la cour d'appel a violé les articles L.7221-2 du code du travail et 1315 du code civil dans sa rédaction applicable au litige ;"

2°/ qu' "en se fondant sur les règles de répartition de la preuve prévues par l'article L. 3171-4 du code du travail pour faire droit aux demandes de l'employée de maison à titre de rappel de rappel d'heures de nuit et de rappel d'heures supplémentaires, la cour d'appel a violé les articles 6 et 15 de convention collective nationale des salariés du particulier employeur ;"

3°/ que "les employés de maison sont exclus du champ d'application de la législation relative à la durée du travail telle que prévue par le code du travail et relèvent exclusivement sur ces questions des règles fixées par les dispositions de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur ; qu'en se fondant néanmoins, pour faire droit aux demandes de Mme B..., sur les décomptes établis par l'employée de maison sur la base des règles de fixation et de calcul du temps de travail prévues par le code du travail, la cour d'appel a violé les articles 6 et 15 de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur ;"

4°/ qu' "en se fondant sur les dispositions des articles L. 3121-11 et D 3121-7 du code du travail - textes qui ne sont pas mentionnés par l'article L.7221-2 du code du travail fixant les règles du code du travail applicables par exception aux employés de maison – et ne trouvent donc pas à s'appliquer dans les litiges relatifs au travail des employés de maison, pour condamner Mme R... P...au paiement de repos compensateurs, la cour d'appel a violé l'article L.7221-2 du code du travail ;"

5°/ qu' "en matière prud'homale la preuve est libre ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a refusé de prendre en considération, sans les examiner, les deux attestations de Madame O... P..., au seul motif qu'il s'agissait de la fille de Mme R... P...; que la cour d'appel a ainsi retenu que « la fille de Mme R... P...vient au secours de sa mère, mais sa partialité filiale ne peut être exclue » (arrêt p. 5 § 8) ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le principe de liberté de la preuve en matière prud'homale, ensemble l'article L.7221-2 du code du travail."

Dans un troisième moyen articulé en deux branches, Mme R... P...fait grief à l'arrêt de la condamner, in solidum avec M. E..., à payer à la salariée une certaine somme à titre d'indemnité pour **travail dissimulé**, alors :

1°/ que "les employés de maison sont exclus du champ d'application de la législation relative à la durée du travail telle que prévue par le code du travail et relèvent exclusivement sur ces questions des règles fixées par les dispositions de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur ; qu'à ce titre ne leur sont pas applicables les dispositions du code du travail afférentes au travail dissimulé, dont l'article L.8223-1 du code du travail fixant des dommages-intérêts planchers à hauteur de 6 mois de salaire ; qu'en condamnant néanmoins Mme R... P...au versement de la somme de 15.198 € à titre de dommages intérêts « pour travail dissimulé prévue par l'article L. 8223-1 du code du travail », la cour d'appel a violé ce texte par fausse application, ensemble l'article L. 7221-2 du code du travail ;"

2°/ qu'en se fondant sur les dispositions de l'article L. 8223-1 du code du travail pour considérer que la dissimulation d'activité était caractérisée pour condamner Mme R... P...au versement de la somme de 15.198 €, la cour d'appel a violé l'article 15 de convention collective nationale des salariés du particulier employeur."

Dans un quatrième moyen articulé en deux branches, Mme R... P...fait grief à l'arrêt de la condamner, in solidum avec M. E..., à payer à la salariée une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour **licenciement sans cause réelle sérieuse**, alors :

1°/qu' "il résulte des dispositions combinées de l'article 12 de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999, étendue par arrêté du 2 mars 2000, et des articles L. 1111-1 et L. 7221-2 du code du travail, que le bien-fondé du licenciement de l'employé de maison pour une cause réelle et sérieuse n'est soumis qu'aux dispositions de la convention collective ; que constitue un motif réel et sérieux de rupture d'un contrat de garde d'un enfant la décision du particulier employeur de ne plus confier ledit enfant en garde compte tenu de son entrée au collège ; que c'est précisément le motif de licenciement qui était invoqué à l'appui du licenciement de Mme B..., la cour d'appel ayant elle-même constaté que le licenciement a été justifié par l'entrée au collège de l'enfant de Mme R... P...qui, dans ces conditions, n'avait plus besoin d'être gardé ; qu'en écartant néanmoins la cause réelle et sérieuse du licenciement, la cour d'appel a violé l'article 12 de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999, étendue par arrêté du 2 mars 2000, et les articles L. 1111-1 et L. 7221-2 du code du travail ;"

2°/ que "tout jugement doit être motivé, les motifs hypothétiques, dubitatifs, contradictoires ou inintelligibles équivalant à une absence de motifs ; qu'aussi en retenant, pour écarter le cause réelle et sérieuse du licenciement, que « l'animosité exprimée simultanément par Mme R... P...à l'encontre de Mme B... n'exclut pas que le motif exprimé dans la lettre de licenciement constituait un opportun prétexte pour rompre la relation contractuelle, la vraie cause de licenciement étant un sentiment subjectif de l'employeur envers la salariée, ce qui

*ne caractérise pas un motif licite de rupture », la cour d'appel – qui a statué de manière dubitative – a violé l'article 455 du code de procédure civile.*

Dans un cinquième moyen articulé en trois branches, Mme R... P...fait grief à l'arrêt de la condamner, in solidum avec M. E..., à payer à la salariée des sommes à titre de **dommages-intérêts** pour harcèlement moral et de dommages- intérêts pour défaut de visite médicale, alors :

1°/ qu'“en accordant à Mme B... des dommages et intérêts pour harcèlement moral sans caractériser quels agissements de l'employeur seraient constitutifs d'un tel harcèlement, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L 7221-2 et L. 1152-1 du code du travail ;”

2°/ qu' “en accordant des dommages et intérêts à Mme B... pour défaut de visite médicale, cependant que le particulier employeur n'est pas tenu d'organiser de telles visites médicales, la cour d'appel a violé l'article L. 7221-2 du code du travail, ensemble la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999, étendue par arrêté du 2 mars 2000 ;”

3°/ que “le juge ne peut condamner l'employeur au paiement de dommages et intérêts au motif que le salarié a subi un préjudice nécessaire ; qu'en accordant des dommages et intérêts à Mme B... « en réparation du nécessaire préjudice résultant du défaut d'organisation des visites médicales périodiques », la cour d'appel a derechef violé l'article 1147 du code civil dans sa version applicable au litige, ensemble le principe de réparation intégrale.”

## **2.2- Pourvoi de M. E... n°A1711131**

Dans un premier moyen articulé en deux branches, M. E... fait grief à l'arrêt de dire qu'il était, avec Mme R... P..., **co-employeur** de Mme B..., alors :

1°/ que “l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité du travailleur ; qu'en retenant la qualité de co-employeur de monsieur E..., sans rechercher, comme l'y avait invitée celui-ci (conclusions, p. 3 et pp. 5-6), si son intervention à l'égard de Mme B... ne résultait pas exclusivement, d'une part, du jugement rendu le 26 juillet 2007 par le tribunal de grande instance de Versailles, ayant homologué le protocole conclu entre monsieur E... et madame R... P...relativement aux modalités d'exercice de l'autorité parentale sur leur enfant commun, par lequel monsieur E... était obligé à la prise en charge du salaire de la garde de leur enfant, d'autre part, de sa qualité de parent de l'enfant gardé par Mme B..., d'où il résultait que les interventions de monsieur E..., loin de constituer de véritables directives ni un contrôle du travail de l'employée, se cantonnaient à des aspects financiers ou à l'exercice de sa propre autorité parentale sur l'enfant, excluant l'existence d'un véritable lien de subordination entre Mme B... et monsieur E... et donc la qualité d'employeur de celui-ci, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1221-1 du code du travail ;”

2°/ qu' “en disant que madame R... P...et monsieur E... poursuivaient un intérêt commun par l'emploi de Mme B..., intérêt tenant à la garde de leur enfant commun, tout en relevant que madame R... P...chargeait cette dernière de faire les courses pour elle ou sa fille (pressing, pharmacie, supermarché, alimentation), laquelle n'était pas la fille de monsieur

*E..., la cour d'appel, qui a statué par des motifs contradictoires en fait, a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile."*

Dans un deuxième moyen articulé en deux branches, Mme E... fait grief à l'arrêt de le condamner, solidairement avec Mme R... P..., à verser à la salariée diverses sommes au titre des **heures supplémentaires, du repos compensateur** et des congés payés afférents, alors :

1°/ que *"seules les heures supplémentaires effectuées à la demande ou avec l'accord de l'employeur peuvent donner lieu à rémunération ; qu'en s'abstenant de rechercher, comme elle y était invitée par monsieur E... (conclusions, p. 3 et pp. 7 et 8), si ce dernier avait demandé à la garde d'enfant d'effectuer des heures supplémentaires, cependant qu'elle constatait au demeurant que celle-ci travaillait au seul domicile de madame R... P...et réalisait également des travaux d'entretien pour cette dernière et la fille de celle-ci, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé l'existence d'un accord de monsieur E... à l'accomplissement d'heures supplémentaires, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3121-22 du code du travail ;"*

2°/ que *"la qualification d'employeur de monsieur E... est le soutien indispensable de toute condamnation à sa charge au titre du contrat de travail, de sorte qu'en l'état du lien de dépendance nécessaire unissant les diverses dispositions de l'arrêt, la cassation à intervenir sur le premier moyen du présent pourvoi, du chef de cette qualification d'employeur, emportera, par voie de conséquence, cassation des chefs de dispositif portant condamnations pécuniaires attaqués par le présent moyen, en vertu de l'article 624 du code de procédure civile."*

Dans un troisième moyen articulé en trois branches, M. E... fait grief à l'arrêt de le condamner, solidairement avec Mme R... P..., à payer à la salariée une certaine somme au titre du **travail de nuit**, alors :

1°/ que *"la présence de nuit du salarié du particulier employeur doit être prévue au contrat de travail, lequel est obligatoirement écrit ; qu'en se bornant à retenir, pour condamner monsieur E... au paiement d'heures de nuit au profit de Mme B..., que les nuits de « baby sitting » avaient été contractuellement incluses dans les tâches de la salariée car évoquées dans des courriers électroniques, sans constater que la présence de nuit de Mme B... était prévue à son contrat de travail, la cour d'appel a violé l'article 6, 1, de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999 ;"*

2°/ que *"par un courrier électronique du 1er octobre 2008, monsieur E... indiquait à Mme B... : « je n'avais pas noté les deux soirs par semaines de baby sitting que vous devez à madame P... ; je ne pense pas utile de la rajouter dans le contrat » ; qu'aux termes clairs et précis de ce document, monsieur E... n'avait pas consenti à ce que les heures de nuit entrent dans le champ contractuel ; qu'en retenant néanmoins, pour dire que les heures de nuit avaient été incluses dans la sphère contractuelle, qu'un tel courrier électronique validait en leur principe les heures de nuit, la cour d'appel a méconnu l'interdiction faite au juge de dénaturer les éléments de la cause ;"*

3°/ que *"la qualification d'employeur de monsieur E... est le soutien indispensable de toute condamnation à sa charge au titre du contrat de travail, de sorte qu'en l'état du lien de dépendance nécessaire unissant les diverses dispositions de l'arrêt, la cassation à intervenir sur le premier moyen du présent pourvoi, du chef de cette qualification d'employeur, emportera, par voie de conséquence, cassation du chef de dispositif portant condamnation*

*pécuniaire attaqué par le présent moyen, en vertu de l'article 624 du code de procédure civile."*

Dans un quatrième moyen articulé en deux branches, M. E... fait grief à l'arrêt de le condamner, solidairement avec Mme R... P..., à payer à la salariée une certaine somme au titre des **congés payés**, alors :

1°/ que *"par un courrier électronique en date du 1er octobre 2008, monsieur E... indiquait à Mme B... : « je n'ai pas de problème à rajouter dans ce contrat le fait que vous disposez comme vacances de toutes les vacances scolaires, même si je ne sais pas ce que ça vaut juridiquement » ; qu'aux termes clairs et précis de ce document, Mme B... avait souhaité disposer de congés pendant l'ensemble des vacances scolaires et fait une demande en ce sens, de sorte que lesdits congés n'avaient pas été imposés par l'employeur ; qu'en retenant néanmoins qu'aucun des documents produit aux débats n'établissait qu'une telle modalité de prise des congés n'avait pas été imposée par l'employeur, la cour d'appel a méconnu l'interdiction faite au juge de dénaturer les éléments de la cause ;"*

2°/ que *"la qualification d'employeur de monsieur E... est le soutien indispensable de toute condamnation à sa charge au titre du contrat de travail, de sorte qu'en l'état du lien de dépendance nécessaire unissant les diverses dispositions de l'arrêt, la cassation à intervenir sur le premier moyen du présent pourvoi, du chef de cette qualification d'employeur, emportera, par voie de conséquence, cassation du chef de dispositif portant condamnation pécuniaire attaqué par le présent moyen, en vertu de l'article 624 du code de procédure civile."*

Dans un cinquième moyen articulé en trois branches, M. E... fait grief à l'arrêt de le condamner, solidairement avec Mme R... P..., à verser à la salariée une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour **licenciement sans cause réelle et sérieuse**, alors :

1°/ que *"le contrat de travail peut être rompu par l'employeur pour tout motif constituant une cause réelle et sérieuse ; qu'en constatant, pour dire le licenciement de Mme B... dénué de cause réelle et sérieuse en raison de l'absence de suppression de son poste, que madame R... P... avait recruté quelques mois après le licenciement de Mme B... une salariée comme employée de maison et non comme garde d'enfant, ce dont il résultait pourtant que la nouvelle salariée exerçait des fonctions de nature différente et que le poste de Mme B... avait effectivement été supprimé, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 12 de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999 ;"*

2°/ qu' *"en s'abstenant de rechercher, comme elle y était invitée par monsieur E... (conclusions, p. 7), si ce dernier avait recruté un salarié pour assurer la garde de son enfant en remplacement de Mme B..., cependant qu'elle constatait par ailleurs que c'était madame R... P... qui avait à nouveau besoin d'un salarié travaillant à son domicile, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ;"*

3°/ que *"la qualification d'employeur de monsieur E... est le soutien indispensable de toute condamnation à sa charge au titre du contrat de travail, de sorte qu'en l'état du lien de dépendance nécessaire unissant les diverses dispositions de l'arrêt, la cassation à intervenir sur le premier moyen du présent pourvoi, du chef de cette qualification d'employeur, emportera, par voie de conséquence, cassation du chef de dispositif portant condamnation pécuniaire attaqué par le présent moyen, en vertu de l'article 624 du code de procédure civile."*

Dans un sixième moyen articulé en deux branches, M. E... fait grief à l'arrêt de le condamner, solidairement avec Mme R... P..., à payer à la salariée une certaine somme à titre de **dommages-intérêts pour harcèlement moral**, alors :

1°/ qu' *"en se bornant à retenir, pour condamner monsieur E... au titre d'un prétendu harcèlement moral envers Mme B..., que les employeurs ne parvenaient pas à démontrer que les faits allégués par la salariée étaient étrangers à un harcèlement, la cour d'appel, qui a statué par voie de simple affirmation, n'a pas donné de motifs à sa décision ni donc satisfait aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;"*

2°/ que *"la qualification d'employeur de monsieur E... est le soutien indispensable de toute condamnation à sa charge au titre du contrat de travail, de sorte qu'en l'état du lien de dépendance nécessaire unissant les diverses dispositions de l'arrêt, la cassation à intervenir sur le premier moyen du présent pourvoi, du chef de cette qualification d'employeur, emportera, par voie de conséquence, cassation du chef de dispositif portant condamnation pécuniaire attaqué par le présent moyen, en vertu de l'article 624 du code de procédure civile."*

Dans un septième moyen articulé en deux branches, M. E... fait grief à l'arrêt de le condamner, solidairement avec Mme R... P..., à payer à la salariée une certaine somme à titre de **dommages-intérêts pour défaut de visite médicale**, alors:

1°/ que *"tout manquement de l'employeur ne cause pas nécessairement un préjudice au salarié, de sorte qu'il appartient au juge de caractériser le préjudice subi par le salarié en suite dudit manquement ; qu'en retenant au contraire que le défaut d'organisation des visites médicales causerait nécessairement un préjudice au salarié, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016" ;*

2°/ que *"la qualification d'employeur de monsieur E... est le soutien indispensable de toute condamnation à sa charge au titre du contrat de travail, de sorte qu'en l'état du lien de dépendance nécessaire unissant les diverses dispositions de l'arrêt, la cassation à intervenir sur le premier moyen du présent pourvoi, du chef de cette qualification d'employeur, emportera, par voie de conséquence, cassation du chef de dispositif portant condamnation pécuniaire attaqué par le présent moyen, en vertu de l'article 624 du code de procédure civile."*

Dans un huitième moyen articulé en trois branches, M. E... fait grief à l'arrêt de le condamner, solidairement avec Mme R... P..., à payer à la salariée une certaine somme à titre d'indemnité pour **travail dissimulé**, alors :

1°/ que *"la dissimulation d'emploi salarié n'est caractérisée que si l'employeur a, de manière intentionnelle, mentionné sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué ; qu'en se bornant à énoncer, pour retenir que les échanges de courriers électroniques entre monsieur E... et madame R... P...faisaient ressortir leur prétendue conscience conjointe de ne pas faire figurer sur les bulletins de paie toutes les heures accomplies par la salariée, que le courrier électronique en date du 21 septembre 2011 était éloquent, sans préciser en quoi cette pièce aurait laissé apparaître une dissimulation intentionnelle d'emploi salarié, la cour d'appel a violé l'article L. 8221-5 du code du travail ;"*

2°/ que “par un courrier électronique en date du 18 janvier 2011, madame R... P...écrivait à monsieur E... : « Tu fais comme bon te semble sur l’augmentation ; il m’apparaît au demeurant que si l’on ajoute le logement, les repas qu’elle prend à la maison et les 17 semaines de vacances à sa rémunération on frôle l’indécence. Si tu souhaites c’est ton problème pas le mien » ; qu’il ne résultait pas de ce courrier électronique que monsieur E... ou madame R... P...auraient entendu dissimuler le nombre d’heures de travail réellement accomplies par Mme B... ; qu’en retenant néanmoins que les échanges de courriers électroniques entre monsieur E... et madame R... P...auraient fait ressortir leur prétendue conscience conjointe de ne pas faire figurer sur les bulletins de paie toutes les heures accomplies par la salariée, la cour d’appel a méconnu l’interdiction faite au juge de dénaturer les éléments de la cause ;”

3°/ que “la qualification d’employeur de monsieur E... est le soutien indispensable de toute condamnation à sa charge au titre du contrat de travail, de sorte qu’en l’état du lien de dépendance nécessaire unissant les diverses dispositions de l’arrêt, la cassation à intervenir sur le premier moyen du présent pourvoi, du chef de cette qualification d’employeur, emportera, par voie de conséquence, cassation du chef de dispositif portant condamnation pécuniaire attaqué par le présent moyen, en vertu de l’article 624 du code de procédure civile.”

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

- conditions de reconnaissance d’une situation de co-emploi (1<sup>er</sup> moyen des pourvois)
- durée du travail des salariés du particulier employeur : dispositions applicables à la preuve de l’existence ou du nombre d’heures de travail; repos compensateur; travail de nuit (2<sup>ème</sup> moyen du pourvoi n°X1710622 et 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> moyens du pourvoi n°A1711131)
- travail dissimulé (3<sup>ème</sup> moyen du pourvoi n°X1710622 et 8<sup>ème</sup> moyen du pourvoi n°A1711131)
- cause réelle et sérieuse du licenciement (4<sup>ème</sup> moyen du pourvoi n°X1710622 et 5<sup>ème</sup> moyen du pourvoi n°A1711131)
- dommages-intérêts pour harcèlement moral et défaut de visite médicale (5<sup>ème</sup> moyen du pourvoi n°X1710622 et 6<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> moyens du pourvoi n°A1711131)
- congés payés (4<sup>ème</sup> moyen du pourvoi n°A1711131)

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

**4-1. Conditions de reconnaissance d’une situation de co-emploi (1<sup>er</sup> moyen des pourvois n°X1710622 et A1711131)**

Le co-emploi correspond à la situation d'un salarié qui se trouve juridiquement, dans le cadre d'un contrat de travail, lié avec une autre personne que celle que le contrat (au sens d'*instrumentum*) désigne comme employeur.

Il est rappelé que « *l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donné à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* » (Soc., 1er décembre 2005, pourvoi n° 05-43.031, Bull. 2005, V, n° 349).

Dans l'hypothèse d'un co-emploi, il n'existe pas deux contrats de travail distincts, mais un contrat de travail unique (Soc., 1 juin 2004, pourvoi n° 01-47.165, 02-40.002).

L'intérêt du co-emploi réside dans la possibilité, pour le salarié, de se retourner à la fois contre l'employeur désigné par le contrat et contre le tiers reconnu coemployeur, les deux étant codébiteurs solidaires des obligations nées du même contrat de travail.

La notion de co-emploi a donné lieu à une jurisprudence abondante et à des controverses doctrinales. Il en ressort deux approches de la qualité de coemployeurs, la première juridique, la seconde économique.

L'approche juridique, qui concerne les personnes physiques, consiste à rechercher l'existence d'un lien de subordination entre un ou des salariés et un tiers, l'intervention de ce dernier dans la direction du personnel d'une autre entreprise démontrant qu'il existe un lien de subordination caractéristique du contrat de travail.

Cette approche, reposant sur l'existence d'un double lien de subordination, est ancienne, mais toujours d'actualité (Soc., 7 février 1980, n° 78-41.542, Bull.n°116 ; Soc., 2 avril 1992, n° 88-44.105, Bull. n°241 ; Soc., 10 janvier 2012, n° 10-19.591 ; Soc., 23 juin 2016, pourvoi n° 15-14.242 ).

Le lien de subordination est caractérisé par « *l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution, et de sanctionner les manquements de son subordonné* » (Soc.13 novembre 1996, n°94-13.187, Bull., n° 386 ; Soc. 30 novembre 2010, n°10-30.086; Soc. 29 septembre 2015, n°14-18.142 ; Soc. 24 septembre 2015, n°14-16.546 ; Soc. 28 janvier 2016, n°14-21.998).

Selon la jurisprudence constante de la Cour, les éléments constitutifs du rapport de subordination doivent résulter des circonstances de fait, c'est à dire des conditions réelles d'exercice de l'activité du salarié (Plén., 4 mars 1983, Bull. civ. Ass. Plén., n° 3 ; Soc. 9 mai 2001, Bull. civ. V, n 155 ; Soc. 5 mai 2010 n°08-45.323 ; Soc. 31 mars 2016, n°14-16.150).

Voir les arrêts de cassation, au visa de l'article L. 1221-1 du code du travail, cités dans le mémoire ampliatif de Mme R... P..., qui soutient que ces éléments ont un caractère cumulatif :

- Soc., 1 juill. 2009, n° 08-40.513 :

(...)

*Qu'en statuant ainsi, **sans rechercher**, tant pour la période antérieure au 30 septembre 2005 que pour la période postérieure, **s'il existait ou non des éléments propres à caractériser le pouvoir de l'employeur de donner des ordres et des directives, de contrôler l'exécution du travail, et de sanctionner les éventuels manquements de l'intéressé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision** ;*

- Soc. 25 mai 2011, n°09-68.116 :

*Attendu que **le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité de l'employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné** ;*

*Attendu que la cour d'appel, statuant sur contredit, a, par motifs adoptés, retenu que M. K..., qui ne résidait pas alors en France, avait adressé à M. L... deux courriers par lesquels il lui donnait des ordres précis sur le détail des travaux à effectuer, qu'il en surveillait l'exécution par l'intermédiaire de son épouse, qu'il apportait les matériaux et fournitures, que ces travaux donnaient lieu à une rémunération et que l'ordre donné le 21 juin 2007 de stopper les travaux traduisait en fait une sanction ;*

*Qu'en statuant par de tels motifs, impropres à caractériser le lien de subordination déterminant l'existence d'un contrat de travail, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;*

C'est à celui qui se prévaut de l'existence d'un contrat de travail, qu'il revient d'établir ce dernier, et en particulier le lien de subordination avec l'employeur revendiqué (Soc. 23 septembre 2015, n°13-14.424 ; Soc. 22 septembre 2015, n°14-15.381).

La Cour exerce un contrôle dit léger des conséquences juridiques que les juges du fond tirent de leurs constatations souveraines, quant à la valeur et la portée des éléments de preuve soumis à leur appréciation, pour caractériser l'existence ou non d'une situation de co-emploi (2e Civ., 22 janvier 2015, pourvoi n° 13-28.414 ; Soc., 4 février 2016, pourvoi n° 14-20.584).

Par exemple en faveur d'une reconnaissance de situation de co-emploi, elle a jugé qu'il n'était pas nécessaire de caractériser un lien de subordination individuel entre le salarié et celui dont la qualité de co-employeur est judiciairement constatée, la confusion d'intérêts, d'activités et de direction suffisant à conférer la qualité de co-employeurs (Soc., 28 septembre 2011, pourvois n° 10-12.278 à 10-13.386; Soc., 3 mai 2012, pourvoi n°10-27.461 ; Soc., 12 septembre 2012, pourvois n° 11-12.351 à 11-12.439; Soc., 20 février 2013, pourvoi n° 11-19.305, ci-après reproduit) :

*Mais attendu qu'**appréciant souverainement les éléments de fait qui lui étaient soumis**, la cour d'appel a retenu que la société Wirth et Gruffat était devenue une filiale à 100 % de la société Autania AG, qui appartenait au Groupe X..., que M. X..., président de la société Wirth et Gruffat, exerçait des fonctions équivalentes dans la société Autania AG, que le domaine exclusif d'activité du Groupe X... comme des deux sociétés était identique, à savoir la fabrication de machines-outils et d'outils, que ces sociétés avaient une clientèle commune, ainsi que des fournisseurs et prestataires communs, que la société Autania AG a conçu, financé et mis en oeuvre le plan de relance de la société Wirth et Gruffat, que M. Y..., consultant choisi par le Groupe X..., a assuré la direction de fait de la société Wirth et Gruffat pendant la mise en oeuvre de ce plan, que ce groupe a assuré un soutien financier à cette société jusqu'à la fin du mois de juin 2008 ; **qu'elle a pu en déduire qu'il existait entre les***

**sociétés Wirth et Gruffat et Autania AG une confusion d'intérêts, d'activités et de direction suffisant à conférer à la société Autania AG la qualité de coemployeur à l'égard du personnel de la société Wirth et Gruffat ; que le moyen n'est pas fondé ;**

Dans le même sens un arrêt approuvé dont avait pu être déduit de ses constatations une confusion d'activités, d'intérêts et de direction conduisant la société mère à s'immiscer directement dans la gestion de sa filiale et dans la direction de son personnel (Soc. 30 novembre 2011, pourvois n° 10-22.964 à 10-22.985 & 10-22.994, Bull. 2011, V, n° 284).

Par exemple à l'inverse en l'absence de situation de co-emploi économique (Soc., 24 mai 2018, pourvois n° 17-15.630 à 17-15.879, Bull. 2018, V, en cours de publication):

*Mais attendu qu'**appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve soumis à son examen**, la cour d'appel, qui a constaté que la société Métaleurop Nord avait conservé son autonomie décisionnelle dans ses fonctions de production et le respect des réglementations, dans sa gestion comptable et dans celle des ressources humaines pour le personnel non cadre, et retenu que l'intervention de la société mère dans la nomination des instances dirigeantes et du contrôle de leur action ou l'attribution d'une prime exceptionnelle aux cadres dirigeants, ainsi que dans la gestion financière de la filiale par le biais d'une convention d'assistance technique et de gestion de trésorerie n'excédait pas la nécessaire coordination des actions économiques entre deux sociétés appartenant à un même groupe, **a pu en déduire l'absence de la qualité de coemployeur** de la société Métaleurop SA ; que le moyen n'est pas fondé ;*

Dans le cas particulier des salariés employés de maison du particulier employeur, la Cour a jugé dans des arrêts publiés cités par le mémoire en défense de Mme B..., au visa de l'article 220 du code civil, les dettes nées du contrat de travail d'une employée de maison occupée au domicile d'un des époux obligent le conjoint de l'employeur solidairement avec celui-ci, même s'ils sont séparés de biens et en instance de divorce, dès lors que le contrat a pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants communs :

- Soc., 8 juin 2005, pourvoi n° 02-47.689, Bull. 2005, V, n° 197 :

*Vu l'article 220 du Code civil ;*

*Attendu qu'il résulte de ce texte que **toute dette contractée par l'un des époux pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants oblige l'autre solidairement quel que soit le régime matrimonial** ;*

*Attendu que, pour exclure la solidarité entre les époux Z... et rejeter toute demande dirigée contre M. Z..., la cour d'appel retient que la date d'embauche n'est pas certaine, qu'il n'est pas démontré que celui-ci ait été l'employeur de Mme T..., que les époux étaient séparés de biens, et que la date de leur séparation, avant divorce, n'est pas précisée ;*

*Qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants, et **sans rechercher si le contrat de travail conclu avec l'employée de maison occupée au domicile de l'épouse n'avait pas pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants communs**, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;*

Que la cassation est encourue de ce chef ;

- Soc., 11 mars 2009, pourvoi n° 07-43.977, Bull. 2009, V, n° 73, sommaire : **Donne une base légale à sa décision la cour d'appel qui, après avoir constaté que la relation de travail d'un employé de maison engagé par le mari s'était poursuivie après la séparation puis le divorce des époux et le décès de celui-ci au profit de l'épouse, en déduit que le salarié se trouvait sous la subordination juridique de cette dernière en sa qualité d'employeur conjoint au cours de la période considérée.**

Dans ses conclusions d'appel, Mme R... P... soulignait que n'ayant pas été mariée à M. E..., la solidarité existant entre époux ne saurait être étendue au couple en situation de concubinage (production MA n°2, p.12§2).

Au cas présent, la cour d'appel a énoncé (arrêt p. 2 §8 à p.4 §1) :

*“Attendu que sauf à compléter leur motivation les premiers juges doivent être approuvés en ce qu'ils ont retenu que Mme R... P... et M. E... avaient été les co-employeurs de Mme B..., de sorte qu'ils sont in solidum tenus des obligations découlant du contrat de travail et de sa rupture ainsi que de la réparation des préjudices de la salariée qu'ils ont par suite chacun contribué à créer entièrement ;*

*Qu'en effet il importe à cet égard, comme le fait valoir Mme B..., que le juge conformément à l'article 12 du Code de Procédure Civile restitué aux faits et actes juridiques leur exacte qualification au-delà de leur dénomination conférée par les parties, et il y a lieu de rechercher les conditions effectives d'exécution du contrat de travail, et plus particulièrement du lien de subordination par l'exercice du pouvoir de donner des directives qui est l'élément constitutif essentiel de la qualité d'employeur .*

*Attendu que vainement M. E... tente contre l'évidence de soutenir qu'il ne saurait rien et qu'il devrait être mis hors de cause, s'étant borné à accomplir les actes apparents et formels du contrat de travail (rédaction des documents, paiement du salaire, notification du licenciement) et que seule Mme R... P... agissait comme employeur effectif ; Que déjà l'accomplissement des actes précités démontre cette exécution par lui des prérogatives de l'employeur, et des mails produits aux débats, tant échangés entre M. E... et Mme B... ou Mme R... P... il apparaît qu'il donnait des directives (sur les congés, les horaires notamment pour que l'enfant soit prêt lorsqu'il viendrait le chercher, sur les projets d'augmentations de salaires) ; Que du reste Mme B... lui rendait compte de l'exécution de ses tâches ; Que sur tous ces points et sur la rupture du contrat M. E... se concertait avec Mme R... P....*

*Attendu que de même Mme R... P... exerçait le pouvoir de direction, étant observé que les conventions conclues entre elle-même et M. E... quant à la prise en charge financière de l'emploi de Mme B... sont inopposables à la salariée ; Qu'ainsi c'était Mme R... P... qui mettait à disposition le lieu de travail - à savoir son domicile - ainsi que la nourriture et le logement de fonction qui était un accessoire du contrat de travail ; Qu'elle exerçait un contrôle sur l'accomplissement de ses tâches par Mme B..., et ainsi notamment elle écrit elle-même dans des mails à M. E... (et ce dernier lui mettait en copie tous ses échanges avec la salariée) qu'elle rentrait parfois à l'improviste pour s'assurer du travail fourni et de la qualité de celui-ci, de prétendus manquements de l'intimée lui ayant été signalés par ses autres employés de maison ; Qu'elle chargeait à l'évidence Mme B... de faire les courses pour elle ou sa fille (pressing, pharmacie, Monoprix, alimentation ...) - ce qui ne relevait du reste pas des fonctions contractuelles qualifiées de garde d'enfant - et elle fournissait le moyen de paiement par la remise d'une carte bancaire ; Que les multiples factures, tickets de caisse (portant pour certains le nom de P... comme le compte Pharmacie) avec un*

numéro de carte bancaire sans que Mme R... P...ne contredise que ce moyen de paiement était à son nom constituent une preuve suffisante du constat qui précède.

*Attendu que Mme B... souligne exactement que Mme R... P...et M. E... poursuivaient en l'employant un intérêt commun - la garde de leur enfant - et qu'ils contribuaient chacun par leurs directives et la fourniture des salaires et avantages en nature à l'exécution de la relation contractuelle ; Que les critères du co-emploi sont ainsi réunis ; Que du reste par mail de janvier 2014[2011?] en écrivant à M. E... : 'Je ne vois pas pourquoi tu as demandé à XT..... de réfléchir à sa situation à compter de septembre 2011 et de nous faire des propositions. C'est à nous de réfléchir ensemble à cela (je te rappelle que c'est moi qui la loge) et de lui faire s'il y a lieu une proposition tenant compte de ce qui peut être bien pour YV... Je suis à ta disposition pour en parler', Mme R... P...confirmait bien sa volonté effective non équivoque de donner conformément avec celui-là des directives et de faire des propositions contractuelles » .*

Pour contester respectivement leur qualité de co-employeur par la caractérisation d'un lien de subordination, Mme R... P...et M. E... reprochent à la cour d'appel un manque de base légale :

- Mme R... P...: pour s'être bornée à constater qu'elle exerçait un pouvoir de direction et de contrôle à l'égard de la salariée, sans constater ni rechercher si elle détenait également un pouvoir de sanction ;
- M. E... : pour n'avoir pas recherché, comme elle y était invitée, si son intervention à l'égard de la salariée ne résultait pas exclusivement, d'une part, des aspects financiers du jugement ayant homologué le protocole d'accord entre les parents relatif aux modalités d'exercice de l'autorité parentale sur leur enfant commun et, d'autre part, de sa qualité de parent de l'enfant gardé (1<sup>ère</sup> branche).

M. E... articule par ailleurs un grief disciplinaire de motifs contradictoires (2<sup>ème</sup> branche).

Il appartiendra à la Cour de se prononcer sur les mérites des moyens.

#### **4-2. Durée du travail des salariés du particulier employeur\_(2<sup>ème</sup> moyen du pourvoi n°X1710622 et 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> moyens du pourvoi n°A1711131)**

4-2-1. Le deuxième moyen pris en ses trois premières branches du pourvoi de Mme R... P...pose la question des dispositions applicables à la preuve et au calcul des heures de travail -supplémentaires et de nuit- effectuées par la salariée du particulier employeur.

Les employeurs étant des particuliers et non des entreprises, le régime juridique applicable à la relation de travail des employés de maison obéit à un régime juridique spécifique, organisé par la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999, le code du travail prévoyant cependant des exceptions en faveur du régime du droit commun du contrat de travail.

L'article L. 7221-2 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n°2011-867 du 20 juillet 2011, énumère les dispositions du code du travail applicables aux

salariés employés de maison des particuliers employeurs, qui sont soumis à un régime dérogatoire : « *Sont seules applicables au salarié défini à l'article L. 7221-1 les dispositions relatives :*

1° *Au harcèlement moral, prévues aux articles L. 1152-1 et suivants, au harcèlement sexuel, prévues aux articles L. 1153-1 et suivants ainsi qu'à l'exercice en justice par les organisations syndicales des actions qui naissent du harcèlement en application de l'article L. 1154-2 ;*

2° *A la journée du 1er mai, prévues par les articles L. 3133-4 à L. 3133-6 ;*

3° *Aux congés payés, prévues aux articles L. 3141-1 à L. 3141-33, sous réserve d'adaptation par décret en Conseil d'Etat ;*

4° *Aux congés pour événements familiaux, prévues à la sous-section 1 de la section 1 du chapitre II du titre IV du livre Ier de la troisième partie ;*

5° *A la surveillance médicale définie au titre II du livre VI de la quatrième partie »*

Le mémoire ampliatif de Mme R... P...oppose le caractère limitatif conféré par la loi n°2008-67 du 21 janvier 2008, ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative), à la liste prévue par l'article L 7221-2 du code du travail.

L'ancien article L. 772-2 du code du travail prévoyait que « *Les dispositions des articles [...] sont applicables aux employés de maison ».*

La Cour de cassation affirmait que la liste des textes mentionnés à cet article n'était pas limitative (Soc., 19 novembre 2003, pourvoi n° 01-43.456, Bull. 2003, V, n° 291). Elle a maintenu cette jurisprudence après la recodification du code du travail, par des arrêt publiés :

- Soc., 29 juin 2011, n° 10-11.525, Bull. 2011, V, n° 178 : *Mais attendu que les dispositions de l'article R. 1234-2 du code du travail, selon lesquelles l'indemnité de licenciement ne peut être inférieure à un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté, s'appliquent à tous les salariés y compris les employés de maison, **la liste des textes mentionnés à l'article L. 7221-2 du même code n'étant pas limitative** ; que, sans excéder ses pouvoirs, la juridiction des référés en a exactement déduit que la créance de la salariée n'était pas sérieusement contestable ; que le moyen n'est pas fondé ;*

- Soc., 10 juillet 2013, n° 12-21.380, Bull. 2013, V, n° 191 : *Vu les articles L. 7221-2 et L. 1226-14 du code du travail ;*

*Attendu que les dispositions de l'article L. 1226-14 du code du travail, selon lesquelles la rupture du contrat de travail, dans les cas prévus au deuxième alinéa de l'article L. 1226-12 ouvre droit, pour le salarié, notamment à une indemnité spéciale de licenciement qui, sauf dispositions conventionnelles plus favorables, est égale au double de l'indemnité prévue par l'article L. 1234-9, s'appliquent à tous les salariés y compris les employés de maison, **la liste des textes mentionnés à l'article L. 7221-2 du même code n'étant pas limitative** ;*

*Attendu que pour débouter la salariée de sa demande tendant au paiement de l'indemnité prévue à l'article L. 1226-14 du code du travail, l'arrêt retient que l'article 12 a) de la convention collective prévoit que l'indemnité de licenciement est calculée à hauteur de 1/10e de mois par année d'ancienneté de services continus chez le même employeur et qu'aucune disposition spécifique n'est prévue en cas de licenciement pour inaptitude ;*

*Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;*

- Soc., 20 novembre 2013, n° 12-20.463, Bull. 2013, V, n° 276 : *Mais attendu, d'abord, qu'abstraction faite du motif critiqué par la première branche du moyen, **les dispositions de l'article L. 7221-2 du code du travail ne font pas obstacle à l'application aux employés de maison des dispositions légales relatives au travail dissimulé ;***

*Et attendu, ensuite, que la cour d'appel a condamné Mme PV... en sa qualité d'ayant droit et non de conjoint M. PV... ;*

Selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, les dispositions du code du travail relatives à la durée du travail et au travail à temps partiel ne sont pas applicables aux employés de maison qui travaillent au domicile de leur employeur et sont soumis à la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999 (Soc. 17 octobre 2000, n° 98-43.443, Bull. civ. V, n° 335 ; Soc., 13 juillet 2004, n° 02-43.026, Bull. civ. V, n° 221).

- Soc., 5 juillet 2017, n° 16-10.841, Bull. V, n°115 :

***Vu les articles L. 3123-14, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, L. 7221-1, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 et L. 7221-2, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2011-867 du 20 juillet 2011, du code du travail, ensemble la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999 ;***

*Attendu que, pour accueillir la demande de la salariée en rappels de salaire, l'arrêt retient qu'il n'est pas contesté que cette salariée a vu son volume horaire de travail diminuer, à compter de 2004, puis à compter de septembre 2005, les enfants de la famille ayant grandi, qu'aucun avenant n'a été signé entre les parties, alors même que l'exigence d'un contrat écrit, dans le cadre d'un temps partiel, s'applique non seulement au contrat initial mais également aux avenants modifiant la durée du travail en application de l'article L. 3123-14 du code du travail, que si l'employeur prétend que la salariée a accepté cette modification de son contrat de travail, il n'en rapporte pas la preuve dès lors que l'accord du salarié doit être exprès ;*

***Attendu, cependant, qu'il résulte de la combinaison des articles L. 3123-14 et L. 7221-2 du code du travail que les dispositions de ce code relatives à la durée du travail et au travail à temps partiel ne sont pas applicables aux employés de maison qui travaillent au domicile privé de leur employeur et sont soumis à la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999 ;***

*Qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans rechercher, ainsi qu'il lui était demandé, si la salariée en contresignant la lettre de rupture du 7 juillet 2008 mentionnant les tâches et les horaires qu'elle effectuait depuis plusieurs années n'avait pas reconnu que les parties étaient convenues verbalement de modifier le contrat de travail en réduisant la durée de travail, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés ;*

- Soc. 7 décembre 2017, n° 16-12.809, Bull. V, n°210 :

***Vu les articles L. 3123-14, L. 7221-1, et L. 7221-2 du code du travail, dans leur rédaction applicable au litige, ensemble la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999 ;***

*Attendu que pour condamner l'employeur à payer à la salariée un rappel de salaire, l'arrêt retient que l'intéressée a été embauchée sans contrat de travail écrit pour effectuer un travail au domicile de l'employeur, qu'elle a été rémunérée par le biais de chèques emploi-service, que si l'article L. 7221-2 du code du travail ne cite pas l'article L. 3123-14 du code du travail parmi les dispositions applicables aux employés de maison, la liste n'est pas limitative, les particuliers ayant des employés de maison à leur service ne sauraient se dispenser d'appliquer cet article alors même que la convention collective nationale impose la rédaction d'un contrat écrit pour tous les salariés y compris ceux travaillant à temps complet, que la salariée ayant travaillé plus de huit heures par semaine, le contrat est donc, faute d'être écrit, présumé à temps complet, que faute de justifier du temps de travail accompli par son employeur de maison, ni même de ses temps de présence en Normandie puisque sa résidence principale se trouvait en région parisienne, l'employeur ne rapporte pas la preuve qui lui incombe des heures de travail effectuées exactement par la salariée, qu'il y a lieu de le condamner à verser à la salariée la somme que cette dernière réclame en complément de celles perçues pour rémunérer le temps plein présumé ;*

**Attendu, cependant, qu'il résulte de la combinaison des articles L. 3123-14 et L. 7221-2 du code du travail que les dispositions de ce code relatives à la durée du travail et au travail à temps partiel ne sont pas applicables aux employés de maison qui travaillent au domicile privé de leur employeur et sont soumis à la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999 ;**

*Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'elle avait constaté que l'employeur occupait la salariée plus de huit heures par semaine sans contrat écrit, la cour d'appel, à qui il appartenait d'évaluer le nombre d'heures de travail accomplies par la salariée et de fixer les créances de salaire s'y rapportant, a violé les textes susvisés ;*

- Soc., 7 mars 2018, n°16-25.280 :

**Vu les articles L. 3111-1, L. 7221-1 et L. 7221-2 du code du travail, ensemble la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999 ;**

*Attendu que pour condamner M. QP... à verser à chacun des époux JK... certaines sommes à titre de rappel de salaires, congés payés afférents, leur remettre certains documents sous astreinte, l'arrêt retient que M. et Mme JK... affirment qu'ils effectuaient le temps de travail prévu par la convention collective applicable pour un temps plein, soit 174 heures mensuelles chacun, puisque le contrat de travail écrit ne mentionne aucune durée de travail en dehors de l'indication qu'ils étaient à leur poste de gardien 6 jours sur 7, que la présomption de travail à temps plein s'applique à la relation de travail, que néanmoins, il s'agit d'une présomption simple que l'employeur peut renverser, qu'à cet effet, M. QP... a fait chronométrer par huissier de justice les activités conférées aux époux JK... pour aboutir au temps de travail qu'il indique de 4,20 heures de travail par semaine lorsqu'il était présent (soit 18,18 heures/mois) et 5,20 heures en son absence (soit 22,51 heures/mois), que cependant il omet dans son calcul du temps de travail de compter le temps passé par les gardiens à la surveillance des lieux, alors qu'il s'agit du motif principal du recours à leur service, qu'il ne fournit pas à la cour le décompte de ses périodes de présences et d'absences sur sa propriété, qu'il en résulte que M. et Mme JK... devaient effectivement se tenir en permanence présents à leur poste de travail et que M. QP... reste en défaut de renverser la présomption de travail à temps complet ;*

**Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte de la combinaison des articles L. 3111-1 et L. 7221-2 du code du travail que les dispositions de ce code relatives à la durée du travail ne sont pas applicables aux employés de maison qui travaillent au domicile**

**privé de leur employeur lesquels sont soumis à la convention collective nationale de travail des employés de maison de sorte qu'il lui appartenait, en l'absence de précision de la durée du travail, de déterminer leur temps de travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;**

- plus récemment un arrêt de rejet Soc., 23 janvier 2019, pourvoi n° 17-26.748 :

**Mais attendu qu'il résulte de la combinaison des articles L. 3123-14 et L. 7221-2 du code du travail que les dispositions de ce code relatives à la durée du travail et au travail à temps partiel ne sont pas applicables aux employés de maison qui travaillent au domicile privé de leur employeur et sont soumis à la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999 ; que le moyen, inopérant en sa seconde branche, n'est pas fondé ;**

En revanche, il n'en va pas de même de celles de l'article L. 212-1-1 devenu L. 3171-4 du code du travail relatives à la preuve de l'existence ou du nombre d'heures de travail effectuées, qui relèvent du régime probatoire spécifique du droit social (Soc., 19 mars 2003, pourvoi n° 00-46.686, Bull. 2003, V, n° 103) :

Sur le moyen unique :

Attendu que, prétendant avoir été engagée en qualité d'employée de maison au service de Mlle WM... du 1er juillet 1995 au 17 juin 1996, Mlle IB...I a saisi la juridiction prud'homale de demandes en rappels de salaires, d'indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et indemnité de rupture ;

Attendu que Mlle WM... fait grief à l'arrêt attaqué (Caen, 23 octobre 2000) d'avoir fait droit à ces demandes, alors, selon le moyen :

1°) qu'il résulte des dispositions combinées des articles L. 200-1 et L. 772-2 du Code du travail que les dispositions du Code du travail relatives à la durée du travail ne sont pas applicables aux employés de maison qui travaillent au domicile privé de leur employeur et sont soumis à la Convention collective nationale de travail des employés de maison ; qu'en exigeant néanmoins de Mlle WM... qu'elle fournisse des éléments propres à justifier des horaires de Mlle IB...I, la cour d'appel a violé par fausse application l'article L. 212-1-1 du Code du travail ;

2°) qu'il résulte des dispositions combinées des articles L. 200-1 et L. 772-2 du Code du travail que les dispositions du Code du travail relatives à la durée du travail ne sont pas applicables aux employés de maison qui travaillent au domicile privé de leur employeur et sont soumis à la Convention collective nationale de travail des employés de maison ; qu'en exigeant néanmoins de Mlle WM... qu'elle fournisse des éléments propres à justifier des horaires de Mlle IB...I, la cour d'appel a appliqué une disposition du Code du travail inapplicable à l'espèce et a donc violé par refus d'application les articles L. 200-1 et 772-2 du Code du travail ;

(...)

**Mais attendu, d'abord, que si les dispositions du Code du travail relatives à la durée du travail ne sont pas applicables aux employés de maison qui travaillent au domicile privé de leur employeur et sont soumis à la Convention collective nationale de travail des employés de maison, il n'en va pas de même de celles de l'article L. 212-1-1 du Code du travail relatives à la preuve de l'existence ou du nombre d'heures de travail effectuées ;**

*Attendu, ensuite, que, faisant une exacte application de ce texte, la cour d'appel a retenu, sans encourir les griefs de la dernière branche du moyen, que la salariée travaillait effectivement ou était à la disposition de Mlle WM... tous les jours de 9 heures à 17 heures 30 et qu'elle devait percevoir un rappel de salaire sur une base mensuelle brute dont le montant n'était pas discuté ;*

*Et attendu, enfin, qu'il ne résulte pas des conclusions que Mlle WM... ait soutenu devant la cour d'appel qu'il y avait lieu d'opérer une distinction entre les heures de travail effectif et les heures de "présence responsable" ;*

*D'où il suit que le moyen qui, dans sa troisième branche, est irrecevable comme nouveau et mélangé de fait et de droit, n'est pas fondé pour le surplus ;*

Un commentaire de cette décision publiée est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n°817, juin 2003 : "(...) Si la durée du travail des employés de maison est dérogatoire au régime légal institué à l'article L. 212-1 du code du travail (qui fixe la durée légale du travail effectif des salariés à trente-cinq heures par semaine), la Cour de cassation juge, dans son arrêt du 19 mars 2003, que la preuve de l'existence et du nombre d'heures de travail effectuées obéit au régime posé à l'article L. 212-1-1 dudit code : la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties. Le juge ne peut donc pour rejeter une demande en paiement d'heures supplémentaires se fonder exclusivement sur l'insuffisance des preuves apportées par le salarié ; il doit examiner les éléments que l'employeur est tenu de lui fournir de nature à justifier les horaires effectivement réalisés. **La circonstance que la convention collective applicable aux employés de maison déroge au régime légal de la durée du travail est inopérante à écarter les règles légales posées en matière de preuve de la durée effective du travail**".

La Cour a transposé cette solution pour une assistante maternelle du particulier employeur (Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 10-19.684, Bull. 2011, V, n° 147):

*Vu l'article L. 3171-4 du code du travail ;*

*Attendu que pour débouter Mme BG... de sa demande tendant au paiement de rappels de salaire, des congés payés afférents ainsi qu'à la remise des bulletins de paie et d'une attestation Assedic rectifiés, le jugement retient que les articles 6 et 9 du code de procédure civile rappellent respectivement qu'à l'appui de leurs prétentions les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder et d'en rapporter la preuve conformément à la loi, que le calcul du rappel de salaire est impossible à vérifier, que la preuve n'en est donc pas rapportée ;*

***Attendu cependant que si les dispositions du code du travail relatives à la durée du travail ne sont pas applicables aux assistants maternels employés par les particuliers qui sont soumis à la convention collective nationale du 1er juillet 2004, il n'en va pas de même de celles de l'article L. 3171-4 du code du travail relatives à la preuve de l'existence ou du nombre des heures effectuées ;***

*Qu'en statuant comme il l'a fait, le conseil de prud'hommes, qui a fait peser la charge de la preuve de l'existence et du nombre d'heures de travail accomplies sur la seule salariée, a violé le texte susvisé*

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 31-35, 2 août 2011, Jurisprudence, n° 1375, p. 18 à 20, note Thibault

Lahalle ("Heures de travail accomplies par un assistant maternel : question de preuve"). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 8-9/11, août 2011, décision n° 734, p. 659-660.

De même la solution a été confirmée pour une assistante de vie du particulier employeur effectuant un travail de nuit (Soc., 27 juin 2012, pourvoi n° 11-18.010, Bull. 2012, V, n° 199) :

***Vu l'article 6 de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999, étendue par arrêté du 2 mars 2000, ensemble l'article L. 3171-4 du code du travail ;***

*Attendu, selon le premier de ces textes, que la présence de nuit, compatible avec un emploi de jour, s'entend de l'obligation pour le salarié de dormir sur place dans une pièce séparée, sans travail effectif habituel, tout en étant tenu d'intervenir éventuellement dans le cadre de sa fonction, que cette présence de nuit sera prévue au contrat et rémunérée pour sa durée par une indemnité forfaitaire dont le montant ne pourra être inférieur à 1/6 du salaire conventionnel versé pour une même durée de travail effectif, que cette indemnité sera majorée en fonction de la nature et du nombre des interventions, que si le salarié est appelé à intervenir toutes les nuits à plusieurs reprises, toutes les heures de nuit sont considérées comme des heures de présence responsable ; **qu'en vertu du second, lequel est applicable en cas de litige sur l'existence et le nombre des interventions, il appartient au salarié d'étayer sa demande par la production d'éléments suffisamment précis pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments ;***

*Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme VP..., épouse SP..., a été engagée à compter du 1er septembre 2004 en qualité d'assistante de vie par WP... OZ... ; que ce dernier est décédé le 2 janvier 2006 ; que la salariée a saisi la juridiction prud'homale de demandes à l'encontre de sa veuve, Mme JH... ;*

*Attendu que pour débouter la salariée de sa demande de complément de salaire, l'arrêt retient que celle-ci affirme, sans apporter le moindre élément de preuve, qu'elle intervenait toutes les nuits à plusieurs reprises, qu'en raison de la présence de Mme JH... auprès de son époux et faute d'indication sur les besoins d'assistance de ce dernier, la salariée ne peut revendiquer que les dix heures de présence de nuit soient considérées comme des heures de présence responsable ;*

*Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si la salariée produisait des éléments de nature à étayer sa demande, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;*

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 39, 25 septembre 2012, Jurisprudence, n° 1398, p. 38-39, note Michel Morand ("Les preuves du temps"). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 8-9/12, août-septembre 2012, décision n° 847, p. 719-720.

Dans le même sens de preuve partagée, liée à l'aptitude à la preuve (Soc. 7 avril 2010, n°09-40.256; Soc. 30 juin 2010, n° 08-44.514).

4-2-2. Le deuxième moyen pris en sa troisième branche du pourvoi de Mme R... P...porte sur le calcul de la durée du travail des employées de maison.

A cet égard, les articles 15 et 15 a) de la convention collective nationale fixent la durée de travail à 40 heures hebdomadaires pour un temps plein, et non pas 35 heures :

*« Conformément à la directive européenne n° 97/81 du 15 décembre 1997 publiée au JOCE L. 14 du 20 janvier 1998, tout salarié dont la durée normale de travail calculée sur une base hebdomadaire, ou en moyenne sur une période d'emploi pouvant aller jusqu'à 1 an, est inférieure à 40 heures hebdomadaires, est un "travailleur à temps partiel".*

*Une heure de présence responsable correspond à 2/3 de 1 heure de travail effectif : voir article 3 a "Définition de la présence responsable".*

*a) Durée du travail pour un salarié à temps plein.*

***La durée conventionnelle du travail effectif est de 40 heures hebdomadaires pour un salarié à temps plein.***

*Pour les emplois sans heures de présence responsable (voir art.2 "Classification"), dans le cas où le salarié reste à la disposition de l'employeur sans travail effectif, les heures au-delà de 40 heures et dans la limite de 4 heures par semaine seront rémunérées au taux plein du niveau de la classification.*

*Cet article pourra être revu en fonction de la répercussion sur la profession de l'évolution générale des emplois ».*

Pour le calcul du seuil de déclenchement des heures supplémentaires et des majorations applicables, l'article "b) Heures supplémentaires" prévoit que "les heures supplémentaires sont celles effectivement travaillées, effectuées au-delà de l'horaire hebdomadaire de 40 heures de travail effectif."

Le paragraphe 3 intitulé "Rémunération - Récupération" de la convention collective ajoute :

*"Les heures supplémentaires telles que calculées aux paragraphes précédents sont rémunérées, ou récupérées dans les 12 mois, suivant accord entre les parties.*

*Elles ne pourront excéder une moyenne de 8 heures par semaine calculée sur une période quelconque de 12 semaines consécutives sans dépasser 10 heures au cours de la même semaine.*

*Elles donneront lieu en rémunération ou en récupération à une majoration de 25 % (pour les 8 premières heures) et à une majoration de 50 % (pour les heures supplémentaires au-delà de 8 heures) ».*

Au cas présent, la cour d'appel a énoncé sur la preuve et le calcul des heures supplémentaires (arrêt p. 4 §7 à p.6 §10) :

*"Attendu que la confirmation du jugement s'impose aussi sur les heures supplémentaires ;*

*Que les premiers juges ont exactement appliqué l'article 3171-4 du Code du Travail ainsi que l'article 15 de la convention collective afférent à la durée du travail, au seuil de déclenchement des heures supplémentaires et des majorations applicables ;*

Qu'en effet Mme B... étaye très précisément sa réclamation au moyen de décomptes journaliers précisant entre 8 h et 20 h les activités - qui constituent du travail effectif - exécutées selon les plages horaires (accompagnement de l'enfant, surveillance des devoirs scolaires, entretien de sa chambre et de sa salle de bains, ainsi que des vêtements et du linge - lavage, repassage, couture - les courses, mais aussi les mêmes travaux d'entretien pour la fille de Mme R... P...); Que ces allégations sont parfaitement corroborées par les tickets et factures de courses déjà analysés; Qu'ainsi que le souligne Mme B... la circonstance que pendant les absences de l'autre employé de maison Monsieur OV..., il lui avait été demandé de pourvoir à d'autres tâches ménagères ainsi qu'à la préparation des repas est révélée par le motif du licenciement de celui-ci énoncé dans la lettre du 5 mai 2011 et visant son absence prolongée rendant nécessaire son remplacement, Mme R... P...exposant qu'absente de chez elle de 8 h du matin à 20 h le soir elle a besoin de quelqu'un de fiable pour les nombreux travaux de ménage; Que pendant l'absence de Monsieur OV... il n'est pas justifié d'une embauche, de sorte que Mme B... comme elle l'indique palliait cette carence; Que ce constat prive aussi de valeur probante le témoignage de Monsieur OV... qui affirme que lui-même s'occupait du ménage et des repas, et que Mme B... pouvait quitter son lieu de travail à 18 h 30, tout en demeurant taisant sur sa longue absence début 2011;

Attendu que Mme R... P...et M. E... sont défaillants pour justifier des horaires de la salariée; Que les plannings expressément prévus au contrat n'ont pas été établis; Qu'il a déjà été observé que contractuellement aucune répartition avec des heures de présence responsable n'était fixée; Que les témoignages produits pour contredire les horaires étayés par Mme B... sont dépourvus de valeur probante suffisante; Que la fille de Mme R... P...vient au secours de sa mère, mais sa partialité filiale ne peut être exclue; Que Monsieur KA... ouvrier ayant ponctuellement réalisé des travaux chez Mme R... P..., que madame JE...gardienne de l'immeuble où logeait la salariée mais pas de celui où elle travaillait, ni madame KG... qui n'était plus salariée de Mme R... P..., et qui n'ont donc pas assisté à l'exécution du contrat de travail, et ne faisant par suite que des déductions sur la durée de service de l'intimée, ne peuvent convaincre; Que Madame PW...une autre salariée exprime surtout sa vindicte contre Mme B... ce qui fait trop suspecter l'impartialité de son témoignage pour lui conférer valeur probante; Qu'en l'absence des plannings contractuels - qui auraient constitué le seul moyen de preuve efficace - la description confuse de Mme R... P...du temps de travail de Mme B... ne permet pas d'exclure pour partie le travail effectif ce qui ne permet pas de caractériser des heures de présence responsables.

(...)

La confirmation du jugement est justifiée sur la condamnation au titre du travail de nuit, le montant ayant été calculé conformément à l'équivalence forfaitaire de 1/6ème prévue par l'article 6 de la convention collective;

Que là encore Mme B... étaye suffisamment sa demande sans contradiction suffisante de l'employeur; Que ces nuits dites baby sitting avaient bien été incluses dans la sphère contractuelle ainsi que cela résulte de leurs mails du 1<sup>er</sup> octobre 2008 de M. E... et du 20 septembre 2011 de Mme R... P..., le premier les validant mais sans juger utile de les inscrire expressément dans le contrat, et le second faisant état de leur prévision contractuelle, Mme R... P...écrivant à propos de Mme B... 'comme je ne la supportais pas je ne lui faisais même pas faire les 2 baby sitting prévus dans son contrat si j'en avais besoin (à l'exception des premiers mois, le temps que je réalise à qui j'avais à faire), j'ai toujours demandé aux ami(e) de HT.... Je crois que l'on peut contourner la question de la durée légale du travail par le système des récupérations, certes non prévues dans son contrat mais je pense que cela se plaide. Il faut des attestations.';

*Que faute de production des plannings contractuellement prévus les témoignages dont excipe Mme R... P..., déjà analysés, sont inefficaces à contredire les demandes suffisamment étayées de Mme B... ; Attendu qu'enfin sur le tout l'argument tiré de ce que Mme B... n'aurait rien revendiqué avant la fin du lien de subordination se trouve inopérant alors que celle-là n'a jamais sans équivoque renoncé à être remplie de ses droits ; Que c'est vainement que Mme R... P...excipe de la mauvaise foi de la salariée sans autre moyen que la circonstance que celle-ci émette des prétentions ce qui n'est pas en soi reprochable, aucune dégénérescence en abus n'étant caractérisée et celle-ci ne se présumant pas » .*

#### 4-2-3. La quatrième branche du deuxième moyen de Mme R... P...porte sur l'indemnité pour repos compensateur.

Elle critique l'application par la cour d'appel des dispositions des articles L.3121-11 et D 3121-7 du code du travail, alors que ces textes ne sont pas mentionnés par l'article L.7221-2 du code du travail fixant les règles du code du travail applicables par exception aux employés de maison.

L'article L. 3121-11 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n°2016-1088 du 8 août 2016, prévoit : « *Des heures supplémentaires peuvent être accomplies dans la limite d'un contingent annuel défini par une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche.*

*Une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche fixe l'ensemble des conditions d'accomplissement d'heures supplémentaires au-delà du contingent annuel ainsi que les caractéristiques et les conditions de prise de la contrepartie obligatoire en repos due pour toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent annuel, la majoration des heures supplémentaires étant fixée selon les modalités prévues à l'article L. 3121-22. Cette convention ou cet accord collectif peut également prévoir qu'une contrepartie en repos est accordée au titre des heures supplémentaires accomplies dans la limite du contingent.*

***A défaut d'accord collectif, un décret détermine ce contingent annuel et les caractéristiques et les conditions de prise de la contrepartie obligatoire en repos pour toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent annuel.***

*A défaut de détermination du contingent annuel d'heures supplémentaires par voie conventionnelle, les modalités de son utilisation et de son éventuel dépassement donnent lieu au moins une fois par an à une consultation du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, s'il en existe ».*

L'article D. 3121-14-1 du code du travail fixe le contingent annuel légal à 220 heures.

Le paragraphe 3 intitulé "Rémunération - Récupération" de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999 prévoit uniquement que les heures supplémentaires ***donneront lieu en rémunération ou en récupération à une majoration***".

Mme B... réclamait l'application des dispositions prévues au code du travail sur le droit au repos compensateur obligatoire pour les heures supplémentaires effectuées

au-delà du contingent annuel d'heures supplémentaires de 220 heures (production MA n°4, conclusion d'appel de la salariée, p.21 et 22).

Mme R... P...répliquait dans ses conclusions d'appel (production MA n°2, p. 27) que *“seules les dispositions conventionnelles sont applicables en matière de durée du travail. La convention collective du particulier employeur, applicable en l'espèce, prévoit uniquement une majoration des heures supplémentaires en argent ou en récupération. L'intimée ne peut donc réclamer à la fois le paiement en argent des heures supplémentaires et une indemnisation au titre du repos compensateur, non prévue par la convention collective”*.

Les motifs précisément critiqués sont les suivants (arrêt p.5 dernier § et p.6 §3) :

*“Attendu que par voie de dépendance nécessaire Mme B... sollicite additionnellement avec pertinence l'indemnité pour repos compensateur, en asseyant un exact calcul par référence au contingent annuel réglementaire de 220 heures en l'absence d'accord collectif, les obligations de l'employeur résultant dans ce cas des articles L.3121-11 et D.3121-7 et suivants du Code du Travail ; Que vainement Mme R... P...entend opposer que ces repos auraient été pris pendant les vacances scolaires, le caractère en l'espèce illicite de ces congés ayant été déjà observé ; Que Mme R... P...et M. E... seront donc in solidum condamnés outre congés payés à payés à ce titre la somme de 9.312,00 € ;”*

Le mémoire en défense objecte que les repos compensateurs participent du traitement du seuil de déclenchement des heures supplémentaires et des majorations applicables, de sorte qu'ils étaient bien applicables à la situation de Mme B....

4-2-4. La cinquième branche du deuxième moyen de Mme R... P..., prise d'une violation de la liberté de la preuve en matière prud'homale, reproche à la cour d'appel d'avoir refusé de prendre en considération, sans les examiner, les deux attestations de la fille de Mme R... P....

Mais selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, les juges du fond, qui apprécient souverainement la valeur et la portée des éléments de preuve qui leur sont soumis (1<sup>ère</sup> civ., 24 juin 2015, n°14-17.795), s'ils ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont soumis par les parties au soutien de leurs prétentions (2<sup>ème</sup> civ, 9 janvier 1991, n°89-19.020, Bull. N°6), dès lors qu'ils sont déterminants, ils ne sont toutefois pas tenus de suivre les parties dans le détail de leur argumentation (1<sup>ère</sup> civ., 4 mai 2017, n°17-11.031; Soc. 28 mars 2012 n° 10-24.124 ; 26 octobre 2016, n° 15-16.623 ; 16 novembre 2016, n° 15-14.586 ; 21 avril 2017, n° 15-28.561 ; 15 juin 2017, n°16-11.503), ni d'analyser séparément ni de s'expliquer spécialement sur chacune des pièces produites (1<sup>ère</sup> civ, 22 novembre 2005, n°03-18.209, Bull., n°442; Soc. 29 mars 2017, n° 15-27.077 ; 22 mars 2017, n° 15-29.108), ni sur celles qu'ils décident d'écarter (1<sup>ère</sup> civ, 14 novembre 2006, n°04-15.276; 2<sup>ème</sup> civ. 4 juin 1997, Bull. II, n°167; Soc., 8 juin 2016, n°14-21.832 ; Soc. 26 janvier 2017, n° 15-19.980).

Les motifs précisément critiqués sont les suivants (arrêt p.5 §7 et 8) : “*Que les témoignages produits pour contredire les horaires étayés par Mme B... sont dépourvus de valeur probante suffisante ;  
Que la fille de Mme R... P...vient au secours de sa mère, mais sa partialité filiale ne peut être exclue ;*”

Si la Cour ne retient pas ce grief, il pourrait faire l'objet d'un **rejet non spécialement motivé**.

#### 4-2-5. Le deuxième moyen du pourvoi de M. E... critique le chef de dispositif relatif aux heures supplémentaires et au repos compensateur

La seconde branche invoque une cassation par voie de conséquence de celle à intervenir sur le premier moyen, relatif à la qualité de co-employeur. Son sort dépend donc de celui de ce dernier.

Si la Cour décidait du rejet du premier moyen, le deuxième moyen pris en sa seconde branche serait privé de portée et pourrait faire l'objet d'un **rejet non spécialement motivé**.

La première branche pose la prémisse selon laquelle seules les heures supplémentaires effectuées à la demande ou avec l'accord de l'employeur peuvent donner lieu à rémunération.

L'exécution d'heures supplémentaires relève du pouvoir de direction de l'employeur de sorte que le salarié ne peut pas les exécuter de sa propre autorité (J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud, “Droit du travail”, Dalloz, 23<sup>e</sup> éd. 2006, n° 931). Les heures supplémentaires doivent donc être accomplies à la demande de l'employeur ou avec son accord, au moins tacite (Soc., 20 mars 1980, n° 78-40979, Bull. V, n° 299): ***Mais attendu qu'un salarié n'a droit au paiement que des heures supplémentaires qui ont été accomplies avec l'accord au moins implicite de l'employeur ;***

Selon la jurisprudence constante de la chambre, les juges du fond apprécient souverainement l'existence d'un accord implicite de l'employeur à l'exécution d'heures supplémentaires ou de ce qu'il en a été informé (Soc., 23 janvier 2008, n° 06-42.059; Soc., 5 juin 2008, n° 07-40.808; Soc., 28 septembre 2010, n°09-42.062; Soc., 16 mars 2011, n° 08-42.218; Soc., 4 décembre 2013, n° 12-22.344, Bull. 2013, V, n° 299 Soc. 27 juin 2018, n°17-10.372, Bull. V, n°).

Par une décision publiée du 2 juin 2010, notre chambre a précisé que l'absence d'autorisation ou de demande préalable n'exclut pas, en soi, l'accord tacite de l'employeur, qui ne s'était pas opposé à l'exécution d'heures supplémentaires (Soc., 2 juin 2010, n°08-40.628, Bull. V, n° 124) :

*Vu l'article L. 3121-22 du code du travail, ensemble l'article L. 3171-4 du même code ;*

*Attendu que pour débouter M. VP... de sa demande en paiement d'heures supplémentaires, congés payés et repos compensateur afférents, la cour d'appel retient que l'employeur a subordonné le paiement des heures supplémentaires à son accord préalable donné au vu d'une demande d'exécution d'heures supplémentaires présentée par le responsable du*

service et que, dans ces conditions, les fiches de pointages de M. VP... ne suffisent pas à établir qu'il avait l'accord de l'employeur pour l'accomplissement d'heures supplémentaires ;

**Qu'en statuant ainsi, alors que l'absence d'autorisation préalable n'excluait pas en soi un accord tacite de l'employeur et qu'il résultait de ses constatations que celui-ci qui avait eu connaissance, par les fiches de pointage, des nombreuses heures supplémentaires effectuées par le salarié à l'exécution desquelles il ne s'était pas opposé, avait consenti à leur réalisation, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;**

En l'espèce, M. E... faisait valoir dans ses conclusions d'appel qu'il n'avait jamais demandé à Mme B... d'effectuer des heures supplémentaires ni des heures de nuit (production MA n°3, p. 3) ; qu'il ne savait même pas que Mme B... avait effectué des heures supplémentaires (p. 7) ; que si Mme B... « a[avait] été conduite à faire des heures supplémentaires (...) par rapport à ce que prévoyait le contrat de travail, ce n'[était] certainement pas à la demande de M. E..., ni dans son intérêt, et cela [n'aurait pu] résulter que des rapports et relations ayant directement existé entre Mme B... et Mme R... P...et en dehors du contrat de travail de Mme B... », cette dernière ayant « confirmé d'ailleurs que tous ces travaux [avaient] été exécutés à la demande et dans le seul intérêt de Mme R... P... » (p.8).

La cour d'appel, d'abord, a constaté que M. E... avait rédigé et signé le contrat de travail de la salariée (p.2§5, p.3 §1) et estimé qu'il avait la qualité de co-employeur, relevant qu'il "donnait des directives (sur les congés, les horaires notamment pour que l'enfant soit prêt lorsqu'il viendrait le chercher (...)) que sur tous ces points (...) M. E... se concertait avec Mme R... P...(.) [ils] poursuivaient en l'employant un intérêt commun - la garde de leur enfant (...)" (arrêt p.3).

Ensuite, elle a énoncé (arrêt p.4 et 5) : "Mme B... étaye très précisément sa réclamation au moyen de décomptes journaliers précisant **entre 8 h et 20 h les activités - qui constituent du travail effectif - exécutées selon les plages horaires** (accompagnement de l'enfant, surveillance des devoirs scolaires, entretien de sa chambre et de sa salle de bains, ainsi que des vêtements et du linge - lavage, repassage, couture - les courses, mais aussi les mêmes travaux d'entretien pour la fille de Mme R... P...).(.) Attendu que **Mme R... P...et M. E... sont défailants pour justifier des horaires de la salariée** ; Que les plannings expressément prévus au contrat n'ont pas été établis ; Qu'il a déjà été observé que **contractuellement aucune répartition avec des heures de présence responsable n'était fixée.** (...) Qu'en l'absence des plannings contractuels - qui auraient constitué le seul moyen de preuve efficace - **la description confuse de Mme R... P...du temps de travail de Mme B... ne permet pas d'exclure pour partie le travail effectif ce qui ne permet pas de caractériser des heures de présence responsables**".

Or elle a retenu, par motifs propres et adoptés, une durée hebdomadaire de travail effectif de 60 heures correspondant à l'amplitude horaire prévue au contrat de travail de la salariée, soit de 8 heures à 20 heures, alors que le contrat du 21 novembre 2008 à partir duquel les parties discutent précisant 174 heures par mois prévoyait seulement 40 heures par semaine (arrêt p.2 §5).

Sous le couvert d'un grief non fondé de manque de base légale, le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine par la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, de l'accord implicite du co-employeur à l'accomplissement d'heures supplémentaires,

auxquelles il ne s'est pas opposé, correspondant à l'amplitude horaire prévue au contrat de travail établi par lui et qui ne fixait pas la répartition entre les heures de travail effectif et les heures de présence responsable.

Si la Cour ne retient pas ce grief, il pourrait faire l'objet d'un **rejet non spécialement motivé**.

4-2-6. Le troisième moyen du pourvoi de M. E... critique le chef de dispositif relatif au travail de nuit.

Il sera répondu à titre liminaire à la troisième branche qui invoque une cassation par voie de conséquence de celle à intervenir sur le premier moyen, relatif à la qualité de co-employeur. Son sort dépend donc de celui de ce dernier.

Si la Cour décidait du rejet du premier moyen, le troisième moyen pris en sa troisième branche serait privé de portée et pourrait faire l'objet d'un **rejet non spécialement motivé**.

Les deux premières branches posent la question de la contractualisation du travail de nuit.

L'article 6 § 1 intitulé "*Présence de nuit*" de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999 prévoit :

*"La présence de nuit, compatible avec un emploi de jour, s'entend de l'obligation pour le salarié de dormir sur place dans une pièce séparée, sans travail effectif habituel, tout en étant tenu d'intervenir éventuellement dans le cadre de sa fonction. Cette présence de nuit ne peut excéder 12 heures.*

*Il ne pourra être demandé plus de 5 nuits consécutives, sauf cas exceptionnel.*

*Pour les salariés tenus à une présence de nuit, le logement ne sera pas pris en compte dans l'évaluation des prestations en nature et donc ne sera pas déduit du salaire net.*

***Cette présence de nuit sera prévue au contrat et rémunérée pour sa durée par une indemnité forfaitaire dont le montant ne pourra être inférieur à 1/6 du salaire conventionnel versé pour une même durée de travail effectif. Cette indemnité sera majorée en fonction de la nature et du nombre des interventions.***

*Si le salarié est appelé à intervenir toutes les nuits à plusieurs reprises, toutes les heures de nuit sont considérées comme des heures de présence responsable.*

*Cette situation ne peut être que transitoire. Si elle perdure le contrat sera revu ».*

L'article 7 précise que « *l'accord entre l'employeur et le salarié est établi par un contrat écrit. Il est rédigé soit à l'embauche, soit à la fin de la période d'essai au plus tard* ».

Il sera rappelé l'application par la chambre des dispositions de l'article L. 3171-4 du code du travail relatives à la preuve de l'existence ou du nombre des heures effectuées pour une assistante de vie du particulier employeur effectuant un travail de nuit (Soc., 27 juin 2012, pourvoi n° 11-18.010, Bull. 2012, V, n° 199) :

**Vu l'article 6 de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999, étendue par arrêté du 2 mars 2000, ensemble l'article L. 3171-4 du code du travail ;**

*Attendu, selon le premier de ces textes, que la présence de nuit, compatible avec un emploi de jour, s'entend de l'obligation pour le salarié de dormir sur place dans une pièce séparée, sans travail effectif habituel, tout en étant tenu d'intervenir éventuellement dans le cadre de sa fonction, que cette présence de nuit sera prévue au contrat et rémunérée pour sa durée par une indemnité forfaitaire dont le montant ne pourra être inférieur à 1/6 du salaire conventionnel versé pour une même durée de travail effectif, que cette indemnité sera majorée en fonction de la nature et du nombre des interventions, que si le salarié est appelé à intervenir toutes les nuits à plusieurs reprises, toutes les heures de nuit sont considérées comme des heures de présence responsable ; **qu'en vertu du second, lequel est applicable en cas de litige sur l'existence et le nombre des interventions, il appartient au salarié d'étayer sa demande par la production d'éléments suffisamment précis pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments ;***

*Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme VP..., épouse SP..., a été engagée à compter du 1er septembre 2004 en qualité d'assistante de vie par WP... OZ... ; que ce dernier est décédé le 2 janvier 2006 ; que la salariée a saisi la juridiction prud'homale de demandes à l'encontre de sa veuve, Mme JH... ;*

*Attendu que pour débouter la salariée de sa demande de complément de salaire, l'arrêt retient que celle-ci affirme, sans apporter le moindre élément de preuve, qu'elle intervenait toutes les nuits à plusieurs reprises, qu'en raison de la présence de Mme JH... auprès de son époux et faute d'indication sur les besoins d'assistance de ce dernier, la salariée ne peut revendiquer que les dix heures de présence de nuit soient considérées comme des heures de présence responsable ;*

*Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si la salariée produisait des éléments de nature à étayer sa demande, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;*

Les juges du fond apprécient souverainement l'existence d'heures de présence de nuit (Soc., 23 juin 2016, pourvoi n° 15-15.970).

La deuxième branche articule un grief disciplinaire de dénaturation d'un courrier électronique adressé le 1<sup>er</sup> octobre 2008 par M. E... à la salariée (production MA n°6) en ces termes : "Je fais suite à notre entretien téléphonique de ce jour et j'ai bien noté votre accord sur les termes de ce projet de CDD.

*Je n'ai pas de problème à rajouter dans ce contrat le fait que vous disposiez comme vacances de toutes les vacances scolaires, même si je en sais pas ce que ça vaut juridiquement.*

**Je n'avais pas noté les deux soirs par semaines de baby sitting que vous devez à Mme P... ; je ne pense pas utile de la rajouter dans le contrat.**

*J'ai besoin pour finaliser ce contrat : de votre état civil et de la description du logement"*

Il sera rappelé que comme l'indique l'ouvrage Droit et pratique de la cassation (n° 541), « dénaturer un document, c'est lui donner un sens différent de son sens évident, cela consiste non pas à lui attacher des conséquences juridiques erronées, ce qui relèverait d'une mauvaise qualification, mais à le lire autrement qu'il est écrit ».

La dénaturation consiste à donner à un acte un contenu qui n'est pas le sien ou à affirmer un fait en contradiction avec une pièce versée aux débats (Soc. 20 mars 2013, n°12-15.648 ; Soc. 12 décembre 2013, n°12-19.375). Elle ne peut exister que si ce qui est exprimé dans l'écrit l'a été de façon claire et précise et n'est susceptible que d'un seul sens (Civ 28 février 1962, Bull. I, n°128 ; Civ. 1ère, 4 avril 2001, Bull. I, n°106; Soc., 15 juin 2018, n°17-14.957). Le grief de dénaturation, lorsqu'il est avéré, permet de remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond (Soc., 31 mars 2009, n° 07-44.564, Bull. V, n°94; Soc., 15 juin 2018, n°17-14.957).

En revanche, il n'y a pas dénaturation, si par suite de l'obscurité de ses termes ou de leur ambiguïté, l'écrit devait être interprété (voir "Droit et pratique de la cassation en matière civile" (LexisNexis, 3ème édition, 2012) : "**560.** – *Il n'y a pas non plus de dénaturation si, par suite de l'obscurité de ses termes ou de leur ambiguïté, l'écrit devait être interprété.*

*En effet, toute interprétation, en dehors de celle de la loi, est par nature souveraine et la Cour de cassation ne saurait substituer sa propre interprétation à celle des juges du fond, quand bien même elle n'approuverait pas cette dernière.*)". Par exemple Com. 30 octobre 2000, n° 97-22.643 ; Soc. 21 janvier 2009, n° 08-60.009. En effet, si le document est ambigu ou équivoque ou contradictoire, l'interprétation est nécessaire et la dénaturation est exclue car elle ne tend alors qu'à remettre en cause le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond sur la valeur et la portée des éléments qui leur sont soumis, quand bien même la Cour de cassation n'approuverait pas la solution, toute interprétation, en dehors de la loi, étant par nature souveraine (Soc. 13 avril 2005, n° 03-42.965, Bull. V, n° 134; Soc. 18 mai 2011, n° 10-15.083).

La jurisprudence ancienne et constante de la Cour de cassation retient que l'appréciation du sens d'un acte obscur ou ambigu relève du pouvoir souverain des juges du fond et échappe à son contrôle (Cass. ch. réunies, 2 févr. 1808 ; Civ., 28 janv. 1907, DP 1908, 1, p. 5; Soc., 13 mars 2019, n°17-17.642), par exemple (Soc., 15 juin 2018, n°17-19.532) :

*Attendu que la cour d'appel a retenu, par une interprétation souveraine, exclusive de dénaturation, que l'ambiguïté des termes du compte-rendu de l'audience de conciliation rendait nécessaire, que l'indication sur ce compte-rendu du donné acte à l'employeur de ce qu'il reconnaissait ne pas avoir payé en espèces les sommes mentionnées sur les bulletins de paie rectifiés était contredite par la mention "vu la contestation sérieuse rejet de la demande d'ordonnance" dont elle était immédiatement suivie qui ne permettait pas de retenir l'aveu soutenu en demande ; que le moyen n'est pas fondé ;*

Par ailleurs, c'est également par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve qui leur sont soumis que les juges du fond, recherchant la commune intention des parties, apprécie la clause d'un contrat (Soc., 20 février 2019, n°17-16.789) :

*Mais attendu que la cour d'appel, recherchant la commune intention des parties par une interprétation souveraine des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, a retenu, sans dénaturation, que la fin de la période de suspension du contrat de travail devait être considérée comme exclusivement liée à la fin de la location-gérance consentie à la société Boulangerie des 3 Tours et qu'à la date du 1<sup>er</sup> juillet 2012, M. FJ... était devenu l'employeur de M. VW... ; que le moyen n'est pas fondé ;*

Au cas présent, la cour d'appel a énoncé (arrêt p.6 §5 à 8) :

*“Attendu que la confirmation du jugement est justifiée sur la condamnation au titre du travail de nuit, le montant ayant été calculé conformément à l'équivalence forfaitaire de 1/6ème prévue par l'article 6 de la convention collective ;*

*Que là encore Mme B... étaye suffisamment sa demande sans contradiction suffisante de l'employeur ; Que ces nuits dites baby sitting avaient bien été incluses dans la sphère contractuelle ainsi que cela résulte de leurs mails du 1<sup>er</sup> octobre 2008 de M. E... et du 20 septembre 2011 de Mme R... P..., le premier les validant mais sans juger utile de les inscrire expressément dans le contrat, et le second faisant état de leur prévision contractuelle, Mme R... P...écrivait à propos de Mme B... “comme je ne la supportais pas je ne lui faisais même pas faire les 2 baby sitting prévus dans son contrat si j'en avais besoin (à l'exception des premiers mois, le temps que je réalise à qui j'avais à faire), j'ai toujours demandé aux ami(e) de HT.... Je crois que l'on peut contourner la question de la durée légale du travail par le système des récupérations, certes non prévues dans son contrat mais je pense que cela se plaide. Il faut des attestations.”;*

*Que faute de production des plannings contractuellement prévus les témoignages dont excipe Mme R... P..., déjà analysés, sont inefficaces à contredire les demandes suffisamment étayées de Mme B...» .*

Le MA de M. E... soutient que les juges du fond devaient constater que les heures de présence de nuit étaient expressément prévues au contrat écrit et qu'il résultait des termes clairs et précis du courriel de M. E... qu'il n'avait pas consenti à ce que les heures de nuit entrent dans le champ contractuel.

Le MD de Mme B... réplique que l'employeur mentionnait bien que la salariée devait deux soirées de baby sitting.

L'absence de mention écrite de la présence de nuit dans le contrat de travail n'a pas pour conséquence juridique que les heures de travail effectuées la nuit n'existent pas et ne peuvent donc pas être rémunérées, si la preuve est rapportée tant de leur existence que de leur prévision par les parties.

La cour d'appel, recherchant la commune intention des parties par une interprétation souveraine des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, exclusive de dénaturation, que l'ambiguïté des termes du courrier électronique adressé le 1<sup>er</sup> octobre 2008 par M. E... à la salariée rendait nécessaire, a retenu que les nuits dites baby sitting avaient bien été incluses dans la sphère contractuelle.

Si la Cour estime que le moyen n'est pas fondé, elle pourrait se prononcer par **un rejet non spécialement motivé**.

**4-3. Travail dissimulé (3<sup>ème</sup> moyen du pourvoi n°X1710622 et 8<sup>ème</sup> moyen du pourvoi n°A1711131)**

4-3-1. Le troisième moyen du pourvoi de Mme R... P...pose la question du champ d'application des dispositions légales relatives au travail dissimulé à l'égard des salariés du particulier employeur.

La chambre s'est prononcée clairement dans un arrêt publié du 20 novembre 2013 (Soc., 20 novembre 2013, pourvoi 12-20.463, Bull. 2013, V, n° 276), dont le sommaire est le suivant : ***Les dispositions de l'article L. 7221-2 du code du travail ne font pas obstacle à l'application des dispositions légales relatives au travail dissimulé.***

***Est donc inopérant le moyen faisant grief à l'arrêt de condamner l'employeur au paiement d'une indemnité pour travail dissimulé au motif que les dispositions relatives au travail dissimulé ne s'appliquent pas aux employés de maison.***

Plus récemment : Soc., 4 septembre 2019, pourvoi n° 16-19.137, qui répond par un rejet non spécialement motivé sur le 2<sup>ème</sup> moyen similaire à celui d'espèce relatif au travail dissimulé à l'égard d'une employée de maison.

La première branche qui invoque la violation de la loi par fausse application de l'article L. 8223-1 du code du travail, ensemble l'article L.7221-2 du même code, manque donc en droit. Il en est de même de la seconde qui invoque la violation de l'article 15 de convention collective nationale des salariés du particulier employeur.

Ce moyen pourrait faire l'objet d'un **rejet non spécialement motivé**.

4-3-2. Le huitième moyen du pourvoi de M. E...

Il sera répondu à titre liminaire à la troisième branche qui invoque une cassation par voie de conséquence de celle à intervenir sur le premier moyen, relatif à la qualité de co-employeur. Son sort dépend donc de celui de ce dernier.

Si la Cour décidait du rejet du premier moyen, le huitième moyen pris en sa troisième branche serait privé de portée et pourrait faire l'objet d'un **rejet non spécialement motivé**.

Les deux premières branches portent sur la caractérisation de l'intention de dissimulation.

Aux termes de l'article L. 8221-5 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 : "***Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur :***

***1°) Soit de soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 1221-10, relatif à la déclaration préalable d'embauche ;***

***2°) Soit de soustraire intentionnellement à la délivrance d'un bulletin de paie ou d'un document équivalent défini par voie réglementaire, ou de mentionner sur le bulletin de paie ou le document équivalent un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du livre Ier de la troisième partie ;***

3°) *Soit de se soustraire intentionnellement aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale en vertu des dispositions légales*".

Il en résulte que pour allouer une indemnité pour travail dissimulé, les juges du fond doivent rechercher le caractère intentionnel de la dissimulation :

*Attendu que pour condamner l'employeur à payer à la salariée l'indemnité prévue à l'article L. 324-11-1 du Code du travail, la cour d'appel énonce que les premiers juges ont relevé qu'aucune convention de forfait valable n'existait entre les parties, et que des heures supplémentaires avaient été effectuées à raison de 7 heures 50 par semaine pendant 16 semaines par la salariée et n'avaient pas été rémunérées ; que ces agissements caractérisent le travail dissimulé organisé par l'employeur ;*

*Qu'en statuant ainsi, **sans rechercher si cette dissimulation avait un caractère intentionnel**, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; (Soc., 15 avril 2008, n° 07-40.925).*

Mais ce caractère intentionnel ne peut résulter du seul défaut de mention des heures supplémentaires sur les bulletins de paie (Soc., 18 mai 2005, n° 02-46.966), ni de la seule mention d'un d'un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué (Soc., 24 mars 2004, n°01-43.875, Bull. civ. V, n°96). A contrario, le caractère non intentionnel ne peut se déduire de l'absence de contestation par le salarié (Soc., 11 mai 2017, n° 16-13.675).

La chambre sociale affirme de manière constante que l'appréciation du caractère intentionnel de la dissimulation relève du pouvoir souverain des juges du fond (Soc., 19 janvier 2005, n° 02-40.084, Bull. civ. V, n° 222). Dans le même sens plus récemment :

- Soc., 22 novembre 2017, n° 16-22.369:

***Attendu que sous le couvert de griefs non fondés de manque de base légale et de vice de motivation, le moyen ne tend qu'à contester le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond qui ont estimé que l'intention de dissimulation de l'employeur n'était pas établie ;***

- Soc., 5 avril 2018, n°17-11.587 :

***Attendu que, sous le couvert du grief non fondé de violation de la loi, le moyen, qui manque en fait en sa quatrième branche, ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine de la cour d'appel, qui, sans avoir à procéder à des recherches qui ne lui étaient pas demandées, a retenu l'absence de caractère intentionnel de la dissimulation ;***

- Soc. 23 janvier 2019, n°17-23.310, FS-D rendu en formation de section :

***Attendu que sous le couvert du grief non fondé de manque de base légale, le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine de la cour d'appel qui, retenant que l'employeur avait sciemment dissimulé sous l'apparence d'un autre***

**contrat la prestation de travail exécutée par le salarié, a caractérisé l'intention de dissimulation ;**

Au cas présent, la cour d'appel a énoncé (arrêt p.6 avant-dernier § à p.7 §4):

«Attendu qu'au vu de ce qui précède Mme B... est fondée à demander additionnellement l'indemnité pour travail dissimulé prévue par l'article 8223-1 du Code du Travail à hauteur de 15.198 € représentant six mois de salaires ;

Qu'au contraire de ce que soutient Mme R... P...***l'élément intentionnel des deux employeurs - leurs échanges de mails faisait ressortir leur conscience conjointe de ne pas faire figurer toutes les heures accomplies sur les bulletins de paye - est suffisamment caractérisé*** ; Que celui cité ci-avant du 21 septembre 2011 est éloquent ; Que le 18 janvier 2011 répondant à M. E... qui envisageait d'argumenter le salaire de Mme B... (mais sans s'inquiéter de la durée de travail effectif), Mme R... P...écrivait : "Tu fais comme bon te semble sur l'augmentation ; il m'apparaît au demeurant que si l'on ajoute le logement, les repas qu'elle prend à la maison et les 17 semaines de vacances à sa rémunération on frôle l'indécence. Si tu souhaites c'est ton problème pas le mien" ; Que Mme R... P...et M. E... seront donc *in solidum* condamnés à ce titre » ;

Elle se réfère au courrier électronique du 21 (ou 20 erreur de plume?) septembre 2011 cité p.6 de l'arrêt en ces termes : "Que ces nuits dites baby sitting avaient bien été incluses dans la sphère contractuelle ainsi que cela résulte de leurs mails du 1<sup>er</sup> octobre 2008 de M. E... et **du 20 septembre 2011 de Mme R... P...**, le premier les validant mais sans juger utile de les inscrire expressément dans le contrat, et le second faisant état de leur prévision contractuelle, **Mme R... P...écrivant à propos de Mme B...** "comme je ne la supportais pas je ne lui faisais même pas faire les 2 baby sitting prévus dans son contrat si j'en avais besoin (à l'exception des premiers mois, le temps que je réalise à qui j'avais à faire), j'ai toujours demandé aux ami(e) de HT... **Je crois que l'on peut contourner la question de la durée légale du travail par le système des récupérations, certes non prévues dans son contrat mais je pense que cela se plaide. Il faut des attestations.**";

Sous le couvert de griefs non fondés de violation de la loi (1<sup>ère</sup> branche) et de dénaturation d'un courrier électronique du 18 janvier 2011 (2<sup>ème</sup> branche), le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine par la cour d'appel des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, exclusive de dénaturation, qui a retenu le caractère intentionnel de la dissimulation.

Il appartiendra à la Chambre, en son délibéré, de dire si les motifs de la cour d'appel encourent les griefs du moyen. Si la Chambre retenait que la seconde branche se heurte à l'appréciation souveraine des juges du fond sur l'existence d'une intention de dissimulation, un **rejet non spécialement motivé du moyen** pourrait être envisagé.

**4-4. Cause réelle et sérieuse du licenciement (4<sup>ème</sup> moyen du pourvoi n°X1710622 et 5<sup>ème</sup> moyen du pourvoi n°A1711131)**

Il résulte de l'article L.7221-2 du code du travail que la rupture du contrat de travail d'un employé de maison n'est pas régi par le code du travail mais par la convention collective des salariés du particulier employeur, dont l'article 12 intitulé "*rupture du contrat à durée indéterminée à l'initiative de l'employeur*", dispose : "a) licenciement

*du salarié. Le contrat de travail peut être rompu par l'employeur pour tout motif constituant une cause réelle et sérieuse ».*

Le licenciement de l'employé de maison doit être motivé par une cause réelle et sérieuse (Soc., 13 janvier 1994, pourvoi n° 91-44.109, Bull. 1994, V, n°13 ; Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-11.365, Bull. 2011, V, n° 177).

La cause réelle et sérieuse n'est pas définie légalement et la Cour de cassation ne l'a jamais définie positivement. Mais elle a précisé qu'elle s'entend :

- de faits présentant un caractère objectif, ce qui exclut la perte de confiance (Soc. 29 mai 2001, n° 98-46.341);
- de faits personnellement imputables au salarié, ce qui exclut la mésentente, l'incompatibilité d'humeur, les difficultés relationnelles ("*la mésentente ne constitue une cause de licenciement que si elle repose sur des faits objectifs imputables au salarié*", Soc. 5 février 2002, n° 99-44.383) ;
- de faits en relation avec la vie professionnelle du salarié, ce qui exclut les faits de vie personnelle.

Le mémoire ampliatif cite un arrêt publié du 16 septembre 2015 (Soc., 16 sept. 2015, n°14-11.990, Bull. V, n°165), par lequel la Cour de cassation affirme qu'il résulte des dispositions combinées de l'article 12 de la convention collective et des articles L. 1111-1 et L.7221-2 du code du travail que le bien-fondé du licenciement de l'employé de maison pour une cause réelle et sérieuse n'est soumis qu'aux dispositions de la convention collective:

***Mais attendu qu'il résulte des dispositions combinées de l'article 12 de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999, étendue par arrêté du 2 mars 2000, et des articles L. 1111-1 et L. 7221-2 du code du travail, que le bien-fondé du licenciement de l'employé de maison pour une cause réelle et sérieuse n'est soumis qu'aux dispositions de la convention collective ;***

*Et attendu qu'ayant, par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve produits devant elle, constaté la réalité et le sérieux du motif invoqué par la lettre de licenciement, la cour d'appel a, sans encourir les griefs du moyen, décidé que ce licenciement était justifié ;*

Cet arrêt a été commenté dans la Revue de jurisprudence sociale (RJS, 12/15 n°818) :

*« En l'espèce, le salarié, licencié en raison de ses absences prolongées et répétées perturbant le bon fonctionnement de la vie familiale de son employeur, contestait le bien-fondé de la rupture, faute pour ce dernier d'avoir procédé à son remplacement définitif. En effet, la Cour de cassation n'admet la validité du licenciement d'un salarié absent pour maladie qu'à la double condition que soient constatés, d'une part, un trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise, causé par les absences prolongées ou répétées de l'intéressé, et d'autre part, la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif, ces deux conditions étant cumulatives (Cass. soc. 19 octobre 2005 no 03-46.847 : RJS 1/06 no 36 ; Cass. soc. 15 janvier 2014 no 12-21.179 : RJS 3/14 no 210). Fallait-il transposer ces règles au licenciement d'un employé de maison dont l'employeur est un simple particulier et non une personne morale? **La chambre sociale de la Cour de cassation répond par la négative et écarte les règles du droit commun, confirmant ainsi la position déjà adoptée s'agissant du licenciement d'un employé de maison en raison de son inaptitude médicale au poste** (Cass. soc. 17 février*

2010 no 08-45.205 : RJS 5/10 no 472 ; Cass. soc. 10 juillet 2013 no 12-21.380 :RJS 11/13 no 761). La mention, par la Haute Cour, de l'article L 7221-2 du Code du travail rappelle toutefois que le législateur a prévu quelques exceptions en faveur du régime de droit commun du contrat de travail, s'agissant des dispositions relatives au harcèlement, à la journée du 1er mai, aux congés payés, aux congés pour événements familiaux et enfin à la surveillance médicale. La Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de spécifier que cette énumération n'est pas limitative (sur le calcul de l'indemnité de licenciement, voir Cass. soc. 29 juin 2011 no 10-11.525 : RJS 10/11 no 843 ; sur l'indemnité spéciale de licenciement d'un salarié licencié pour inaptitude consécutive à un accident du travail, voir Cass. soc. 10 juillet 2013 précité)».

Le commentaire paru à la Semaine juridique social ("Conditions de licenciement d'un employé de maison", T. Lahalle, JCP 2015, ed. Social, II, 1396) souligne également la spécificité du régime applicable : « Aux termes de l'article L. 7221-1 du Code du travail « est considéré comme employé de maison le salarié employé par des particuliers à des travaux domestiques ». La qualité des contractants (un particulier employeur personne physique, à l'exclusion d'une personne morale) et l'objet du contrat (des travaux domestiques) caractérisent ce contrat de travail atypique. La convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999, étendue par arrêté du 2 mars 2000, explique ce particularisme. Ainsi, son article 1er précise que « le particulier employeur ne peut poursuivre, au moyen de ces travaux, de fins lucratives ». L'article 12 justifie cette exclusion par le fait que le particulier n'est pas une entreprise et que le lieu de travail est son domicile privé.(...) La spécificité des conditions de travail de l'employé de maison explique que, par l'article L. 7221-2 du Code du travail, le législateur ait limité à son profit l'application des règles du droit du travail à une liste particulièrement restrictive : « Sont seules applicables » les dispositions relatives aux harcèlements, à certaines questions relevant du temps de travail (1er mai, congés payés, congés pour événements familiaux) et celles traitant de la surveillance médicale.(...) Le pourvoi contestait la notion de « trouble objectif » requis de droit commun pour justifier le licenciement en soulignant que la durée et la répétition des « arrêts maladie » étaient faibles. Il rappelait en outre la nécessité pour l'employeur de procéder au remplacement définitif du salarié malade. Ces arguments étaient insuffisants puisque le droit de licenciement ne relève pas de la liste figurant à l'article L. 7221-2. Seul s'applique l'article 12 de la convention collective de branche qui se contente de préciser : « Le contrat de travail peut être rompu par l'employeur pour tout motif constituant une cause réelle et sérieuse ». Le juge du droit ajoute que la cour d'appel « ayant, par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve produits devant elle, constaté la réalité et le sérieux du motif invoqué par la lettre de licenciement (...) a pu décider que ce licenciement était justifié » sans avoir à examiner le respect, par l'employeur, des conditions de droit commun permettant de licencier un salarié absent pour maladie »

Ainsi la Cour de cassation écarte les règles du droit commun au licenciement d'un employé de maison, dont l'employeur est un simple particulier et non une personne morale et eu égard à l'objet du contrat lié à des travaux familiaux ou domestiques se situant dans sa sphère de vie privée, notamment s'agissant du licenciement d'un employé de maison en raison de son inaptitude médicale au poste (Soc. 17 février 2010 n° 08-45.205; Soc. 10 juillet 2013 n° 12-21.380) ou de ses absences prolongées et répétées perturbant le bon fonctionnement de la vie familiale de son employeur (Soc., 16 sept. 2015, n°14-11.990, Bull. V, n°165 précité; Soc., 11 janvier 2017, pourvoi n° 15-10.281).

En revanche quelle que soit la spécificité de l'emploi du salarié, la Cour de cassation contrôle la cause de licenciement. Ainsi selon une jurisprudence constante, les juges

du fond sont tenus de rechercher, au-delà des énonciations de la lettre de licenciement, la véritable cause du licenciement, si le salarié fait valoir que celle invoquée par l'employeur n'est pas le véritable motif de la rupture (par exemple cité par le mémoire complémentaire en défense Soc., 10 avril 1996, n° 93-41.755, Bull. 1996, V, n° 149, au sommaire : ***Viole l'article L. 122-14-3 du Code du travail, une cour d'appel qui, méconnaissant l'étendue de ses pouvoirs, ne recherche pas, au-delà des énonciations de la lettre de licenciement, la véritable cause du licenciement.***

Dans le même sens :

- Soc., 13 février 2008, n° 06-43.849 : ***Mais attendu que recherchant, à la demande du salarié, la véritable cause du licenciement, sans s'en tenir à l'apparence des motifs allégués dans la lettre de licenciement, la cour d'appel exerçant les pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 122-14-3 du code du travail, a retenu que le véritable motif de la rupture du contrat de travail était la décision de l'employeur de supprimer le poste du salarié, justifiant légalement sa décision ;***

- plus récemment Soc., 26 juin 2019, pourvoi n° 18-10.802 : ***Mais attendu, d'abord, que, après avoir relevé que la lettre de licenciement reprochait au salarié une insuffisance professionnelle, la cour d'appel, procédant à la recherche de la véritable cause du licenciement, a retenu que le salarié avait été licencié pour ce seul motif et non pas en raison de son état de santé ;***

*Attendu, ensuite, que les moyens ne tendent qu'à contester l'appréciation souveraine par la cour d'appel des éléments de preuve et de fait dont elle a, sans méconnaître les règles spécifiques de preuve et exerçant les pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 1154-1 du code du travail, déduit que le salarié n'établissait pas de faits qui permettaient de présumer l'existence d'un harcèlement ;*

*D'où il suit que les moyens ne sont pas fondés ;*

Si la véritable cause diffère de celle énoncée dans la lettre de licenciement, celui-ci est dépourvu de cause réelle et sérieuse (Soc., 17 décembre 2008, n° 07-40.851) : ***Mais attendu qu'abstraction faite du motif surabondant critiqué par la seconde branche du moyen, la cour d'appel, qui a estimé que le motif allégué dans la lettre de licenciement n'était pas le véritable motif de la rupture, en a exactement déduit que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse ; que le moyen n'est pas fondé ;***

En tout état de cause, la Cour ne contrôle pas le caractère réel et sérieux de la cause de licenciement, qui est souverainement apprécié par les juges du fond, ce qu'elle exprime dans la formule suivante : ***“la cour d'appel a décidé, dans l'exercice des pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 1235-1 du code du travail, que le licenciement de la salariée (ne) procédait (pas) d'une cause réelle et sérieuse”*** (Soc. 20 septembre, 2017, n° 15-25.968).

Au cas présent, la cour d'appel a énoncé (p.8 §5 à p.9 §2) :

***« Mme B... fait justement grief aux premiers juges d'avoir considéré que son licenciement procédait d'une cause réelle sérieuse ;***

*Attendu que la lettre de licenciement qui fixe les limites du litige est ainsi libellée : "Comme indiqué depuis longtemps et comme vous le savez, mon fils YT... M. E... rentre en 6ème à compter de septembre 2011 et n'aura dans ces conditions plus besoin d'une garde d'enfant, du fait notamment que son collègue est près de son domicile et qu'il est maintenant suffisamment indépendant pour son âge. Cette réorganisation de la vie familiale constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement." ;*

*Que Mme B... contribue suffisamment à établir un doute sur la réalité du motif invoqué, celle-ci étant requise même dans le cadre spécifique de la convention collective à laquelle était soumise la relation contractuelle ; Qu'ainsi comme le fait valoir Mme B... la prétendue suppression de son poste -telle est la qualification du motif énoncé qui vise l'absence totale de besoin d'une garde d'enfant - n'est pas indubitablement avérée ;*

*Que le 20 janvier 2011 M. E... avait écrit à Mme R... P...pour envisager une réduction de l'horaire de Mme B... estimant que la présence de 16 h 30 à 20 h 30 auprès de leurs fils d'une personne de confiance demeurerait nécessaire ; Que néanmoins il n'est pas établi sans équivoque que Mme B... a été destinataire d'une proposition de modification du contrat, et ainsi qu'elle le relève dans ce cas son refus aurait constitué une cause réelle sérieuse de rupture ;*

*Que l'animosité exprimée simultanément par Mme R... P...à l'encontre de Mme B... n'exclut pas que le motif exprimé dans la lettre de licenciement constituait un opportun prétexte pour rompre la relation contractuelle, la vraie cause de licenciement étant un sentiment subjectif de l'employeur envers la salariée, ce qui ne caractérise pas un motif licite de rupture ;*

*Que du reste quelque mois plus tard (en octobre 2011) Mme R... P...a embauché B... -qui était la personne qu'initialement Mme B... avait remplacée pour cause de congé de maternité - selon un contrat à temps plein, certes comme employée de maison pour effectuer les tâches ménagères et non comme garde d'enfant, mais les premières fonctions n'excluent pas les secondes, alors que Mme R... P...avait antérieurement chargé Mme B... tant de tâches de garde d'enfant que de travaux ménagers ; qu'il s'en évince que Mme R... P...avait besoin d'un salarié pour la même durée de travail que celle du poste de Mme B... prétendument supprimé ;*

*Attendu qu'en considération de son âge (née en mars 1970) de son ancienneté, de son salaire, mais en l'absence de justification autres que ses affirmations sur sa situation professionnelle depuis la rupture, c'est la somme de 8.000 € qui remplira Mme B... de ses droits à réparation du préjudice consécutif au licenciement ».*

Il sera répondu à titre liminaire à la troisième branche du cinquième moyen du pourvoi de M. E... qui invoque une cassation par voie de conséquence de celle à intervenir sur le premier moyen, relatif à la qualité de co-employeur. Son sort dépend donc de celui de ce dernier.

Si la Cour décidait du rejet du premier moyen, le cinquième moyen pris en sa troisième branche serait privé de portée et pourrait faire l'objet d'un **rejet non spécialement motivé**.

La première branche du quatrième moyen du pourvoi de Mme R... P..., prise d'une violation de la loi, reproche à la cour d'appel d'avoir écarté le motif de licenciement invoqué dans la lettre de licenciement de ne plus confier la garde de l'enfant compte

tenu de son entrée au collège, qui constitue un motif réel et sérieux de rupture du contrat.

La seconde branche du quatrième moyen du pourvoi de Mme R... P...articule subsidiairement un grief disciplinaire de motifs dubitatifs.

Il sera rappelé que l'article 455 du code de procédure civile imposant aux juges de motiver leur décision, le recours à des motifs dubitatifs ou hypothétiques équivaut à une absence de motifs, justifiant une cassation. Selon l'ouvrage "Droit et pratique de la cassation en matière civile", les motifs dubitatifs sont ceux "*qui sont ambigus, n'ont par suite aucune certitude, qui marquent un doute et sont dès lors, dénués de toute valeur*" tandis que les motifs hypothétiques sont ceux qui "*s'appuient sur la supposition d'un fait qui n'a pas été reconnu comme établi*".

Par exemple :

- Soc., 18 mai 2010, n° 08-42.124: *Attendu que pour condamner les consorts BH... à payer à la salariée une somme au titre de la pause complémentaire de deux heures par jour de travail qu'elle réclamait, le jugement énonce que l'intéressée n'a pas pu prendre le repos nécessité par les circonstances de l'emploi et que son droit "semble fondé en application de l'article 15 de la convention collective" nationale du particulier employeur ;*

*Qu'en se déterminant ainsi, par un motif dubitatif, le conseil de prud'hommes a violé les textes susvisés ;*

- Soc., 16 mai 2013, n° 11-28.903 : *Attendu que pour faire droit à la demande d'heures supplémentaires, la cour d'appel retient qu'à l'appui de sa demande, le salarié produit des éléments de sa messagerie électronique factuellement insuffisants pour étayer le volume horaire de travail hebdomadaire allégué, qu'en réplique, l'employeur fait état d'un recensement des messages adressés par le salarié à la hiérarchie de janvier 2005 à décembre 2006, indiquant que 15 % des messages sont passés hors horaire d'ouverture de la concession et qu'il semble donc admis qu'il s'est trouvé sur son lieu de travail au-delà de 35 heures hebdomadaires, vraisemblablement accomplies pendant les heures d'ouverture, à concurrence de 15 % des dites heures, soit 5,25 heures supplémentaires ;*

*Qu'en statuant ainsi, par des motifs dubitatifs, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;*

Toutefois, l'emploi d'un terme évoquant le doute ne suffit pas à retenir l'existence d'un motif dubitatif, lorsque replacé dans son contexte, il ne laisse aucun doute sur le fondement de la décision de la cour d'appel.

La première branche du sixième moyen du pourvoi de M. E..., tirée d'une violation de l'article 12 de la convention collective applicable, critique les motifs portant sur l'absence de suppression du poste de Mme B..., alors que la cour d'appel avait constaté que Mme R... P...avait recruté quelques mois après le licenciement de Mme B... une salariée comme employée de maison et non garde d'enfant.

La deuxième branche du sixième moyen du pourvoi de M. E..., prise d'un manque de base légale, critique le défaut de recherche si celui-ci avait recruté un salarié pour

assurer la garde de son enfant en remplacement de Mme B..., alors que la cour d'appel avait constaté que c'était Mme R... P... qui avait besoin d'un nouveau salarié à domicile.

Le mémoire en défense réplique que les critiques ne tendent qu'à remettre en cause le pouvoir souverain d'appréciation de la réalité du motif du licenciement par la cour d'appel, qui a caractérisé l'existence d'un doute profitant au salarié quant au motif allégué (2<sup>ème</sup> branche du pourvoi de Mme R... P...) et relevé que Mme R... P... avait besoin d'un salarié pour la même durée de travail que celle du poste de Mme B... prétendument supprimé et pour exercer des fonctions identiques (1<sup>ère</sup> branche du pourvoi de M. E...).

Il appartiendra à la Cour de se prononcer sur les mérites des moyens.

***4-5. Dommages-intérêts pour harcèlement moral\_(5<sup>ème</sup> moyen pris en sa 1<sup>ère</sup> branche du pourvoi n°X1710622 et 6<sup>ème</sup> moyen du pourvoi n°A1711131)***

Il sera répondu à titre liminaire à la deuxième branche du sixième moyen du pourvoi de M. E... qui invoque une cassation par voie de conséquence de celle à intervenir sur le premier moyen, relatif à la qualité de co-employeur. Son sort dépend donc de celui de ce dernier.

Si la Cour décidait du rejet du premier moyen, le sixième moyen pris en sa deuxième branche serait privé de portée et pourrait faire l'objet d'un **rejet non spécialement motivé**.

L'article L 7221-2 du code du travail prévoit que les dispositions de droit commun relatives au harcèlement sont applicables aux employés de maison.

Aux termes de l'article L.1152-1 du code du travail, *“aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel”*.

Selon l'article L. 1154-1 du même code, en sa rédaction alors applicable, lorsque survient un litige relatif à l'application de cet article, dès lors que le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il juge utiles.

Le harcèlement moral est caractérisé par la constatation de ses conséquences telles que légalement définies, peu important l'intention (malveillante ou non) de son auteur (Soc. 10 novembre 2009, n° 08-41.497, Bull. N° 248, au sommaire) : *Il résulte de l'article L. 1152-1 du code du travail que le harcèlement moral est constitué, indépendamment de*

*l'intention de son auteur, dès lors que sont caractérisés des agissements répétés ayant pour effet une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte aux droits et à la dignité du salarié, d'altérer sa santé ou de compromettre son avenir professionnel.*

Les principes applicables ainsi que les modalités de contrôle par la Cour de cassation ont été fixés par plusieurs arrêts rendus par la chambre sociale le 24 septembre 2008 (n° 06-45.579 et n°06-43.504, Bull V, n°175).

Le mécanisme probatoire, qui n'est pas critiqué par les moyens, se décompose en trois étapes que contrôle notre chambre (Soc. 25 janvier 2011, n° 09-42.766, Bull. N° 30; Soc. 6 juin 2012, n° 10-27.766, Bull. N°170) :

1) Le salarié *"établit des faits qui permettent de présumer"* l'existence d'un harcèlement moral (Soc., 30 avril 2009, n°07-43.219, Bull. V, n°120), ces mots étant remplacés par *"présente des éléments de fait laissant supposer"* à l'article L. 1154-1 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 ;

2) Les juges du fond doivent apprécier la matérialité de chacun des faits invoqués par le salarié et décider si, pris dans leur ensemble, ils permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral. A ce stade, les juges du fond apprécient souverainement si l'ensemble des éléments de fait et de preuve invoqués par le salarié, pris dans leur ensemble et en tenant compte des éléments médicaux, laissent présumer ou non l'existence d'un harcèlement moral (Soc., 7 décembre 2011, n° 10-13.767 ; Soc., 19 décembre 2012, n° 11-21.618 ; Soc., 24 septembre 2013, n° 12-17.545 ; Soc., 29 janvier 2014, n° 12-27.230 ; Soc., 16 juin 2016, n° 14-26.437 ; Soc., 7 juillet 2016, n° 14-29.266).

3) Enfin les juges du fond doivent déterminer si l'employeur rapporte la preuve que ces faits ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

L'office du juge et le contrôle de la Cour de cassation ont été précisés dans un arrêt publié du 8 juin 2016 (Soc., 8 juin 2016, n°14-13.418, Bull. V n°128) :

*Mais attendu qu'aux termes de l'article L. 1152-1 du code du travail, aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ; qu'en vertu de l'article L. 1154-1 du code du travail, lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L. 1152-1 à L. 1152-3 et L. 1153-1 à L.1153-4, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement ; qu'au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ;*

*Attendu qu'il résulte de ces dispositions que, pour se prononcer sur l'existence d'un harcèlement moral, il appartient au juge d'examiner l'ensemble des éléments invoqués par le salarié, en prenant en compte les documents médicaux éventuellement produits, et d'apprécier*

*si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral au sens de l'article L.1152-1 du code du travail ; que, dans l'affirmative, il revient au juge d'apprécier si l'employeur prouve que les agissements invoqués ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ;*

*Attendu que, sous réserve d'exercer son office dans les conditions qui précèdent, le juge apprécie souverainement si le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement et si l'employeur prouve que les agissements invoqués sont étrangers à tout harcèlement ;*

***Et attendu qu'après avoir exactement rappelé le mécanisme probatoire prévu par l'article L. 1154-1 du code du travail, la cour d'appel, qui sans se contredire, a souverainement retenu que la salariée établissait des faits permettant de présumer l'existence d'un harcèlement moral mais que l'employeur justifiait au soutien de ses décisions d'éléments objectifs étrangers à tout harcèlement, a décidé, dans l'exercice des pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 1154-1 du code du travail, qu'aucun harcèlement moral ne pouvait être retenu;***

*D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;*

La Cour a donc décidé d'exercer un contrôle sur le mécanisme probatoire. En revanche, relèvent du pouvoir souverain des juges du fond l'appréciation, d'une part, des fait matériellement établis qui pris dans leur ensemble laissent présumer l'existence d'un harcèlement et, d'autre part, de la justification par l'employeur que les agissements invoqués ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Le commentaire de la décision paru à la revue de jurisprudence sociale 2016 n°541 indique : “ *L'arrêt reproduit ci-dessus marque une claire évolution de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation. Toutefois, cette modification ne porte pas sur le fond du droit mais, en réalité, sur la nature du contrôle exercé sur les décisions des juges du fond.*

*Dans une série d'arrêts rendus le 24 septembre 2008, la chambre sociale avait repris le contrôle de la notion de harcèlement moral, auparavant laissée au pouvoir souverain des juges du fond, afin de fixer les conditions d'application des articles L 1152-1 et suivants du Code du travail et d'harmoniser la jurisprudence (Cass. Soc. 24 septembre 2008 n° 06-43.504, 06-45.579, 06-45.794 et 06-45.747 : RJS 11/08 n° 1070). Huit ans plus tard, la Haute Juridiction considère que ce résultat est atteint, et qu'il est temps de faire confiance aux juges du fond.*

*Pour autant, ces derniers ne bénéficient pas d'une licence absolue, car avec l'arrêt du 8 juin 2016, la chambre sociale précise de façon très pédagogique la méthode à suivre.*

*Dans un premier temps, elle rappelle le contenu de la loi, les définitions applicables et la charge de la preuve : le salarié doit établir des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement et, si tel est le cas, l'employeur doit ensuite prouver que les agissements qui lui sont imputés ne sont pas constitutifs d'un harcèlement et sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.*

*Dans un second temps, la chambre sociale consolide l'ensemble des apports de la jurisprudence sur la méthodologie judiciaire : le juge doit examiner les faits établis par le salarié dans leur ensemble, et non pris individuellement, afin de déterminer s'ils laissent présumer l'existence d'un harcèlement moral (Cass. soc. 25 janvier 2011 n° 09-42.766 : RJS 4/11 n° 314).*

*Enfin, la Cour de cassation précise que ce n'est que si le juge respecte l'intégralité de son office, et donc les règles particulières de charge de la preuve fixée par la loi en matière de harcèlement moral, que sa décision sera à l'abri de toute critique.*

*L'appréciation de l'existence de faits permettant de présumer l'existence d'un harcèlement, à savoir la qualification des faits et non plus seulement leur simple matérialité (Cass. soc. 11 février 2015 n° 13-26.198), relève désormais du pouvoir souverain des juges du fond, comme la preuve par l'employeur que ces agissements sont étrangers à tout harcèlement. La chambre sociale de la Cour de cassation marque aussi les limites du contrôle de cassation une fois que les éléments d'une qualification juridique intimement liés aux faits et aux débats sur le fond sont enfin stabilisés et que le travail d'harmonisation de la jurisprudence est acquis. C'est désormais devant les juges du fond, et dans le respect des règles de preuve, que l'essentiel du débat devra se nouer. Mais en cas d'erreur sur la charge de la preuve, un pourvoi en cassation pourra toujours prospérer."*

La jurisprudence de la chambre est constante en ce sens (Soc. 14 septembre 2016, n° 15-13.414 ; 22 septembre 2016, n° 15-10.125 ; 26 octobre 2016, n° 15-16.623 ; 3 novembre 2016, n° 15-17.467 ; 4 novembre 2016, n°14-28.126 ; 10 novembre 2016, n° 15-16.416 ; 16 novembre 2016, n° 15-14.586 ; 18 janvier 2017, n° 15-19.537 ; 8 mars 2017, n° 15-27.378 ; 27 avril 2017, n° 15-21.564 ; 15 juin 2017, n° 16-11.503 ; 13 juillet 2017, n° 16-12.603; Soc., 22 novembre 2017, n°16-18.206; Soc., 6 février 2019, n°17-24.746; Soc., 19 juin 2019, n°17-28.544).

**Au cas présent**, la cour d'appel a énoncé sur le harcèlement moral (arrêt p.7 et 8) :

*"Mme B... au soutien de sa prétention additionnelle indemnitaire pour harcèlement établit suffisamment la matérialité de faits de nature pris dans leur ensemble à faire présumer de cette situation, avec une dégradation subséquente de ses conditions de travail et de sa santé, sans que les employeurs ne parviennent à démontrer que les faits étaient étrangers à un harcèlement ;*

*Attendu que les écrits de Mme R... P...- et M. E... destinataire était au courant, d'autant plus que la salariée le 2 mai 2011 lui avait écrit pour se plaindre sans qu'il ne justifie avoir pris de mesures protectrices déjà cités témoignent de son attitude non exclusive de mépris envers Mme B... ; Que le mail de janvier 2011 poursuivait comme suit : 'Pour septembre il faut à mon sens trouver quelqu'un de plus performant intellectuellement pour stimuler YT... et le faire travailler, il la manipule assez facilement et elle a du mal à se faire respecter, je trouve que cela se ressent dans les notes, la tenue des cahiers etc ... Je rentre très souvent à l'improviste à l'heure des devoirs parce ce que cela m'inquiète, je trouve YT... devant la télé et elle totalement dépassée, je pense qu'elle est dans un confort dans lequel elle pense qu'elle peut s'installer parce qu'elle peut jouer sur notre mésentente et que cela n'est pas bien pour YT.... Maintenant c'est toi son employeur, tu fais donc ce que tu veux et si tu penses qu'elle est bien et qu'elle peut rester en septembre il n'y a pas de problème elle est certes pas maligne mais très charmante, je vais juste être vigilante et être plus souvent à la maison en fin d'après midi.' ;*

*Que le 20 septembre 2011 Mme R... P...relatait que ses autres salariés surnommaient Mme B... 'la peste' ou le 'poison' et elle ne s'en offusquait pas, ni n'indiquait avoir réagi, y trouvant au contraire une approbation de sa propre aversion envers celle-ci ;*

*Que Mme B... produit des pièces médicales concomitantes, et dans le milieu de travail très restreint des employés de maison, salariés et employeurs partageant une grande partie de leur vie quotidienne, il n'est pas douteux que ces faits créaient pour Mme B... une tension très forte ;*

*Attendu que Mme R... P...fait à tort grief à Mme B... de se prévaloir pour établir la matérialité du harcèlement de pièces - à savoir les mails écrits par l'appelante qui ont été précédemment cités - au motif qu'elle ne les aurait découverts qu'en cours de procédure lorsqu'ils ont été communiqués ; Que l'utilisation d'une pièce régulièrement produite aux débats par quelque partie que ce soit, compte tenu du respect du contradictoire ne s'avère pas critiquable, ni déloyale, d'autant qu'en la matière la preuve est libre ; Que Mme B... n'a mis en exergue avec ces pièces que la confirmation des faits qu'elle avait dénoncés à M. E... avant la rupture de son contrat de travail ;*

*Attendu que Mme B... sera remplie de ses droits à réparation de ce chef par la condamnation additionnelle des employeurs à lui payer des dommages et intérêts à hauteur de 3.000 €."*

La cour d'appel, qui a motivé sa décision en annonçant sa conclusion en prémice, "sans que les employeurs ne parviennent à démontrer que les faits étaient étrangers à un harcèlement", en relevant qu'il ne justifiait pas avoir pris de mesures protectrices suite à la plainte écrite à M. E... le 2 mai 2011 (p.7 §6) (réponse au 6<sup>ème</sup> moyen pris en sa 1<sup>ère</sup> branche du pourvoi n°A1711131), a caractérisé des agissements répétés de l'employeur par :

- une "attitude non exclusive de mépris envers Mme B..." (p.7 §6 et 7),
- une absence de réaction des co-employeurs aux propos tenus par les autres salariés de Mme R... P...(qui "surnommaient Mme B... "la peste" ou le "poison") "y trouvant au contraire une approbation de sa propre aversion" (p.7 §8),

ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé ou de compromettre son avenir professionnel, à savoir "avec une dégradation subséquente de ses conditions de travail et de sa santé (...) Mme B... produit des pièces médicales concomitantes, et dans le milieu de travail très restreint des employés de maison, salariés et employeurs partageant une grande partie de leur vie quotidienne, il n'est pas douteux que ces faits créaient pour Mme B... une tension très forte" (p.7 dernier §) (réponse au 5<sup>ème</sup> moyen pris en sa 1<sup>ère</sup> branche du pourvoi n°X1710622).

Si la Cour, dans le cadre de son délibéré, estimait sous le couvert de griefs non fondés de violation de la loi et de défaut de base légale, les moyens ne tendent qu'à contester l'appréciation souveraine par la cour d'appel des éléments de fait et de preuve dont elle a, motivant sa décision et exerçant les pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 1154-1 du code du travail, déduit l'absence de justifications par l'employeur d'éléments objectifs étrangers à tout harcèlement, elle pourrait décider d'un **rejet non spécialement motivé**.

**4-6. Dommage-intérêts pour défaut de visite médicale (5<sup>ème</sup> moyen pris en ses 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> branches du pourvoi n°X1710622 et 7<sup>ème</sup> moyen du pourvoi n°A1711131)**

Il sera répondu à titre liminaire à la deuxième branche du septième moyen du pourvoi de M. E... qui invoque une cassation par voie de conséquence de celle à intervenir sur le premier moyen, relatif à la qualité de co-employeur. Son sort dépend donc de celui de ce dernier.

Si la Cour décidait du rejet du premier moyen, le septième moyen pris en sa deuxième branche serait privé de portée et pourrait faire l'objet d'un **rejet non spécialement motivé**.

La deuxième branche du cinquième moyen de Mme R... P..., prise d'une violation de la loi, critique le chef de dispositif accordant des dommages-intérêts pour défaut de visite médicale en soutenant que le particulier employeur n'est pas tenu d'organiser de telles visites médicales.

L'article 22 de la convention collective du salarié du particulier employeur du 24 novembre 1999 prévoit l'application aux employés de maison à temps complet des dispositions relatives à la surveillance médicale : « *Les dispositions du Code du travail concernant la surveillance médicale sont obligatoirement applicables aux salariés du particulier employeur employés à temps complet :*

- *un examen médical d'embauche,*
- *une visite médicale périodique obligatoire,*
- *une visite médicale de reprise après absence de plus de trois semaines pour cause de maladie, au retour de congé de maternité, et après une absence d'au moins huit jours pour cause d'accident du travail. »*

La chambre sociale a fait application aux employés de maison de l'article L. 7221-2 5° du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n°2011-867 du 20 juillet 2011, concernant la surveillance médicale des gardiens d'immeuble prévues à l'article L. 7214-1, ainsi que des dispositions de l'article L. 3123-11 du code du travail selon lesquelles le salarié à temps partiel bénéficie des droits reconnus au salarié à temps complet par la loi et les dispositions conventionnelles sous réserve, en ce qui concerne les droits conventionnels, de modalités spécifiques prévues par une convention ou un accord collectif de travail.

Sur ce fondement, la chambre a jugé que les salariés employé de maison à temps partiel doivent bénéficier, comme les employés de maison à temps complet, de la surveillance à temps complet, de la surveillance médicale prévue à l'article L. 7214-1 du code du travail (Soc., 28 septembre 2011, pourvoi n°10-14.284, Bull.civ. V, n°209):

*Attendu que pour débouter Mme JX... de ses demandes tendant à la résiliation de son contrat de travail et à la condamnation de l'employeur à lui payer diverses sommes, l'arrêt retient que Mme PA...n'avait aucune obligation en matière de visite médicale, l'article L. 7221-2 du code du travail prévoyant que les dispositions régissant l'inaptitude ne sont pas applicables aux salariés*

*employés par des particuliers à des travaux domestiques qui relèvent exclusivement des dispositions de la convention collective nationale du particulier employeur, dont l'article 22 dispose que les articles du code du travail concernant la surveillance médicale sont applicables aux salariés employés à temps complet seulement ;*

*Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;*

La jurisprudence de la chambre sur l'application des dispositions relatives à la surveillance médicale obligatoire aux employés de maison est constante (Soc., 28 mai 2013, pourvoi n° 13-40.011, Bull. 2013, V, n° 132, QPC; Soc., 11 janvier 2017, n°15-10.281), par exemple un arrêt récent (Soc., 4 septembre 2019, pourvoi n° 16-19.137):

***Attendu que la cour d'appel ayant souverainement apprécié le montant du préjudice lié à l'absence de visite médicale, dont elle a justifié l'existence par l'évaluation qu'elle en a faite, le moyen n'est pas fondé ;***

Il sera proposé un **rejet non spécialement motivé** du cinquième moyen pris en sa deuxième branche du pourvoi n°X17-10.622.

Les troisième branche du cinquième moyen de Mme R... P...et première branche du septième moyen de M. E... critiquent les motifs relatifs à la réparation du préjudice nécessaire.

Par un arrêt du 13 avril 2016, la Chambre sociale de la Cour de cassation a abandonné la notion de préjudice nécessaire et retenu que l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (Soc 13 avril 2016, n° 14-28.293) :

***Mais attendu que l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ; que le conseil de prud'hommes, qui a constaté que le salarié n'apportait aucun élément pour justifier le préjudice allégué, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ;***

La solution a été confirmée dans divers domaines (Soc., 30 juin 2016, n° 15-16.066 pour l'inobservation des règles de forme du licenciement ; Soc., 14 septembre 2016, n°15-21.794 et Soc., 16 juin 2016, n° 15-15.982 pour le défaut de remise ou la remise tardive des documents destinés à Pôle emploi ; Soc., 22 septembre 2016, n° 15-10.960, Soc., 25 mai 2016, n° 14-20578, Bull. et Soc., 14 juin 2016, n° 14-23.613 pour la stipulation d'une clause de non-concurrence nulle ; Soc., 17 mai 2016, n° 14-21.872 pour l'absence d'information sur la convention collective applicable).

Néanmoins, cette jurisprudence n'exclut pas que soit retenu un préjudice dès lors que celui-ci est constaté par les juges du fond, selon la formule de rejet du pourvoi dans les termes suivants (Soc., 7 mars 2018, n° 16-21.529, 16-21.531, 16-21.532; Soc., 27 juin 2018, n° 17-15.438 ; Soc., 27 mars 2019, n° 16-28.774 en cours de publication): ***Mais attendu que la cour d'appel ayant souverainement apprécié le montant du préjudice dont elle a justifié l'existence par l'évaluation qu'elle en a fait , le moyen n'est pas fondé;***

La Cour de cassation juge désormais par exemple que « ***l'employeur qui s'abstient de saisir comme il le doit après le premier examen médical le médecin du travail pour faire pratiquer le second des examens exigés par l'article R. 4624-31 du code du travail, commet une faute susceptible de causer au salarié un préjudice dont l'existence est appréciée souverainement par les juges du fond*** » (Soc., 23 mai 2017, n° 15-26.941, Bull.), là où elle aurait décidé auparavant qu'un tel manquement causait nécessairement un préjudice.

Au cas présent, les motifs critiqués sur les dommages-intérêts pour défaut de visite médicale sont les suivants (arrêt p.8 §5) : «*Qu'il sera aussi ajouté la somme de 500 € en réparation du nécessaire préjudice résultant du défaut d'organisation des visites médicales périodiques* ».

Si la Cour, dans le cadre de son délibéré, estimait que la cour d'appel a souverainement apprécié le montant du préjudice résultant du défaut d'organisation des visites médicales périodiques dont elle a justifié l'existence par l'évaluation qu'elle en a fait, elle pourrait décider un **rejet non spécialement motivé** des moyens.

#### **4-7. Congés payés (4<sup>ème</sup> moyen du pourvoi n°A1711131)**

Il sera répondu à titre liminaire à la seconde branche du moyen, qui invoque une cassation par voie de conséquence de celle à intervenir sur le premier moyen, relatif à la qualité de co-employeur. Son sort dépend donc de celui de ce dernier.

Si la Cour décidait du rejet du premier moyen, le quatrième moyen pris en sa seconde branche serait privé de portée et pourrait faire l'objet d'un **rejet non spécialement motivé**.

La première branche articule un grief disciplinaire de dénaturation d'un courrier électronique adressé le 1<sup>er</sup> octobre 2008 par M. E... à la salariée (production MA n°6) en ces termes : «*Je fais suite à notre entretien téléphonique de ce jour et j'ai bien noté votre accord sur les termes de ce projet de CDD.*

***Je n'ai pas de problème à rajouter dans ce contrat le fait que vous disposiez comme vacances de toutes les vacances scolaires, même si je ne sais pas ce que ça vaut juridiquement.***

*Je n'avais pas noté les deux soirs par semaines de baby sitting que vous devez à Mme P... ; je ne pense pas utile de la rajouter dans le contrat.*

*J'ai besoin pour finaliser ce contrat : de votre état civil et de la description du logement.* »

L'article 17, c) intitulé «*Les congés supplémentaires imposés par l'employeur*», de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999 dispose : «*Si rien n'est prévu dans le contrat de travail et que l'employeur impose à un salarié un congé d'une durée supérieure à celle du congé annuel auquel peut prétendre l'intéressé, il est tenu de verser à celui-ci, pendant toute la durée du congé supplémentaire, une indemnité qui ne peut être inférieure au salaire qui serait dû pour une même période travaillée.*

*Ce temps de congé supplémentaire et l'indemnité y afférente ne peuvent en aucun cas être imputés sur les congés annuels à venir ni sur les indemnités correspondant à ceux-ci ».*

La cour d'appel a énoncé (arrêt p.4 §2 à 6):

*“Le jugement devait être confirmé en ce qu'il avait accueilli la demande au titre des congés payés, les premiers juges ayant procédé à un exact calcul au vu des bulletins de paye qui tiraient les exactes conséquences de leur constat que les employeurs avaient méconnu l'article 17 de la convention collective de travail des salariés du particulier employeur en ayant imposé à madame B... des congés pendant la durée des vacances scolaires et en les ayant imputés sur les congés annuels auquel l'emploi à temps plein ouvrait droit ;*

*que sans contester avoir eu recours à une telle imputation, madame R... P...soutenait que celle-ci résultait de l'accord de madame B... qui du reste mettait ce temps à profit pour louer ses services à d'autres employeurs ;*

***que cependant l'accord allégué ne résultait sans équivoque d'aucun moyen de preuve ; que ne peut être regardé comme tel le mail de monsieur E... du 1er octobre 2008 indiquant à madame B... qu'il n'avait pas de problèmes à ajouter dans le contrat qu'elle disposerait comme vacances de toutes les vacances scolaires, alors d'une part qu'aucune mention en ce sens n'avait finalement été insérée dans les documents contractuels, et que de deuxième part le document contenant la question de la salariée à laquelle aurait répondu les propos précités n'était pas produit en sorte qu'il ne pouvait sans équivoque s'en inférer une rencontre des consentements sur le point litigieux ;***

*que la circonstance que madame B... avait travaillé pour d'autres employeurs pendant ces périodes n'était pas davantage révélatrice d'un acquiescement aux congés imposés par l'employeur, la salariée ne saurait se voir reprocher d'avoir ainsi pallié la perte de revenus qu'elle subissait du fait de la décision unilatérale de Mme R... P...et M. E....”*

La cour d'appel, par une interprétation souveraine des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, exclusive de dénaturation, que l'ambiguïté des termes du courrier électronique adressé le 1<sup>er</sup> octobre 2008 par M. E... à la salariée rendait nécessaire, a retenu qu'il ne résultait sans équivoque d'aucun moyen de preuve que la salariée avait donné son accord à l'imputation des congés supplémentaires sans indemnité imposés par l'employeur pendant la durée des vacances scolaires sur les congés payés annuels auxquelles elle pouvait prétendre.

Si la Cour estime que le moyen n'est pas fondé, elle pourrait se prononcer par **un rejet non spécialement motivé.**

## **5 - Orientation proposée : FR4**

