

Le : 15/01/2018

Cour de cassation

chambre sociale

Audience publique du 20 décembre 2017

N° de pourvoi: 16-19609

ECLI:FR:CCASS:2017:SO02647

Non publié au bulletin

Rejet

Mme Guyot (conseiller doyen faisant fonction de président), président

SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 28 avril 2016), que Mme X... a été engagée le 5 janvier 2010 par la société Jesana exploitant un établissement de restauration, en qualité d'équipier puis d'assistante manager ; qu'elle a pris acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur le 20 mars 2012 ;

Sur les sept premiers moyens :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les moyens annexés, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Sur le huitième moyen :

Attendu que la société Jesana fait grief à l'arrêt de la condamner à payer à la salariée une somme à titre de dommages-intérêts pour atteinte à la vie privée alors, selon le moyen, que les informations recueillies par l'employeur au moyen d'un téléphone mis à la disposition d'un salarié pour les besoins de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel, en sorte qu'elles constituent un mode de preuve licite, sauf si elles sont

identifiées comme étant personnelles ou portent atteinte de manière disproportionnée à la vie privée du salarié ; qu'en l'espèce, il était constant que les informations que l'employeur produisait aux débats avaient été recueillies au moyen du téléphone portable professionnel d'un autre salarié, ce dont il résultait qu'elles étaient présumées professionnelles ; qu'en jugeant, pour les écarter des débats, que l'employeur n'était pas autorisé à y accéder, sans constater qu'elles avaient été identifiées comme personnelles ni faire apparaître en quoi le fait par l'employeur d'y accéder aurait porté une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de la salariée au regard du droit de l'employeur d'assurer sa défense dans le cadre de la procédure prud'homale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 9 et 1315 du code civil, ensemble l'article 9 du code de procédure civile et l'article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

Mais attendu qu'ayant relevé que le procès-verbal de constat d'huissier établi le 28 mars 2012 à la demande de la société Jesana rapportait des informations extraites du compte facebook de la salariée obtenues à partir du téléphone portable d'un autre salarié, informations réservées aux personnes autorisées, la cour d'appel a pu en déduire que l'employeur ne pouvait y accéder sans porter une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de la salariée ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne les sociétés Jesana et Sicaelle aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne les sociétés Jesana et Sicaelle à payer à Mme X... la somme de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé et signé par Mme Guyot, conseiller doyen faisant fonction de président, et par Mme Lavigne, greffier de chambre présente lors de la mise à disposition de l'arrêt le vingt décembre deux mille dix-sept.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour la société Jesana, la société Sicaelle.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit nul le contrat de travail conclu le 28

février 2012 entre Mme X... et la société Sicaelle, d'AVOIR condamné la société Sicaelle à verser à Mme X... la somme de 1 500 euros à titre de dommages et intérêts, d'AVOIR condamné la société Sicaelle et la société Jesana aux entiers dépens de première instance et d'appel ainsi que de les AVOIR condamné chacune à verser à Mme X... la somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE « Sur le contrat de travail conclu avec la Sarl Sicaelle le 28 février 2012

Il résulte des éléments de l'espèce qu'en l'état d'une relation contractuelle en cours entre Mme X... et la société Jesana, un contrat de travail a été conclu entre Mme X... et la Sarl Sicaelle le 28 février 2012, le lendemain d'une tentative de vol à main armée survenue dans l'établissement où travaillait la salariée au service de la société Jesana alors que celle-ci était en arrêt de travail pour accident du travail en vertu d'un certificat médical établi le même jour en raison d'un état dépressif.

La salariée affirme, sans être formellement démentie sur ce point, qu'elle a signé ce contrat de travail à 22h dans le bureau de l'employeur, au sein de l'établissement de restauration où elle venait de travailler le matin et le soir, dans un état émotionnel fortement fragilisé par l'incident survenu la veille ainsi qu'en atteste la salariée Abdou Y... en ces termes : '(...) Je crois que je me souviendrai toujours du moment où je suis arrivée au magasin et que tu pleurais tellement qu'il a fallu que tu t'isoles avant de pouvoir reprendre le service... tellement il t'avait mis la pression pour que tu signes tes papiers de mutation ! !'

C'est en vain que l'employeur dénie toute valeur probante à ce témoignage en soutenant que Mme Nafissa Abdou Y... ne travaillait pas le 28 février 2012 et ne pouvait donc décrire l'état moral de Mme X... à cette date alors que le planning qu'il produit pour la semaine du 27 février au 4 mars 2012 (pièce 56) suffit à établir que cette salariée travaillait de façon effective de 18h à 21h.

Il résulte des circonstances ci-dessus décrites que le contrat de travail a été signé dans un contexte marqué d'une part, par la fragilisation de cette jeune salariée de 23 ans qui avait assisté la veille à une tentative de vol à main armée, événement qui a aggravé un état dépressif préexistant consécutif à une agression dont elle avait été victime le 19 décembre 2011 et dont atteste la prescription d'antidépresseurs le 24 février 2012, éléments qui ne sauraient être remis en cause par des informations extraites du compte facebook de Mme X... auquel l'employeur n'avait pas d'accès autorisé, d'autre part, par une situation de contrainte exercée par l'employeur qui a soumis ce contrat à la signature de la salariée à 22h dans son bureau, après une journée de travail alors que la salariée était moralement éprouvée.

La cour considère en l'état de ces circonstances qu'il est justifié d'un contexte de violence morale viciant le consentement de la salariée et justifiant que soit déclaré nul le contrat de travail signé le 28 février 2012.

Il sera alloué à la salariée la somme de 1 500 € à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice résultant de la nullité de son contrat de travail.

(...)

Sur la violation de la vie privée

Le procès-verbal de constat d'huissier établi le 28 mars 2012 à la demande de la société Jesana rapporte des informations extraites du compte facebook de Mme X... (pièces n° 21) obtenues à partir du téléphone portable d'un autre salarié de la société Jesana. Ces informations étaient réservées aux personnes autorisées et l'employeur ne pouvait y accéder sans porter une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de la salariée.

En conséquence le procès-verbal de constat d'huissier sera écarté des débats et une somme de 800 euros sera allouée à la salariée en réparation du préjudice résultant de l'atteinte à sa vie privée » ;

ET AUX MOTIFS partiellement ADOPTES QUE « Sur la prise d'acte de rupture aux torts de la Société JESANA

Attendu que par lettre recommandée avec accusé de réception du 20 mars 2012, Madame X... a écrit à son employeur dans les termes suivants :

” Je travaille pour votre entreprise depuis Janvier 2010 et depuis Juillet 2010, en qualité d'assistante Manager :

Je constate depuis un certain temps plusieurs manquements contractuels de votre part à mon égard, et ce, malgré de nombreuses remarques verbales de ma part qui n'ont jamais abouti.

Au regard de la Convention Collective applicable, vous auriez dû modifier ma qualification depuis 2010 niveau II, Echelon II ce que vous n'avez fait qu'à compter de Novembre 2010.

Vous n'avez modifié mon taux horaire qu'à compter de Décembre 2011 alors qu'il aurait dû déjà être de 9,33 euros dès janvier 2011.

Par ailleurs, je suis contrainte de commencer mon service un quart d'heure en avance et de terminer chaque soir à 00 h 30 alors que mon service s'arrête en principe à 23 h 30 : Vous m'êtes donc redevable d'heures supplémentaires ;

Que vous ne m'avez pas payé la prime annuelle conventionnelle pour 2010 et 2011.

Ensuite de retenir des acomptes sur mes bulletins de salaire qui correspondent en réalité à des trous de caisse que vous me faites injustement supporter.

Vous savez que j'ai été victime d'une tentative de vol armée dans la nuit du 26 au 27 février 2012, qui m'a valu d'être arrêtée pour accident du travail à compter du 28 février par mon médecin pour stress poste-traumatique et de poursuivre un traitement sous anxiolytique.

Or, le mardi 28 février 2012 après que je vous ai expliqué la situation, vous m'avez contrainte de travailler le soir alors que mon état de santé me l'empêchait ; je venais à nouveau de faire une crise d'angoisse le matin

Ainsi vers 22 heures, vous m'avez obligé sous la contrainte à signer plusieurs documents dont un contrat de travail qui m'oblige à travailler dans votre restaurant de Marseille à

compter du 26 Mars prochain, ce que j'ai pourtant refusé.

Vous avez abusé de mon état de faiblesse dans lequel j'étais.

Cette mutation forcée est totalement illégale et s'apparente à de la discrimination et du harcèlement moral.

Pour toutes ces raisons, je vous informe par la présente que je prends acte de la rupture de mon contrat du travail à vos torts ;

Je saisis le Conseil de Prud'hommes pour faire valoir mes droits ;

Je reste par ailleurs dans l'attente de mes documents de fin du contrat. “ ;

Attendu que la société JESANA soutient en réplique à l'argumentation de Madame X... qu'elle a contacté Monsieur David Z... pour lui faire part de sa volonté de ne plus travailler au sein du restaurant et a demandé sa mutation dans un autre établissement et après discussion, Monsieur Z... a proposé à Madame X... un jour de congé afin de lui permettre de se ressourcer et dans ces conditions le contrat du travail entre Madame X... et la société SICAEELLE a été signé.

Attendu que le 1 er mars 2012, Madame X... a transmis à la Société JESENA un arrêt de travail et que le 28 février elle aurait accepté de lui valider 3 semaines de congés payés et de la muter au sein d'un restaurant DOMINO'S PIZZA sur MARSEILLE.

Que l'employeur indique à Madame X... qu'elle fait toujours partie des effectifs de la Société JESENA et qu'il accepte de l'intégrer à son poste et d'annuler la signature de son contrat de travail sur la SARL SICAEELLE.

Attendu que le 3 mai 2012, alors que Madame X... avait déjà pris acte de la rupture de son contrat du travail et dénoncé le contrat de travail que lui avait fait signer Monsieur Z..., la société SICAEELLE l'a convoqué en vue d'un entretien préalable le 18 Mai 2012.

Le 24 Mai 2012, la Société SICAEELLE lui notifie une lettre de licenciement pour “ faute grave “ au motif principal qu'elle ne s'est jamais présentée sur son lieu de travail ;

Mais attendu qu'il convient au préalable de rappeler que Madame X... avait déjà pris acte de la rupture de son contrat de travail et dénoncé le contrat de travail qu'elle avait signé.

Attendu que la prise d'acte de la rupture prend effet immédiatement ;

Que le contrat est donc rompu au 20 Mars 2012.

Que l'employeur ne peut pas non plus régulariser la rupture en licenciant ultérieurement le salarié, puisqu'on ne peut rompre un contrat déjà rompu.

En outre, il convient de rappeler que la Société JESENA a rempli une attestation de salaire accident du travail où la date du dernier jour du travail est celle du 27 février 2012 et la date de la première constatation médicale de la maladie est celle du 28 février 2012, suite à une tentative de vol à main armée et par ailleurs Madame X... avait déjà été victime le 19 décembre 2011 d'une agression physique vers 1 h 30 du matin.

Qu'en conséquence, la prise d'acte est parfaitement justifiée et le licenciement prononcé par la Société SICAEILLE est sans cause réelle et sérieuse.

Qu'en conséquence, Madame Camille X... a droit à l'indemnité compensatrice du préavis du 2 mois de salaire, congés payés y afférents, à l'indemnité conventionnelle de licenciement, ainsi il y a lieu de lui allouer des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse qu'il convient d'arbitrer à la somme de 4500 euros » ;

1°) ALORS QUE les juges du fond ne peuvent dénaturer les conclusions des parties ; qu'en l'espèce, dans leurs conclusions oralement soutenues lors de l'audience (arrêt p. 4 § 3), les exposantes faisait valoir que la signature du contrat de travail de la salariée avec la société Sicaelle le 28 février 2012 ne s'était pas déroulée dans les circonstances décrites par la salariée et insistaient sur le fait qu'une personne présente au moment des faits, monsieur A..., avait notamment attesté que ce 28 février 2012, à la demande de la salariée qui ne souhaitait plus continuer à travailler sur le magasin d'Aix en Provence, « Monsieur Z... a donc établi la demande de congés, le nouveau contrat de travail l'attestation de mutation » et qu'« à 17h45, au retour de Mademoiselle X..., les deux parties ont signé tous les documents » ; que l'attestation de M. A... était régulièrement produite aux débats (pièces d'appel n° 18) ; dès lors, en affirmant que la salariée n'était pas démentie lorsqu'elle affirmait avoir signé le contrat de travail avec la société Sicaelle à 22 heures dans le bureau de l'employeur, la cour d'appel a violé l'article 4 du code de procédure civile ;

2°) ALORS en tout état de cause QUE les juges du fond sont tenus de motiver leur décision sans pouvoir se référer aux seules allégations d'une partie dépourvues d'offre de preuve ; qu'en retenant, pour dire que la signature du contrat de travail avec la société Sicaelle le 28 février 2012 s'était déroulée dans un contexte de violence morale, que la salariée avait affirmé, sans être démentie, que ce contrat avait été signé à 22 heures, pour en déduire l'exercice d'une contrainte de l'employeur à l'égard de la salariée, la cour d'appel, qui s'est fondée sur les seules allégations de la salariée à qui incombait pourtant la charge de la preuve de la violence morale dont elle prétendait avoir été victime, a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°) ALORS QUE les juges du fond sont tenus de motiver leur décision ; qu'en l'espèce, pour dire que la signature du contrat de travail avec la société Sicaelle s'était déroulée dans un contexte de violence morale, la cour d'appel a relevé que la salariée avait affirmé, sans être contredite, que ce contrat avait été signé à 22 heures (arrêt p. 4 § 7) ; que la cour d'appel a par ailleurs relevé que la salariée se trouvait dans un état émotionnel fragilisé, en se fondant sur un courriel de Mme Abdou Y... déclarant que « je crois que je me souviendrai toujours du moment où je suis arrivée au magasin et que tu pleurais tellement qu'il a fallu que tu t'isoles avant de pouvoir reprendre le service ... tellement il t'avais mis la pression pour que tu signes tes papiers de mutation » et dont elle a constaté qu'elle avait travaillé de façon effective de 18 heures à 21 heures (arrêt p. 4 § 8) ; qu'en statuant ainsi, sans expliquer en quoi ni comment cette salariée absente à compter de 21 heures le 28 février 2012 avait pu valablement attester de l'état émotionnel de Mme X... lors la signature du contrat litigieux à 22 heures, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

4°) ALORS QUE les juges du fond sont tenus d'examiner l'ensemble des éléments de fait et de preuve soumis à leur examen par les parties au soutien de leurs prétentions ; qu'en l'espèce, pour établir que c'était Mme X... elle-même qui avait sollicité sa mutation dans un autre magasin, que son consentement n'avait pas été vicié et qu'elle ne pouvait donc valablement alléguer avoir été victime de violence morale pour signer son contrat de travail avec la société Sicaelle, les exposantes se prévalaient notamment de l'attestation de M. A..., consultant franchiseur, aux termes de laquelle ce dernier ayant assisté à la signature du contrat de travail litigieux relatait que « En date du 28 février 2012, étant sur la ville de Marseille pour un rendez-vous de travail avec Monsieur Z... David, j'ai pu constater les faits suivants : Vers 10 heures du matin, Monsieur Z... a reçu un appel provenant du magasin Domino's Pizza d'Aix en Provence. Nous avons donc interrompu notre entretien, pour se rendre au magasin d'Aix en Provence. Sur place, j'ai pu constater que Mademoiselle X... Camille étant en charge de l'ouverture du magasin. Après un échange cordial, Mademoiselle X... Camille a voulu s'entretenir avec Monsieur David Z... sur le fait qu'elle a peu de rentrer seule lors des fermetures du magasin suite à un vandalisme survenu le 26/ 02/ 2012. A 14h30 à l'issue du service, Mademoiselle X... s'est entretenus avec Monsieur Z... en ma présence. (...) Elle a donc demandé de partir travailler dans des magasins de la ville de Marseille. (...) Pendant l'entretien, Monsieur Z... lui a proposé de prendre quelques semaines de vacances, puis d'être muté sur le magasin de Marseille, ce que Mademoiselle X... a accepté sans réserve. Monsieur Z... a donc établi la demande congés, le nouveau contrat de travail, l'attestation de mutation afin qu'elle puisse se trouver un logement sur Marseille. A 17h45, au retour de Mademoiselle X..., les deux parties ont signé tous les documents. A aucun moment je n'ai pu constater que Monsieur Z... ait forcé Mademoiselle X... à signer les documents » ; qu'en jugeant que la signature du contrat de travail avec la société Sicaelle s'était déroulée dans un contexte de violence morale, sans prendre le soin de viser, ni d'examiner, serait-ce sommairement cette pièce, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

5°) ALORS QUE les informations recueillies par l'employeur au moyen d'un téléphone mis à la disposition d'un salarié pour les besoins de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel, en sorte qu'elles constituent un mode de preuve licite, sauf si elles sont identifiées comme étant personnelles ou portent atteinte de manière disproportionnée à la vie privée du salarié ; qu'en l'espèce, il était constant que les informations que l'employeur produisait aux débats avaient été recueillies au moyen du téléphone portable professionnel d'un autre salarié (arrêt p. 8 § 1), ce dont il résultait qu'elles étaient présumées professionnelles ; qu'en jugeant, pour les écarter des débats, que l'employeur n'était pas autorisé à y accéder, sans constater qu'elles avaient été identifiées comme personnelles ni faire apparaître en quoi le fait par l'employeur d'y accéder aurait porté une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de la salariée au regard du droit de l'employeur d'assurer sa défense dans le cadre de la procédure prud'homale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 9 et 1315 du code civil, ensemble l'article 9 du code de procédure civile et l'article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

6°) ALORS QUE la violence morale doit s'apprécier il n'y a point de consentement valable, si le consentement a été obtenu sous l'effet déterminant d'une violence morale, laquelle est appréciée in concreto ; qu'en l'espèce, pour dire que la signature du contrat de travail avec la société Sicaelle s'était déroulée dans un contexte de violence morale, la cour d'appel a relevé qu'au moment de la signature de son contrat avec la société Sicaelle le 28 février 2012, Mme X... était en arrêt de travail pour accident du travail (arrêt p. 4 § 6), et

qu'en lui faisant signer le contrat litigieux après une journée de travail alors que la salariée était moralement éprouvée, l'employeur avait exercé une contrainte sur elle (arrêt p. 4 dernier §) ; qu'en statuant de la sorte, lorsqu'elle avait par ailleurs constaté que la salariée n'avait transmis son arrêt de travail à son employeur que le 1er mars 2012 (jugement p. 5 § 1), ce dont il résultait qu'au jour de la signature de l'acte litigieux l'employeur n'était pas informé de l'état de santé de la salariée, la cour d'appel a violé les articles 1109, 1111, 1112 et 1134 du code civil, ensemble l'article L 1231-1 du code du travail ;

7°) ALORS en tout état de cause QUE les juges du fond ne peuvent dénaturer les termes du litige ; qu'en l'espèce, la salariée prétendant que le licenciement dont elle avait été victime par la société Sicaelle était abusif, sollicitait « 1 500 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement nul ou sans cause réelle et sérieuse » (conclusions d'appel adverses p. 25 in fine) ; qu'en allouant à la salariée une somme de 1 500 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice résultant de la nullité du contrat de travail, la cour d'appel a violé l'article 4 du code de procédure civile ;

8°) ALORS enfin QUE l'allocation de dommages et intérêts suppose l'existence d'un dommage causé par une faute ; qu'en allouant une somme de 1. 500 euros de dommages et intérêts en réparation du préjudice résultant de la nullité du contrat de travail, sans à aucun moment préciser quelle préjudice elle indemnisait, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code Civil ;

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société Jesana à verser à Mme X... les sommes de 4 732, 25 euros à titre de rappel de salaire pour heures supplémentaires, 473, 22 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés correspondante, 8 490, 48 euros à titre d'indemnité pour travail dissimulé, d'AVOIR condamné la société Sicaelle et la société Jesana aux entiers dépens de première instance et d'appel ainsi que de les AVOIR condamné chacune à verser à Mme X... la somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « Sur les heures supplémentaires

La salariée réclame la somme globale de 5 592, 40 € au titre d'heures supplémentaires effectuées en 2010 et 2011.

Aux termes de l'article L 3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; le juge forme sa conviction au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Si la preuve des horaires de travail effectués n'incombe ainsi spécialement à aucune des parties, et si l'employeur doit être en mesure de fournir des éléments de nature à justifier des horaires effectivement réalisés par le salarié, il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande.

En l'espèce Mme X... fait valoir dans ses écritures oralement développées par son conseil qu'en sa qualité d'assistante manager elle n'avait pas le droit de badger ses horaires effectifs, l'employeur prenant en compte la concernant les horaires mentionnés sur les plannings alors même qu'elle prenait toujours son service un quart d'heure plus tôt et prolongeait son activité le soir au-delà des horaires de fin de service mentionnés sur les plannings, soit le plus souvent après minuit. Elle explique à cet effet qu'elle ne pouvait fermer l'établissement avant :

- le retour de l'ensemble des coursiers effectuant les livraisons de pizzas ;
- la clôture de la caisse de l'établissement (comptage du fonds de caisse et établissement d'un relevé) et de chacun des coursiers ;
- le nettoyage de l'établissement ;
- la fermeture du magasin.

Pour appuyer ses allégations, la salariée produit :

- 13 attestations de salariés (pièces 7 à 19) ;
- le procès-verbal de dépôt de plainte du 19 décembre 2011 (pièce 20) consécutivement à l'agression dont elle a été victime dans la nuit du 19 au 20 décembre entre 1h30 et 1h45 alors qu'elle venait de fermer le restaurant ;
- le procès-verbal de dépôt de plainte du 27 février 2012 (pièce 21) après la tentative de vol à main armée survenu dans l'établissement dans la nuit du 26 au 27 février 2010 vers 0h15 ;
- les plannings de travail hebdomadaires ;
- les relevés de pointage ;
- des SMS échangés avec son employeur à des heures tardives (pièce 25).

Ces éléments matériels préalables peuvent être discutés par l'employeur et sont de nature à étayer la demande de la salariée.

Pour s'opposer à la demande, la Sarl Jesana fait valoir que la salariée n'a jamais formulé d'observation sur un non-règlement d'heures supplémentaires avant la rupture de son contrat de travail, que la salariée ne verse aucun décompte précis des heures supplémentaires qu'elle aurait effectuées, que les attestations produites sont imprécises et émanent en partie de salariés qui n'étaient pas employés pendant la totalité de la période d'activité de Mme X....

Elle ajoute avoir pris en compte les dépassements d'horaires qu'implique l'activité d'assistant manager en réglant mensuellement à la salariée 13 heures supplémentaires majorées mentionnées sur chaque bulletin de salaire. Elle fait observer que les plannings qu'elle verse aux débats sont dûment signés par la salariée, contrairement aux plannings produits par l'intimée, et que la production de relevés de pointage suffit à démontrer qu'il n'a pas été fait interdiction à la salariée de pointer ; qu'une comparaison entre les

plannings et relevés de pointage démontre que la salariée a effectué un nombre d'heures inférieur au temps de travail rémunéré.

Il sera rappelé que le fait pour un salarié de n'avoir pas fait valoir ses droits pendant l'exécution du contrat ne vaut pas renonciation au paiement des heures supplémentaires qu'il soutient avoir effectuées.

Par ailleurs le seul fait que l'employeur ait réglé 13 heures supplémentaires par mois à la salariée implique nécessairement qu'il reconnaît la réalité des dépassements horaires inhérents à l'activité d'assistante manager exercée par la salariée et de fait l'absence de fiabilité des plannings produits.

Les parfaites similitudes entre les horaires mentionnés sur les plannings et relevés de pointage relatifs à Mme X..., alors même que l'employeur admet la réalité d'heures supplémentaires qu'il règle à la salariée, confortent l'affirmation de celle-ci selon laquelle les assistants managers de l'entreprise ne pointent pas, contrairement aux coursiers.

La cour, se référant aux procès-verbaux d'audition de la salariée dressés dans le cadre des enquêtes consécutives à l'agression et au vol à main armée dont elle a été victime, constate que le 18 décembre 2011 le planning et le relevé de pointage mentionnent une fin de service à 0h30 alors que l'agression a eu lieu le 19 décembre 2011 à 1h30 lorsque la salariée rejoignait son véhicule après avoir fermé le restaurant. Quant au vol à main armée, il a été commis dans l'enceinte du restaurant dans la nuit du 26 au 27 février 2012 à 0h15 alors que la salariée était censée avoir terminé son service à 22H d'après le planning produit par l'employeur.

Ces éléments matériels objectifs attestent de la réalité de dépassements horaires pouvant atteindre une demi-heure à 2h, temps correspondant aux diverses tâches décrites par la salariée et induites par la fermeture de l'établissement, chaque fois que le temps de service de la salariée lui imposait d'assurer la fermeture.

La cour observe que le volume d'heures supplémentaires réglé mensuellement par l'employeur correspond à 3 heures supplémentaires par semaine et ne couvre pas l'ensemble des heures supplémentaires effectuées par la salariée.

Au vu des éléments produits de part et d'autre, et sans qu'il soit besoin d'une mesure d'instruction, la cour a la conviction que la demande au titre des heures supplémentaires est fondée à hauteur de 4 732, 25 €, somme au paiement de laquelle la société Segala sera condamnée outre 473, 22 € à titre d'indemnité compensatrice de congés payés correspondante.

Le jugement doit être infirmé sur ce point.

(...)

Sur le travail dissimulé

Les circonstances susvisées établissent suffisamment, compte tenu du caractère récurrent des heures supplémentaires accomplies sur une période de travail de 17 mois en sus du temps de travail rémunéré-situation que l'employeur ne pouvait ignorer-une volonté de dissimulation, au sens de l'article L8221-5 du code du travail, du temps de travail réellement accompli par Mme X... et justifient sa condamnation à payer à la salariée une

indemnité de travail dissimulé d'un montant de 8 490, 48 € (soit 1415, 08 € x6) » ;

1 °) ALORS QUE l'aveu exige de la part de son auteur une manifestation non équivoque de sa volonté de reconnaître pour vrai un fait de nature à produire contre lui des conséquences juridiques ; que, pour faire droit à la demande d'heures supplémentaires de la salariée, la cour d'appel a estimé que le fait que l'employeur ait réglé 13 heures supplémentaires par mois à la salariée impliquait nécessairement qu'il reconnaissait la réalité des dépassements horaires de la salariée ainsi que l'absence de fiabilité des plannings qu'il produisait ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel qui n'a pas caractérisé une volonté claire et non équivoque de l'employeur d'admettre l'existence d'une créance d'heures supplémentaires au profit de la salariée ni l'absence de fiabilité de ses plannings, a privé sa décision de base légale au regard des articles 1354 et 1356 du code civil ;

2°) ALORS QUE les heures supplémentaires ne sont dues que pour les heures effectuées au-delà de la durée légale du travail ; qu'en l'espèce, l'employeur faisait valoir que les plannings et badgeages de la salariée, signés par elle, démontraient non seulement qu'elle n'avait jamais accompli plus des 13 heures supplémentaires pour lesquelles elle était rémunérée chaque mois mais aussi que pour de nombreux mois elle avait bénéficié d'heures supplémentaires en ayant pourtant travaillé en deçà des 151, 67 heures mensuelles (conclusions p. 31 et suivantes) ; que la cour d'appel a expressément relevé une parfaite similitude entre les horaires mentionnés sur les plannings et les relevés de badgeage relatifs à la salariée (arrêt p. 6 § 4) ; qu'en estimant néanmoins que la similitude de ces éléments confortaient l'affirmation selon laquelle la salariée ne pointait pas, motifs pris que l'employeur admettait la réalité d'heures supplémentaires qu'il réglait à la salariée, sans expliquer en quoi le seul fait que l'employeur ait pu régler des heures supplémentaires à la salariée impliquait que celle-ci les ait effectivement accomplies et donc le manque de fiabilité des documents produits par l'employeur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3171-4 du code de travail ;

3°) ALORS QUE nul ne peut se constituer de preuve à lui-même ; qu'en se fondant, pour conclure à la réalité des heures supplémentaires revendiquées à la salariée, sur les procès-verbaux d'audition de la salariée, lorsque ces éléments se bornaient à reprendre les seuls dires de la salariée, la cour d'appel a violé l'article 1315 du code civil ;

4°) ALORS QUE dans tout litige relatif au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au juge de déterminer ce nombre ; qu'en l'espèce, pour faire droit à la demande de la salariée à hauteur de 4 732, 25 euros, la cour d'appel s'est bornée à relever que la réalité des dépassements pouvait atteindre 30 minutes à deux heures chaque fois que le temps de service lui imposait d'assurer la fermeture ; qu'en statuant de la sorte, sans préciser le nombre exact d'heures supplémentaires qu'elle retenait finalement et qui n'était pas couvert par les sommes déjà allouées par l'employeur, la cour d'appel n'a pas mis la cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle et partant, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3171-4 du Code du travail.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société Jesana à verser à Mme X... la somme de 8 490, 48 euros à titre d'indemnité pour travail dissimulé, d'AVOIR condamné la société Sicaelle et la société Jesana aux entiers dépens de première instance et d'appel ainsi que de les AVOIR condamné chacune à verser à Mme X... la somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « Les circonstances susvisées établissent suffisamment, compte tenu du caractère récurrent des heures supplémentaires accomplies sur une période de travail de 17 mois en sus du temps de travail rémunéré-situation que l'employeur ne pouvait ignorer-une volonté de dissimulation, au sens de l'article L8221-5 du code du travail, du temps de travail réellement accompli par Mme X... et justifient sa condamnation à payer à la salariée une indemnité de travail dissimulé d'un montant de 8 490, 48 € (soit 1415, 08 € x6) » ;

1°) ALORS QUE la cassation à intervenir sur le deuxième moyen relatif aux heures supplémentaires, entraînera la cassation du chef de dispositif ayant condamné la société Jesana à verser à la salariée la somme de 8 490, 48 euros à titre d'indemnité pour travail dissimulé ;

2°) ALORS en tout état de cause QUE la dissimulation d'emploi salarié prévue par l'article L. 8221-5 du code du travail n'est caractérisée que s'il est établi que 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 l'espèce, la cour d'appel a expressément constaté que s'il n'avait pas couvert l'ensemble des heures effectuées par la salariée, l'employeur lui avait néanmoins réglé l'équivalent de 3 heures supplémentaires par semaine tout au long de la relation contractuelle (arrêt p. 6 § 7) ; que néanmoins, pour faire droit à la demande de la salariée, la cour d'appel a estimé que le caractère récurrent des heures supplémentaires accomplies sur une période de travail de 17 mois en sus du temps de travail que l'employeur ne pouvait ignorer, caractérisait une volonté de dissimulation ; qu'en statuant par de tels motifs insuffisants à caractériser le caractère intentionnel du défaut de mention de l'ensemble des heures effectuées sur les bulletins de paie, lorsqu'elle avait par ailleurs relevé que cette « dissimulation » n'avait pas concerné l'ensemble des heures supplémentaires accomplies par la salariée, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 8221-5 et L. 8223-1 du code du travail.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société Jesana à verser à la salariée la somme de 271 euros à titre d'acompte retenu sur salaire, 27, 10 euros au titre des congés payés afférents, d'AVOIR condamné la société Sicaelle et la société Jesana aux entiers dépens de première instance et d'appel ainsi que de les AVOIR condamné chacune à verser à Mme X... la somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE « Sur les acomptes

La salariée soutient que l'employeur lui faisait supporter, au moyen d'acomptes déduits de son salaire, les écarts de caisse constatés.

Bien que contesté par la société Jesana, ce procédé est confirmé en termes particulièrement circonstanciés par cinq salariés dont les témoignages convergents établissent que les écarts de caisse constatés journalièrement devaient être remboursés immédiatement en espèces ou donnaient lieu à des retenues sur salaires sous la forme d'acomptes avec la mention 'pour raisons personnelles' sur les bulletins de paye.

L'attestation établie en faveur de l'employeur par le salarié M. B... qui affirme ne pas avoir été sanctionné financièrement après une erreur de caisse mais avoir reçu notification d'un avertissement écrit versé au débat, a été établie le 3 juin 2012 postérieurement à la prise d'acte de rupture de Mme X... du 20 mars 2012 et ne saurait donc priver de force probante l'ensemble des témoignages produits par la salariée qui confortent la réalité du procédé ci-dessus décrit pendant la période d'activité de la salariée, susceptible d'avoir été abandonné par l'employeur après la naissance du présent contentieux.

Au vu de ces constatations, les acomptes fréquents et de montants variables (26 €, 33 € 35 €...) mentionnés sur les bulletins de salaire, constituent des sanctions pécuniaires prohibées en vertu des dispositions énoncées par l'article L1331-1 du code du travail.

Le jugement du conseil de prud'hommes sera confirmé en ce qu'il a alloué à la salariée la somme de 271 € correspondant aux retenues indues mentionnées sur ses bulletins de salaire outre 27, 10 € d'indemnité correspondante de congés payés » ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE « Sur la demande au titre des acomptes retenus Attendu qu'il ressort des bulletins de salaire (10/ 2010, 01/ 2011, 04/ 2011, 06/ 2011, 08/ 2011 et 10/ 2011) que l'employeur a retenu sur le salaire, des acomptes.

Que la pratique vu les attestations versées aux débats, démontrant que l'employeur fait supporter à Mme Camille X... des trous de caisse pouvant avoir été commis par d'autres salariés ;

Attendu que les amendes des autres sanctions pécuniaires sont expressément interdites et donc couverts par la nullité (article L. 1331-2 du code du travail) ;

Qu'en conséquence, il convient de condamner la société Jesana à payer à Mme X..., la somme de 271, 00 euros à titre d'acompte retenu + congés payés y afférents » ;

ALORS QUE les juges du fond sont tenus d'examiner l'ensemble des éléments de preuve soumis à leur examen par les parties au soutien de leurs prétentions ; qu'en l'espèce, pour établir qu'il n'avait jamais procédé à des retenues sur salaires lorsque les salariés commettaient des erreurs de caisse et que les acomptes déduits sur les bulletins de paie de Mme X... avaient été sollicités par cette dernière, l'employeur produisait aux débats, outre l'attestations de M. B..., de nombreuses attestations aux termes desquels les salariés indiquaient qu'aucun remboursement pécuniaire n'était sollicité en cas d'erreurs de caisse, ainsi que les demandes d'acomptes remplies et signées par Mme X... correspondant précisément aux sommes déduites de ses bulletins de paie ; qu'en faisant droit à la demande de la salariée sans examiner ni viser serait-ce sommairement ces

éléments, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société Jesana à verser à la salariée la somme de 442 euros à titre de rappel de salaire de janvier 2011 à novembre 2011, 44, 20 euros au titre des congés payés afférents, d'AVOIR condamné la société Sicaelle et la société Jesana aux entiers dépens de première instance et d'appel ainsi que de les AVOIR condamné chacune à verser à Mme X... la somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE « Sur le rappel de salaire de janvier à novembre 2011

La Sarl Jesana ne remet pas en cause sa condamnation par le jugement déféré au paiement de la somme de 442 € à titre de rappel de salaire sur le fondement du salaire conventionnel correspondant à la catégorie d'emploi de Mme X... en application de l'article 2 de l'avenant n° 43 de la convention collective nationale de la restauration rapide, outre l'indemnité de congés payés correspondante.

Le jugement sera confirmé sur ce point » ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE « Attendu que Madame Camille X... a été nommée Assistante Manager à compter du 1er juillet 2010.

Attendu que l'article 2 de l'avenant n° 43 de la convention collective applicable Madame X... aurait du passer dès cette date du niveau I échelon I au niveau II échelon II.

Qu'il en résulte des pièces versées aux débats et le débat que Madame X... est fondée à solliciter un rappel de salaire au titre de la revalorisation de son salaire au taux horaire de 9, 33 euros soit la somme de 442 euros outre l'incidence congés payés y afférents » ;

1°) ALORS QUE les juges du fond ne peuvent dénaturer les conclusions des parties ; qu'en l'espèce, dans ses conclusions d'appel, oralement soutenues à l'audience (arrêt p. 4 § 3), l'employeur faisait valoir, que si une erreur de paramétrage du logiciel de paie avait entraîné une baisse du taux horaire de la salariée pour les mois de janvier à novembre 2011, la salariée ne pouvait prétendre à ce titre qu'à un rappel de salaire de 424, 67 euros (conclusions d'appel p. 38) ; qu'en jugeant néanmoins que l'employeur ne remettait pas en cause sa condamnation au paiement de la somme de 442 euros à titre de rappel de salaire sur le fondement sur salaire conventionnel, la cour d'appel a violé l'article 4 du code de procédure civile ;

2°) ALORS en outre QUE les juges du fond sont tenus de préciser l'origine de leurs constatations sans pouvoir se contenter de se référer aux documents de la cause ; qu'en affirmant péremptoirement qu'il résultait « des pièces versées aux débats et le débat » (jugement p. 5) que la salariée était fondée à solliciter un rappel de salaire au titre de la revalorisation de son salaire à hauteur de 442 euros outre l'incidence des congés payés

afférents, la cour d'appel qui n'a pas précisé les éléments lui permettant de procéder à une telle « constatation » au demeurant expressément contestée par l'employeur, a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

SIXIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société Jesana à verser à la salariée la somme de 800 euros à titre de dommages et intérêts pour exécution fautive du contrat de travail, d'AVOIR condamné la société Sicaelle et la société Jesana aux entiers dépens de première instance et d'appel ainsi que de les AVOIR condamné chacune à verser à Mme X... la somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « Sur l'exécution fautive du contrat de travail

Les agissements de l'employeur relatifs à l'absence de règlement intégral des heures supplémentaires dues à la salariée, au non-respect du salaire conventionnel et à l'adoption de sanctions pécuniaires caractérisent une exécution déloyale du contrat de travail justifiant la condamnation de La société Jesana à payer à Mme X... la somme de 800 € à titre de dommages et intérêts » ;

ALORS QUE la cassation à intervenir sur le deuxième moyen relatif aux heures supplémentaires, sur le quatrième moyen relatif aux sanctions pécuniaires et sur le cinquième moyen relatif au salaire conventionnel, ou sur l'un seulement de ces moyens, entraînera la cassation du chef de dispositif ayant condamné la société Jesana à verser à la salariée la somme de 800 euros à titre de dommages et intérêts pour exécution fautive du contrat de travail, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

SEPTIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société Jesana à verser à Mme X... les sommes de 2 830, 16 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis, 283, 01 euros au titre des congés payés afférents, 369, 92 euros à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement, 4 500 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, d'AVOIR condamné la société Sicaelle et la société Jesana aux entiers dépens de première instance et d'appel ainsi que de les AVOIR condamné chacune à verser à Mme X... la somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE « Sur le contrat de travail conclu avec la Sarl Jesana

Les parties s'opposent sur les conditions de rupture du contrat de travail conclu le 5 janvier 2010 entre Mme X... et la Sarl Jesana, le gérant de cette société affirmant que la salariée avait accepté la mutation qu'il lui avait proposée dans un autre établissement de restauration qu'il exploite à Marseille en signant un nouveau contrat de travail avec la Sarl

Sicaelle le 28 février 2012, alors que MME X... indique avoir mis fin au contrat de travail la liant avec la société Jesana par une lettre de prise d'acte de rupture du 20 mars 2012.

Il est de droit que la rupture d'un contrat à durée indéterminée peut intervenir à la demande de l'une ou l'autre des parties, soit sous la forme d'une démission, d'une rupture conventionnelle, d'un licenciement ou d'une prise d'acte de rupture par le salarié.

En l'espèce il n'est justifié ni d'une démission de la salariée, acte qui ne saurait se présumer, ni d'une rupture conventionnelle répondant aux exigences légales de forme, ni d'un licenciement.

Il convient en conséquence d'apprécier si la prise d'acte de rupture de son contrat de travail par la salariée par courrier notifié à la Sarl Jesana le 20 mars 2012 en raison de faits reprochés à son employeur, produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou d'une démission ; l'ensemble des griefs invoqués par la salariée devant être examinés, y compris ceux ne figurant pas dans la lettre de prise d'acte.

A l'appui de sa prise d'acte de rupture, Mme X... évoque les faits et circonstances suivants :

- un non-paiement des heures supplémentaires ;
- le non-paiement d'une prime annuelle conventionnelle en 2010 et 2011 ;
- des sanctions pécuniaires prohibées ;
- un non-respect du salaire conventionnel ;
- une modification des conditions de travail »

Sur les heures supplémentaires

La salariée réclame la somme globale de 5 592, 40 € au titre d'heures supplémentaires effectuées en 2010 et 2011.

Aux termes de l'article L 3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; le juge forme sa conviction au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Si la preuve des horaires de travail effectués n'incombe ainsi spécialement à aucune des parties, et si l'employeur doit être en mesure de fournir des éléments de nature à justifier des horaires effectivement réalisés par le salarié, il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande.

En l'espèce MME X... fait valoir dans ses écritures oralement développées par son conseil qu'en sa qualité d'assistante manager elle n'avait pas le droit de badger ses horaires effectifs, l'employeur prenant en compte la concernant les horaires mentionnés sur les plannings alors même qu'elle prenait toujours son service un quart d'heure plus tôt et prolongeait son activité le soir au-delà des horaires de fin de service mentionnés sur les plannings, soit le plus souvent après minuit. Elle explique à cet effet qu'elle ne pouvait

fermer l'établissement avant :

- le retour de l'ensemble des coursiers effectuant les livraisons de pizzas ;
- la clôture de la caisse de l'établissement (comptage du fonds de caisse et établissement d'un relevé) et de chacun des coursiers ;
- le nettoyage de l'établissement ;
- la fermeture du magasin.

Pour appuyer ses allégations, la salariée produit :

- 13 attestations de salariés (pièces 7 à 19) ;
- le procès-verbal de dépôt de plainte du 19 décembre 2011 (pièce 20) consécutivement à l'agression dont elle a été victime dans la nuit du 19 au 20 décembre entre 1h30 et 1h45 alors qu'elle venait de fermer le restaurant ;
- le procès-verbal de dépôt de plainte du 27 février 2012 (pièce 21) après la tentative de vol à main armée survenu dans l'établissement dans la nuit du 26 au 27 février 2010 vers 0h15 ;
- les plannings de travail hebdomadaires ;
- les relevés de pointage ;
- des SMS échangés avec son employeur à des heures tardives (pièce 25).

Ces éléments matériels préalables peuvent être discutés par l'employeur et sont de nature à étayer la demande de la salariée.

Pour s'opposer à la demande, la Sarl Jesana fait valoir que la salariée n'a jamais formulé d'observation sur un non-règlement d'heures supplémentaires avant la rupture de son contrat de travail, que la salariée ne verse aucun décompte précis des heures supplémentaires qu'elle aurait effectuées, que les attestations produites sont imprécises et émanent en partie de salariés qui n'étaient pas employés pendant la totalité de la période d'activité de MME X....

Elle ajoute avoir pris en compte les dépassements d'horaires qu'implique l'activité d'assistant manager en réglant mensuellement à la salariée 13 heures supplémentaires majorées mentionnées sur chaque bulletin de salaire. Elle fait observer que les plannings qu'elle verse aux débats sont dûment signés par la salariée, contrairement aux plannings produits par l'intimée, et que la production de relevés de pointage suffit à démontrer qu'il n'a pas été fait interdiction à la salariée de pointer ; qu'une comparaison entre les plannings et relevés de pointage démontre que la salariée a effectué un nombre d'heures inférieur au temps de travail rémunéré.

Il sera rappelé que le fait pour un salarié de n'avoir pas fait valoir ses droits pendant l'exécution du contrat ne vaut pas renonciation au paiement des heures supplémentaires qu'il soutient avoir effectuées.

Par ailleurs le seul fait que l'employeur ait réglé 13 heures supplémentaires par mois à la salariée implique nécessairement qu'il reconnaît la réalité des dépassements horaires inhérents à l'activité d'assistante manager exercée par la salariée et de fait l'absence de fiabilité des plannings produits.

Les parfaites similitudes entre les horaires mentionnés sur les plannings et relevés de pointage relatifs à MME X..., alors même que l'employeur admet la réalité d'heures supplémentaires qu'il règle à la salariée, confortent l'affirmation de celle-ci selon laquelle les assistants managers de l'entreprise ne pointent pas, contrairement aux coursiers.

La cour, se référant aux procès-verbaux d'audition de la salariée dressés dans le cadre des enquêtes consécutives à l'agression et au vol à main armée dont elle a été victime, constate que le 18 décembre 2011 le planning et le relevé de pointage mentionnent une fin de service à 0h30 alors que l'agression a eu lieu le 19 décembre 2011 à 1h30 lorsque la salariée rejoignait son véhicule après avoir fermé le restaurant. Quant au vol à main armée, il a été commis dans l'enceinte du restaurant dans la nuit du 26 au 27 février 2012 à 0h15 alors que la salariée était censée avoir terminé son service à 22H d'après le planning produit par l'employeur.

Ces éléments matériels objectifs attestent de la réalité de dépassements horaires pouvant atteindre une demi-heure à 2h, temps correspondant aux diverses tâches décrites par la salariée et induites par la fermeture de l'établissement, chaque fois que le temps de service de la salariée lui imposait d'assurer la fermeture.

La cour observe que le volume d'heures supplémentaires réglé mensuellement par l'employeur correspond à 3 heures supplémentaires par semaine et ne couvre pas l'ensemble des heures supplémentaires effectuées par la salariée.

Au vu des éléments produits de part et d'autre, et sans qu'il soit besoin d'une mesure d'instruction, la cour a la conviction que la demande au titre des heures supplémentaires est fondée à hauteur de 4 732, 25 €, somme au paiement de laquelle la société Segala sera condamnée outre 473, 22 € à titre d'indemnité compensatrice de congés payés correspondante.

Le jugement doit être infirmé sur ce point.

Sur les acomptes

La salariée soutient que l'employeur lui faisait supporter, au moyen d'acomptes déduits de son salaire, les écarts de caisse constatés.

Bien que contesté par la société Jesana, ce procédé est confirmé en termes particulièrement circonstanciés par cinq salariés dont les témoignages convergents établissent que les écarts de caisse constatés journalièrement devaient être remboursés immédiatement en espèces ou donnaient lieu à des retenues sur salaires sous la forme d'acomptes avec la mention 'pour raisons personnelles' sur les bulletins de paye.

L'attestation établie en faveur de l'employeur par le salarié M. B... qui affirme ne pas avoir été sanctionné financièrement après une erreur de caisse mais avoir reçu notification d'un avertissement écrit versé au débat, a été établie le 3 juin 2012 postérieurement à la prise d'acte de rupture de MME X... du 20 mars 2012 et ne saurait donc priver de force probante l'ensemble des témoignages produits par la salariée qui confortent la réalité du

procédé ci-dessus décrit pendant la période d'activité de la salariée, susceptible d'avoir été abandonné par l'employeur après la naissance du présent contentieux.

Au vu de ces constatations, les acomptes fréquents et de montants variables (26 €, 33 € 35 €...) mentionnés sur les bulletins de salaire, constituent des sanctions pécuniaires prohibées en vertu des dispositions énoncées par l'article L1331-1 du code du travail.

Le jugement du conseil de prud'hommes sera confirmé en ce qu'il a alloué à la salariée la somme de 271 € correspondant aux retenues indues mentionnées sur ses bulletins de salaire outre 27, 10 € d'indemnité correspondante de congés payés.

Sur le rappel de salaire de janvier à novembre 2011

La Sarl Jesana ne remet pas en cause sa condamnation par le jugement déféré au paiement de la somme de 442 € à titre de rappel de salaire sur le fondement du salaire conventionnel correspondant à la catégorie d'emploi de MME X... en application de l'article 2 de l'avenant n° 43 de la convention collective nationale de la restauration rapide, outre l'indemnité de congés payés correspondante.

Le jugement sera confirmé sur ce point.

Il n'est pas douteux que le non-paiement par l'employeur des heures supplémentaires effectuées par la salariée ainsi que les sanctions pécuniaires opérées et le non-respect du salaire conventionnel caractérisent des manquements graves de l'employeur aux obligations essentielles du contrat de travail, rendant impossible la poursuite de la relation contractuelle et justifiant la prise d'acte de rupture par la salariée aux torts de l'employeur.

Cette prise d'acte produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et ouvre droit au versement à la salariée des indemnités de rupture et dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse dont les montants ont été justement arbitrés par le conseil de prud'hommes en l'état de l'ancienneté de 2 ans de la salariée, de son âge, soit 24 ans lors de la prise d'acte de rupture et de son salaire mensuel de 1 415, 08 €.

Le jugement sera donc confirmé de ces chefs » ;

1°) ALORS QUE la cassation à intervenir sur le deuxième moyen relatif aux heures supplémentaires, sur le troisième moyen relatif aux acomptes, sur le quatrième moyen relatif aux acomptes et sur le cinquième moyen relatif au rappel de salaire sur salaire conventionnel ou l'un quelconque de ces moyens, entraînera la cassation du chef de dispositif ayant jugé que la prise d'acte de la salariée devait s'analyser en licenciement sans cause réelle et sérieuse et lui ayant alloué diverses indemnités à ce titre, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QUE la prise d'acte de rupture du contrat de travail ne produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse qu'en cas de manquements suffisamment graves faisant obstacle à la poursuite du contrat de travail ; qu'en l'espèce, l'employeur faisait valoir que la salariée ne s'était jamais plainte du moindre manquement à son encontre tout au long de la relation contractuelle ; que la cour d'appel a relevé que les manquements de l'employeur au titre des acomptes et du salaire conventionnel ne

représentaient qu'une somme globale de 740, 10 euros (congrés payés afférents compris ; arrêt p. 7 § 3 et 4) et que, s'agissant des heures supplémentaires, bien que ne couvrant pas l'ensemble des heures effectuées, l'employeur avait réglé l'équivalent de 3 heures supplémentaires par semaine à la salariée pendant la relation contractuelle ; que la cour d'appel a néanmoins péremptoirement affirmé qu'en eux-mêmes, les manquements de l'employeur à l'égard de la salariée – non-paiement des heures supplémentaires, sanctions pécuniaires, non-respect du salaire conventionnel – étaient graves et rendaient impossible la poursuite du contrat de travail dans la mesure où ils concernaient les obligations essentielles du contrat de travail ; qu'en statuant de la sorte, sans caractériser que dans les faits, au regard de ces circonstances, les manquements de l'employeur, à les supposer avérés, avaient empêché la poursuite du contrat de travail, ce d'autant que l'employeur soulignait n'avoir reçu aucune requête de la salariée avant la prise d'acte, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1232-1, L. 1237-2 et L. 1235-1 du code du travail ;

ET AUX MOTIFS à les supposer adoptés QUE « Rappel des faits :

La Société JESANA exploite un fonds de commerce à Aix-en-Provence, 509 route de Berre ;

La Société SICAELE exploite également un fonds de commerce situé à MARSEILLE, 175 bld Baille.

Ces deux restaurants sont gérés par Monsieur David Z... mais constituent des entités juridiques distinctes.

Madame Camille X... a été embauchée par la Société JESANA par contrat de travail à durée indéterminée à temps partiel à compter du 5 Janvier 2010 en qualité Equipier polyvalent niveau 1- Echelon 1- selon un horaire mensuel de 43, 30 heures suivie d'un avenant au contrat de travail d'assistant Manager stagiaire niveau I, échelon I à durée indéterminée à temps complet le 21 Juin 2010 qui prendra effet le 01 juillet 2010. Le contrat est soumis aux dispositions de la convention collective nationale de la restauration rapide. La durée mensuelle de travail a été portée à 151, 67 h d'un salaire mensuel brut de 1 415, 08 euros ;

Le 19 Décembre 2011, Madame Camille X... a été agressée physiquement en quittant son lieu de travail vers 1 h 30 du matin, ce qui lui a valu 3 jours de d'l. T. T.

Le 27 février 2012, Mademoiselle X... a été victime de tentative de vol à main armée et dégradation volontaire de bien privé ce jour vers 00 h 15 ;

Le 28 Février 2012, Mademoiselle X... et la société JESANA ont signé un justificatif d'absence, congés payés, du 29 février 2012 au 25 Mars 2012 inclus, ce jour un nouveau contrat du travail à temps plein à durée indéterminée, assistance Manager, Niveau II,

Echelon II a été établi le 28 février 2012 pour effet le 26 mars 2012 entre Mademoiselle X... et la Société SICAELE ; le 20 mars 2012, madame X..., par lettre recommandée avec AR, a pris acte de la rupture du contrat de travail, aux torts de la société JESANA.

Sur la prise d'acte de rupture aux torts de la Société JESANA

Attendu que par lettre recommandée avec accusé de réception du 20 mars 2012, Madame X... a écrit à son employeur dans les termes suivants :

” Je travaille pour votre entreprise depuis Janvier 2010 et depuis Juillet 2010, en qualité d’assistante Manager ;

Je constate depuis un certain temps plusieurs manquement contractuels de votre part à mon égard, et ce, malgré de nombreuses remarques verbales de ma part qui n’ont jamais abouti.

Au regard de la Convention Collective applicable, vous auriez dû modifier ma qualification depuis 2010 niveau II, Echelon II ce que vous n’avez fait qu’à compter de Novembre 2010.

Vous n’avez modifié mon taux horaire qu’à compter de Décembre 2011 alors qu’il aurait dû déjà être de 9, 33 euros dès janvier 2011.

Par ailleurs, je suis contrainte de commencer mon service un quart d’heure en avance et de terminer chaque soir à 00 h 30 alors que mon service s’arrête en principe à 23 h 30 : Vous m’êtes donc redevable d’heures supplémentaires ;

Que vous ne m’avez pas payé la prime annuelle conventionnelle pour 2010 et 2011.

Ensuite de retenir des acomptes sur mes bulletins de salaire qui correspondent en réalité à des trous de caisse que vous me faites injustement supporter.

Vous savez que j’ai été victime d’une tentative de vol armée dans la nuit du 26 au 27 février 2012, qui m’a valu d’être arrêtée pour accident du travail à compter du 28 février par mon médecin pour stress poste-traumatique et de poursuivre un traitement sous anxiolytique.

Or, le mardi 28 février 2012 après que je vous ai expliqué la situation, vous m’avez contrainte de travailler le soir alors que mon état de santé me l’empêchait ; je venais à nouveau de faire une crise d’angoisse le matin

Ainsi vers 22 heures, vous m’avez obligé sous la contrainte à signer plusieurs documents dont un contrat de travail qui m’oblige à travailler dans votre restaurant de Marseille à compter du 26 Mars prochain, ce que j’ai pourtant refusé.

Vous avez abusé de mon état de faiblesse dans lequel j’étais.

Cette mutation forcée est totalement illégale et s’apparente à de la discrimination et du harcèlement moral.

Pour toutes ces raisons, je vous informe par la présente que je prends acte de la rupture de mon contrat du travail à vos torts ;

Je saisis le Conseil de Prud’hommes pour faire valoir mes droits ;

Je reste par ailleurs dans l’attente de mes documents de fin du contrat. “ ;

Attendu que la société JESANA soutient en réplique à l’argumentation de Madame X... qu’elle a contacté Monsieur David Z... pour lui faire part de sa volonté de ne plus travailler

au sein du restaurant et a demandé sa mutation dans un autre établissement et après discussion, Monsieur Z... a proposé à Madame X... un jour de congé afin de lui permettre de se ressourcer et dans ces conditions le contrat du travail entre Madame X... et la société SICAEELLE a été signé.

Attendu que le 1er mars 2012, Madame X... a transmis à la Société JESENA un arrêt de travail et que le 28 février elle aurait accepté de lui valider 3 semaines de congés payés et de la muter au sein d'une restaurant DOMINO'S PIZZA sur MARSEILLE.

Que l'employeur indique à Madame X... qu'elle fait toujours partie des effectifs de la Société JESENA et qu'il accepte de l'intégrer à son poste et d'annuler la signature de son contrat de travail sur la SARL SICAEELLE.

Attendu que le 3 mai 2012, alors que Madame X... avait déjà pris acte de la rupture de son contrat du travail et dénoncé le contrat de travail que lui avait fait signer Monsieur Z..., la société SICAEELLE l'a convoqué en vue d'un entretien préalable le 18 Mai 2012.

Le 24 Mai 2012, la Société SICAEELLE lui notifie une lettre de licenciement pour " faute grave " au motif principal qu'elle ne s'est jamais présentée sur son lieu de travail ;

Mais attendu qu'il convient au préalable de rappeler que Madame X... avait déjà pris acte de la rupture de son contrat de travail et dénoncé le contrat de travail qu'elle avait signé.

Attendu que la prise d'acte de la rupture prend effet immédiatement ;

Que le contrat est donc rompu au 20 Mars 2012.

Que l'employeur ne peut pas non plus régulariser la rupture en licenciant ultérieurement le salarié, puisqu'on ne peut rompre un contrat déjà rompu.

En outre, il convient de rappeler que la Société JESENA a rempli une attestation de salaire accident du travail où la date du dernier jour du travail est celle du 27 février 2012 et la date de la première constatation médicale de la maladie est celle du 28 février 2012, suite à une tentative de vol à main armée et par ailleurs Madame X... avait déjà été victime le 19 décembre 2011 d'une agression physique vers 1 h 30 du matin.

Qu'en conséquence, la prise d'acte est parfaitement justifiée et le licenciement prononcé par la Société SICAEELLE est sans cause réelle et sérieuse.

Qu'en conséquence, Madame Camille X... a droit à l'indemnité compensatrice du préavis du 2 mois de salaire, congés payés y afférents, à l'indemnité conventionnelle de licenciement, ainsi il y a lieu de lui allouer des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse qu'il convient d'arbitrer à la somme de 4500 euros » ;

3°) ALORS QUE la prise d'acte de la rupture n'entraîne la cessation que du contrat de travail liant le salarié à la société à laquelle il impute la rupture ; qu'en l'espèce, il était constant que les sociétés Jesana et Sicaelle étaient juridiquement distinctes ; que dès lors, en estimant que la prise d'acte de la rupture de la salariée en date du 20 mars 2012 aux torts de la société Jesana, soit avant la prise d'effet du contrat la liant avec la société Sicaelle, privait cette dernière société de la possibilité de la licencier ultérieurement, lorsque n'affectant que le contrat conclu avec la société Jesana, la prise d'acte ne pouvait

avoir eu pour effet de rompre le contrat la liant à la société Sicaelle, la cour d'appel a violé les articles L. 1232-1, L. 1237-2 et L. 1235-1 du code du travail ;

4°) ALORS QUE les juges du fond ne peuvent dénaturer les termes du litige, lesquels sont fixés par les prétentions respectives des parties ; qu'en l'espèce, si Mme X... invoquait de nombreux manquements prétendument commis par son employeur, à aucun moment elle n'alléguait que sa décision de prendre acte de la rupture de son contrat de travail aurait été motivée par l'agression physique ou la tentative de vol à main armée respectivement intervenus en décembre 2011 et février 2012 ; que dès lors, en se fondant, pour dire que la prise d'acte de la rupture de la salariée devait produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse sur le fait que l'employeur avait établi une déclaration d'accident du travail à la salariée suite à une tentative de vol à main armée et qu'elle avait par ailleurs déjà été victime le 19 décembre 2011 d'une agression physique, la cour d'appel a violé l'article 4 du code de procédure civile ;

5°) ALORS en tout état de cause QU'en se bornant à relever, pour dire que la prise d'acte devait produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, que l'employeur avait établi une déclaration d'accident du travail à la salariée suite à une tentative de vol à main armée sur laquelle était indiqué comme dernier jour travaillé le 27 février 2012 et comme jour de première constatation médicale le 28 février 2012 et que Mme X... avait par ailleurs déjà été victime le 19 décembre 2011 d'une agression physique, sans dire en quoi à supposer qu'ils soient constitutifs de manquements, ils avaient empêché la poursuite du contrat de travail, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1232-1, L. 1237-2 et L. 1235-1 du code du travail ;

HUITIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société Jesana à verser à Mme X... la somme de 800 euros à titre de dommages et intérêts pour atteinte à la vie privée, d'AVOIR condamné la société Sicaelle et la société Jesana aux entiers dépens de première instance et d'appel ainsi que de les AVOIR condamné chacune à verser à Mme X... la somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « Sur le contrat de travail conclu avec la Sarl Sicaelle le 28 février 2012

Il résulte des éléments de l'espèce qu'en l'état d'une relation contractuelle en cours entre Mme X... et la société Jesana, un contrat de travail a été conclu entre Mme X... et la Sarl Sicaelle le 28 février 2012, le lendemain d'une tentative de vol à main armée survenue dans l'établissement où travaillait la salariée au service de la société Jesana alors que celle-ci était en arrêt de travail pour accident du travail en vertu d'un certificat médical établi le même jour en raison d'un état dépressif.

La salariée affirme, sans être formellement démentie sur ce point, qu'elle a signé ce contrat de travail à 22h dans le bureau de l'employeur, au sein de l'établissement de restauration où elle venait de travailler le matin et le soir, dans un état émotionnel

fortement fragilisé par l'incident survenu la veille ainsi qu'en atteste la salariée Abdou Y... en ces termes : '(...) Je crois que je me souviendrai toujours du moment où je suis arrivée au magasin et que tu pleurais tellement qu'il a fallu que tu t'isoles avant de pouvoir reprendre le service... tellement il t'avait mis la pression pour que tu signes tes papiers de mutation ! !'

C'est en vain que l'employeur dénie toute valeur probante à ce témoignage en soutenant que Mme Nafissa Abdou Y... ne travaillait pas le 28 février 2012 et ne pouvait donc décrire l'état moral de Mme X... à cette date alors que le planning qu'il produit pour la semaine du 27 février au 4 mars 2012 (pièce 56) suffit à établir que cette salariée travaillait de façon effective de 18h à 21h.

Il résulte des circonstances ci-dessus décrites que le contrat de travail a été signé dans un contexte marqué d'une part, par la fragilisation de cette jeune salariée de 23 ans qui avait assisté la veille à une tentative de vol à main armée, événement qui a aggravé un état dépressif préexistant consécutif à une agression dont elle avait été victime le 19 décembre 2011 et dont atteste la prescription d'antidépresseurs le 24 février 2012, éléments qui ne sauraient être remis en cause par des informations extraites du compte facebook de Mme X... auquel l'employeur n'avait pas d'accès autorisé, d'autre part, par une situation de contrainte exercée par l'employeur qui a soumis ce contrat à la signature de la salariée à 22h dans son bureau, après une journée de travail alors que la salariée était moralement éprouvée.

La cour considère en l'état de ces circonstances qu'il est justifié d'un contexte de violence morale viciant le consentement de la salariée et justifiant que soit déclaré nul le contrat de travail signé le 28 février 2012.

Il sera alloué à la salariée la somme de 1 500 € à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice résultant de la nullité de son contrat de travail.

(...)

Sur la violation de la vie privée

Le procès-verbal de constat d'huissier établi le 28 mars 2012 à la demande de la société Jesana rapporte des informations extraites du compte facebook de Mme X... (pièces n° 21) obtenues à partir du téléphone portable d'un autre salarié de la société Jesana. Ces informations étaient réservées aux personnes autorisées et l'employeur ne pouvait y accéder sans porter une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de la salariée.

En conséquence le procès-verbal de constat d'huissier sera écarté des débats et une somme de 800 euros sera allouée à la salariée en réparation du préjudice résultant de l'atteinte à sa vie privée » ;

ALORS QUE les informations recueillies par l'employeur au moyen d'un téléphone mis à la disposition d'un salarié pour les besoins de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel, en sorte qu'elles constituent un mode de preuve licite, sauf si elles sont identifiées comme étant personnelles ou portent atteinte de manière disproportionnée à la vie privée du salarié ; qu'en l'espèce, il était constant que les informations que l'employeur produisait aux débats avaient été recueillies au moyen du téléphone portable professionnel d'un autre salarié (arrêt p. 8 § 1), ce dont il résultait

qu'elles étaient présumées professionnelles ; qu'en jugeant, pour les écarter des débats, que l'employeur n'était pas autorisé à y accéder, sans constater qu'elles avaient été identifiées comme personnelles ni faire apparaître en quoi le fait par l'employeur d'y accéder aurait porté une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de la salariée au regard du droit de l'employeur d'assurer sa défense dans le cadre de la procédure prud'homale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 9 et 1315 du code civil, ensemble l'article 9 du code de procédure civile et l'article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

Décision attaquée : Cour d'appel d'Aix-en-Provence , du 28 avril 2016