

SOC.

CM

COUR DE CASSATION

Audience publique du 16 décembre 2020

Cassation partielle

Mme LEPRIEUR, conseiller doyen
faisant fonction de président

Arrêt n° 1203 F-P+B+I

Pourvoi n° X 18-23.966

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, DU 16 DÉCEMBRE 2020

M. W... Y..., domicilié [...], a formé le pourvoi n° X 18-23.966 contre l'arrêt rendu le 31 août 2018 par la cour d'appel de Rennes (8e chambre prud homale), dans le litige l'opposant à la société Altercafé, société à responsabilité limitée, dont le siège est 13 rue Desaix, 44000 Nantes, défenderesse à la cassation.

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, les six moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M. Pietton, conseiller, les observations de la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de M. Y..., de la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat de la société Altercafé, et après débats en l'audience publique du 3 novembre 2020 où étaient présents Mme Leprieur, conseiller doyen faisant fonction de président, M. Pietton, conseiller rapporteur, M. Le Corre, conseiller référendaire ayant voix délibérative, et Mme Pontonnier, greffier de chambre,

la chambre sociale de la Cour de cassation, composée, en application de l'article L. 431-3, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt ;

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Rennes, 31 août 2018), M. Y... a été engagé à compter du 1er janvier 2010 par la société Altercafé en qualité de serveur, puis de responsable de bar.
2. Le 26 septembre 2016, le salarié a été licencié pour faute grave.

Examen des moyens

Sur les premier et troisième à sixième moyens, ci-après annexés

3. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Mais sur le deuxième moyen

Énoncé du moyen

4. Le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour rupture du contrat de travail dans des conditions vexatoires, alors « que, même lorsqu'il est prononcé en raison d'une faute grave du salarié, le licenciement peut causer au salarié en raison des circonstances vexatoires qui l'ont accompagné un préjudice dont il est fondé à demander réparation ; qu'en l'espèce, après avoir considéré que les faits qu'elle a examinés constituaient un manquement flagrant à ses obligations contractuelles, notamment de loyauté, et que leur gravité justifiait la rupture immédiate du contrat de travail et décidé que M. Y... devait être débouté de ses demandes, la cour d'appel en a également conclu que le salarié devait être débouté de la demande de dommages-intérêts pour rupture du contrat dans des conditions vexatoires ; qu'en statuant ainsi, sans vérifier si, comme il était soutenu par le salarié, le licenciement n'avait pas été entouré de circonstances vexatoires tenant au fait pour l'employeur de s'être répandu en public sur les motifs du licenciement du salarié, en prétendant qu'il prenait de la drogue et qu'il était un voleur, de nature à lui causer un préjudice distinct de celui résultant de la perte de son emploi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction alors applicable. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 :

5. Même lorsqu'il est justifié par une faute grave du salarié, le licenciement peut causer à celui-ci, en raison des circonstances vexatoires qui l'ont accompagné, un préjudice dont il est fondé à demander réparation.
6. Après avoir dit le licenciement fondé sur une faute grave du salarié, la cour d'appel a rejeté la demande en paiement de dommages-intérêts pour licenciement vexatoire en réparation du préjudice moral causé par les circonstances de la rupture.
7. En se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si le licenciement n'avait pas été entouré de circonstances vexatoires, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il rejette la demande en paiement de dommages-intérêts pour licenciement vexatoire, l'arrêt rendu le 31 août 2018, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ;

Remet, sur ce point, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Rennes, autrement composée ;

Condamne la société Altercafé aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Altercafé et la condamne à payer à M. Y... la somme de 3 000 euros ;

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 cassé ;

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

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

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que le licenciement de M. Y... pour faute grave était fondé et de l'AVOIR débouté de ses demandes au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et condamné à payer à la société ALTERCAFÉ une somme en application de l'article 700 du code de procédure civile

AUX MOTIFS QUE, aux termes de l'arrêt attaqué,

«Sur le bien fondé du licenciement pour faute grave

Le licenciement de M. Y... pour faute grave est motivé par deux séries de faits, d'une part, avoir prélevé pour son compte personnel des espèces, des marchandises et des matériels de la société, d'autre part, avoir consommé régulièrement des stupéfiants sur le lieu de travail, faits constituant selon l'employeur un manquement à l'obligation de loyauté qu'il était en droit d'attendre d'un responsable, de surcroît associé.

Il convient d'examiner si les faits sont avérés, dans l'affirmative, s'ils étaient d'une gravité telle que le maintien du salarié dans l'entreprise était impossible, la charge de la preuve incombant à l'employeur.

Sur la réalité des faits

Sur les prélèvements en espèces

En premier lieu, il est indiqué dans la lettre de licenciement que M. Y... a été vu sur la vidéo-surveillance en train de prélever des billets, des pièces et des tickets-restaurant dans la caisse enregistreuse le 24 juillet 2016 avec la description du mode opératoire : ceux-ci étaient déposés dans la pannière posée sur son plateau et recouverte par le linge servant à nettoyer les tables, puis complétés par les sommes remises par les clients au cours du service, rien n'étant remis dans la caisse à la fin du service.

Aucune photographie n'a été extraite de la vidéo-surveillance mais les faits sont reconnus. Mme B..., étudiante, précise les avoir signalés à l'employeur fin août et les relate de manière détaillée dans son attestation.

Il résulte également du dossier de l'employeur que :

- Mme B... précise que M. Y... lui demandait régulièrement de ne pas taper les shooters, qu'il annonçait les commandes à voix haute au lieu de poser les tickets de caisse comme les autres serveurs, qu'il lui avait demandé d'ouvrir une bouteille de cachaça au motif que l'automatique ne fonctionnait pas et que la machine à bière était toujours en manuel ;

- Mme C..., barmaid, indique que M. Y... demandait souvent de ne pas taper les consommations, qu'elle l'avait vu plusieurs fois aller dans la réserve derrière le bar avec des tickets-restaurants ou des billets, précisant "souvent la caisse était vide malgré le monde", qu'il lui arrivait régulièrement de prendre une grosse liasse de billets et de partir en disant qu'il allait faire de la monnaie et de revenir avec presque rien ou de ne pas revenir ;

- M. N..., magasinier, déclare : "Nous avons la consigne, une à deux personnes par staff, de ne pas enregistrer sur la caisse certaines consommations comme la bière (le système pouvait basculer en mode manuel et donc plus obligés de valider la commande via la caisse pour pouvoir servir le client) et donc nous notions sur un papier le nombre servi, idem pour certains plats cuisinés à proposer comme les croque-monsieur, non vérifiables entre le stock fait et le stock vendu. Ledit papier était donc chiffré en fonction des consos non tapées et la somme était certainement défalquée de la caisse en liquide sinon M. Q... aurait certainement retrouvé le lendemain matin un excédent non négligeable. La justification était qu'il fallait faire du black pour payer les personnes employées ponctuellement pour pallier à une recrudescence d'activités sur des gros week-ends de beau temps et aussi de grosses soirées" ; il poursuit en indiquant qu'il avait été embauché pour remplacer M. Y... pendant ses congés de l'été 2013 et que ce dernier lui avait téléphoné pour lui demander s'il avait bien fait les 100 €/200 € de black par jour "afin qu'il passe récupérer les 2000 à 2500 € à son retour" ; il conclut en disant qu'il avait arrêté de travailler à l'Altercafé car il y avait trop de malhonnêteté du duo Y... M... ;

- d'après les attestations de l'expert-comptable de la société, le taux moyen des espèces sur le chiffre d'affaires était de 10 % entre janvier et juillet 2016, de 26 % entre août et décembre 2016 et de 25 % de janvier à juin 2017, la marge sur ventes était de, respectivement, 69 %, 75 % et 77 % pour chacune de ces trois périodes ; quant au chiffre d'affaires, il est passé de 306 558 € de janvier à juin 2016 à 425 520 € pour la même période de 2017.

Ces faits ne sont pas cités dans la lettre de licenciement mais, étant de même nature que ceux qui y sont visés, l'employeur est en droit de les invoquer devant le juge prud'homal au soutien des griefs énoncés dans la lettre de licenciement.

Les moyens de défense de l'appelant ne portant pas sur la réalité des faits, ils seront examinés plus loin.

En second lieu, il est reproché au salarié de s'être approprié les pourboires du personnel à deux reprises et de ne les avoir restitués que sur injonction de l'employeur.

L'intimée produit l'attestation de U... B... qui indique qu'il avait été décidé en juillet 2016 de mettre en place un système de pourboires communs et de les mettre dans un pot transparent derrière le bar, que début août, lorsqu'elle est repassée pour récupérer sa part, on lui a dit que W... Y... les avait pris pour les emmener chez lui alors qu'il partait en vacances pendant trois semaines, que tous les employés étaient censés avoir leurs pourboires fin juillet.

M. Y... fait valoir que les faits ne sont pas datés et sont imprécis mais ils sont matériellement vérifiables. En revanche, un seul fait d'appropriation des pourboires est établi.

Il conteste toute volonté d'appropriation et soutient qu'il s'était contenté de mettre de côté le pot commun pour éviter que des salariés se servent et ce, avec l'accord des autres salariés. Il produit les attestations de M. K... et M. I... qui confirment qu'il lui avait été demandé de mettre les pourboires de côté avant de les redistribuer pour mettre fin aux ponctions de certains. Cependant, ces derniers n'attestent pas qu'il avait été convenu que M. Y... emmènerait le pot commun à son domicile pendant ses vacances. Ce dernier n'explique pas la raison pour laquelle il a agi ainsi alors qu'il pouvait partager son contenu fin juillet. Ses dénégations ne sont pas crédibles.

Sur les "prélèvements" de marchandises

Deux séries de faits sont mentionnés dans la lettre de licenciement :

- en juillet 2016, la disparition de nombreuses bouteilles de whisky A... T... du stock non vendues ainsi que le fait d'avoir envoyé des serveurs emprunter des bouteilles de cet alcool dans les bars voisins en journée alors que les ventes se font uniquement en soirée et que les dépannages doivent rester exceptionnels ; le fait d'avoir été vu quitter l'établissement avec des marchandises de la société dont du A... T...,

- la commande de caisses de Club maté livrées à son domicile, payées en espèces, les factures n'ayant jamais été présentées en comptabilité.

Sur le premier point, O... C... écrit dans l'attestation pré-citée : "Quand il allait faire les courses pour le bar, on devait l'aider à décharger sauf quelques produits normalement vendus au bar mais qu'il gardait pour lui. Avant qu'il parte en vacances à Paris, il m'avait demandé d'emprunter des bouteilles de A... fine dans d'autres bars qu'il a pris pour lui et ses

amis. J'ai assisté aussi au fait qu'il prenait des bocaux bios qu'il mettait dans un sac bleu Métro qu'il ramenait la semaine d'après lavés".

L'appelant répond que l'employeur était au courant des emprunts de bouteilles aux autres bars car il existait des cahiers sur lesquels ils étaient consignés mais, d'après le compte-rendu d'entretien préalable établi par le conseiller qui l'assistait, il avait indiqué à l'employeur qui disait ignorer leur existence qu'ils se trouvaient dans ses effets personnels, ce qui laisse supposer qu'il s'agissait de sa propre initiative. En outre, le grief porte sur des emprunts qui ne pouvaient pas être justifiés par les nécessités du service car faits en journée alors que le whisky est servi en soirée.

Sur le second point, l'intimée verse aux débats deux factures de mars et novembre 2014 portant chacune sur une caisse de 20 bouteilles de 33 cl et libellés à "Altercafé, [...]" qui est l'adresse personnelle de M. Y....

M. Y... soutient qu'il stockait cette boisson énergisante pour sa consommation personnelle sur le lieu de travail et qu'il en avait informé l'employeur. Il produit des photocopies de captures d'écran censées en justifier. Toutefois, l'intimée invoque à juste titre l'irrecevabilité d'un tel mode de preuve en raison d'une possible manipulation de l'appareil. Surtout, il ne répond pas au grief qui porte sur la livraison à son domicile, un an plus tôt, de deux caisses de club maté commandées par la société et payées 710 € en espèces, époque à laquelle la boisson était vendue au sein de l'établissement.

Ces faits sont également établis.

Sur les "prélèvements" de matériels

L'intimée reproche à l'appelant de s'être approprié une partie des transats qui lui ont été livrés par la société Corona pour les clients, quatre ayant été restitués et trois conservés, ainsi qu'un sac isotherme.

Elle communique à cet effet une facture datée du 12 juillet 2016 qui lui a été adressée par la société Sodiretz et qui mentionne quatre chaises pliantes et huit transats d'un montant total de 441,31 € mais aucun élément sur le sac isotherme.

M. Y... fait valoir que les faits sont flous, ce qui est démenti par l'existence de la facture et la restitution de quatre transats.

Les faits sont établis en ce qui concerne les transats.

Sur la consommation de drogue

L'employeur reproche, enfin, au salarié d'avoir consommé régulièrement des produits stupéfiants sur son lieu de travail. Il produit deux témoignages, celui de Mme C... ("Une fois, j'ai vu W... monter en réserve, quelques minutes après, je suis montée avec le 2ème trousseau de clés, j'ai ouvert doucement et je l'ai vu se droguer, il m'a dit de n'en parler à personne et que c'était habituel dans le monde de la nuit") et celui de M. N... ("J'ai un passif de consommateur [de cocaïne] et M. Y... le savait car lui-même consommateur régulier. Il se faisait livrer directement sur le lieu de travail une à deux fois par semaine pour une quantité minimum de 10 grammes, voire plus. Une fois la réception faite, nous montions dans le « bureau » afin de goûter le produit et de trouver de quoi faire nos « traces » dans un coin des étagères pour les pailles = on est dans un bar donc pas de souci").

M. Y... dément cette accusation. Il produit une analyse d'urine de janvier 2017 dont les résultats sont négatifs mais cette démarche eût été plus probante si elle avait été effectuée à l'époque où le grief lui a été notifié.

Les faits sont établis.

Sur le sérieux et la gravité des faits

S'agissant des prélèvements en espèces, M. Y... répond qu'il n'a fait qu'appliquer les instructions de M. Q..., le gérant. Il communique en pièces 63 et 64 des photocopies de captures d'écran de son téléphone portable faisant apparaître des messages sms de L... E... lui intimant l'ordre de faire davantage de "black". L'intimée déclare les découvrir et conteste les avoir envoyés en invoquant une manipulation de l'appareil. Il a été vu plus haut que des photocopies de captures d'écran de mobiles ne sont pas un mode de preuve fiable et donc recevable. Ces allégations sont, en outre, contredites par les déclarations de M. N.... En tout état de cause, un éventuel manquement du gérant à ses obligations professionnelles ne serait pas de nature à exonérer M. Y... de ses propres obligations contractuelles.

La preuve de l'emploi dissimulé ne saurait non plus résulter des témoignages de salariés qui ne sont corroborés par aucun autre élément, étant précisé que tous avaient été embauchés sur la proposition de M. Y... (cf l'attestation de M. J..., pièce 18 de l'intimée).

M. Y... prétend que l'employeur était nécessairement au courant de ce qui se passait dans l'établissement en raison d'un système de vidéo-surveillance qu'il aurait visionné quotidiennement. Il verse aux débats de très nombreuses attestations d'anciens salariés qui prétendent que l'employeur les "fliquait" grâce à ce moyen. Force est de constater qu'ils procèdent par affirmation, comme d'ailleurs pour les autres faits imputés à M. Q... (harcèlement, pressions diverses, pratiques illicites) sans qu'aucun ne déclare l'avoir personnellement entendu ou constaté qu'il se livrait aux actes prétendus, plusieurs déclarant en outre qu'il n'était pratiquement jamais dans l'établissement.

La cour observe que l'une des attestations va à l'encontre des intérêts de l'appelant puisque D... X... déclare qu'elle avait préparé chez elle en juin et juillet 2016 des plats qui avaient ensuite vendus à l'Altercafé, qu'elle avait fait des factures et été payée en espèces fin juillet par M. Y... alors que l'intimée indique qu'aucune facture n'a été enregistrée au nom de cette personne.

M. Y... fait plaider justement que l'avertissement du 31 mai 2011 ne pouvait plus être invoqué au motif qu'il avait plus de trois ans, conformément à l'article L. 1332-5 du code du travail. Toutefois, l'employeur vise dans la lettre de licenciement la seconde partie du courrier contenant un rappel des consignes sur trois pages, lesquelles étaient toujours en vigueur, notamment l'obligation d'utiliser exclusivement les doseurs électroniques pour les alcools et de taper toutes les commandes sur les caisses avant de les servir, l'interdiction d'apporter ses propres boissons sur le lieu de travail et de sortir le contenu de la caisse tant pendant le temps du service qu'après la fermeture de l'établissement.

Les attestations de l'expert-comptable démontrent l'ampleur du préjudice de la société intimée sans qu'il y ait lieu d'entrer dans le débat de l'enrichissement personnel de M. Y... pendant la période où il a travaillé au sein de la société Altercafé.

M. Y... était responsable du bar. Les faits qui viennent d'être examinés constituent un manquement flagrant à ses obligations contractuelles, notamment de loyauté. Leur gravité justifiait la rupture immédiate du contrat de travail.

M. Y... est débouté de ses demandes à ce titre ainsi que de la demande de dommages-intérêts pour rupture du contrat dans des conditions vexatoires. » ;

ALORS, en premier lieu, QUE le juge a l'obligation de ne pas dénaturer les documents de la cause ; que, pour considérer, en l'espèce, que les faits qu'elle a examinés et estimés établis constituaient un manquement flagrant à ses obligations contractuelles dont la gravité justifiait la rupture immédiate du contrat de travail, la cour d'appel a notamment relevé que, s'agissant des prélèvements en espèces, M. Y... répondait qu'il n'a fait qu'appliquer les instructions de M. Q..., le gérant, et considéré que les photocopies de captures d'écran du téléphone portable du salarié, faisant apparaître des messages SMS de L... E... lui intimant l'ordre de faire davantage de « black », n'étaient pas un mode de preuve recevable et étaient contredites par les déclarations de M. N... (arrêt, p. 7) ; qu'elle a encore relevé que M. Y... prétendait que l'employeur était nécessairement au courant de ce qui se passait dans l'établissement en raison du visionnage du système de vidéo-surveillance et qu'il versait aux débats de très nombreuses attestations d'anciens salariés au soutien de cette prétention ; qu'elle a cependant considéré que ces témoins procédaient par affirmation, comme d'ailleurs pour les autres faits imputés à M. Q... (harcèlement, pressions diverses, pratiques illicites) sans qu'aucun ne déclare l'avoir personnellement entendu ou constaté qu'il se livrait aux actes prétendus (arrêt, p. 7) ; qu'il s'infère donc de l'arrêt que M. Y... n'aurait pas agi sur instruction de M. Q... et que les auteurs des attestations produites par le salarié n'ont personnellement ni entendu ni constaté les actes de M. Q... ; que cette constatation est incompatible avec les attestations de M. S..., de Mme M... et de M. R..., produites aux débats par M. Y... (dossier d'appel de M. Y..., pièces nos 18, 24 et 39), d'où il ressort expressément que M. Q... leur avait donné pour consigne de faire du « black » ; qu'ainsi, la cour d'appel a dénaturé ces documents en violation de l'article 1134 du Code Civil ;

ALORS, en deuxième lieu, QU'en matière prud'homale, la preuve est libre ; que le juge ne peut écarter des débats un élément de preuve que s'il a été obtenu par violence ou fraude ; qu'en l'absence de fraude, les messages écrits, "short message service" ou SMS, envoyés ou reçus par le salarié au moyen de son téléphone personnel constitue un mode de preuve que le juge doit examiner ; qu'en l'espèce, pour considérer que les faits qu'elle a examinés et estimé établis constituaient un manquement flagrant à ses obligations contractuelles dont la gravité justifiait la rupture immédiate du contrat de travail, la cour d'appel a, s'agissant de prélèvements de marchandises, relevé que M. Y... soutenait qu'il stockait des caisses de Club maté pour sa consommation personnelle sur le lieu de travail et qu'il en avait informé

l'employeur, au soutien de quoi il produisait des photocopies d'écran de son téléphone portable, mais a considéré que l'intimée invoquait à juste titre l'irrecevabilité d'un tel mode de preuve en raison d'une possible manipulation de l'appareil ; qu'elle a encore relevé, s'agissant des prélèvements en espèces, que M. Y... répondait qu'il n'avait fait qu'appliquer les instructions de M. Q..., le gérant, et communiquait à cette fin des photocopies de captures d'écran de son téléphone portable faisant apparaître des messages sms de L... E... lui intimant l'ordre de faire davantage de "black", mais elle a considéré que des photocopies de captures d'écran de mobiles ne sont pas un mode de preuve fiable et donc recevable ; qu'en statuant ainsi, en refusant d'examiner le mode de preuve constitué par des SMS, la cour d'appel a violé les articles L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail, ensemble l'article 9 du code de procédure civile ;

ALORS, en troisième lieu, QUE, pour être qualifiés de faute grave, les faits reprochés au salarié par son employeur doivent pouvoir lui être imputés ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé que, concernant les « prélèvements » de marchandises, la lettre de licenciement mentionnait deux séries de faits, à savoir, d'une part, la disparition de nombreuses bouteilles de whisky A... T... du stock non vendues, en juillet 2016, ainsi que le fait d'avoir envoyé des serveurs emprunter des bouteilles d'alcool dans les bars voisins en journée, alors que les ventes se font uniquement en soirée et que les dépannages doivent rester exceptionnels, et d'avoir été vu quitter l'établissement avec des marchandises de la société dont du A... T..., d'autre part, la commande de caisses de Club maté livrées à son domicile, payées en espèces, les factures n'ayant jamais été présentées en comptabilité ; que, pour considérer que ces faits sont établis et participent de la caractérisation d'une faute grave, la cour d'appel a constaté, d'une part, que Mme C... déclarait que M. Y... gardait des produits après les courses pour le bar lors du déchargement, dont des bocaux bio, et qu'il lui avait demandé d'emprunter des bouteilles de A... fine dans d'autres bars qu'il a pris pour lui et ses amis, d'autre part, que le salarié effectuait ces emprunts de sa propre initiative et, enfin, que le salarié avait reçu à son adresse personnelle, selon facture établie au nom de l'employeur et payée en espèces ; qu'en statuant ainsi, sans caractériser l'existence de faits fautifs imputables au salarié, la cour d'appel a violé les articles L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail ;

ALORS, en quatrième lieu, QUE la faute grave est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise ; qu'en l'espèce, pour considérer que les faits qu'elle a examinés et estimés établis constituaient un manquement flagrant à ses obligations contractuelles dont la gravité justifiait la rupture immédiate du contrat de travail, la cour d'appel a notamment retenu qu'un fait d'appropriation de pourboires du personnel est établi, que le salarié aurait emprunté à des bars voisins des bouteilles d'alcool alors que cette pratique devait rester exceptionnelle et qu'il se serait approprié trois transats appartenant à l'employeur ; qu'en statuant ainsi, alors que de tels faits, compte tenu de leur faible incidence sur l'activité et le patrimoine de l'employeur, ne sauraient constituer une faute grave, la cour d'appel a violé les articles L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail ;

ALORS, en cinquième lieu, QUE la faute grave est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise ; qu'en l'espèce, pour considérer que les faits qu'elle a examinés et estimés établis constituaient un manquement flagrant à ses obligations contractuelles dont la gravité justifiait la rupture immédiate du contrat de travail, la cour d'appel a notamment retenu que le salarié a régulièrement consommé des produits stupéfiants sur son lieu de travail ; qu'en statuant ainsi, sans constater que sa prestation de travail, l'image ou l'activité de l'entreprise en avait été affecté ou que la sécurité ou la santé du personnel de l'entreprise ou de la clientèle avait été mise en danger, la cour d'appel a violé les articles L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail.

DEUXIÈME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté M. Y... de sa demande pour rupture du contrat de travail dans des conditions vexatoires et de l'AVOIR condamné à payer à la société ALTERCAFÉ une somme en application de l'article 700 du code de procédure civile

AUX MOTIFS QUE, aux termes de l'arrêt attaqué,

«Sur le bien fondé du licenciement pour faute grave

Le licenciement de M. Y... pour faute grave est motivé par deux séries de faits, d'une part, avoir prélevé pour son compte personnel des espèces, des marchandises et des matériels de la société, d'autre part, avoir consommé régulièrement des

stupéfiants sur le lieu de travail, faits constituant selon l'employeur un manquement à l'obligation de loyauté qu'il était en droit d'attendre d'un responsable, de surcroît associé.

Il convient d'examiner si les faits sont avérés, dans l'affirmative, s'ils étaient d'une gravité telle que le maintien du salarié dans l'entreprise était impossible, la charge de la preuve incombant à l'employeur.

Sur la réalité des faits

Sur les prélèvements en espèces

En premier lieu, il est indiqué dans la lettre de licenciement que M. Y... a été vu sur la vidéo-surveillance en train de prélever des billets, des pièces et des tickets-restaurant dans la caisse enregistreuse le 24 juillet 2016 avec la description du mode opératoire : ceux-ci étaient déposés dans la pannière posée sur son plateau et recouverte par le linge servant à nettoyer les tables, puis complétés par les sommes remises par les clients au cours du service, rien n'étant remis dans la caisse à la fin du service.

Aucune photographie n'a été extraite de la vidéo-surveillance mais les faits sont reconnus. Mme B..., étudiante, précise les avoir signalés à l'employeur fin août et les relate de manière détaillée dans son attestation.

Il résulte également du dossier de l'employeur que :

- Mme B... précise que M. Y... lui demandait régulièrement de ne pas taper les shooters, qu'il annonçait les commandes à voix haute au lieu de poser les tickets de caisse comme les autres serveurs, qu'il lui avait demandé d'ouvrir une bouteille de cachaca au motif que l'automatique ne fonctionnait pas et que la machine à bière était toujours en manuel ;
- Mme C..., barmaid, indique que M. Y... demandait souvent de ne pas taper les consommations, qu'elle l'avait vu plusieurs fois aller dans la réserve derrière le bar avec des tickets-restaurants ou des billets, précisant "souvent la caisse était vide malgré le monde", qu'il lui arrivait régulièrement de prendre une grosse liasse de billets et de partir en disant qu'il allait faire de la monnaie et de revenir avec presque rien ou de ne pas revenir ;
- M. N..., magasinier, déclare : "Nous avons la consigne, une à deux personnes par staff, de ne pas enregistrer sur la caisse certaines consommations comme la bière (le système pouvait basculer en mode manuel et donc plus obligés de valider la commande via la caisse pour pouvoir servir le client) et donc nous notions sur un papier le nombre servi, idem pour certains plats cuisinés à proposer comme les croque-monsieur, non vérifiables entre le stock fait et le stock vendu. Ledit papier était donc chiffré en fonction des consos non tapées et la somme était certainement défalquée de la caisse en liquide sinon M. Q... aurait certainement retrouvé le lendemain matin un excédent non négligeable. La justification était qu'il fallait faire du black pour payer les personnes employées ponctuellement pour pallier à une recrudescence d'activités sur des gros week-ends de beau temps et aussi de grosses soirées" ; il poursuit en indiquant qu'il avait été embauché pour remplacer M. Y... pendant ses congés de l'été 2013 et que ce dernier lui avait téléphoné pour lui demander s'il avait bien fait les 100 €/200 € de black par jour "afin qu'il passe récupérer les 2000 à 2500 € à son retour" ; il conclut en disant qu'il avait arrêté de travailler à l'Altercafé car il y avait trop de malhonnêteté du duo Y... M... ;
- d'après les attestations de l'expert-comptable de la société, le taux moyen des espèces sur le chiffre d'affaires était de 10 % entre janvier et juillet 2016, de 26 % entre août et décembre 2016 et de 25 % de janvier à juin 2017, la marge sur ventes était de, respectivement, 69 %, 75 % et 77 % pour chacune de ces trois périodes ; quant au chiffre d'affaires, il est passé de 306 558 € de janvier à juin 2016 à 425 520 € pour la même période de 2017.

Ces faits ne sont pas cités dans la lettre de licenciement mais, étant de même nature que ceux qui y sont visés, l'employeur est en droit de les invoquer devant le juge prud'homal au soutien des griefs énoncés dans la lettre de licenciement.

Les moyens de défense de l'appelant ne portant pas sur la réalité des faits, ils seront examinés plus loin.

En second lieu, il est reproché au salarié de s'être approprié les pourboires du personnel à deux reprises et de ne les avoir restitués que sur injonction de l'employeur.

L'intimée produit l'attestation de U... B... qui indique qu'il avait été décidé en juillet 2016 de mettre en place un système de pourboires communs et de les mettre dans un pot transparent derrière le bar, que début août, lorsqu'elle est repassée pour récupérer sa part, on lui a dit que W... Y... les avait pris pour les emmener chez lui alors qu'il partait en vacances pendant trois semaines, que tous les employés étaient censés avoir leurs pourboires fin juillet.

M. Y... fait valoir que les faits ne sont pas datés et sont imprécis mais ils sont matériellement vérifiables. En revanche, un seul fait d'appropriation des pourboires est établi.

Il conteste toute volonté d'appropriation et soutient qu'il s'était contenté de mettre de côté le pot commun pour éviter que des salariés se servent et ce, avec l'accord des autres salariés. Il produit les attestations de M. K... et M. I... qui

confirment qu'il lui avait été demandé de mettre les pourboires de côté avant de les redistribuer pour mettre fin aux ponctions de certains. Cependant, ces derniers n'attestent pas qu'il avait été convenu que M. Y... emmènerait le pot commun à son domicile pendant ses vacances. Ce dernier n'explique pas la raison pour laquelle il a agi ainsi alors qu'il pouvait partager son contenu fin juillet. Ses dénégations ne sont pas crédibles.

Sur les "prélèvements" de marchandises

Deux séries de faits sont mentionnés dans la lettre de licenciement :

- en juillet 2016, la disparition de nombreuses bouteilles de whisky A... T... du stock non vendues ainsi que le fait d'avoir envoyé des serveurs emprunter des bouteilles de cet alcool dans les bars voisins en journée alors que les ventes se font uniquement en soirée et que les dépannages doivent rester exceptionnels ; le fait d'avoir été vu quitter l'établissement avec des marchandises de la société dont du A... T...,

- la commande de caisses de Club maté livrées à son domicile, payées en espèces, les factures n'ayant jamais été présentées en comptabilité.

Sur le premier point, O... C... écrit dans l'attestation pré-citée : "Quand il allait faire les courses pour le bar, on devait l'aider à décharger sauf quelques produits normalement vendus au bar mais qu'il gardait pour lui. Avant qu'il parte en vacances à Paris, il m'avait demandé d'emprunter des bouteilles de A... fine dans d'autres bars qu'il a pris pour lui et ses amis. J'ai assisté aussi au fait qu'il prenait des bocaux bios qu'il mettait dans un sac bleu Métro qu'il ramenait la semaine d'après lavés".

L'appelant répond que l'employeur était au courant des emprunts de bouteilles aux autres bars car il existait des cahiers sur lesquels ils étaient consignés mais, d'après le compte-rendu d'entretien préalable établi par le conseiller qui l'assistait, il avait indiqué à l'employeur qui disait ignorer leur existence qu'ils se trouvaient dans ses effets personnels, ce qui laisse supposer qu'il s'agissait de sa propre initiative. En outre, le grief porte sur des emprunts qui ne pouvaient pas être justifiés par les nécessités du service car faits en journée alors que le whisky est servi en soirée.

Sur le second point, l'intimée verse aux débats deux factures de mars et novembre 2014 portant chacune sur une caisse de 20 bouteilles de 33 cl et libellés à "Altercafé, [...]" qui est l'adresse personnelle de M. Y....

M. Y... soutient qu'il stockait cette boisson énergisante pour sa consommation personnelle sur le lieu de travail et qu'il en avait informé l'employeur. Il produit des photocopies de captures d'écran censées en justifier. Toutefois, l'intimée invoque à juste titre l'irrecevabilité d'un tel mode de preuve en raison d'une possible manipulation de l'appareil. Surtout, il ne répond pas au grief qui porte sur la livraison à son domicile, un an plus tôt, de deux caisses de club maté commandées par la société et payées 710 € en espèces, époque à laquelle la boisson était vendue au sein de l'établissement.

Ces faits sont également établis.

Sur les "prélèvements" de matériels

L'intimée reproche à l'appelant de s'être approprié une partie des transats qui lui ont été livrés par la société Corona pour les clients, quatre ayant été restitués et trois conservés, ainsi qu'un sac isotherme.

Elle communique à cet effet une facture datée du 12 juillet 2016 qui lui a été adressée par la société Sodiretz et qui mentionne quatre chaises pliantes et huit transats d'un montant total de 441,31 € mais aucun élément sur le sac isotherme.

M. Y... fait valoir que les faits sont flous, ce qui est démenti par l'existence de la facture et la restitution de quatre transats.

Les faits sont établis en ce qui concerne les transats.

Sur la consommation de drogue

L'employeur reproche, enfin, au salarié d'avoir consommé régulièrement des produits stupéfiants sur son lieu de travail. Il produit deux témoignages, celui de Mme C... ("Une fois, j'ai vu W... monter en réserve, quelques minutes après, je suis montée avec le 2ème trousseau de clés, j'ai ouvert doucement et je l'ai vu se droguer, il m'a dit de n'en parler à personne et que c'était habituel dans le monde de la nuit") et celui de M. N... ("J'ai un passif de consommateur [de cocaïne] et M. Y... le savait car lui-même consommateur régulier. Il se faisait livrer directement sur le lieu de travail une à deux fois par semaine pour une quantité minimum de 10 grammes, voire plus. Une fois la réception faite, nous montions dans le «

bureau » afin de goûter le produit et de trouver de quoi faire nos « traces » dans un coin des étagères pour les pailles = on est dans un bar donc pas de souci").

M. Y... dément cette accusation. Il produit une analyse d'urine de janvier 2017 dont les résultats sont négatifs mais cette démarche eût été plus probante si elle avait été effectuée à l'époque où le grief lui a été notifié.

Les faits sont établis.

Sur le sérieux et la gravité des faits

S'agissant des prélèvements en espèces, M. Y... répond qu'il n'a fait qu'appliquer les instructions de M. Q..., le gérant. Il communique en pièces 63 et 64 des photocopies de captures d'écran de son téléphone portable faisant apparaître des messages sms de L... E... lui intimant l'ordre de faire davantage de "black". L'intimée déclare les découvrir et conteste les avoir envoyés en invoquant une manipulation de l'appareil. Il a été vu plus haut que des photocopies de captures d'écran de mobiles ne sont pas un mode de preuve fiable et donc recevable. Ces allégations sont, en outre, contredites par les déclarations de M. N.... En tout état de cause, un éventuel manquement du gérant à ses obligations professionnelles ne serait pas de nature à exonérer M. Y... de ses propres obligations contractuelles.

La preuve de l'emploi dissimulé ne saurait non plus résulter des témoignages de salariés qui ne sont corroborés par aucun autre élément, étant précisé que tous avaient été embauchés sur la proposition de M. Y... (cf l'attestation de M. J..., pièce 18 de l'intimée).

M. Y... prétend que l'employeur était nécessairement au courant de ce qui se passait dans l'établissement en raison d'un système de vidéo-surveillance qu'il aurait visionné quotidiennement. Il verse aux débats de très nombreuses attestations d'anciens salariés qui prétendent que l'employeur les "fliquait" grâce à ce moyen. Force est de constater qu'ils procèdent par affirmation, comme d'ailleurs pour les autres faits imputés à M. Q... (harcèlement, pressions diverses, pratiques illicites) sans qu'aucun ne déclare l'avoir personnellement entendu ou constaté qu'il se livrait aux actes prétendus, plusieurs déclarant en outre qu'il n'était pratiquement jamais dans l'établissement.

La cour observe que l'une des attestations va à l'encontre des intérêts de l'appelant puisque D... X... déclare qu'elle avait préparé chez elle en juin et juillet 2016 des plats qui avaient ensuite vendus à l'Altercafé, qu'elle avait fait des factures et été payée en espèces fin juillet par M. Y... alors que l'intimée indique qu'aucune facture n'a été enregistrée au nom de cette personne.

M. Y... fait plaider justement que l'avertissement du 31 mai 2011 ne pouvait plus être invoqué au motif qu'il avait plus de trois ans, conformément à l'article L. 1332-5 du code du travail. Toutefois, l'employeur vise dans la lettre de licenciement la seconde partie du courrier contenant un rappel des consignes sur trois pages, lesquelles étaient toujours en vigueur, notamment l'obligation d'utiliser exclusivement les doseurs électroniques pour les alcools et de taper toutes les commandes sur les caisses avant de les servir, l'interdiction d'apporter ses propres boissons sur le lieu de travail et de sortir le contenu de la caisse tant pendant le temps du service qu'après la fermeture de l'établissement.

Les attestations de l'expert-comptable démontrent l'ampleur du préjudice de la société intimée sans qu'il y ait lieu d'entrer dans le débat de l'enrichissement personnel de M. Y... pendant la période où il a travaillé au sein de la société Altercafé.

M. Y... était responsable du bar. Les faits qui viennent d'être examinés constituent un manquement flagrant à ses obligations contractuelles, notamment de loyauté. Leur gravité justifiait la rupture immédiate du contrat de travail.

M. Y... est débouté de ses demandes à ce titre ainsi que de la demande de dommages-intérêts pour rupture du contrat dans des conditions vexatoires. » ;

ALORS QUE, même lorsqu'il est prononcé en raison d'une faute grave du salarié, le licenciement peut causer au salarié en raison des circonstances vexatoires qui l'ont accompagné un préjudice dont il est fondé à demander réparation ; qu'en l'espèce, après avoir considéré que les faits qu'elle a examinés constituaient un manquement flagrant à ses obligations contractuelles, notamment de loyauté, et que leur gravité justifiait la rupture immédiate du contrat de travail et décidé que M. Y... devait être débouté de ses demandes, la cour d'appel en a également conclu que le salarié devait être débouté de la demande de dommages-intérêts pour rupture du contrat dans des conditions vexatoires ; qu'en statuant ainsi, sans vérifier si, comme il était soutenu par le salarié, le licenciement n'avait pas été entouré de circonstances vexatoires tenant au fait pour l'employeur de s'être répandu en public sur les motifs du licenciement du salarié, en prétendant qu'il prenait de la drogue et qu'il était un voleur, de nature à lui causer un préjudice distinct de celui résultant de la perte de son emploi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du

code civil, dans sa rédaction alors applicable.

TROISIÈME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté M. Y... de sa demande au titre de la reconnaissance du statut de cadre et de l'AVOIR condamné à payer à la société ALTERCAFÉ une somme en application de l'article 700 du code de procédure civile

AUX MOTIFS QUE, aux termes de l'arrêt attaqué,

« Sur le statut de cadre

M. Y..., qui avait le statut d'agent de maîtrise, niveau IV, échelon 2 de la convention collective des hôtels, cafés et restaurant, revendique le niveau V, échelon 2, en se prévalant des nombreuses attestations d'anciens salariés, de fournisseurs et de clients qui le considéraient comme le "patron". L'intimée le dément et objecte qu'il n'avait pas le niveau de compétence requis.

Il résulte de l'article 34 de la convention collective que le niveau V (cadres) exige le niveau bac + 3 acquis soit par voie scolaire et une expérience contrôlée et confirmées dans la filières d'activité du poste, soit une expérience confirmée et réussie complétant une qualification initiale au moins équivalente à celle du personnel encadré. Or, M. Y... ne dit rien sur son parcours et ne produit aucun curriculum vitae.

Il sera donc débouté de sa demande de rappel de salaire sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans le détail des activités qu'il exerçait au sein de l'établissement. » ;

ALORS QUE, selon l'annexe d'application n° 1 à la convention collective nationale des hôtels, cafés, restaurants du 30 avril 1997, relève de la classification de niveau V relatif aux cadres, le salarié ayant, au titre de ses compétences, acquis le niveau bac + 3, soit par voie scolaire et expérience contrôlée et confirmée dans la filière d'activité du poste considéré, soit par une expérience confirmée et réussie complétant une qualification initiale au moins équivalente à celle du personnel encadré ; que le salarié doit également justifier d'une activité étendue à plusieurs aspects de l'organisation et de la gestion et aux relations internes et extérieures de l'établissement, assurer la remontée systématique des informations utiles aux orientations concernant l'avenir de l'entreprise, d'une certaine autonomie, en ce qu'il dispose notamment de pouvoirs de choix et de décision concernant l'organisation et la coordination des activités différentes et complémentaires qu'il réalise lui-même ou fait réaliser par des collaborateurs, et de la prise en charge de la responsabilité des activités d'organisation, de gestion, de relations et/ou d'encadrement ; qu'en l'espèce, pour débouter le salarié de sa demande de rappel de salaire lié à la reconnaissance du statut de cadre de la convention collective précitée, la cour d'appel a relevé que le salarié ne dit rien sur son parcours et ne produit aucun curriculum vitae et qu'il n'est pas nécessaire d'entrer dans le détail des activités qu'il exerçait au sein de l'établissement ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si le niveau de compétence requis n'était pas acquis par une expérience confirmée et réussie et sans vérifier le contenu de l'activité, l'autonomie et la responsabilité du salarié, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil, applicable en la cause, et l'annexe d'application n° 1 à la convention collective nationale des hôtels, cafés, restaurants du 30 avril 1997.

QUATRIÈME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté M. Y... de sa demande au titre des heures supplémentaires et de l'AVOIR condamné à payer à la société ALTERCAFÉ une somme en application de l'article 700 du code de procédure civile

AUX MOTIFS QUE, aux termes de l'arrêt attaqué,

« Sur les heures supplémentaires

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 les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; le juge forge 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 les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Si la preuve des horaires de travail effectués n'incombe spécialement à aucune des parties et si l'employeur doit être en mesure de fournir des éléments de nature à justifier les 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.

M. Y... soutient qu'il était soumis à un rythme de travail infernal, qu'il travaillait en moyenne 110 heures par semaine, de 8.30 à 23.30 du mardi au vendredi lorsqu'il était de jour, de 12h à 5 heures lorsqu'il était de nuit ainsi que les samedis, seules certaines heures supplémentaires lui étant rémunérées. Il indique que le gérant lui mettait la pression en refusant de les payer pour qu'il rachète toutes ses parts. Il réclame la somme de 143 724 € représentant 8628 heures impayées au cours des cinq dernières années.

Il produit de nombreuses attestations d'anciens salariés dont il ressort qu'il travaillait tout le temps, y compris pendant son temps de congés, qu'il faisait tout, les courses, la programmation musicale, les plannings, le service et même la sécurité et le ménage, qu'il ne faisait jamais de pause et partait toujours le dernier à 5 heures du matin. Toutefois, les salariés ne pouvant attester pour une amplitude horaire supérieure à leur propre temps de travail, ces attestations ne peuvent être retenues comme probantes.

La demande n'est donc pas étayée.

La cour observe surabondamment que l'intimée verse aux débats les récapitulatifs hebdomadaires remplis et signés par M. Y... et visés par elle qui mentionnaient pour chaque jour de la semaine les heures de début et de fin de service et la durée du travail et que les heures supplémentaires figurent sur les bulletins de salaire.

La preuve de l'existence des heures supplémentaires n'étant pas rapportée, M. Y... sera débouté de sa demande de rappel de salaire à ce titre et de l'indemnité pour travail dissimulé. » ;

ALORS QUE, si, en cas de litige, la preuve de l'existence et du nombre des heures de travail accomplies n'incombe spécialement à aucune des parties, il appartient au salarié d'étayer, dans un premier temps, sa demande par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur, dans un second temps, de répondre en fournissant au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé que le salarié produisait de nombreuses attestations d'anciens salariés dont il ressortait qu'il travaillait tout le temps, y compris pendant son temps de congés, qu'il faisait tout, les courses, la programmation musicale, les plannings, le service et même la sécurité et le ménage, qu'il ne faisait jamais de pause et partait toujours le dernier à 5 heures du matin ; qu'elle a néanmoins considéré que, les salariés ne pouvant attester pour une amplitude horaire supérieure à leur propre temps de travail, ces attestations ne peuvent être retenues comme probante, ce dont elle a déduit que la demande n'était pas étayée ; qu'elle a ajouté que l'intimée versait aux débats les récapitulatifs hebdomadaires remplis et signés par M. Y... qui mentionnaient pour chaque jour de la semaine les heures de début et de fin du service et la durée du travail et que les heures supplémentaires figuraient sur les bulletins de salaire ; qu'elle a finalement décidé que la preuve des heures supplémentaires n'est pas rapportée et que le salarié devait être débouté de sa demande de rappel de salaire à ce titre ; qu'en statuant ainsi, en vérifiant la force probante des éléments produits par le salarié et non si ceux-ci étaient suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés et partant étayaient la demande du salarié, la cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé les dispositions de l'article L. 3171-4 du code du travail.

CINQUIÈME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté M. Y... de sa demande en condamnation de la société ALTERCAFÉ à lui payer une indemnité pour travail dissimulé et de l'AVOIR condamné à payer à celle-ci une somme en application de l'article 700 du code de procédure civile

AUX MOTIFS QUE, aux termes de l'arrêt attaqué, « Sur les heures supplémentaires 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 les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; le juge forge 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 les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Si la preuve des horaires de travail effectués n'incombe spécialement à aucune des parties et si l'employeur doit être en mesure de fournir des éléments de nature à justifier les 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.

M. Y... soutient qu'il était soumis à un rythme de travail infernal, qu'il travaillait en moyenne 110 heures par semaine, de 8.30 à 23.30 du mardi au vendredi lorsqu'il était de jour, de 12h à 5 heures lorsqu'il était de nuit ainsi que les samedis, seules certaines heures supplémentaires lui étant rémunérées. Il indique que le gérant lui mettait la pression en refusant de les payer pour qu'il rachète toutes ses parts. Il réclame la somme de 143 724 € représentant 8628 heures impayées au cours des cinq dernières années.

Il produit de nombreuses attestations d'anciens salariés dont il ressort qu'il travaillait tout le temps, y compris pendant son temps de congés, qu'il faisait tout, les courses, la programmation musicale, les plannings, le service et même la sécurité et le ménage, qu'il ne faisait jamais de pause et partait toujours le dernier à 5 heures du matin. Toutefois, les salariés ne pouvant attester pour une amplitude horaire supérieure à leur propre temps de travail, ces attestations ne peuvent être retenues comme probantes.

La demande n'est donc pas étayée.

La cour observe surabondamment que l'intimée verse aux débats les récapitulatifs hebdomadaires remplis et signés par M. Y... et visés par elle qui mentionnaient pour chaque jour de la semaine les heures de début et de fin de service et la durée du travail et que les heures supplémentaires figurent sur les bulletins de salaire

La preuve de l'existence des heures supplémentaires n'étant pas rapportée, M. Y... sera débouté de sa demande de rappel de salaire à ce titre et de l'indemnité pour travail dissimulé. » ;

ALORS QUE la portée de la cassation est déterminée par le dispositif de l'arrêt qui la prononce ; que la cassation s'étend également à l'ensemble des dispositions de la décision cassée ayant un lien d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire ; qu'ainsi, la cassation à intervenir sur le chef de dispositif relatif aux heures supplémentaires entraînera la cassation du chef de dispositif relatif au travail dissimulé.

SIXIÈME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté M. Y... de ses demandes au titre des manquements aux obligations de sécurité et d'exécution loyale du contrat de travail et de l'AVOIR condamné à payer à la société ALTERCAFÉ une somme en application de l'article 700 du code de procédure civile

AUX MOTIFS QUE, aux termes de l'arrêt attaqué,

«Sur le manquement à l'obligation de sécurité et l'exécution déloyale du contrat de travail

Les demandes de dommages-intérêts étant motivées par une surcharge de travail excessive dont il vient d'être vu qu'elle n'était pas démontrée, elles seront rejetées. » ;

ALORS QUE la portée de la cassation est déterminée par le dispositif de l'arrêt qui la prononce ; que la cassation s'étend également à l'ensemble des dispositions de la décision cassée ayant un lien d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire ; qu'ainsi, la cassation à intervenir sur le chef de dispositif relatif aux heures supplémentaires entraînera la cassation du chef de dispositif relatif au manquement à l'obligation de sécurité et à l'exécution déloyale du contrat de travail.