

**Cour de cassation**

**chambre sociale**

**Audience publique du 31 mai 2012**

**N° de pourvoi: 10-24497**

Publié au bulletin

**Cassation sans renvoi**

**M. Lacabarats (président), président**

Me Haas, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Sur le moyen unique :

Vu l' article L. 423-2 du code de l'action sociale et des familles, ensemble l'article 18 de la convention collective nationale des assistants maternels employés par des particuliers du 1er juillet 2004 ;

Attendu qu'il résulte de ces textes que les dispositions du code du travail sur la rupture du contrat de travail ne sont pas applicables aux assistants maternels employés par des particuliers et que le montant de l'indemnité de licenciement prévu par la convention collective du 1er juillet 2004 est égal à 1/120ème du total des salaires nets perçus pendant la durée du contrat ;

Attendu, selon l'ordonnance attaquée, que Mme X..., assistante maternelle, à qui ses employeurs avaient retiré leur enfant, a saisi la juridiction prud'homale statuant en référé pour obtenir un rappel d'indemnité de licenciement calculé sur la base d'1/5ème de mois de salaire par année d'ancienneté en application de l'article R. 1234-2 du code du travail ;

Attendu que pour faire droit à cette demande, l'ordonnance retient que le texte invoqué est plus favorable à la salariée que la convention collective ;

Qu'en statuant ainsi, le conseil de prud'hommes a violé les textes susvisés ;

Et attendu qu'en application de l'article 627, alinéa 2, du code de procédure civile, la Cour de cassation est en mesure, en cassant sans renvoi, de mettre fin au litige par application de la règle de droit appropriée ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'ordonnance de référé rendue le 5 juillet 2010, entre les parties, par le conseil de prud'hommes d'Avignon ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Déboute Mme X... de sa demande en paiement d'un rappel d'indemnité de licenciement ;

Condamne Mme X... aux dépens de l'instance en cassation et à ceux afférents à l'instance devant le conseil de prud'hommes d'Avignon ;

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

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du trente et un mai deux mille douze.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par Me Haas, avocat aux Conseils pour M. et Mme Z...

Il est fait grief à l'ordonnance attaquée D'AVOIR condamné les époux Z... à payer à Mme X... un solde d'indemnité légale de licenciement ;

AUX MOTIFS QUE la convention collective applicable, qui prévoit une indemnité de licenciement égale à 1/120ème des salaires apparaît moins favorable que l'article R. 1234-2 du code du travail, qui dispose que l'indemnité de licenciement ne peut être inférieure à un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté ; que si l'article L. 423-12 du code de l'action sociale et des familles prévoit que lorsqu'une assistante maternelle est licenciée, elle doit percevoir une indemnité de licenciement et que celle-ci est calculée sur la moyenne des six meilleurs mois de salaires perçus, cette règle légale n'exclut pas expressément l'application des dispositions de l'article R. 1234-2 du code du

travail, de sorte que ces deux dispositions légales combinées apparaissent encore plus favorables ; qu'en l'espèce, il n'apparaît pas que Mme X... ait sollicité le paiement d'une indemnité d'un cinquième de mois par année d'ancienneté calculée sur la moyenne de ses six meilleurs mois de salaire alors que tel aurait pu être le cas ; qu'il s'ensuit que l'article R. 1234-2 du code du travail, norme légale hiérarchique supérieure à la convention collective, doit trouver application, dès lors que la règle de calcul de l'indemnité conventionnelle est inférieure à celle-ci ; que la demande ne se heurte donc à aucune contestation sérieuse ;

ALORS, 1°), QUE les dispositions du code du travail relatives au licenciement et, en particulier, à l'indemnité de licenciement ne figurent pas au nombre de celles que l'article L. 432-2 du code de l'action sociale et des familles énumère, de manière limitative, comme applicables aux assistants maternels du particulier employeur ; qu'en vertu de l'article 18 de la convention collective nationale des assistants maternels du particulier employeur du 1er juillet 2004, le salarié a droit, en cas d'exercice par l'employeur de son droit de retrait, à une indemnité de rupture égale à 1/120 du total des salaires nets perçus pendant la durée du contrat ; qu'en considérant, dès lors, que Mme X... était en droit, hors toute contestation sérieuse, de réclamer le paiement d'une indemnité de licenciement calculée conformément au code du travail, le conseil de prud'hommes a violé l'article L. 432-2 du code de l'action sociale, les articles L. 1234-9 et R. 1234-2 du code du travail et l'article 18 de la convention collective nationale des assistants maternels du particulier employeur du 1er juillet 2004 ;

ALORS, 2°), QUE l'article L. 423-12 du code de l'action sociale et des familles ne concerne que les assistants maternels employés par des personnes morales ; qu'en fondant sur ce texte le droit de la salariée, dont il ressortait de ses constatations qu'elle travaillait pour le compte de particuliers, au paiement d'une indemnité de licenciement, le conseil de prud'hommes l'a violé, par fausse application.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Conseil de prud'hommes d'Avignon du 5 juillet 2010