

**Cour de cassation**

**Chambre sociale**

**Audience publique du 16 février 2012**

**N° de pourvoi: 10-24421 10-24422**

Publié au bulletin

**Rejet**

**M. Lacabarats, président**

SCP Ghestin, SCP Vincent et Ohl, 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° B 10-24.421 et C 10-24.422 ;

Attendu, selon les arrêts attaqués (Paris, 29 juin 2010), que Mme X... et M. Y... ont été engagés conjointement, le 1er juillet 1979, en qualité de gardiens d'immeuble avec logement de fonction par le syndicat des copropriétaires Petit Parc ; qu'ils ont occupé ces fonctions jusqu'à leur départ en retraite, le 31 août 2005 ; qu'ils ont saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes à titre de dommages-intérêts notamment pour non-respect du droit à la prise de repos hebdomadaire le même jour ;

Sur les six premiers moyens :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ces moyens qui ne seraient pas de nature à permettre l'admission des pourvois ;

Sur le septième moyen :

Attendu que les salariés font grief aux arrêts de les débouter de leur demande en paiement de dommages-intérêts pour avoir été privés de tout repos en couple pendant 26 ans, alors, selon le moyen, qu'en matière de contrat de travail, les dispositions légales, réglementaires et conventionnelles s'appliquent de plein droit, de bonne foi ; qu'après

avoir constaté que M. Y... et Mme X... avaient été embauchés conjointement par un contrat de travail commun en qualité de gardiens, la cour d'appel aurait dû leur accorder une réparation au titre du manquement du syndicat des copropriétaires employeur au titre du défaut de repos simultané des dimanches, tel que prévu par l'article 19, paragraphe 2, de la convention collective des gardiens concierges et employés d'immeubles ; qu'en subordonnant l'application de dispositions conventionnelles à une demande expresse du salarié, la cour d'appel a violé l'article L. 1221-1 du code du travail ;

Mais attendu que si l'article 19 §2 de la convention collective des gardiens concierges et employés d'immeubles prévoit que les conjoints salariés travaillant pour le même employeur ont le droit de prendre leur repos simultanément, il appartient aux intéressés de faire savoir à l'employeur leur volonté de faire usage de ce droit ;

Et attendu qu'ayant constaté qu'aucun des deux gardiens n'avait sollicité le bénéfice de période de repos en commun, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

Condamne Mme X... et M. Y... aux dépens ;

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

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Ghestin, avocat aux Conseils, pour Mme X..., demanderesse aux pourvois n° B 10-24.421

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la Cour d'appel de Paris d'avoir débouté Madame X... de sa demande en paiement d'une somme de 18.536 € à titre de dommages et intérêts pour violation de l'article 18-B-3 de la convention collective relative à la durée journalière du travail, depuis 1994;

AUX MOTIFS QU'il résulte de cet article que l'amplitude de la journée ne peut excéder 13

h y compris 4 h de repos pris en une ou deux fois, et que ces deux durées peuvent être réduites dans les mêmes proportions sans que pour une amplitude de 10 heures le temps de repos puisse être inférieur à 1 heure; que les avenants des 4 novembre 1994 concernant M. Y... d'une part et Mme X... d'autre part, co-signés réciproquement, spécifient que les heures d'ouverture de la loge sont du lundi au vendredi de 8 heures à 12 h 30 et de 14 h 30 à 20 h et de 8 h à 12 h 30 le samedi matin et le panneau apposé sur la porte reprend ces horaires en indiquant «gardien» et «sauf cas d'urgence»; qu'il ne résulte pas des textes susvisés l'obligation d'une proportionnalité mathématique et stricte des temps de repos à l'amplitude horaire entre les deux périodes d'amplitude de 13 h et 10 h; qu'en tout état de cause, le temps d'ouverture de la loge est commun aux deux gardiens conjoints astreints aux mêmes horaires, alterné selon attestations concordantes des copropriétaires; qu'il n'est pas établi dans ces conditions que le temps de pause était insuffisant et il n'y a donc pas lieu à rappel de ce chef;

1/ ALORS QU'il résulte de l'article 18, B, paragraphe 3 de la convention collective des gardiens, concierges et employés d'immeuble soumis au régime dérogatoire défini par le code du travail et exerçant un emploi à service complet, que l'amplitude de la journée de travail, convenue au contrat de travail, ne peut excéder 13 heures y compris 4 heures de repos pris en une ou deux fois, et que ces deux durées peuvent être réduites dans les mêmes proportions sans que pour une amplitude de 10 heures le temps de repos puisse être inférieur à 1 heure; qu'il résultait des stipulations du contrat de travail, de Madame X... qu'elle exerçait un emploi à service complet, qu'elle était chargée d'assumer un certain nombre de tâches générales et spécialisées définies et que les horaires d'ouverture de la loge étaient fixées comme suit : du lundi au vendredi de 8 h. à 12 h. 30 et de 14 h. 30 à 20 h. et le samedi matin de 8 h. à 12 h. 30; qu'après avoir constaté que Madame X... avait du travailler 5 jours par semaine, une heure de plus de ce qui avait été convenu, la cour d'appel devait accueillir sa demande en paiement; qu'en rejetant celle-ci, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble l'article 1134 du code civil;

2/ ALORS QU'en application de l'article 18, B, paragraphe 3 de la convention collective des gardiens, concierges et employés d'immeuble soumis au régime dérogatoire défini par le code du travail et exerçant un emploi à service complet, en cas de réduction de l'amplitude de 13 heures, le temps de repos de 4 heures devait être réduit proportionnellement; qu'en considérant qu'il ne résulte pas de ce texte l'obligation d'une proportionnalité mathématique et stricte entre les périodes d'amplitude de travail fixées entre 13 heures et 10 heures et celles du temps de repos fixée entre 4 heures et 1 heure, la cour d'appel en a violé les dispositions;

3/ ALORS QUE l'article 18, B, paragraphe 3 de la convention collective des gardiens, concierges et employés d'immeuble soumis au régime dérogatoire défini par le code du travail et exerçant un emploi à service complet, il convient de se référer à l'amplitude de la journée de travail convenue au contrat de travail; qu'en se référant non pas au contrat de travail mais au panneau apposé sur la porte de la loge et à des attestations de copropriétaires, pour statuer comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé le texte susvisé;

ET 4/ ALORS Qu'après avoir constaté que pour la période postérieure au 31 décembre 1994, Madame X... avait dû travailler cinq jours par semaine une heure de plus que convenu dans son contrat de travail, la cour d'appel devait rechercher, ainsi qu'elle y était

invitée, si son employeur avait commis une faute en s'abstenant de l'informer de l'accord de classification n° 30 du 14 janvier 1994 ayant fait l'objet d'un arrêté d'extension du 19 septembre 1994; qu'en s'abstenant de procéder à cette recherche, avant d'écarter la demande en paiement de dommages et intérêts au regard du préjudice subi du fait de cette faute, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1147 du code civil.

## DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

Il est fait grief à la Cour d'appel de Paris d'avoir débouté Madame X... de sa demande en paiement d'une somme de 11.011 € à titre de rappel de salaire pour violation de l'article 18-B-3 de la convention collective relative à la durée journalière du travail, depuis 1994;

AUX MOTIFS QU'il résulte de cet article que l'amplitude de la journée ne peut excéder 13 h y compris 4 h de repos pris en une ou deux fois, et que ces deux durées peuvent être réduites dans les mêmes proportions sans que pour une amplitude de 10 heures le temps de repos puisse être inférieur à 1 heure; que les avenants des 4 novembre 1994 concernant M. Y... d'une part et Mme X... d'autre part, co-signés réciproquement, spécifient que les heures d'ouverture de la loge sont du lundi au vendredi de 8 heures à 12 h 30 et de 14 h 30 à 20 h et de 8 h à 12 h 30 le samedi matin et le panneau apposé sur la porte reprend ces horaires en indiquant «gardien» et «sauf cas d'urgence»; qu'il ne résulte pas des textes susvisés l'obligation d'une proportionnalité mathématique et stricte des temps de repos à l'amplitude horaire entre les deux périodes d'amplitude de 13 h et 10 h; qu'en tout état de cause, le temps d'ouverture de la loge est commun aux deux gardiens conjoints astreints aux mêmes horaires, alterné selon attestations concordantes des copropriétaires; qu'il n'est pas établi dans ces conditions que le temps de pause était insuffisant et il n'y a donc pas lieu à rappel de ce chef;

1/ ALORS QU'il résulte de l'article 18, B, paragraphe 3 de la convention collective des gardiens, concierges et employés d'immeuble soumis au régime dérogatoire défini par le code du travail et exerçant un emploi à service complet, que l'amplitude de la journée de travail, convenue au contrat de travail, ne peut excéder 13 heures y compris 4 heures de repos pris en une ou deux fois, et que ces deux durées peuvent être réduites dans les mêmes proportions sans que pour une amplitude de 10 heures le temps de repos puisse être inférieur à 1 heure; qu'il résultait des stipulations du contrat de travail, de Mme X... qu'elle exerçait un emploi à service complet, qu'elle était chargée d'assumer un certain nombre de tâches générales et spécialisées définies et que les horaires d'ouverture de la loge étaient fixées comme suit : du lundi au vendredi de 8 h à 12 h 30 et de 14 h 30 à 20 h et le samedi matin de 8 h à 12 h 30; qu'après avoir constaté que Madame X... avait du travailler 5 jours par semaine, une heure de plus de ce qui avait été convenu, la cour d'appel devait accueillir sa demande en paiement; qu'en rejetant celle-ci, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble l'article 1134 du code civil;

2/ ALORS QU'en application de l'article 18, B, paragraphe 3 de la convention collective des gardiens, concierges et employés d'immeuble soumis au régime dérogatoire défini par le code du travail et exerçant un emploi à service complet, en cas de réduction de

l'amplitude de 13 heures, le temps de repos de 4 heures devait être réduit proportionnellement; qu'en considérant qu'il ne résulte pas des textes susvisés l'obligation d'une proportionnalité mathématique et stricte des temps de repos à l'amplitude horaire entre les deux périodes d'amplitude de 13 heures et 10 heures, la cour d'appel a violé le texte susvisé;

3/ ALORS QUE l'article 18, B, paragraphe 3 de la convention collective des gardiens, concierges et employés d'immeuble soumis au régime dérogatoire défini par le code du travail et exerçant un emploi à service complet, il convient de se référer à l'amplitude de la journée de travail convenue au contrat de travail; qu'en se référant non pas au contrat de travail mais au panneau apposé sur la porte de la loge et à des attestations de copropriétaires, pour statuer comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la Cour d'appel de Paris d'avoir débouté Madame X... de sa demande en paiement d'une somme de 9.647 € à titre de dommages et intérêts pour violation de l'article 18-B-4 de la convention collective relative à la durée journalière du travail, depuis 1980, pour astreinte de nuit du week-end;

AUX MOTIFS QU'il n'est pas établi qu'il a été demandé à Mme X... de respecter une astreinte de nuit pendant le week-end, qui ne résulte pas des mentions du panneau apposé sur le loge qui n'implique pas la tenue de cette astreinte en fin de semaine;

ALORS QU' aux termes clairs des énonciations du panneau apposé sur la loge, tel que retranscrit sur le procès-verbal de constat, il était écrit «du lundi au vendredi de 8h30 à 12 h 30 et de 14 h 30 à 20 h, le samedi de 8h à 12 h 30, sauf cas d'urgence»; qu'aux termes clairs du contrat de travail, la durée du travail avait été fixée «du lundi au vendredi de 8 h 30 à 12 h 30 et de 14 h 30 à 20 h, le samedi de 8 h à 12 h 30»; qu'en considérant contrairement aux conclusions d'appel de Madame X..., qu'il ne résultait nullement de ces mentions une astreinte, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil.

### QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la Cour d'appel de Paris d'avoir débouté Madame X... de sa demande en paiement d'une somme de 3. 019 € à titre de rappel de salaire pour violation de l'article 18-B-4 de la convention collective relative à la durée journalière du travail, depuis 1980, pour astreinte de nuit du week end;

AUX MOTIFS QU'il n'est pas établi qu'il a été demandé à Mme X... de respecter une astreinte de nuit pendant le week-end qui ne résulte pas des mentions du panneau apposé sur le loge qui n'implique pas la tenue de cette astreinte en fin de semaine;

ALORS QU'aux termes clairs des énonciations du panneau apposé sur la loge, tel que retranscrit sur le procès-verbal de constat, il était écrit «du lundi au vendredi de 8 h 30 à 12 h 30 et de 14 h 30 à 20 h, le samedi de 8 h à 12 h 30, sauf cas d'urgence»; qu'aux termes clairs du contrat de travail, la durée du travail avait été fixée «du lundi au vendredi de 8 h 30 à 12 h 30 et de 14 h 30 à 20 h, le samedi de 8 h à 12 h 30»; qu'en considérant contrairement aux conclusions d'appel de Madame X..., qu'il ne résultait nullement de ces mentions une astreinte, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil.

#### CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la Cour d'appel de Paris d'avoir débouté Madame X... de sa demande de rappel de salaire au titre de la permanence du midi;

AUX MOTIFS QU'elle n'est pas fondée, les avenants de 1993 et de 1996 comprenant déjà une rémunération supplémentaire de 1000 UV au titre du service permanent assuré;

ALORS QU'il résulte des énonciations de l'article 18, B, b, de la convention collective des gardiens, concierges et employés d'immeubles définissant l'emploi à service permanent que la présence vigilante à laquelle ils sont tenus ne peut intervenir que pendant la durée de l'amplitude définie par la convention collective; qu'après avoir constaté que la gardienne était tenue, selon cette amplitude, «du lundi au vendredi de 8 h 30 à 12 h 30 et de 14 h 30 à 20 h, le samedi de 8 h à 12 h 30, sauf cas d'urgence», la cour d'appel devait en déduire que la rémunération supplémentaire de 1.000 UV au titre du service permanent assuré par celle-ci, ne concernait pas la «permanence» du midi en cas d'urgence, pour laquelle elle demandait un rappel de salaire; qu'en décidant du contraire, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

#### SIXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la Cour d'appel de Paris d'avoir débouté Madame X... de sa demande en paiement des sommes de 4.094,84 € et de 1.084,16 € à titre de rappel de congés payés;

AUX MOTIFS QUE le syndicat des copropriétaires oppose à juste titre que les congés payés non pris pour les exercices allant jusqu'à mai 2004 sont perdus pour ne pas avoir été pris avant le 1er avril 2005 sans opposition du Syndicat; qu'il ne reste donc dû de ce chef que la somme de 365,77 € reconnue par le Syndicat dans ses conclusions;

ALORS QUE dans ses conclusions d'appel, Madame X... s'était prévaluée de 52 jours de congés payés non pris, en exposant qu'elle aurait été en droit de percevoir la rémunération allouée aux gardiens effectuant leur propre remplacement dès lors qu'elle

avait effectué son propre remplacement durant les majorations de congés payés, dans les conditions prévues par la convention collective les articles 25 et 26 de la convention collective des gardiens, concierges et employés d'immeubles, sa demande entrant dans le cadre de la prescription quinquennale; qu'en s'abstenant de répondre à ces conclusions péremptoires dès lors que les dispositions de l'article L. 223-1 du code du travail n' étaient pas applicables aux gardiens, concierges et employés d'immeubles ayant effectué leur propre remplacement qui, selon la convention collective, doivent percevoir la rémunération allouée à ce titre avec la paie du mois au cours duquel les congés auraient pu être pris, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

## SEPTIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la Cour d'appel de PARIS d'avoir rejeté la demande de madame X... tendant au paiement d'une somme de 26.000 € pour avoir été privée de tout repos en couple pendant 26 ans;

AUX MOTIFS QU'aucun des deux gardiens n'a sollicité le bénéfice de période de repos en commun;

ALORS QU'en matière de contrat de travail les dispositions légales, réglementaires et conventionnelles s'appliquent de plein droit, de bonne foi; qu'après avoir constaté que Monsieur Y... et Madame X... avaient été embauchés conjointement par un contrat de travail commun en qualité de gardiens, la cour d'appel devait leur accorder une réparation au titre du manquement du syndicat des copropriétaires employeur au titre du défaut de repos simultané des dimanches, tel que prévu par l'article 19 paragraphe 2 de la convention collective des gardiens concierges et employés d'immeubles; qu'en subordonnant l'application de dispositions conventionnelles à une demande expresse du salarié, la cour d'appel a violé l'article L. 1222-1 du code du travail.

Moyens produits par la SCP Ghestin, avocat aux Conseils, pour M. Y..., demandeur au pourvoi n° C 10-24.422

## PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la Cour d'appel de Paris d'avoir débouté Monsieur Y... de sa demande en paiement d'une somme de 18.536 € à titre de dommages et intérêts pour violation de l'article 18-B-3 de la convention collective relative à la durée journalière du travail, depuis 1994;

AUX MOTIFS QU'il résulte de cet article que l'amplitude de la journée ne peut excéder 13 h y compris 4 h de repos pris en une ou deux fois, et que ces deux durées peuvent être réduites dans les mêmes proportions sans que pour une amplitude de 10 heures le temps de repos puisse être inférieur à 1 heure; que les avenants des 4 novembre 1994

concernant M. Y... d'une part et Mme X... d'autre part, co-signés réciproquement, spécifient que les heures d'ouverture de la loge sont du lundi au vendredi de 8 heures à 12 h 30 et de 14 h 30 à 20 h et de 8 h à 12 h 30 le samedi matin et le panneau apposé sur la porte reprend ces horaires en indiquant «gardien» et «sauf cas d'urgence»; qu'il ne résulte pas des textes susvisés l'obligation d'une proportionnalité mathématique et stricte des temps de repos à l'amplitude horaire entre les deux périodes d'amplitude de 13 h et 10 h; qu'en tout état de cause, le temps d'ouverture de la loge est commun aux deux gardiens conjoints astreints aux mêmes horaires, alterné selon attestations concordantes des copropriétaires; qu'il n'est pas établi dans ces conditions que le temps de pause était insuffisant et il n'y a donc pas lieu à rappel de ce chef;

1/ ALORS QU'il résulte de l'article 18, B, paragraphe 3 de la convention collective des gardiens, concierges et employés d'immeuble soumis au régime dérogatoire défini par le code du travail et exerçant un emploi à service complet, que l'amplitude de la journée de travail, convenue au contrat de travail, ne peut excéder 13 heures y compris 4 heures de repos pris en une ou deux fois, et que ces deux durées peuvent être réduites dans les mêmes proportions sans que pour une amplitude de 10 heures le temps de repos puisse être inférieur à 1 heure; qu'il résultait des stipulations du contrat de travail, de Monsieur Y... qu'il exerçait un emploi à service complet, qu'il était chargé d'assumer un certain nombre de tâches générales et spécialisées définies et que les horaires d'ouverture de la loge étaient fixées comme suit : du lundi au vendredi de 8 h. à 12 h. 30 et de 14 h. 30 à 20 h. et le samedi matin de 8 h. à 12 h. 30; qu'après avoir constaté que Monsieur Y... avait du travailler 5 jours par semaine, une heure de plus de ce qui avait été convenu, la cour d'appel devait accueillir sa demande en paiement; qu'en rejetant celle-ci, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble l'article 1134 du code civil;

2/ ALORS QU'en application de l'article 18, B, paragraphe 3 de la convention collective des gardiens, concierges et employés d'immeuble soumis au régime dérogatoire défini par le code du travail et exerçant un emploi à service complet, en cas de réduction de l'amplitude de 13 heures, le temps de repos de 4 heures devait être réduit proportionnellement; qu'en considérant qu'il ne résulte pas de ce texte l'obligation d'une proportionnalité mathématique et stricte entre les périodes d'amplitude de travail fixées entre 13 heures et 10 heures et celles du temps de repos fixée entre 4 heures et 1 heure, la cour d'appel en a violé les dispositions;

3/ ALORS QUE l'article 18, B, paragraphe 3 de la convention collective des gardiens, concierges et employés d'immeuble soumis au régime dérogatoire défini par le code du travail et exerçant un emploi à service complet, il convient de se référer à l'amplitude de la journée de travail convenue au contrat de travail; qu'en se référant non pas au contrat de travail mais au panneau apposé sur la porte de la loge et à des attestations de copropriétaires, pour statuer comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé le texte susvisé;

ET 4/ ALORS Qu'après avoir constaté que pour la période postérieure au 31 décembre 1994, Monsieur Y... avait dû travailler cinq jours par semaine une heure de plus que convenu dans son contrat de travail, la cour d'appel devait rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si son employeur avait commis une faute en s'abstenant de l'informer de l'accord de classification n° 30 du 14 janvier 1994 ayant fait l'objet d'un arrêté d'extension du 19 septembre 1994; qu'en s'abstenant de procéder à cette recherche, avant d'écarter la

demande en paiement de dommages et intérêts au regard du préjudice subi du fait de cette faute, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1147 du code civil.

## DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

Il est fait grief à la Cour d'appel de Paris d'avoir débouté Monsieur Y... de sa demande en paiement d'une somme de 11.011 € à titre de rappel de salaire pour violation de l'article 18-B-3 de la convention collective relative à la durée journalière du travail, depuis 1994;

AUX MOTIFS QU'il résulte de cet article que l'amplitude de la journée ne peut excéder 13 h y compris 4 h de repos pris en une ou deux fois, et que ces deux durées peuvent être réduites dans les mêmes proportions sans que pour une amplitude de 10 heures le temps de repos puisse être inférieur à 1 heure; que les avenants des 4 novembre 1994 concernant M. Y... d'une part et Mme X... d'autre part, co-signés réciproquement, spécifient que les heures d'ouverture de la loge sont du lundi au vendredi de 8 heures à 12 h 30 et de 14 h 30 à 20 h et de 8 h à 12 h 30 le samedi matin et le panneau apposé sur la porte reprend ces horaires en indiquant «gardien» et «sauf cas d'urgence»; qu'il ne résulte pas des textes susvisés l'obligation d'une proportionnalité mathématique et stricte des temps de repos à l'amplitude horaire entre les deux périodes d'amplitude de 13 h et 10 h; qu'en tout état de cause, le temps d'ouverture de la loge est commun aux deux gardiens conjoints astreints aux mêmes horaires, alterné selon attestations concordantes des copropriétaires; qu'il n'est pas établi dans ces conditions que le temps de pause était insuffisant et il n'y a donc pas lieu à rappel de ce chef;

1/ ALORS QU'il résulte de l'article 18, B, paragraphe 3 de la convention collective des gardiens, concierges et employés d'immeuble soumis au régime dérogatoire défini par le code du travail et exerçant un emploi à service complet, que l'amplitude de la journée de travail, convenue au contrat de travail, ne peut excéder 13 heures y compris 4 heures de repos pris en une ou deux fois, et que ces deux durées peuvent être réduites dans les mêmes proportions sans que pour une amplitude de 10 heures le temps de repos puisse être inférieur à 1 heure; qu'il résultait des stipulations du contrat de travail, de Monsieur Y... qu'il exerçait un emploi à service complet, qu'il était chargé d'assumer un certain nombre de tâches générales et spécialisées définies et que les horaires d'ouverture de la loge étaient fixées comme suit : du lundi au vendredi de 8 h à 12 h 30 et de 14 h 30 à 20 h et le samedi matin de 8 h à 12 h 30; qu'après avoir constaté que Monsieur Y... avait du travailler 5 jours par semaine, une heure de plus de ce qui avait été convenu, la cour d'appel devait accueillir sa demande en paiement; qu'en rejetant celle-ci, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble l'article 1134 du code civil;

2/ ALORS QU'en application de l'article 18, B, paragraphe 3 de la convention collective des gardiens, concierges et employés d'immeuble soumis au régime dérogatoire défini par le code du travail et exerçant un emploi à service complet, en cas de réduction de l'amplitude de 13 heures, le temps de repos de 4 heures devait être réduit proportionnellement; qu'en considérant qu'il ne résulte pas des textes susvisés l'obligation d'une proportionnalité mathématique et stricte des temps de repos à l'amplitude horaire

entre les deux périodes d'amplitude de 13 heures et 10 heures, la cour d'appel a violé le texte susvisé;

3/ ALORS QUE l'article 18, B, paragraphe 3 de la convention collective des gardiens, concierges et employés d'immeuble soumis au régime dérogatoire défini par le code du travail et exerçant un emploi à service complet, il convient de se référer à l'amplitude de la journée de travail convenue au contrat de travail; qu'en se référant non pas au contrat de travail mais au panneau apposé sur la porte de la loge et à des attestations de copropriétaires, pour statuer comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la Cour d'appel de Paris d'avoir débouté Monsieur Y... de sa demande en paiement d'une somme de 20.462 € à titre de dommages et intérêts pour violation de l'article 18-B-4 de la convention collective relative à la durée journalière du travail, depuis 1980, à raison de 3 heures de travail effectuées entre 6 heures et 8 heures le lundi matin et la troisième heure sur les autres jours avant 8 heures pour la préparation et la sortie des poubelles;

AUX MOTIFS QUE la rémunération du travail relatif aux poubelles représente dans le dernier avenant de novembre 1993, 5400 UV à raison de l'application de 25 UV x 216 appartements sur un total de 10.108 UV pour l'ensemble des tâches attribuées; que la rémunération tient ainsi bien compte de l'importance de l'ensemble immobilier; que le taux de 10.108 UV implique un travail supplémentaire au-delà du temps normal correspondant à 10.000 UV emportant une majoration de 0,25 pour les 108 UV supplémentaires déterminant un total de 10.135 UV (avant ajout de 500 unités pour astreinte de nuit portant le total arrondi des UV à 10.700 déterminant un emploi global de 107 %); que par ailleurs, il a été ci-dessus établi que la permanence de la loge était assurée de façon alternée; enfin que l'heure de sortie des poubelles à 8 heures du matin revendiquée par le salarié n'est pas établie par une attestation du service de la voirie proprement dite de Vincennes le 22 juin 2006 et par la Ville de Vincennes le 3 janvier 2008 indiquant une sortie à 8 heures 45, toutes deux sollicitées après la fin des fonctions de M. Y... sans indiquer la période concernée de sorte que celui-ci n'établit pas les horaires de collecte pendant ses fonctions (sic); dans ces conditions, il n'est pas établi d'accomplissement d'heures supplémentaires au titre des ordures ménagères représentant déjà la moitié de la rémunération globale incluant le dépassement d'un temps normal;

1/ ALORS QUE la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties et que lorsque le salarié fournit au juge des éléments de nature à étayer sa demande, il appartient à l'employeur d'apporter des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés; qu'en considérant que, nonobstant les éléments de nature à étayer sa demande notamment quant à ses horaires contractuels et à la nécessité d'avoir à sortir les poubelles de cinq immeubles au regard des exigences des services de la voirie, Monsieur Y... n'établissait pas avoir accompli des heures supplémentaires, la cour d'appel a violé l'article L. 3171-4 du code du travail;

2/ ALORS QUE dans ses conclusions d'appel, Monsieur Y... avait fait valoir que les containers des 5 immeubles devaient être sortis à 8 heures selon les prescriptions du service de la voirie, qu'il y avait lieu de distinguer trois types de déchets ménagers (les encombrants à sortir le lundi, les ordures ménagères à sortir le lundi mercredi et vendredi chaque fois pour deux jours d'ordures, les bouteilles et journaux les mardi et jeudi), que son travail consistait à charger les containers se trouvant sous 7 gaines de vide-ordures dans 6 bâtiments différents, à opérer le débouchage manuel des gaines, à effectuer le tri final afin d'éviter un refus de prise en charge, le pliage et le ficelage des cartons et la sortie finale sur une distance comprise entre 50 et 150 m puis sur une pente raide, qu'il en résultait un travail supplémentaire de deux heures les lundi matin et d'une heure cumulée les autres jours de la semaine; qu'il avait notamment offert en preuve, l'acquisition par le syndicat des copropriétaires après son départ, d'un tracteur pour accélérer le travail de son remplaçant; qu'en s'abstenant de répondre à ces conclusions péremptoires dès lors qu'il s'agissait d'éléments de nature à étayer la demande du salarié, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile;

ET 3/ ALORS ENFIN QU'en s'abstenant de rechercher si l'employeur avait commis une faute en omettant de fournir à Monsieur Y... les moyens de remplir sa mission, conformément aux besoins de la copropriété et aux exigences des services de la voirie, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1147 du code civil.

#### QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir débouté Monsieur Y... de sa demande en paiement d'une somme de 6.606 € à titre de rappel de salaire pour violation de l'article 18-B-4 de la convention collective relative à la durée journalière du travail, depuis 1980, à raison de 3 heures de travail effectuées entre 6 h. et 8 heures le lundi matin et la troisième heure sur les autres jours avant 8 heures pour la préparation et la sortie des poubelles;

AUX MOTIFS QUE la rémunération du travail relatif aux poubelles représente dans le dernier avenant de novembre 1993, 5400 UV à raison de l'application de 25 UV x 216 appartements sur un total de 10.108 UV pour l'ensemble des tâches attribuées; que la rémunération tient ainsi bien compte de l'importance de l'ensemble immobilier; que le taux de 10.108 UV implique un travail supplémentaire au-delà du temps normal correspondant à 10.000 UV emportant une majoration de 0,25 pour les 108 UV supplémentaires déterminant un total de 10.135 UV (avant ajout de 500 unités pour astreinte de nuit portant le total arrondi des UV à 10.700 déterminant un emploi global de 107 %); que par ailleurs, il a été ci-dessus établi que la permanence de la loge était assurée de façon alternée; enfin que l'heure de sortie des poubelles à 8 heures du matin revendiquée par le salarié n'est pas établie par une attestation du service de la voirie propriété de Vincennes le 22 juin 2006 et par la Ville de Vincennes le 3 janvier 2008 indiquant une sortie à 8 heures 45, toutes deux sollicitées après la fin des fonctions de M. Y... sans indiquer la période concernée de sorte que celui-ci n'établit pas les horaires de collecte pendant ses fonctions (sic); dans ces conditions, il n'est pas établi d'accomplissement d'heures supplémentaires au titre des ordures ménagères représentant déjà la moitié de la rémunération globale incluant le dépassement d'un temps normal;

1/ ALORS QUE la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties et que lorsque le salarié fournit au juge des éléments de nature à étayer sa demande, il appartient à l'employeur d'apporter des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés; qu'en considérant que, nonobstant les éléments de nature à étayer sa demande notamment quant à la prise de son service et à la nécessité d'avoir à sortir les poubelles de cinq immeubles au regard des exigences des services de la voirie, Monsieur Y... n'établissait pas avoir accompli des heures supplémentaires, la cour d'appel a violé l'article du code du travail, ensemble l'article 18, B paragraphe 4 de la convention collective des gardiens, concierges et employés d'immeubles;

2/ ALORS QUE dans ses conclusions d'appel, Monsieur Y... avait fait valoir que les containers des 5 immeubles devaient être sortis à 8 heures selon les prescriptions du service de la voirie, qu'il y avait lieu de distinguer trois types de déchets ménagers (les encombrants à sortir le lundi, les ordures ménagères à sortir le lundi mercredi et vendredi chaque fois pour deux jours d'ordures, les bouteilles et journaux les mardi et jeudi), que son travail consistait à charger les containers se trouvant sous 7 gaines de vide-ordures dans 6 bâtiments différents, à opérer le débouchage manuel des gaines, à effectuer le tri final afin d'éviter un refus de prise en charge, le pliage et le ficelage des cartons et la sortie finale sur une distance comprise entre 50 et 150 m puis sur une pente raide, qu'il en résultait un travail supplémentaire de deux heures les lundi matin et d'une heure cumulée les autres jours de la semaine; qu'il avait notamment offert en preuve, l'acquisition par le syndicat des copropriétaires après son départ, d'un tracteur pour accélérer le travail de son remplaçant; qu'en s'abstenant de répondre à ces conclusions péremptoires dès lors qu'il s'agissait d'éléments de nature à étayer la demande du salarié, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

#### CINQUIEME MOYEN DE CASSATION,

Il est fait grief à la Cour d'appel de Paris d'avoir débouté Monsieur Y... de sa demande en paiement des sommes de 4.136, 33 € et de 12.029,67 € à titre de rappel de congés payés;

AUX MOTIFS QUE le syndicat des copropriétaires oppose à juste titre que les congés payés non pris pour les exercices allant jusqu'à mai 2004 sont perdus pour ne pas avoir été pris avant le 1er avril 2005 sans opposition du Syndicat; qu'il ne reste donc dû de ce chef que la somme de 365,77 € reconnue par le Syndicat dans ses conclusions;

ALORS QUE dans ses conclusions d'appel, Monsieur Y... s'était prévalu de 46 jours de congés payés non pris, en exposant qu'il aurait été en droit de percevoir la rémunération allouée aux gardiens effectuant leur propre remplacement dès lors qu'il avait effectué son propre remplacement durant les majorations de congés payés, dans les conditions prévues par les articles 25 et 26 de la convention collective des gardiens, concierges et employés d'immeubles, sa demande entrant dans le cadre de la prescription quinquennale; qu'en s'abstenant de répondre à ces conclusions péremptoires dès lors que

les dispositions de l'article L. 223-1 du code du travail n' étaient pas applicables aux gardiens, concierges et employés d'immeubles ayant effectué leur propre remplacement qui, selon la convention collective, doivent percevoir la rémunération allouée à ce titre avec la paie du mois au cours duquel les congés auraient pu être pris, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

## SIXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la Cour d'appel de PARIS d'avoir limité à la somme de 4.868 € la demande de rappel de salaire et congés payés afférents, portant sur une somme de 14.013, 75 € pour les unités de valeur de chaufferies et astreinte de nuit depuis septembre 2000;

AUX MOTIFS QUE la surveillance des cinq chaufferies décomptée pour 1.000 unités de valeur dans le contrat du 16 mai 1981 a été supprimée dans l'avenant du 4 novembre 1993; que l'avenant est opposable à M. Y... qui l'a signé et il n' établit pas que le copropriété lui a demandé d'exercer la surveillance des cinq chaufferies et ballons d'eau chaude qu'il prétend avoir assurée de fait alors que la copropriété avait souscrit auprès d'entreprises extérieures Gesten et Semi le contrôle du fonctionnement des ballons électriques d'eau chaude et de la chaufferie sans report d'alarme dans la loge du gardien ni sollicitation de celui-ci selon attestation des sociétés Gesten et Semi; que l'attestation de M. A..., gardien leur ayant succédé en litige prud'homal avec la copropriété sur l'existence d'un report d'alarme dans la loge n'est pas fiable comme étant intéressée; que par contre, l'astreinte de nuit de 500 UV prévue à l'avenant du 4 novembre 1993 au-delà des 10.135 UV pour les autres tâches, déterminant un contrat à 10.700 UV ne pouvait être supprimée et réduite à 10.200 UV sans nouvel avenant sur la période remontant à septembre 2000 telle que demandée et à propos de laquelle le Syndicat ne fournit aucune suppression; qu'il y a lieu à rappel de ce chef pour la somme de 4.868 € incluant les congés payés afférents et le 13e mois, décomptés deux fois dans la demande faite;

ALORS QUE dans ses conclusions d'appel, Monsieur Y... s'était prévalu de la surveillance qu'il avait effectuée quant aux cinq chaufferies en expliquant le lien entre cette surveillance et l'astreinte de nuit, au regard des règles de sécurité, en offrant en preuve une attestation d'un technicien de la société Gesten, en charge de la maintenance, déclarant que Monsieur Y... procédait à des rondes dans les locaux techniques et appelait la société Gesten en cas de nécessité; qu'en s'abstenant de répondre à ces conclusions qui distinguaient expressément la surveillance de la maintenance (cf. conclusions, p. 14 à 17) avant de rejeter la demande, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

## SEPTIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la Cour d'appel d'avoir limité à la somme de 18.500 € le montant des dommages et intérêts alloués à Monsieur Y... au titre de ses demandes en paiement de

dommages et intérêts pour la période de 1980 à 2005 pour travail illégal le dimanche sans autorisation préfectorale, violation de l'article 19-4 de la convention collective et des dispositions relatives au repos hebdomadaire d'un jour et demi, à l'article 19-2 de la convention collective sur le repos simultané des conjoints salariés et un travail 7/7 jours de 1980 à 1993 et une semaine tous les quinze jours après 1993, défaut de repos hebdomadaire et travail en toute illégalité;

AUX MOTIFS QUE la demande formée pour défaut de repos en commun pour la permanence des dimanches effectuée de façon alternée entre M. Y... et Madame X... à partir de 1993 sera rejetée, aucun d'eux n'ayant usé de la faculté de demander à bénéficier d'un repos commun; que les dommages et intérêts causés par l'absence de repos complet dominical et de repos sur un jour et demi au total par semaine pendant les permanences de fin de semaine, qui sans être du travail effectif ne constitue pas non plus une période de repos complet, en contravention avec les obligations de l'article 7 211-3 du code du travail concernant les concierges renvoyant à l'application du repos hebdomadaire dans les conditions de l'article L. 3 132-1 du code du travail a causé au salarié une contrainte dans sa vie personnelle et familiale en raison des permanences assurées tous les samedi après-midi et dimanches de 1980 jusqu'en 1993 et tous les 15 jours après 1993 et relève de violations de règles de principe du code du travail qui ne sont pas atteintes par l'effet de la prescription quinquennale relative aux éléments du salaire et seront réparées par l'allocation d'une somme globale toutes causes confondues de 18.500 € de dommages et intérêts sans suivre le salarié dans la multiplicité de ses chefs de demande faisant double et triple emplois et calculés à chaque fois sur 12 heures de smig pour les jours concernés alors qu'il a été par ailleurs rémunéré au taux majoré pour les prestations assurées de permanence qui ne représentent pas un travail effectif;

ALORS QU'en matière de contrat de travail les dispositions légales et conventionnelles s'appliquent de plein droit, de bonne foi; qu'après avoir constaté que Monsieur Y... et Madame X... avaient été embauchés conjointement par un contrat de travail commun en qualité de gardiens, la cour d'appel devait leur accorder une réparation au titre du manquement du syndicat des copropriétaires employeur au titre du défaut de repos simultané des dimanches, tel que prévu par l'article 19 paragraphe 2 de la convention collective des gardiens concierges et employés d'immeubles; qu'en subordonnant l'application de dispositions conventionnelles à une demande expresse du salarié, la cour d'appel a violé l'article L. 1222-1 du code du travail.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Paris du 29 juin 2010