

SOC.

FB

COUR DE CASSATION

Audience publique du 19 décembre 2018

Cassation partielle

Mme X..., conseiller doyen
faisant fonction de président

Arrêt n° 1812 F-D

Pourvoi n° N 16-20.522

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

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

Statuant sur le pourvoi formé par Mme Joséphine Y..., domiciliée [...],

contre l'arrêt rendu le 13 mai 2016 par la cour d'appel de Lyon (chambre sociale B), dans le litige l'opposant à M. Jean-Philippe Z..., domicilié [...], pris en qualité de mandataire liquidateur de la société Peyrefitte tourisme,

défendeur à la cassation ;

EN PRESENCE :

- du syndicat Sud commerce et services Rhône-Alpes, dont le siège est [...],

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

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 14 novembre 2018, où étaient présents : Mme X..., conseiller doyen faisant fonction de président, M. A..., conseiller rapporteur, Mme Monge, conseiller, Mme B..., avocat général, Mme Piquot, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. A..., conseiller, les observations de la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de Mme Y..., et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme Y..., engagée à compter du 1er octobre 2006 par la société Peyrefitte tourisme, a pris acte de la rupture de son contrat de travail à effet au 25 novembre 2013 puis a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes relatives tant à l'exécution qu'à la rupture du contrat de travail ;

Sur le premier moyen :

Vu l'article 1184 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, et l'article L. 1231-1 du code du travail ;

Attendu que pour débouter la salariée de ses demandes relatives à la rupture du contrat de travail, l'arrêt retient qu'elle invoque à l'encontre de l'employeur divers manquements commis « durant toutes ces années » en ce qu'il a refusé de lui établir un contrat de travail écrit, qu'il ne l'a pas indemnisée au titre de ses congés payés, qu'il ne lui a pas permis de bénéficier des visites médicales auxquelles elle avait droit, qu'il lui a fourni du travail sur un temps très variable d'un mois sur l'autre et qu'il ne lui a pas attribué les tickets restaurant prévus pour les autres salariés, qu'à l'examen des pièces du dossier il apparaît que la salariée a exprimé l'ensemble de ces manquements pour la première fois par courrier du 3 septembre 2013 alors qu'elle se trouvait au service de l'employeur depuis le 1er octobre 2006, que force est de constater que l'intégralité des manquements invoqués par la salariée à l'appui de sa prise d'acte durent depuis plusieurs années et n'ont aucunement empêché la poursuite du contrat de travail, qu'en conséquence il y a lieu de dire que les manquements invoqués ne justifient pas la prise d'acte qui ne peut donc pas produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais seulement les effets d'une démission ;

Qu'en se déterminant ainsi, en se référant uniquement à l'ancienneté des manquements imputés par la salariée à l'employeur, alors qu'il lui appartenait d'apprécier la réalité et la gravité de ces manquements et de dire s'ils étaient de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Et attendu que, conformément à l'article 624 du code de procédure civile, la cassation à intervenir sur le premier moyen, du chef de la qualification de la rupture du contrat de travail, entraîne, par voie de conséquence, la cassation du chef de l'arrêt condamnant la salariée au paiement d'une indemnité pour non-respect du préavis, critiqué par le cinquième moyen ;

Sur le deuxième moyen :

Vu l'article L. 1471-1 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 ;

Attendu que pour « débouter » la salariée de son action en requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat à temps plein, l'arrêt retient qu'il résulte des dispositions de l'article L. 1471-1 du code du travail que cette action se

prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit, que la salariée était informée dès le 1er novembre 2006 qu'elle exerçait des fonctions à temps partiel, que cette date constitue le point de départ du délai de prescription de son action en requalification qui a donc expiré le 1er novembre 2008 ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'action en requalification du contrat de travail en contrat à temps complet est une action en paiement du salaire soumise au délai de prescription prévu par l'article L. 3245-1 du code du travail, la cour d'appel a violé, par fausse application, le texte susvisé ;

Sur le troisième moyen :

Vu l'article 4 du code civil ;

Attendu que le juge ne peut refuser de statuer, en se fondant sur l'insuffisance des preuves qui lui sont fournies par les parties ;

Attendu que pour rejeter la demande en paiement d'une indemnité compensatrice de congés payés, l'arrêt retient que la salariée sollicite le paiement d'une indemnité compensatrice de congés payés en faisant valoir que depuis son embauche le 1er octobre 2006, son employeur ne lui a attribué aucun jour de congés payés et qu'elle n'a perçu aucune somme en compensation, que sa réclamation s'établit à la somme de 8 125 euros qu'elle calcule sur la base de 5 mois de salaire d'un montant de 1 625 euros, qu'aucune pièce du dossier, à défaut de contrat de travail, n'établit que les parties ont convenu d'inclure l'indemnité de congés payés dans le taux horaire de la salariée alors même que ce taux est supérieur au taux minimum conventionnel, que le droit à paiement d'une indemnité de congés payés n'est donc pas contestable, que cependant, la cour constate que la salariée n'explique aucunement les modalités de son calcul, qu'il doit être relevé au surplus que la somme de 1 625 euros apparaît correspondre au montant mensuel d'un salaire pour un travail à temps complet alors qu'il résulte de l'irrecevabilité de sa demande de requalification du contrat de travail ci-dessus que la salariée a travaillé à temps partiel, que le mode de calcul retenu par la salariée n'étant pas justifié, elle ne démontre pas le bien fondé de sa demande en paiement d'une indemnité de congés payés ;

Qu'en statuant ainsi, en refusant d'évaluer le montant d'une créance dont elle constatait l'existence en son principe, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur le quatrième moyen :

Vu l'article 954 alinéa 5 du code de procédure civile ;

Attendu que la partie qui, sans énoncer de nouveaux moyens, demande la confirmation du jugement est réputée s'en approprier les motifs ;

Attendu que pour débouter la salariée de sa demande indemnitaire, l'arrêt retient qu'elle ne justifie pas que l'employeur aurait exécuté déloyalement le contrat de travail ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la salariée, qui avait conclu à la confirmation du jugement en ce qu'il avait retenu le principe de la responsabilité contractuelle de l'employeur, était réputée s'être approprié les motifs du jugement qui retenaient au nombre des manquements avérés à la charge de l'employeur, une continuelle variation de la durée du travail, au point de faire dépasser la durée légale du travail certains mois et de ne fournir aucun travail d'autres mois tout en contraignant la salariée à demeurer constamment à sa disposition, ainsi qu'une privation complète de droit à congés payés, la cour d'appel, qui n'a pas réfuté ces moyens, a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il condamne la société Peyrefitte tourisme à payer à Mme Y... une somme de 2 000 euros à titre de dommages-intérêts pour non-attribution de tickets restaurant et une somme de 300 euros à titre de dommages-intérêts pour absence de visites médicales, l'arrêt rendu le 13 mai 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon ; remet, en conséquence, sur les autres points restant en litige, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Lyon, autrement composée ;

Condamne M. Z..., ès qualités, aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, le condamne à payer la somme de 3 000 euros à Mme Y... ;

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

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat aux Conseils, pour Mme Y...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir dit que les manquements de l'employeur invoqués par la salariée ne justifient pas sa prise d'acte de rupture, qui ne peut donc pas produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais seulement les effets d'une démission et en conséquence d'avoir débouté Madame Y... de ses demandes en paiement de diverses sommes à titre d'indemnité légale de licenciement, d'indemnité compensatrice de préavis et de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de l'avoir condamnée au paiement de la somme de 1.756,76 € à titre d'indemnité pour non-respect du préavis de démission ;

Aux motifs qu'il résulte de la combinaison des articles L 1231-1, L 1237-2 et L 1235-1 du Code du travail que la prise d'acte permet au salarié de rompre le contrat de travail en cas de manquement suffisamment grave de l'employeur empêchant la poursuite du contrat de travail ; qu'il incombe au salarié d'établir la réalité des faits invoqués à l'encontre de l'employeur ; qu'il appartient au juge d'analyser tous les manquements invoqués par le salarié, y compris ceux qui ne figurent pas dans l'écrit de prise d'acte lequel ne fixe pas les limites du litige ; que des manquements anciens de l'employeur ne sauraient justifier une prise d'acte dès lors qu'ils n'ont pas empêché la poursuite du contrat de travail ; que si les faits justifient la prise d'acte par le salarié, la rupture du contrat de travail produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ; que dans le cas contraire, la prise d'acte produit les effets d'une démission ; qu'en l'espèce, Joséphine Y... invoque à l'encontre de la société PEYREFITTE TOURISME à l'appui de sa prise d'acte divers manquements commis "durant toutes ces années" par son employeur en ce qu'il a refusé de lui établir un contrat de travail écrit, qu'il ne l'a pas indemnisée au titre de ses congés payés, qu'il ne lui a pas permis de bénéficier des visites médicales auxquelles elle avait droit, qu'il lui a fourni du travail sur un temps très variable d'un mois sur l'autre et qu'il ne lui a pas attribué les tickets restaurant prévus pour les autres salariés ; que la cour relève à l'examen des pièces du dossier que Joséphine Y... a exprimé l'ensemble de ces manquements pour la première fois par courrier du 3 septembre 2013 alors qu'elle se trouvait au service de la société PEYREFITTE TOURISME depuis le 1er octobre 2006 ; que force est de constater que l'intégralité des manquements invoqués par Joséphine Y... à l'appui de sa prise d'acte furent depuis plusieurs années et n'ont aucunement empêché la poursuite du contrat de travail ; qu'en conséquence, il y a lieu de dire que les manquements invoqués ne justifient pas la prise d'acte de Joséphine Y..., qui ne peut donc pas produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais seulement les effets d'une démission ; que le jugement déféré sera infirmé en ce qu'il a jugé que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse et en ce qu'il a alloué des sommes à Joséphine Y... au titre de l'indemnité légale de licenciement, de l'indemnité compensatrice de préavis et des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ; qu'il convient de débouter Joséphine Y... de l'ensemble de ses demandes au titre de la rupture du contrat de travail ;

Alors que, d'une part, tant qu'il est en vigueur, le salarié ne peut renoncer au bénéfice des dispositions d'ordre public applicables à la conclusion et à l'exécution du contrat de travail ; que l'arrêt attaqué constate que par lettre du 3 septembre 2013 la salariée, reprochant à l'employeur un refus de lui établir un contrat de travail écrit, de l'indemniser au titre de ses congés payés, de lui faire bénéficier des visites médicales auxquelles elle avait droit, de lui attribuer des tickets restaurant prévus pour les autres salariés, et sa décision de lui fournir du travail sur un temps très variable d'un mois sur l'autre, lui a demandé le règlement d'un rappel de congés payés et l'établissement d'un contrat de travail écrit stipulant sa qualification, les éléments de sa rémunération et la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail prévue ; qu'en décidant que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur à compter du 25 novembre 2013 produit les effets d'une démission parce que les manquements invoqués durent depuis plusieurs années et n'ont aucunement empêché la poursuite du contrat de travail, la Cour d'appel a violé les articles 2251-1 et 2254-1 du Code du travail ;

Alors que, d'autre part, la poursuite par l'employeur de manquements fautifs autorise le salarié à se prévaloir de faits similaires, y compris ceux qui sont anciens ; qu'en décidant, après avoir constaté d'une part, que la salariée reprochant divers manquements à son employeur, avait sollicité, par lettre du 3 septembre 2013, un rappel de congés payés et l'établissement d'un contrat de travail stipulant sa qualification, les éléments de sa rémunération, la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail prévue, et, d'autre part, le bien-fondé des griefs d'absence de paiement d'indemnité de congés payés et de remise des tickets restaurants, que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur à compter du 25 novembre 2013 produit les effets d'une démission parce que l'intégralité des manquements invoqués durent depuis plusieurs années et n'ont aucunement empêché la poursuite du contrat de travail, la Cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 1184 et 1134 du Code civil devenus les articles 1226, 1103 et 1104 du même Code, ensemble les articles L. 1221-1 et L. 1222-1 du Code du travail.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Madame Y... de sa demande en paiement d'une certaine somme à titre de rappel de salaire ;

Aux motifs que le contrat de travail à temps partiel est en vertu de l'article L 3123-14 du code du travail un contrat écrit qui mentionne notamment la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue ; qu'à défaut, l'emploi est présumé à temps complet ; qu'il résulte de dispositions de l'article L 1471-1 du même code applicables à l'espèce que l'action en requalification d'un contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit ; qu'en l'espèce, Joséphine Y... sollicite pour la première fois en cause d'appel la requalification de son contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet en faisant valoir que le contrat de travail n'est pas écrit et qu'il résulte de ses bulletins de salaires que le nombre de ses heures mensuelles variaient entre 0 et 170 selon les besoins de l'employeur, la salariée ayant notamment dépassé la durée légale du travail à deux reprises en travaillant 154 heures au mois de janvier 2012 et 170 heures au mois de février 2012 ; qu'elle sollicite en conséquence un rappel de salaires de novembre 2011 à novembre 2013 et produit à l'appui de cette demande un tableau retraçant la différence due pour chaque mois ; que sur la fin de non-recevoir tirée de la prescription soulevée par la société PEYREFITTE TOURISME, la cour relève à l'analyse des pièces du dossier que dès le 1er octobre 2006 et jusqu'à sa prise d'acte, Joséphine Y... a occupé son emploi au sein de la société PEYREFITTE TOURISME en vertu d'un contrat à durée indéterminée verbal ; que ce contrat de travail était à temps partiel puisque chaque mois, Joséphine Y... effectuait un nombre d'heures inférieur à la durée légale du travail, laquelle s'établit à 151.66 heures par mois pour rappel, hormis le mois de janvier 2012 et le mois de février 2012 au cours desquels elle a travaillé respectivement 154 heures et 170 heures ; qu'il apparaît que la réalité de ce temps partiel exécuté en l'absence de contrat de travail écrit a été établie dès l'édition de la fiche de paie du mois d'octobre 2006 puisque ce document, qui couvre la période du 1er au 31 octobre 2006, mentionne neuf heures effectuées et payées ; que la salariée était donc informée de ce qu'elle exerçait ses fonctions à temps partiel dès le 1er novembre 2006, cette date constituant le point de départ du délai de prescription de son action en requalification de son contrat de travail qui a donc expiré le 1er novembre 2008 ; que la demande de requalification d'un contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet ayant été présentée pour la première fois par Joséphine Y... le 18 mars 2016 à l'audience d'appel, cette demande est prescrite ; qu'il y a donc lieu de faire droit à la fin de non-recevoir

soulevée par la société PEYREFITTE TOURISME ; que Joséphine Y... sera donc déclarée irrecevable en sa demande de requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet ; que Joséphine Y... se trouve dès lors mal fondée en sa demande en paiement au titre d'un rappel de salaires dont elle sera en conséquence déboutée ;

Alors que, d'une part, il résulte l'article 21 de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi que les dispositions de l'article L 1471-1 du Code du travail s'appliquent aux prescriptions en cours à compter de la date de promulgation de la loi, sans que la durée totale de la prescription puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure ; qu'en se fondant sur cette disposition pour décider que le délai de prescription de deux ans qu'elle instaure a expiré le 1er novembre 2008, la Cour d'appel a violé l'article 21 précité de la loi du 14 juin 2013 ;

Alors que, d'autre part, dans ses conclusions d'appel, Madame Y... a soutenu que lorsque le recours à des heures complémentaires a pour effet de porter la durée du travail d'un salarié à temps partiel au niveau de la durée légale ou conventionnelle, le contrat de travail à temps partiel doit, à compter de la première irrégularité, être requalifié en contrat de travail à temps plein ; qu'en déclarant la demande de requalification prescrite à partir du 1er novembre 2008 sans rechercher si, postérieurement à cette date, la salariée n'a pas accompli des heures complémentaires ayant eu pour effet de porter la durée de son travail au niveau de la durée légale de sorte qu'elle était fondée à solliciter à ce titre une requalification de son contrat de travail en contrat de travail à temps plein, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1471-1 du Code du travail, ensemble l'article L. 3123-17 du même Code.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir débouté la salariée de sa demande en paiement de la somme de 8.125 € à titre d'indemnité compensatrice de congés payés ;

Aux motifs qu'aux termes de l'article L 3141-3 du code du travail, le salarié qui justifie avoir travaillé chez le même employeur pendant un temps équivalent à un minimum de dix jours de travail effectif a droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail, la durée totale du congé exigible ne pouvant excéder trente jours ouvrables ; que selon l'article L 3141-22 du même code, ce congé annuel ouvre droit à une indemnité égale au dixième de la rémunération brute totale perçue par le salarié au cours de la période de référence ; que le versement d'une rémunération forfaitaire incluant l'indemnité de congés payés est admis s'il a été prévu dans le contrat de travail, une telle clause permettant ainsi au salarié d'être informé de ses droits ; qu'en l'espèce, Joséphine Y... sollicite le paiement d'une indemnité compensatrice de congés payés en faisant valoir que depuis son embauche le 1er octobre 2006, son employeur ne lui a attribué aucun jour de congés payés et qu'elle n'a perçu aucune somme en compensation; que sa réclamation s'établit à la somme de 8.125 euros qu'elle calcule sur la base de 5 mois de salaire d'un montant de 1.625 euros ; qu'aucune pièce du dossier, à défaut de contrat de travail, n'établit que la société PEYREFITTE TOURISME et Joséphine Y... ont convenu d'inclure l'indemnité de congés payés dans le taux horaire de la salariée alors même que ce taux est supérieur au taux minimum conventionnel ; que le droit de Joséphine Y... à paiement d'une indemnité de congés payés n'est donc pas contestable ; que cependant, la cour constate que Joséphine Y... n'explique aucunement les modalités de son calcul ; qu'il doit être relevé au surplus que la somme de 1.625 euros apparaît correspondre au montant mensuel d'un salaire pour un travail à temps complet alors qu'il résulte de l'irrecevabilité de sa demande de requalification du contrat de travail ci-dessus que Joséphine Y... a travaillé à temps partiel ; que le mode de calcul retenu par Joséphine Y... n'étant pas justifié, elle ne démontre pas le bien-fondé de sa demande en paiement d'une indemnité de congés payés ; que le jugement déféré sera donc infirmé en ce qu'il a condamné la société PEYREFITTE TOURISME à payer à Joséphine Y... la somme de 5.914.80 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés, Joséphine Y... devant être déboutée de sa demande de ce chef ;

Alors que les juges du fond ne peuvent refuser d'évaluer un préjudice dont ils constatent l'existence dans son principe au prétexte de l'absence d'éléments permettant son évaluation ; qu'en refusant d'évaluer l'indemnité de congés payés due à la salariée après avoir constaté que son droit à paiement de cette indemnité n'est pas contestable, la Cour d'appel a violé l'article 4 du Code civil.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir débouté Madame Y... de sa demande en paiement de la somme de 10.000 € à titre d'indemnité pour exécution déloyale du contrat de travail ;

Aux motifs que tout contrat de travail comporte une obligation de loyauté qui impose à l'employeur d'exécuter le contrat de bonne foi ; que l'article L 1231-4 du code du travail interdit à l'employeur et au salarié de renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles relatives au licenciement ; qu'il s'ensuit que la signature d'un contrat à durée déterminée est sans effet lorsqu'un contrat à durée indéterminée est toujours en cours d'exécution ; qu'en l'espèce, Joséphine Y... conclut à son indemnisation pour exécution déloyale du contrat de travail en reprochant à l'employeur de ne pas avoir assuré une fourniture de travail conforme au contrat de travail à temps complet qui liait les parties, d'avoir établi trois contrats à durée déterminée non conformes aux prescriptions légales et d'avoir modifié le contrat de travail de Joséphine Y... sans son accord en l'affectant à des tâches de permanences, de secrétariat, de fermeture et ouverture des locaux, et d'accueil ; mais qu'il résulte de ce qui précède que Joséphine Y... n'a pas été liée à la Société PEYREFITTE TOURISME par un contrat de travail à temps complet ; qu'en outre, les contrats à durée déterminée souscrits à trois reprises alors que Joséphine Y... était déjà embauchée en vertu d'un contrat à durée indéterminée verbal à temps partiel sont sans effet ; qu'enfin, les quatre attestations produites aux débats par Joséphine Y... établissent que la salariée était affectée à des tâches étrangères à son emploi de surveillante mais ne permettent pas de dire que Joséphine Y... n'aurait pas donné son accord pour les effectuer ; que Joséphine Y... ne justifie donc pas que la société PEYREFITTE TOURISME aurait exécuté déloyalement le contrat de travail ; que le jugement déféré sera infirmé en ce qu'il a condamné la société PEYREFITTE TOURISME à payer des dommages et intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail confondus avec ceux alloués au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ; que Joséphine Y... sera déboutée de sa demande à titre de dommages et intérêts au titre de l'exécution déloyale du contrat de travail ;

Alors que, d'une part, en retenant, après avoir déclaré sans effet plusieurs contrats à durée déterminée conclus en cours d'exécution du contrat à durée indéterminée liant les deux parties afin de priver par avance la salariée du droit de se prévaloir des règles relatives au licenciement, que cette dernière ne justifie pas que la Société Peyrefitte Tourisme a exécuté déloyalement le contrat de travail, la Cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 1134, alinéa 3 du Code civil devenu l'article 1104 du même Code, ensemble l'article L. 1222-1 du Code du travail ;

Alors que, d'autre part, dans ses conclusions, Madame Y... avait demandé la confirmation du jugement en ce qu'il a retenu qu'elle travaillait de façon discontinue, qu'au vu de ses bulletins de salaire, qu'elle était du fait du manque de planning, dans l'impossibilité de prévoir ses interventions, qu'elle était à la disposition permanente de son employeur, qui lui faisait effectuer parfois un plein temps avec même des heures supplémentaires, que l'employeur ne lui a pas fourni de travail, ni de salaire à de nombreuses reprises et pendant plusieurs mois, que les congés payés n'ont jamais été indemnisés et ne sont pas évoqués ni dans le contrat de travail (inexistant), ni sur les bulletins de salaire qui devraient mentionner les dates des congés et le montant de l'indemnité correspondante, que ce comportement doit être qualifié d'exécution déloyale du contrat de travail ; qu'en retenant que Madame Y... ne justifie pas que la Société Peyrefitte Tourisme a exécuté déloyalement le contrat de travail, sans s'expliquer aucunement sur ces motifs du jugement infirmé, la Cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences des articles 455 et 954, alinéa 5 du Code de procédure civile.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir condamné Madame Joséphine Y... à payer à la Société Peyrefitte Tourisme la somme de 1.756,76 € à titre d'indemnité pour non-respect du préavis de démission ;

Aux motifs qu'en vertu de l'article 9 de la convention collective des organismes de formation, la durée du préavis est de deux mois en cas de démission ; qu'en l'espèce, il n'est pas contesté que Joséphine Y... n'est pas revenue à son poste de travail après qu'elle a notifié la prise d'acte de la rupture du contrat de travail à son employeur ; qu'il résulte de ce qui précède que cette prise d'acte produit les effets d'une démission ; que Joséphine Y... se trouve donc redevable envers la société PEYREFITTE TOURISME d'une indemnité pour non-respect du préavis de démission d'une durée de deux mois ; que le montant de cette indemnité doit être calculé sur la base du salaire mensuel que la salariée aurait perçu si elle avait travaillé pendant la durée du préavis ; qu'en l'état de la variation du montant des salaires perçus, il convient de retenir la moyenne des salaires des douze derniers mois tels qu'ils figurent sur les bulletins de paie, soit la somme de

878,38 euros ; que l'indemnité s'établit donc à la somme de 1 756.76 euros (878,38 euros x 2 mois) ; que le jugement déféré sera infirmé en ce qu'il a débouté la société PEYREFITTE TOURISME de sa demande en paiement de la somme de 1.756,76 euros ; que Joséphine Y... sera condamnée à payer à la société PEYREFITTE TOURISME la somme de 1.756,76 euros au titre de l'indemnité pour non-respect du préavis de démission ;

Alors que la cassation à intervenir sur le premier moyen de cassation entraînera, par voie de conséquence, la cassation de ce chef de motifs ;