

**COUR DE CASSATION**

---

Audience publique du **5 juillet 2017**

Cassation partielle

M. FROUIN, président

Arrêt n° 1228 FS-P+B

Pourvoi n° Q 16-10.841

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

---

A U N O M D U P E U P L E F R A N Ç A I S

---

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

Statuant sur le pourvoi formé par Mme Colette Guillame-Bert, domiciliée 333 rue Pauline Roland, 82000 Montauban,

contre l'arrêt rendu le 20 novembre 2015 par la cour d'appel de Toulouse (4<sup>e</sup> chambre, section 2, chambre sociale), dans le litige l'opposant à Mme Haïcha Rifai, épouse Hallami, domiciliée 2260 route de l'Aveyron, 82000 Montauban,

défenderesse à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 7 juin 2017, où étaient présents : M. Frouin, président, M. David, conseiller référendaire rapporteur, M. Huglo, conseiller doyen, Mmes Goasguen, Vallée, Guyot, Aubert-Monpeyssen, Schmeitzky-Lhuillery, MM. Rinuy, Schamber, Ricour, Mmes Van Ruymbeke, Capitaine, conseillers, M. Flores, Mme Ducloz, MM. Silhol, Belfanti, Mme Ala, M. Duval, Mme Valéry, conseillers référendaires, Mme Rémerly, avocat général, Mme Piquot, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. David, conseiller référendaire, les observations de la SCP Rousseau et Tapie, avocat de Mme Guillaume-Bert, de la SCP Delvolvé et Trichet, avocat de Mme Hallami, l'avis de Mme Rémerly, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme Hallami a été engagée à compter du 24 février 1997 par Mme Guillaume-Bert pour s'occuper de ses enfants ; qu'il a été mis fin au contrat de travail en vertu de deux documents datés des 2 et 7 juillet 2008, signés des deux parties ; que la salariée a saisi la juridiction prud'homale pour faire juger que la rupture s'analysait en un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et pour demander le paiement de diverses sommes à titre de rappel de salaire et d'indemnités de rupture ;

Sur le premier moyen :

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 ;

Et sur le moyen relevé d'office, après avis donné aux parties, en application de l'article 1015 du code de procédure civile :

Vu les articles L. 1237-11 et suivants et R. 1237-3 du code du travail ;

Attendu que pour dire que la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que l'employeur se prévaut d'une rupture amiable du contrat de travail, qu'il produit à ce titre deux documents des 2 et 7 juillet 2008 signés par la salariée et par lui, que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, la rupture du contrat de travail à durée indéterminée ne peut plus se faire par le biais d'une rupture d'un commun accord mais doit faire l'objet d'une rupture conventionnelle dont la procédure est fixée par les articles L. 1237-11 et suivants du code du travail, que faute de respect de cette procédure, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que la rupture amiable était intervenue antérieurement à l'entrée en vigueur le 20 juillet 2008 du décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008 portant diverses mesures relatives à la modernisation du marché du travail et créant l'article R. 1237-3 du code du travail déterminant l'autorité administrative compétente pour statuer sur les demandes d'homologation des ruptures conventionnelles et que le dispositif de la rupture conventionnelle n'était pas applicable avant cette date, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit le licenciement de Mme Hallami sans cause réelle et sérieuse et en ce qu'il condamne Mme Guillame-Bert à payer à Mme Hallami les sommes

de 26 201,91 euros à titre de rappel de salaire et de 3 134,28 euros au titre de l'ancienneté, de 899,63 euros au titre de l'irrégularité de la procédure, de 2 249,03 euros au titre de l'indemnité de licenciement, de 1 799,26 euros au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, de 179,92 euros au titre des congés payés afférents, de 5 000 euros à titre de dommages-intérêts, l'arrêt rendu le 20 novembre 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Toulouse ; remet, en conséquence, sur les points restant en litige, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Bordeaux ;

Condamne Mme Hallami aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

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'arrêt partiellement cassé ;

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Rousseau et Tapie, avocat aux Conseils, pour Mme Guillame-Bert

### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir condamné Mme Guillame-Bert à payer à Mme Hallami les sommes de 26 201,91 euros à titre de rappel de salaires, congés payés inclus, 3 134,28 euros au titre de l'ancienneté, et 1 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

Aux motifs que Mme Hallami a vu son volume de travail diminuer à compter de 2004 puis 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 écrit, dans le cadre d'un temps partiel, s'applique non seulement au contrat initial mais 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 Mme Hallami 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 et ne saurait résulter de la seule poursuite du contrat de travail aux conditions modifiées ; que dans ces conditions, il y a lieu de condamner l'employeur à verser les salaires dus sur la base du contrat initial ; que le rapport de l'expert sera homologué en ce qu'il a fixé les sommes dues en application du contrat de travail aux sommes non prescrites, dont le calcul n'est pas contesté : 26 201,91 euros à titre de rappel de salaires, congés payés inclus, et 3 134,28 euros au titre de l'ancienneté ;

Alors 1°) qu'il résulte l'article L.7221-2 du code du travail que les employés de maison, salariés du particulier-employeur ne bénéficient pas des dispositions de l'article L.3123-14 du même code, relatives à la forme et au contenu du contrat de travail à temps partiel et de la règle qui veut qu'en l'absence de contrat écrit, ou à défaut des mentions obligatoires dans le contrat conclu à temps partiel, l'emploi soit présumé à temps complet ; qu'il est acquis aux débats que la convention collective nationale des salariés du particulier employeur s'appliquait en l'espèce ; qu'en reprochant à l'employeur l'absence de signature d'un avenant entre les parties, motif pris que l'exigence d'un écrit, dans le cadre d'un temps partiel, s'appliquait au contrat initial et aux avenants modifiant la durée du travail en application de l'article L. 3123-14 du code du travail, la cour d'appel a violé l'article L. 7721-2 du code du travail et, par fausse application, l'article L. 3123-14 du code du travail ;

Alors 2°) que la modification du contrat de travail peut être prouvée par tout moyen ; que Mme Guillame-Bert a rappelé que les horaires de Mme Hallami

avaient été modifiés à la rentrée scolaire de septembre 2004, à partir de laquelle elle n'avait plus travaillé pendant les vacances scolaires et avait assuré 13 heures hebdomadaires (2h15 les soirs de la semaine, 4h le mercredi), puis à la rentrée de septembre 2005, à partir de laquelle elle n'assurait plus que le trajet de Louise les quatre soirs de semaine et le mercredi (1h30 par jour soit 7h30 hebdomadaires), que les bulletins de paie correspondant avaient été émis, que la salariée avait signé le document de rupture des relations contractuelles en juillet 2008 rappelant que l'objet de son contrat était d'assurer le trajet retour de Louise du lycée au domicile soit le mercredi à 12h00 et les lundi, mardi, jeudi à 18h00 ; qu'elle avait attendu avril 2010 pour contester cette situation ; qu'en n'ayant pas recherché, ainsi qu'elle y était invitée, si ces éléments ne traduisaient pas l'accord de Mme Hallami sur la modification de ses horaires de travail, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 du code civil et L. 1221-1 du code du travail.

## SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir condamné Mme Guillame-Bert à payer à Mme Hallami les sommes de 899,63 euros pour irrégularité de la procédure, 2 249,03 euros à titre d'indemnité de licenciement, 1 799,26 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis, les congés payés y afférents, 5 000 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, 1 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

Aux motifs que selon l'article L. 1237-11 du code du travail issu de la loi du 25 juin 2008 entrée en vigueur le 26 juin 2008, « l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie. La rupture conventionnelle, exclusive du licenciement ou de la démission, ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties. Elle résulte d'une convention signée par les parties au contrat. Elle est soumise aux dispositions de la présente section destinée à garantir la liberté du consentement des parties » ; que Mme Guillame-Bert se prévaut d'une rupture amiable du contrat de travail ; qu'elle produit à ce titre un courrier rédigé par elle-même le 2 juillet 2008 indiquant : « Je vous confirme la rupture amiable de notre contrat de travail souscrit en février 1997. Au titre de solde de tout compte, j'établis un chèque correspondant à 1/6 des salaires de 2007 soit deux mois de salaires : 269,60 euros » ; que ce courrier est signé de Mme Guillame-Bert et Mme Hallami ; que par courrier du 7 juillet 2008, Mme Guillame-Bert a écrit à cette dernière : « Suite à votre demande, je vous confirme par le présent courrier que votre contrat ne sera pas renouvelé à la rentrée de septembre 2008. L'objet du contrat était d'assurer le retour de ma fille Louise du Lycée Michelet à notre domicile, à la fin de ses cours, soit : - le mercredi à 12H - les lundi mardi et jeudi à 18H. Aujourd'hui et la situation avait déjà été abordée en juin 2007, Louise utilise

le bus pour ses trajets retour » ; que cette lettre a également été signée par Mme Hallami ; que pour autant, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008, la rupture du contrat de travail à durée indéterminée ne peut plus se faire par le biais d'une rupture d'un commun accord, mais doit faire l'objet d'une rupture conventionnelle dont la procédure est fixée par les articles L 1237-11 et suivants ; que faute de respect de cette procédure, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse ; qu'il sera alloué à Mme Hallami la somme de 899,63 euros au titre de l'irrégularité de la procédure ; que sur l'indemnité de licenciement, l'expert a évalué le salaire mensuel moyen de Mme Hallami, sur la base des horaires contractuels, à 899,63 euros ; qu'il lui sera par conséquent alloué le montant non discuté de 2 249,03 euros, conformément aux articles L. 1234-9 et suivants du code du travail ; que Mme Hallami avait une ancienneté supérieure à deux ans et peut prétendre à un préavis de deux mois soit la somme de 1 799,26 euros, outre les congés payés y afférents ; que sur les dommages intérêts, lorsque le salarié à moins de deux ans d'ancienneté ou que le licenciement intervient dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés, le salarié peut prétendre, en cas de licenciement abusif, à une indemnité correspondant au préjudice subi, en application de l'article L. 1235-5 du code du travail ; qu'elle avait onze ans et quatre mois d'ancienneté et était la seule employée de Mme Guillame-Bert ; que la salariée ne justifie pas de sa situation professionnelle depuis la rupture de son contrat de travail, alors qu'elle disposait d'autres employeurs ; que dans ces conditions, il lui sera alloué la somme de 5 000 euros de dommages intérêts ;

Alors que le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; qu'il ne peut fonder sa décision sur les moyens qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ; que si, lorsque la procédure est orale, les moyens soulevés d'office sont présumés avoir été débattus contradictoirement à l'audience, la preuve contraire peut être apportée ; que pour écarter l'existence d'une rupture amiable du contrat de travail valable, la cour d'appel a rappelé les termes des deux lettres signées les 2 et 7 juillet 2007 par les deux parties mais énoncé que « pour autant », depuis l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008, la rupture du contrat de travail à durée indéterminée ne peut plus se faire par le biais d'une rupture d'un commun accord, mais doit faire l'objet d'une rupture conventionnelle dont la procédure est fixée par les articles L 1237-11 et suivants ; que faute de respect de cette procédure, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse ; qu'en statuant ainsi, alors qu'il ressortait de ses propres énonciations que Mme Hallami avait repris oralement ses conclusions déposées le 10 décembre 2014, et que, dans celles-ci, la salariée avait seulement soutenu qu'il n'y avait eu aucune rupture amiable, ce dont il résulte que la cour d'appel, qui a soulevé un moyen tiré de l'application de la loi du 25 juin 2008 sur la rupture conventionnelle sans avoir au préalable recueilli les observations des parties sur ce point, a violé l'article 16 du code de procédure civile.