

Le : 20/11/2009

**Cour de cassation**

**chambre sociale**

**Audience publique du 10 novembre 2009**

**N° de pourvoi: 08-43707 08-43735**

Non publié au bulletin

**Cassation**

**Mme Mazars (conseiller doyen faisant fonction de président), président**

SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Vu la connexité, joint les pourvois n° Y 08-43.707 et D 08-43.735 ;

Sur le pourvoi n° D 08 43.735 :

Attendu qu'une même personne, agissant en la même qualité, ne peut former qu'un seul pourvoi en cassation contre la même décision ;

Attendu que par déclaration adressée le 29 juillet 2008, Mme X... a formé contre un jugement du conseil de prud'hommes de Montargis rendu le 29 mai 2008 un pourvoi en cassation enregistré sous le n° D 08 43.735 ;

Attendu que Mme X... qui, le même jour, en la même qualité, avait formé contre la même décision un pourvoi enregistré sous le n° Y 08 43.707 n'est pas recevable à former un nouveau pourvoi en cassation ;

Sur le pourvoi n° Y 08 43.707 :

Attendu, selon le jugement attaqué, que Mme X... a été embauchée par M. et Mme Y... en

qualité d'assistante maternelle, à compter du 1er février 2005 ; que le contrat a pris fin, le 20 octobre 2006 ; que Mme X... a saisi la juridiction prud'homale de demandes en rappel de salaire, délivrance de documents de fin de travail rectifiés, et à titre de dommages intérêts ;

Sur le premier moyen :

Attendu que Mme X... fait grief au jugement de l'avoir déboutée de ses demandes en paiement d'un rappel de salaire et de dommages intérêts pour résistance abusive, ainsi que de sa demande de délivrance d'un bulletin de paie et d'une attestation ASSEDIC conformes, alors, selon le moyen :

1°/ que l'acceptation du bulletin de paie sans protestation ni réserve n'emporte pas renonciation du salarié à réclamer, le cas échéant, le paiement de la rémunération lui restant due ; qu'en relevant pour considérer que l'assistante maternelle avait été remplie de ses droits tels que contractuellement prévus, que celle-ci n'avait contesté la base du salaire versé que 8 mois après la rupture de son contrat de travail, le conseil de prud'hommes a violé l'article L. 3243-3 du code du travail ;

2°/ que le conseil de prud'hommes a violé les articles 2277 du code civil et 3245-1 du code du travail, dont il résulte que l'action en paiement du salaire se prescrit par cinq ans ;

3°/ que le motif hypothétique équivaut à une absence de motif ; qu'en relevant pour considérer que le salaire versé était celui contractuellement prévu, "qu'il serait surprenant que Mme X... n'effectue pas la vérification du salaire versé par ses différents employeurs, ceux-ci n'étant que des employeurs occasionnels et, de ce fait, davantage susceptibles de commettre des erreurs", le conseil de prud'hommes a statué par un motif hypothétique en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

4°/ qu'en ne recherchant pas si les attestations du centre Pajemploi-Urssaf bien qu'elles ne mentionnaient pas le nombre d'heures de travail correspondant au salaire versé, permettaient l'identification précise du salaire horaire net versé par l'employeur, le conseil de prud'hommes a privé son jugement de base légale au regard de l'article R. 3243-1 du code du travail ;

5°/ qu'en présence d'une stipulation contractuelle fixant le montant du salaire horaire net, il appartient à l'employeur, qui invoque son caractère erroné, d'en rapporter la preuve ; qu'en l'espèce le conseil de prud'hommes a constaté que le montant de 2,14 euros avait été mentionné comme "salaire horaire net" sur les deux exemplaires originaux du contrat de travail ; qu'en reprochant à l'assistante maternelle de ne pas avoir produit les contrats la liant à ses autres employeurs pour prouver qu'elle pratiquait cette rémunération, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve en violation des articles 1315 du code civil et L. 1221-1 du code du travail ;

Mais attendu qu'ayant relevé qu'il existait une contradiction dans les mentions portées sur les contrats originaux concernant le montant du salaire convenu, que les éléments de rémunération s'expriment toujours en brut, qu'un montant de 2,14 euros brut correspondait exactement à la valeur du salaire horaire minimum d'une assistante maternelle à la date de la signature des contrats, et qu'aucun service particulier n'était demandé à la salariée, le conseil de prud'hommes, interprétant souverainement la volonté des parties, abstraction faite des motifs critiqués par les trois premières branches du moyen, a estimé, sans inverser la charge de la preuve ni devoir procéder à une recherche que ses constatations rendaient inutile, que les parties étaient convenues d'un salaire horaire brut de 2,14 euros ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Mais sur le second moyen :

Vu l'article 7 de la convention collective des assistants maternels et l'article L. 2254-1 du code du travail ;

Attendu que, pour rejeter la demande de la salariée en paiement d'un rappel de salaire et de dommages et intérêts pour résistance abusive, ainsi que sa demande de délivrance d'un bulletin de paie et d'une attestation ASSEDIC conformes, le jugement retient que, selon l'article 7 de la convention collective, en cas d'accueil régulier, pour assurer un salaire régulier au salarié, le salaire de base est mensualisé, que Mme X... n'a pas bénéficié de cette mensualisation alors qu'elle assurait l'accueil régulier de l'enfant même si cet accueil n'était pas à temps plein et n'avait pas d'horaire fixe, que cependant, il apparaît que cette convention collective n'était applicable que depuis le 1er janvier 2005, que le modèle de contrat utilisé par les parties n'avait pas encore intégré cet élément, que durant toute la durée du contrat Mme X... n'a jamais demandé l'application de la mensualisation, que percevoir un salaire régulier aurait certainement été apprécié par Mme X... mais il n'est pas contesté que toutes les heures d'accueil effectuées lui ont été rémunérées chaque mois, qu'elle n'en a donc pas subi de préjudice financier ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que la méconnaissance des dispositions conventionnelles par l'employeur avait nécessairement causé un préjudice à la salariée, le conseil de prud'hommes n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

DECLARE IRRECEVABLE le pourvoi n° D 08 43.735 ;

Sur le pourvoi n° Y 08 43.707 :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, le jugement rendu le 29 mai 2008, entre les parties, par le conseil de prud'hommes de Montargis ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit jugement et, pour être fait

droit, les renvoie devant le conseil de prud'hommes d'Orléans ;

Condamne M. et Mme Y... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de Mme X... ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite du jugement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du dix novembre deux mille neuf.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi n° Y 08 43.707 par la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat de Mme X....

## PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief au jugement attaqué D'AVOIR DEBOUTE la salariée, assistante maternelle agréée, de ses demandes en paiement d'un rappel de salaire et de dommages et intérêts pour résistance abusive, ainsi que de sa demande de délivrance d'un bulletin de paie et d'une attestation ASSEDIC conformes ;

AUX MOTIFS QUE sur les deux exemplaires originaux du contrat de travail, le montant de 2,14 euros dans la case « salaire net par heure » est porté, mais un seul indique ce même montant dans la case « salaire brut par heure » ; que Madame X... affirme avoir elle-même rempli la case « salaire net par heure » sur les deux exemplaires, mais nie avoir rempli la case « salaire brut par heure » ; que durant toute la période de validité du contrat, du 1er février 2005 au 20 octobre 2006, Madame X... a été rémunérée sur la base de 2,14 euros brut de l'heure ; qu'elle n'a jamais contesté cette base de rémunération avant le 26 juin 2007 soit 8 mois après la rupture du contrat ; que Madame X... exerce depuis plusieurs années son métier et que les époux Y... employaient pour la première fois une assistante maternelle ; qu'il serait surprenant que Madame X... n'effectue pas la vérification du salaire versé par ses différents employeurs, ceux-ci n'étant que des employeurs occasionnels et, de ce fait, davantage susceptibles de commettre des erreurs ; que l'attestation d'emploi établie par le centre pajemploi indique que les éléments pris en compte ont été fournis par l'employeur et ajoute clairement « Si certains éléments sont erronés, je vous invite à le signaler à votre employeur » ; que les éléments du salaire portés sur cette attestation permettent facilement de vérifier l'exactitude de la rémunération ; que le montant de 2,14 euros brut correspond exactement à ce calcul selon la valeur du SMIC à la date de la signature ;

ALORS D'UNE PART QUE l'acceptation du bulletin de paie sans protestation ni réserve n'emporte pas renonciation du salarié à réclamer, le cas échéant, le paiement de la rémunération lui restant due ; qu'en relevant pour considérer que l'assistante maternelle avait été remplie de ses droits tels que contractuellement prévus, que celle-ci n'avait contesté la base du salaire versé que 8 mois après la rupture de son contrat de travail, le Conseil de prud'hommes a violé l'article L. 3243-3 du Code du travail (ancien article L. 143-4) ;

ALORS D'AUTRE PART QUE DE CE CHEF ENCORE, le Conseil de prud'hommes a violé les articles 2277 du Code civil et 3245-1 du Code du travail (ancien article L. 143-14), dont il résulte que l'action en paiement du salaire se prescrit par cinq ans ;

ALORS DE TROISIEME PART QUE le motif hypothétique équivaut à une absence de motif ; qu'en relevant pour considérer que le salaire versé était celui contractuellement prévu, « qu'il serait surprenant que Madame X... n'effectue pas la vérification du salaire versé par ses différents employeurs, ceux-ci n'étant que des employeurs occasionnels et, de ce fait, davantage susceptibles de commettre des erreurs », le Conseil de prud'hommes a statué par un motif hypothétique en violation de l'article 455 du Code de procédure civile ;

ALORS DE QUATRIEME PART QU'en ne recherchant pas si les attestations du centre Pajemploi-Urssaf bien qu'elles ne mentionnaient pas le nombre d'heures de travail correspondant au salaire versé, permettaient l'identification précise du salaire horaire net versé par l'employeur, le Conseil de prud'hommes a privé son jugement de base légale au regard de l'article R. 3243-1 du Code du travail (ancien article R. 143-2) ;

ET AUX MOTIFS QUE si Madame X... pouvait effectivement demander une rémunération de 2,14 euros net et non brut, cette volonté commune des parties, en dehors de la case « salaire net par heure » remplie dans le contrat de travail, n'apparaît pas : pas de salaire brut indiqué alors que tous les éléments s'expriment en brut tant au chapitre « rémunération » du contrat qu'à celui de la convention collective, pas de service particulier pouvant justifier un salaire plus élevé ; qu'au surplus Madame X... ne produit pas de contrat avec d'autres parents prouvant qu'elle pratiquait cette rémunération ;

ALORS ENFIN QU'en présence d'une stipulation contractuelle fixant le montant du salaire horaire net, il appartient à l'employeur, qui invoque son caractère erroné, d'en rapporter la preuve ; qu'en l'espèce le Conseil de prud'hommes a constaté que le montant de 2,14 euros avait été mentionné comme « salaire horaire net » sur les deux exemplaires originaux du contrat de travail ; qu'en reprochant à l'assistante maternelle de ne pas avoir produit les contrats la liant à ses autres employeurs pour prouver qu'elle pratiquait cette rémunération, la Cour d'appel a inversé la charge de la preuve en violation des articles 1315 du Code civil et L. 1221-1 du Code du travail (ancien article L. 121-1).

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief au jugement attaqué D'AVOIR DEBOUTE la salariée, assistante maternelle agréée, de ses demandes en paiement d'un rappel de salaire et de dommages et intérêts pour résistance abusive, ainsi que de sa demande de délivrance d'un bulletin de paie et d'une attestation ASSEDIC conformes ;

AUX MOTIFS QUE selon l'article 7 de la convention collective, en cas d'accueil régulier d'un enfant, et pour assurer au salarié un salaire régulier, le salaire de base est mensualisé ; que Madame X... n'a pas bénéficié de cette mensualisation alors qu'elle assurait l'accueil régulier de l'enfant même si cet accueil n'était pas à temps plein et n'avait pas d'horaire fixe ; que cependant il apparaît que cette convention collective n'était applicable que depuis le 1er janvier 2005 ; que le modèle de contrat utilisé par les parties n'avait pas encore intégré cet élément ; que durant toute la durée du contrat Madame X... n'a jamais demandé l'application de la mensualisation ; que percevoir un salaire régulier aurait certainement été apprécié par Madame X... mais il n'est pas contesté que toutes les heures d'accueil effectuées lui ont été rémunérées chaque mois, qu'elle n'en a donc pas subi de préjudice financier ;

ALORS D'UNE PART QU'une convention collective est applicable de plein droit dès son entrée en vigueur ; qu'il résulte des constatations du jugement que la période d'exécution du contrat de travail a été comprise entre le 1er février 2005 et le 20 octobre 2006 (jugement p. 4 alinéa 10) ; que le Conseil de prud'hommes qui a relevé que la convention collective des assistants maternels était applicable à compter du 1er janvier 2005, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations en violation de l'article L. 2254-1 du Code du travail (ancien article L. 135-2);

ALORS D'AUTRE PART QU'il appartient à l'employeur, fût-il un particulier, de se conformer aux dispositions de la convention collective applicable au contrat de travail dont il est signataire ; qu'en refusant à l'assistante maternelle le bénéfice de la mensualisation prévue par la convention collective, aux motifs inopérants que le modèle de contrat de travail utilisé n'avait pas encore intégré celle-ci et que la salariée n'en avait jamais demandé l'application, le Conseil de prud'hommes a violé l'article L. 2254-1 du Code du travail (ancien article L. 135-2);

ALORS DE TROISIEME PART QUE la mensualisation du salaire a pour objet de garantir au salarié le versement d'un salaire régulier et fixe, indépendamment du nombre d'heures effectuées chaque mois ; que la privation d'une telle garantie cause à elle seule un préjudice au salarié, indépendamment de la question du montant du salaire global versé, qui n'est pas en cause ; que le Conseil de prud'hommes, en énonçant que la perception d'un salaire régulier aurait certainement été appréciée par Madame X..., a caractérisé le préjudice résultant de la non application de la mensualisation prévue par la convention collective ; qu'en relevant qu'aucun préjudice n'était résulté de l'absence de mensualisation du salaire dès lors que toutes les heures effectuées avaient été payées, le Conseil de prud'hommes a statué par un motif inopérant, et n'a pas tiré les conséquences de ses constatations en violation de l'article 7 de la convention collective des assistants maternels, et de l'article L. 2254-1 du Code du travail (ancien article L. 135-2) ;

ALORS ENFIN ET EN TOUTE HYPOTHESE QUE l'article 7 de la convention collective

des assistants maternels prévoit que s'ajoute au montant du salaire brut de base versé tous les mois, la rémunération des congés payés acquis pendant la période de référence calculée selon les modalités fixées par l'article 12 de la convention; que le Conseil de prud'hommes a relevé, pour retenir que la non-application de l'article 7 n'avait occasionné aucun préjudice, que toutes les heures effectuées avaient été payées à l'assistante maternelle ; qu'en ne constatant pas que la salariée avait été remplie de ses droits au titre des congés payés, le Conseil de prud'hommes a violé les articles 7 et 12 de la convention collective précitée, ensemble l'article L. 2254-1 du Code du travail (ancien article L. 135-2).

**Décision attaquée :** Conseil de prud'hommes de Montargis du 29 mai 2008