

SOC.

LG

COUR DE CASSATION

Audience publique du 5 mai 2021

Rejet

M. CATHALA, président

Arrêt n° 513 FS-P

Pourvois n°

E 20-14.390

F 20-14.391

G 20-14.393 JONCTION

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 5 MAI 2021

La société Sofrabrick, société par actions simplifiée unipersonnelle, dont le siège est [Adresse 1], a formé les pourvois n° E 20-14.390, F 20-14.391, G 20-14.393 contre trois arrêts rendus le 18 décembre 2019 par la cour d'appel de Versailles (15e chambre), dans les litiges l'opposant respectivement :

1°/ à M. [Y] [Z], domicilié chez M. [W] [Adresse 2],

2°/ à M. [E] [U], domicilié chez Mme [K] [L], [Adresse 3],

3°/ à M. [U] [I], domicilié [Adresse 4],

4°/ à M. [M] [I], domicilié chez [Adresse 5],

5°/ à M. [P] [I], domicilié chez ADEF, [Adresse 6],

6°/ à M. [Q] [E], domicilié [Adresse 7],

7°/ à M. [X] [E], domicilié [Adresse 8],

8°/ à M. [M] [V], domicilié chez M. [C] [K], [Adresse 9],

9°/ à M. [G] [V], domicilié chez M. [Q] [V], [Adresse 10],

10°/ à M. [B] [P], domicilié chez M. [C] [P], [Adresse 11],

11°/ à M. [C] [A], domicilié [Adresse 12],

12°/ à M. [H] [B], domicilié [Adresse 13],

13°/ à M. [C] [N], domicilié [Adresse 14],

14°/ à M. [S] [M], domicilié chez [C] [X], [Adresse 15],

15°/ à M. [M] [J], domicilié chez M. [R] [J], [Adresse 16],

16°/ à M. [D] [C], domicilié chez Mme [O] [O], [Adresse 17],

17°/ à M. [M] [R], domicilié chez M. [L] [T], [Adresse 18],

18°/ à M. [T] [D], domicilié [Adresse 19],

19°/ à M. [Z] [G], domicilié chez M. [A] [H] [Adresse 20],

20°/ à M. [I] [Y], domicilié [Adresse 21],

21°/ à M. [J] [F], domicilié [Adresse 22],

22°/ à M. [V] [S], domicilié [Adresse 23],

23°/ à Mme [W] [T], domiciliée [Adresse 24],

24°/ à M. [N] [N], domicilié [Adresse 25],

défendeurs à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de chacun de ses pourvois, deux moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Les dossiers ont été communiqués au procureur général.

Sur le rapport de M. Flores, conseiller, les observations de la SCP Gatineau, Fattaccini et Rebeyrol, avocat de la société Sofrabrick, de la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat de M. [Z] et des vingt-trois autres salariés, et l'avis de Mme Rémerly, avocat général, après débats en l'audience publique du 10 mars 2021 où étaient présents M. Cathala, président, M. Flores, conseiller rapporteur, M. Schamber, conseiller doyen, Mme Monge, MM. Sornay, Rouchayrole, Mme Lecaplain-Morel, conseillers, Mmes Ala, Prieur, Thomas-Davost, Techer, conseillers référendaires, Mme Rémerly, avocat général, et Mme Piquot, greffier de chambre,

la chambre sociale de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt ;

Jonction

1. En raison de leur connexité, les pourvois n° E 20-14.390, F 20-14.391 et G 20-14.393 sont joints.

Faits et procédure

2. Selon les arrêts attaqués (Versailles, 18 décembre 2019), la société Sofrabrick (la société) est spécialisée dans la fabrication et la commercialisation de pâtes traditionnelles brick et filo. Afin de pouvoir apposer l'estampille "cashier" sur ses produits, elle doit respecter les règles essentielles du judaïsme parmi lesquelles l'interdiction de travailler ou de faire travailler les samedis et durant les fêtes juives.

3. Les contrats de travail conclus avec les salariés indiquent que la société étant sous le contrôle du consistoire israélite, les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes juives sont obligatoirement décomptés des congés payés.

4. M. [Z] et vingt-trois autres salariés de la société ont saisi la juridiction prud'homale afin de demander la condamnation de leur employeur au paiement de dommages-intérêts pour privation de leurs droits à congés.

Examen des moyens

Sur le second moyen, pris en ses deuxième à sixième branches, ci-après annexé

5. 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 griefs qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le premier moyen et le second moyen, pris en sa première branche, réunis

Enoncé du moyen

6. Par son premier moyen l'employeur fait grief aux arrêts de le condamner à payer diverses sommes aux salariés à titre de dommages-intérêts pour privation du congé annuel légal, avec les intérêts légaux capitalisés dans les conditions de l'article 1154 ancien du code civil, alors :

« 1°/ qu'en application de l'article L. 3141-18 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, lorsque le congé principal est d'une durée supérieure à douze jours ouvrables et au plus égale à 24 jours ouvrables, il peut être fractionné par l'employeur avec l'accord du salarié ; que si l'acceptation par le salarié doit être expresse et ne peut résulter de la seule exécution du contrat de travail sans contestation, cette acceptation peut se prouver par tous moyens ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a retenu qu'il était constant que les contrats de travail des salariés stipulaient que la société étant sous contrôle du consistoire israélite, les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses étaient obligatoirement décomptés des congés payés ; qu'en jugeant que faute de préciser la liste des fêtes concernées et leur durée dont la date variait chaque année, cette stipulation qu'elle relevait n'était pas

suffisamment précise pour valoir agrément des salariés au fractionnement de leur congé principal, lorsqu'il en résultait l'expression par ces derniers d'une volonté claire et non équivoque de voir toutes les fêtes juives décomptées de leurs congés payés et donc leur accord au fractionnement desdits congés qui en découlait, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, devenu les articles 1103 et 1104 du code civil ;

2°/ que lorsque le congé s'accompagne de la fermeture de l'établissement, le fractionnement peut être réalisé par l'employeur sur avis conforme des délégués du personnel ou, à défaut, avec l'agrément des salariés ; que ces conditions sont alternatives ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a retenu qu'il était constant que les contrats de travail des salariés stipulaient que la société étant sous contrôle du consistoire israélite, les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses étaient obligatoirement décomptés des congés payés ; qu'en jugeant qu'en tout état de cause, l'employeur ne justifiait pas d'un avis conforme exprès des délégués du personnel, lorsque les mentions du contrat de travail relevées par l'arrêt, qui valaient agrément des salariés au fractionnement de leurs congés payés, avec fermeture de l'entreprise, autorisaient en elles-mêmes le recours à une telle pratique, la cour d'appel a violé l'article L. 3141-20 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ;

3°/ que lorsque le congé s'accompagne de la fermeture de l'établissement, le fractionnement peut être réalisé par l'employeur sur avis conforme des délégués du personnel ; que l'accord individuellement donné par tous les salariés, y compris ceux titulaires d'un mandat électif, à voir les fêtes juives décomptées de leurs congés payés vaut avis conforme de ces derniers au fractionnement des congés payés ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 3141-20 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, ensemble l'article 1134 du code civil, devenu les articles 1103 et 1104 du code civil. »

7. Par son second moyen, l'employeur fait grief aux arrêts de le condamner à payer aux salariés des sommes à titre de dommages-intérêts pour privation des deux jours supplémentaires dus au fractionnement, outre les intérêts légaux capitalisés dans les conditions de l'article 1154 ancien du code civil à compter de la date de la demande de capitalisation, alors « qu'il résulte de l'article L. 3141-19, dernier alinéa, du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, que le salarié peut donner son accord individuel pour renoncer à l'octroi de jours de congés supplémentaires en raison du fractionnement de la prise des congés ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté qu'il était constant que les contrats de travail des salariés stipulaient que la société étant sous contrôle du consistoire israélite, les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses étaient obligatoirement décomptés des congés payés ; que cette stipulation relevée par l'arrêt valait renonciation des salariés à l'octroi de congés supplémentaires du fait du fractionnement des congés qui découlait de la fermeture de l'entreprise lors des fêtes religieuses juives ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble l'article 1134 du code civil, devenu les articles 1103 et 1104 du code civil. »

Réponse de la Cour

8. Aux termes de l'article L. 3141-18 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, lorsque le congé ne dépasse pas douze jours ouvrables, il doit être continu. Lorsque le congé principal est d'une durée supérieure à douze jours ouvrables et au plus égale à vingt-quatre jours ouvrables, il peut être fractionné par l'employeur avec l'accord du salarié. Dans ce cas, une des fractions est au moins égale à douze jours ouvrables continus compris entre deux jours de repos hebdomadaire.

9. Selon l'article L. 3141-19 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, des jours supplémentaires de congé sont dus quand des congés d'une certaine durée sont pris en dehors de la période légale, à moins que des dérogations ne soient intervenues par accord individuel, convention collective ou accord collectif d'établissement.

10. Le droit à des congés supplémentaires naît du seul fait du fractionnement, que ce soit le salarié ou l'employeur qui en ait pris l'initiative.

11. Le salarié ne pouvant pas renoncer par avance au bénéfice d'un droit qu'il tient de dispositions d'ordre public avant

que ce droit ne soit né, il ne peut renoncer dans le contrat de travail à ses droits en matière de fractionnement du congé principal.

12. Examinant les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a estimé, d'une part, que les salariés n'avaient ni donné leur agrément au fractionnement du congé principal ni renoncé à leurs droits à des jours de congés supplémentaires du fait de ce fractionnement, d'autre part, que l'employeur ne justifiait pas d'un avis conforme des délégués du personnel au fractionnement du congé consécutif à la fermeture de l'établissement lors des fêtes religieuses juives.

13. En l'état de ces constatations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE les pourvois ;

Condamne la société Sofrabrick aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes formées par la société Sofrabrick et la condamne à payer aux salariés la somme globale de 3 000 euros ;

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Gatineau, Fattaccini et Rebeyrol, avocat aux Conseils, pour la société Sofrabrick, demanderesse au pourvoi n° E 20-14.390

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société Sofrabrick à payer diverses sommes aux salariés à titre dommages-intérêts pour privation du congé annuel légal, d'AVOIR dit que les sommes allouées à ce titre produisaient intérêts au taux légal à compter du prononcé de l'arrêt, d'AVOIR ordonné la capitalisation des intérêts dans les conditions de l'article 1154 ancien du code civil, à compter de la date de la demande de capitalisation, d'AVOIR condamné la société Sofrabrick à payer à chacun des 22 salariés la somme de 300 euros à titre d'indemnité pour les frais irrépétibles exposés en cause d'appel, en sus de la somme de 200 euros allouée à chacun d'eux par le conseil de prud'hommes pour les frais irrépétibles exposés en première instance, d'AVOIR débouté la société Sofrabrick de ses demandes d'indemnités fondée sur l'article 700 du code de procédure civile pour les frais irrépétibles exposés en cause d'appel et d'AVOIR condamné la société Sofrabrick aux dépens d'appel ;

AUX MOTIFS QUE « 1 - Sur la demande de dommages-intérêts pour privation du congé annuel légal :

Selon les articles L. 3141-18 à L. 3141-20 du code du travail (anciennement L. 223-8 du code du travail) dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 :

« Lorsque le congé ne dépasse pas douze jours ouvrables, il doit être continu. Lorsque le congé principal est d'une durée supérieure à douze jours ouvrables et au plus égale à vingt-quatre jours ouvrables, il peut être fractionné par l'employeur avec l'accord du salarié. Dans ce cas, une des fractions est au moins égale à douze jours ouvrables continus compris entre deux jours de repos hebdomadaire »

« Lorsque le congé est fractionné, la fraction d'au moins douze jours ouvrables continus est attribuée pendant la période du 1er mai au 31 octobre de chaque année.

Les jours restant dus peuvent être accordés en une ou plusieurs fois en dehors de cette période

Il est attribué deux jours ouvrables de congé supplémentaire lorsque le nombre de jours de congé pris en dehors de cette période est au moins égal à six et un seul lorsque ce nombre est compris entre trois et cinq jours.

Les jours de congé principal dus en plus de vingt-quatre jours ouvrables ne sont pas pris en compte pour l'ouverture du droit à ce supplément.

Des dérogations peuvent être apportées aux dispositions du présent article, soit après accord individuel du salarié, soit par convention ou accord d'entreprise ou d'établissement. »

« Lorsque le congé s'accompagne de la fermeture de l'établissement le fractionnement peut être réalisé par l'employeur sur avis conforme des délégués du personnel ou, à défaut de délégués du personnel, avec l'agrément des salariés. »

La convention collective nationale des industries alimentaires diverses en vigueur jusqu'au 31 mai 2013, qui est mentionnée sur les bulletins de salaire des salariés et dont les articles 22 et 23 ont été annexées au projet de licenciement collectif pour motif économique soumis au comité d'entreprise pour information et consultation le 26 janvier 2010, prévoit que pour tout ce qui concerne les congés payés annuels, les parties signataires se réfèrent à la réglementation en vigueur. Il en est d'ailleurs de même de la convention collective nationale pour les industries de produits alimentaires élaborés invoquée par l'employeur.

Il est constant que les contrats de travail des salariés stipulent qu'ils ont droit à des congés payés selon les dispositions de la convention collective de produits alimentaires (sans autre précision) et que la société étant sous contrôle du consistoire israélite, les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses seront obligatoirement décomptés des congés payés.

Le jour de la fête de [F] [E] est toutefois considéré par l'employeur comme un jour férié chômé et payé.

Les dates de fermeture de l'entreprise lors des autres fêtes religieuses ont été les suivantes :

En 2004,

- du lundi 6 avril au mardi 13 avril (Pessah), période comportant le lundi de Pâques 12 avril férié,
 - du mercredi 26 mai au jeudi 27 mai (Chavouot),
 - du jeudi 16 septembre au vendredi 17 septembre (Roch ha-chanah),
 - du jeudi 30 septembre au vendredi 1er octobre (Soukkot),
 - du jeudi 7 octobre au vendredi 8 octobre (Simhat Torah)
- soit 14 jours ouvrés;

En 2005,

- du dimanche 24 avril au dimanche 1er mai (Pessah),
 - du lundi 13 au mardi 14 juin (Chavouot),
 - du mardi 4 au mercredi 5 octobre (Roch ha-chanah),
 - du mardi 18 au mercredi 19 octobre (Soukkot),
 - du mardi 25 au mercredi 26 octobre (Simhat Torah),
- soit 13 jours ouvrés,

En 2006,

- du jeudi 13 au jeudi 20 avril (Pessah), période comportant le lundi de Pâques 17 avril férié,
 - du vendredi 2 au samedi 3 juin (Chavouot),
 - du samedi 23 au dimanche 24 septembre (Roch Iha-chaman),
 - du samedi 7 au dimanche 8 octobre (Soukkot),
 - du samedi 14 au dimanche 15 octobre (Simhat Torah),
- soit 6 jours ouvrés ;

En 2007,

- du mardi 3 au mardi 10 avril (Pessah), période comportant le lundi de Pâques 9 avril férié,
 - du mercredi 23 mai au jeudi 24 mai (Chavouot),
 - du jeudi 13 septembre au vendredi 14 septembre (Roch ha-chanah),
 - du jeudi 27 septembre au vendredi 28 septembre (Soukkot),
 - du jeudi 4 octobre au vendredi 5 octobre (Simhat Torah),
- soit 13 jours ouvrés ;

En 2008,

- du dimanche 20 au dimanche 27 avril (Pessah),
 - du lundi 9 au mardi 10 juin (Chavouot),
 - du mardi 30 septembre au mercredi 1er octobre (Roch ha-chanah),
 - du mardi 14 au mercredi 15 octobre (Soukkot),
 - du mardi 21 au mercredi 22 octobre (Simhat Torah),
- soit 13 jours ouvrés ;

En 2009,

du jeudi 9 au jeudi 16 avril (Pessah), période comportant le lundi de Pâques 13 avril férié,

- du vendredi 29 au samedi 30 mai (Chavouot),

- du samedi 19 septembre au dimanche 20 septembre (Roch ha-CHANAH), - du samedi 3 au dimanche 4 octobre (Soukkot),

- du samedi 10 au dimanche 11 octobre (Simhat Torah),

soit 6 jours ouvrés ;

En 2010,

- du mardi 30 mars au mardi 6 avril (Pessah), période comportant le lundi de Pâques 5 avril férié,

- du mercredi 19 au jeudi 20 mai (Chavouot),

- du jeudi 9 au vendredi 10 septembre (Roch ha-CHANAH),

- du jeudi 23 au vendredi 24 septembre (Soukkot),

- du jeudi 30 septembre au vendredi 1er octobre (Simhat Torah),

soit 13 jours ouvrés ;

En 2011,

- du mardi 19 au mardi 26 avril (Pessah), période comportant le lundi de Pâques 25 avril férié,

- du mercredi 8 au jeudi 9 juin (Chavouot),

- du jeudi 29 au vendredi 30 septembre (Roch ha-CHANAH),

- du jeudi 13 au vendredi 14 octobre (Soukkot),

- du jeudi 20 au vendredi 21 octobre (Simhat Torah),

soit 13 jours ouvrés ;

En 2012,

- du samedi 7 au samedi 14 avril 2012 (Pessah).

Les salariés font valoir qu'ils ont été irrégulièrement privés par l'employeur de la possibilité de prendre un congé de 24 jours ouvrables continus entre le 31 mai et le 1er octobre de chaque année.

Les congés payés acquis du 1er juin de l'année N-1 au 31 mai de l'année N doivent en principe être pris entre le 1er mai et le 31 octobre de l'année N et à défaut avant le 30 avril de l'année N+1.

A l'exception des prises de congé réalisées pendant les années 2006/2007 et 2008/2009 durant lesquelles la fermeture de l'entreprise pour les fêtes religieuses n'a imposé aux salariés que 6 jours ouvrés de congés payés, les autres jours de fêtes coïncidant avec des jours non ouvrés, l'obligation de prendre des congés payés les autres jours de fermeture de l'entreprise durant les fêtes religieuses leur a imposé 13 jours ouvrés de congés payés en 2004/2005, 2005/2006, 2007/2008, 2009/2010, 2010/2011 et 2011/2012, soit 2 jours ouvrés en mai ou juin, 6 en septembre/octobre et 5 en avril, de sorte que mêmes les salariés qui avaient acquis la totalité de leurs droits à congés au 31 mai de l'année N, soit 25 jours ouvrés, ne pouvaient disposer que de 12 jours ouvrés de congés payés, qui même combinés avec les jours de congés imposés, ne leur permettaient pas de prendre vingt-quatre jours ouvrables continus entre le 1er mai et le 31 octobre.

Seuls quelques uns d'entre eux ont pu exceptionnellement bénéficier d'un congé de vingt-quatre jours ouvrables continus entre le 1er mai et le 31 octobre, du fait, le cas échéant, d'un report de congés. Ainsi, M. [T] [D] a été en congés payés du 2 mai 2006 au 12 juin 2006, M. [B] [P] du 2 mai 2007 au 3 juin 2007, M. [P] [I] du 3 avril au 2 juin 2009, M. [Q] [E] du 9 avril 2009 au 26 juin 2009, M. [E] [U] du 25 mai au 24 juillet 2009, M. [M] [I] du 26 avril 2010 au 6 juin 2010 et M. [G] [V] du 2 août au 15 septembre 2010.

Il résulte des textes précités que si le congé principal d'une durée supérieure à douze jours ouvrables et au plus égale à vingt-quatre jours ouvrables peut être fractionné par l'employeur, c'est avec l'agrément du salarié, étant précisé que, dans ce cas, une fraction d'au moins douze jours ouvrables continus compris entre deux jours de repos hebdomadaire doit être attribuée pendant la période du 1er mai au 31 octobre de chaque année et qu'en outre, lorsque le congé s'accompagne comme en l'espèce de la fermeture de l'établissement, le fractionnement ne peut être effectué par l'employeur que sur avis conforme des délégués du personnel dont l'entreprise est dotée.

La stipulation du contrat de travail selon laquelle la société étant sous contrôle du consistoire israélite, les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses seront obligatoirement décomptés des congés payés, qui n'énonce pas la liste de ces fêtes et leur durée, indépendamment de leur date qui varie chaque année, n'est pas suffisamment précise pour valoir agrément du salarié au fractionnement de son congé principal.

De plus, alors que le fractionnement du congé principal imposé au salarié du fait de la fermeture de l'entreprise lors des fêtes religieuses, ne peut être réalisé par l'employeur que sur avis conforme des délégués du personnel, dont la consultation en tant qu'institution représentative du personnel ne peut être éludée au motif que chaque salarié de

l'entreprise, y compris les salariés titulaires d'un mandat électif, ont accepté, à titre individuel, aux termes de leur contrat de travail, que les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses seront obligatoirement décomptés des congés payés, la société Sofrabrick ne justifie pas d'un avis conforme exprès des délégués du personnel.

Certes, les salariés ont eu la possibilité d'exercer effectivement leur droit à une fraction de congé annuel d'au moins douze jours ouvrables continus compris entre deux jours de repos hebdomadaire entre le 1er mai et le 31 octobre de chaque année, ce qui leur assurait au cours de cette période un repos minimal continu d'une durée suffisante pour préserver leur santé, et nombre d'entre eux ont bénéficié en outre, de temps en temps, d'un congé payé de 24 jours ouvrables continus hors la période du 1er mai au 31 octobre. Ainsi M. [D] [C] en congés payés du 20 décembre 2010 au 28 janvier 2011, M. [C] [A] du 12 février au 30 mars 2010, M. [B] [P] du 31 décembre 2008 au 1er février 2009, M. [V] [S] du 1er au 28 février 2006, du 6 novembre 2008 au 16 janvier 2009 et du 5 décembre 2011 au 5 février 2012, M. [H] [B] du 17 novembre 2008 au 2 janvier 2009 et du 8 novembre 2010 au 22 décembre 2010, M. [Q] [E] du 5 décembre 2011 au 10 janvier 2012, M. [J] [F] du 9 janvier au 13 février 2009 et du 30 mars au 21 mai 2010, M. [Y] [Z] du 9 avril au 18 mai 2009 et du 31 décembre 2010 au 7 février 2011, M. [M] [V] du 1er janvier au 21 février 2007, du 2 novembre 2009 au 11 décembre 2009 et du 25 octobre au 26 novembre 2010, M. [M] [J] du 3 janvier au 16 février 2011, M. [X] [E] du 7 mars au 12 mai 2011, M. [S] [M] du 21 janvier au 15 février 2008, du 26 février au 30 mars 2009 et du 8 mars au 2 avril 2010, M. [Z] [G] du 9 avril au 29 mai 2009, M. [M] [I] du 2 janvier au 12 février 2008, M. [M] [R] du 23 février au 17 avril 2009 et du 8 février au 19 mars 2010, M. [G] [V] du 2 au 30 novembre 2007, M. [E] [U] du 21 février au 27 mars 2011, M. [U] [I] du 21 novembre au 7 décembre 2007 et du 20 février au 17 avril 2009, M. [I] [Y] du 4 avril 2005 au 1er mai 2005, du 18 janvier au 27 février 2007 et M. [G] [V] du 22 février au 13 avril 2010.

Il n'en demeure pas moins que le non-respect des dispositions légales relatives au fractionnement du congé principal a causé aux salariés, irrégulièrement empêchés, sauf exception, de bénéficier d'un repos continu de 24 jours ouvrables rémunéré du 1er mai au 31 octobre de chaque année, mieux à même de préserver leur vie familiale, notamment en leur permettant de rejoindre dans de bonnes conditions leur famille à l'étranger, un préjudice que la cour fixe aux sommes suivantes :

- pour M. [Y] [Z], 5 000 euros
- pour M. [E] [U], 3 000 euros,
- pour M. [U] [I], 4 000 euros,
- pour M. [M] [I], 4 000 euros,
- pour M. [P] [I], 4 000 euros,
- pour M. [Q] [E], 4 000 euros,
- pour M. [X] [E], 5 000 euros,
- pour M. [M] [V], 5 000 euros,
- pour M. [G] [V], 4 000 euros,
- pour M. [B] [P], 3 000 euros,
- pour M. [C] [A], 4 000 euros,
- pour M. [H] [B], 5 000 euros,
- pour M. [C] [N], 4 000 euros,
- pour M. [S] [M], 5 000 euros,
- pour M. [M] [J], 5 000 euros,
- pour M. [D] [C], 4 000 euros,
- pour M. [M] [R], 5 000 euros,
- pour M. [T] [D], 4 000 euros,
- pour M. [Z] [G], 5 000 euros,
- pour M. [I] [Y], 5 000 euros,
- pour M. [J] [F], 5 000 euros,
- pour M. [V] [S], 5 000 euros.

Il convient en conséquence d'infirmier le jugement entrepris et de condamner la société Sofrabrick à payer lesdites sommes aux salariés à titre de dommages-intérêts.

() 4. - Sur les intérêts

Les indemnités pour privation (les jours de congé supplémentaire de fractionnement produiront intérêts au taux légal à compter de la date à laquelle elles ont été réclamées en cours d'instance.

Les créances indemnitaires seront productives d'intérêts au taux légal à compter du présent arrêt.

Il y a lieu d'ordonner la capitalisation des intérêts dans les conditions de l'article 1154 du code civil à compter de la date

de la demande de capitalisation faite.

5 - Sur les dépens et les frais irrépétibles

Il sera statué sur les dépens et les frais irrépétibles dans les termes du dispositif. » ;

1°) ALORS QU'en application de l'article L. 3141-18 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, lorsque le congé principal est d'une durée supérieure à douze jours ouvrables et au plus égale à 24 jours ouvrables, il peut être fractionné par l'employeur avec l'accord du salarié ; que si l'acceptation par le salarié doit être expresse et ne peut résulter de la seule exécution du contrat de travail sans contestation, cette acceptation peut se prouver par tous moyens ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a retenu qu'il était constant que les contrats de travail des salariés stipulaient que la société étant sous contrôle du consistoire israélite, les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses étaient obligatoirement décomptés des congés payés (arrêt p. 7 § 3) ; qu'en jugeant que faute de préciser la liste des fêtes concernées et leur durée dont la date variait chaque année, cette stipulation qu'elle relevait n'était pas suffisamment précise pour valoir agrément des salariés au fractionnement de leur congé principal, lorsqu'il en résultait l'expression par ces derniers d'une volonté claire et non équivoque de voir toutes les fêtes juives décomptées de leurs congés payés et donc leur accord au fractionnement desdits congés qui en découlait, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, devenu les articles 1103 et 1104 du code civil ;

2°) ALORS QUE lorsque le congé s'accompagne de la fermeture de l'établissement, le fractionnement peut être réalisé par l'employeur sur avis conforme des délégués du personnel ou, à défaut, avec l'agrément des salariés ; que ces conditions sont alternatives ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a retenu qu'il était constant que les contrats de travail des salariés stipulaient que la société étant sous contrôle du consistoire israélite, les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses étaient obligatoirement décomptés des congés payés (arrêt p. 7 § 4) ; qu'en jugeant qu'en tout état de cause, l'employeur ne justifiait pas d'un avis conforme exprès des délégués du personnel, lorsque les mentions du contrat de travail relevées par l'arrêt, qui valaient agrément des salariés au fractionnement de leurs congés payés, avec fermeture de l'entreprise, autorisaient en elles-mêmes le recours à une telle pratique, la cour d'appel a violé l'article L. 3141-20 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ;

3°) ALORS QUE lorsque le congé s'accompagne de la fermeture de l'établissement, le fractionnement peut être réalisé par l'employeur sur avis conforme des délégués du personnel ; que l'accord individuellement donné par tous les salariés, y compris ceux titulaires d'un mandat électif, à voir les fêtes juives décomptées de leurs congés payés vaut avis conforme de ces derniers au fractionnement des congés payés ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 3141-20 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, ensemble l'article 1134 du code civil, devenu les articles 1103 et 1104 du code civil.

SECOND MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé le jugement en ce qu'il a condamné la société Sofrabrick à payer aux salariés des sommes à titre de dommages et intérêts pour privation des 2 jours supplémentaires dû au fractionnement, d'AVOIR dit que les sommes allouées à titre d'indemnité pour privation de jours de congés supplémentaires de fractionnement produisaient intérêts au taux légal à compter du 25 avril 2012, date de la demande, d'AVOIR ordonné la capitalisation des intérêts dans les conditions de l'article 1154 ancien du code civil à compter de la date de la demande de capitalisation, d'AVOIR condamné la société Sofrabrick à payer à chacun des 22 salariés la somme de 300 euros à titre d'indemnité pour les frais irrépétibles exposés en cause d'appel, en sus de la somme de 200 euros allouée à chacun d'eux par le conseil de prud'hommes pour les frais irrépétibles exposés en première instance, d'AVOIR débouté la société Sofrabrick de ses demandes d'indemnités fondée sur l'article 700 du code de procédure civile pour les frais irrépétibles exposés en cause d'appel et d'AVOIR condamné la société Sofrabrick aux dépens d'appel ;

AUX MOTIFS QUE « 3. Sur le bien-fondé de la demande d'indemnité pour privation de jours de congés supplémentaires de fractionnement :

Les salariés font valoir qu'ils n'ont pas bénéficié des jours de congés supplémentaires de fractionnement auxquels ils avaient droit et sollicitent une indemnité à ce titre. L'employeur soutient que les jours de congés supplémentaires de fractionnement qu'ils revendiquant ne leur sont pas dus, leurs conditions d'attribution n'étant pas réunies.

En l'absence de dérogation conventionnelle, le droit aux jours de congés supplémentaires prévu par l'article L. 223-8 ancien du code du travail naît du seul fait du fractionnement, que ce soit le salarié ou l'employeur qui en ait pris l'initiative et la renonciation du salarié à ce droit ne se présume pas.

Le contrat de travail qui prévoit que les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses seront obligatoirement décomptés des congés payés, n'emporte pas renonciation du salarié à son droit à des jours de congés supplémentaires pour le fractionnement du congé annuel qui en résulte.

La société Sofrabrick ne pouvait priver les salariés de leur droit au paiement des jours de congés supplémentaires dus en cas de fractionnement du congé principal, en qualifiant arbitrairement et unilatéralement a posteriori de cinquième semaine de congés payés, les congés imputés par elle sur la période de fermeture de l'établissement pour la fête de Pessah, alors que pour certains de ces salariés, ils étaient arrivés dans l'entreprise en cours d'année et n'avaient pas encore acquis de droits à une cinquième semaine de congés payés, que pour d'autres, ils avaient épuisé les droits correspondant aux congés payés acquis au titre de l'année N-1, y compris ceux correspondant à la cinquième semaine de congés payés, de sorte qu'ils étaient contraints de prendre par anticipation des congés acquis au titre de l'année N en cours et qu'en tout état de cause, il n'est justifié d'aucune décision de l'employeur portée à la connaissance des salariés fixant la période à laquelle serait prise la cinquième semaine de congés payés dans l'entreprise.

Il s'en déduit, eu égard aux six jours ouvrables de congé principal que les salariés ont pris en dehors de la période du 1er mai au 31 octobre, que ces derniers ont été abusivement privés des deux jours de congé supplémentaire de fractionnement par an auxquels ils avaient droit, ce qui leur ouvre droit à une indemnité qui, au vu des éléments de la cause, a été justement appréciée par le conseil de prud'hommes. Il convient en conséquence de confirmer de ces chefs le jugement entrepris.

4. - Sur les intérêts

Les indemnités pour privation (les jours de congé supplémentaire de fractionnement produiront intérêts au taux légal à compter de la date à laquelle elles ont été réclamées en cours d'instance.

Les créances indemnitaires seront productives d'intérêts au taux légal à compter du présent arrêt.

Il y a lieu d'ordonner la capitalisation des intérêts dans les conditions de l'article 1154 du code civil à compter de la date de la demande de capitalisation faite.

5. - Sur les dépens et les frais irrépétibles

Il sera statué sur les dépens et les frais irrépétibles dans les termes du dispositif. » ;

ET AUX MOTIFS REPUTES ADOPTES QUE « Sur les dommages et intérêts pour privation du congé annuel légal

Que les salariés ont pu bénéficier de leurs droits à congés annuels, particulièrement le nombre de jours.

Que les salariés reconnaissent prendre 16 jours sur la période légale.

Qu'il n'est pas rapporté la justification d'un préjudice visant à une conséquence du fractionnement.

Que la demande pour chaque salarié porte sur un montant de 10 000 euros alors que les salariés ont des anciennetés différentes.

Sur les demandes au titre de l'article 700 du code de procédure civile

Qu'il paraît équitable de faire droit à cette demande, à hauteur de 200 € pour chaque salarié.

()

Sur les intérêts légaux

Que conformément à l'article 1153-1 du code civil, les intérêts moratoires dus sur les créances de nature salariale visées à l'article R. 1454-14 du code du travail courent à compter de la convocation de la convocation du défendeur devant le bureau de conciliation ;

Que s'agissant des créances indemnitaires, il convient de fixer le point de départ des intérêts à la date du prononcé du présent jugement » ;

1°) ALORS QU' il résulte de l'article L. 3141-19, dernier alinéa, du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, que le salarié peut donner son accord individuel pour renoncer à l'octroi de jours de congés supplémentaires en raison du fractionnement de la prise des congés ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a constaté qu'il était constant que les contrats de travail des salariés stipulaient que les société étant sous contrôle du consistoire israélite, les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses étaient obligatoirement décomptés des congés payés (arrêt p. 10 in fine et p. 11 § 1) ; que cette stipulation relevée par l'arrêt valait renonciation des salariés à l'octroi de congés supplémentaires du fait du fractionnement des congés qui découlait de la fermeture de l'entreprise lors des fêtes religieuses juives ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble l'article 1134 du code civil,

devenu les articles 1103 et 1104 du code civil ;

2°) ALORS QUE le salarié ne peut cumuler deux avantages ayant le même objet ou la même cause, le plus favorable d'entre eux pouvant seul être accordé ; que la détermination du régime le plus favorable s'apprécie globalement ; qu'en l'espèce, la société Sofrabrick faisait valoir, preuves à l'appui (productions n° 8 à 10), qu'il existait en son sein un usage, plus favorable que le régime légal, consistant à permettre aux salariés, pour la plupart d'origine étrangère, de cumuler leurs congés d'une année sur l'autre afin de pouvoir bénéficier de périodes de congés plus longues et ainsi pouvoir se rendre dans leur pays d'origine, ces congés cumulés figurant sur les bulletins de paie avec possibilité pour les salariés d'en être rémunérés sous la forme d'une indemnité de congés payés en cas de rupture du contrat hors faute lourde, les salariés ayant en outre la possibilité de prendre leurs congés avant même de les avoir acquis et de demander à la société d'en être réglés en avance afin de leur permettre de payer leur billet d'avion (cf. les conclusions de l'exposante 15) ; qu'en se bornant à relever que les salariés avaient été privés des deux jours de congés supplémentaires de fractionnement auxquels ils avaient droit en application de l'ancien article L. 223-8 du code du travail, devenu les articles L. 3141-18 à L. 3141-20 du code du travail, dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'usage mis en place dans l'entreprise, emportait-il une telle privation, n'en restait pas moins globalement plus favorable aux salariés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe de faveur, ensemble l'article 1134 du code civil, devenu les articles 1103 et 1104 du code civil ;

3°) ALORS QUE le juge doit respecter l'objet du litige tel que déterminé par les prétentions respectives des parties ; que dans leurs écritures, les salariés n'opposaient aucun moyen aux développements de l'employeur tirés de ce que les congés qu'ils avaient pris en dehors de la période légale correspondaient aux congés dus au-delà de 24 jours, soit la cinquième semaine, ce qui n'ouvrait pas droit à des jours de congés supplémentaires ; que pour dire que l'employeur ne pouvait pas « arbitrairement et unilatéralement » qualifier a posteriori de cinquième semaine de congés payés les congés imputés par lui sur la période de fermeture de l'établissement pour la fête de Pessah, la cour d'appel a relevé que certains salariés, arrivés dans l'entreprise en cours d'année, n'avaient pas encore acquis de droit à une cinquième semaine de congés payés, quand d'autres avaient épuisé leur droits correspondant aux congés payés acquis au titre de l'année N-1, en compris ceux au titre de la cinquième semaine de congés payés, ce qui les obligeait à prendre par anticipation des congés acquis au titre de l'année N en cours, l'employeur ne justifiant pas, en tout état de cause, avoir portée à la connaissance des salariés sa décision de fixer la période à laquelle serait prise la cinquième semaine de congés payés dans l'entreprise ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui a méconnu les limites du litige, a violé l'article 4 du code de procédure civile ;

4°) ALORS QUE le juge, qui doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction, ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ; qu'en relevant d'office les moyens pris, d'une part, de ce que l'employeur ne pouvait « arbitrairement et unilatéralement » qualifier a posteriori de cinquième semaine de congés payés les congés imputés par lui sur la période de fermeture de l'établissement pour la fête de Pessah en ce que certains salariés n'avaient pas acquis de tels congés, d'autres les ayant épuisés et, d'autre part, qu'il n'était justifié d'aucune décision de l'employeur portée à la connaissance des salariés fixant la période à laquelle serait prise la cinquième semaine de congés payés dans l'entreprise, la cour d'appel, qui n'a pas provoqué les observations des parties sur chacun de ces points, a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

5°) ALORS QUE le fractionnement de la cinquième semaine de congés payés n'entrant pas dans les prévisions des articles L. 3141-18 à L. 3141-20 du code du travail, dans leur rédaction applicable en la cause, l'employeur peut librement le mettre en oeuvre ; qu'en relevant que l'employeur ne pouvait qualifier de cinquième semaine de congés payés les congés imputés par lui sur la période de fermeture de l'établissement pour la fête de Pessah, compte tenu des droits non-acquis ou épuisés à ce titre des uns et des autres et de la non-justification par l'employeur d'une décision de sa part portée à la connaissance des salariés fixant la période à laquelle serait prise la cinquième semaine de congés payés dans l'entreprise, la cour d'appel a violé, par fausse application, les articles susvisés ;

6°) ALORS QUE les juges ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont fournis par les parties au soutien de leurs prétentions ; qu'en l'espèce, la société Sofrabrick produisait diverses pièces établissant que les périodes de fermeture de l'entreprise étaient connues des

salariés moins de deux mois avant l'ouverture de la période de prise des congés payés par l'affichage, tout au long de l'année, du tableau annuel des fêtes juives (cf. productions n° 5 à 7) ; qu'en affirmant que l'employeur ne justifiait pas d'une décision portée à la connaissance des salariés fixant la période à laquelle serait prise la cinquième semaine de congés payés dans l'entreprise, sans s'expliquer sur aucune de ces pièces, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

Moyens produits par la SCP Gatineau, Fattaccini et Rebeyrol, avocat aux Conseils, pour la société Sofrabrick, demanderesse au pourvoi n° F 20-14.391

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société Sofrabrick à payer à la salarié la somme de 3 000 euros à titre dommages-intérêts pour privation du congé annuel légal, avec intérêts au taux légal à compter du prononcé de l'arrêt, d'AVOIR ordonné la capitalisation des intérêts dans les conditions de l'article 1154 ancien du code civil, à compter de la date de la demande de capitalisation, d'AVOIR condamné la société Sofrabrick à payer à la salariée la somme de 300 euros à titre d'indemnité pour les frais irrépétibles exposés en cause d'appel, en sus de la somme de 200 euros allouée par le conseil de prud'hommes pour les frais irrépétibles exposés en première instance, d'AVOIR débouté la société Sofrabrick de ses demandes d'indemnités fondée sur l'article 700 du code de procédure civile pour les frais irrépétibles exposés en cause d'appel et d'AVOIR condamné la société Sofrabrick aux dépens d'appel ;

AUX MOTIFS QUE « 1 - Sur la demande de dommages-intérêts pour privation du congé annuel légal :

Selon les articles L. 3141-18 à L. 3141-20 du code du travail (anciennement L. 223-8 du code du travail) dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 :

« Lorsque le congé ne dépasse pas douze jours ouvrables, il doit être continu. Lorsque le congé principal est d'une durée supérieure à douze jours ouvrables et au plus égale à vingt-quatre jours ouvrables, il peut être fractionné par l'employeur avec l'accord du salarié. Dans ce cas, une des fractions est au moins égale à douze jours ouvrables continus compris entre deux jours de repos hebdomadaire »

« Lorsque le congé est fractionné, la fraction d'au moins douze jours ouvrables continus est attribuée pendant la période du 1er mai au 31 octobre de chaque année.

Les jours restant dus peuvent être accordés en une ou plusieurs fois en dehors de cette période

Il est attribué deux jours ouvrables de congé supplémentaire lorsque le nombre de jours de congé pris en dehors de cette période est au moins égal à six et un seul lorsque ce nombre est compris entre trois et cinq jours.

Les jours de congé principal dus en plus de vingt-quatre jours ouvrables ne sont pas pris en compte pour l'ouverture du droit à ce supplément.

Des dérogations peuvent être apportées aux dispositions du présent article, soit après accord individuel du salarié, soit par convention ou accord d'entreprise ou d'établissement. »

« Lorsque le congé s'accompagne de la fermeture de l'établissement le fractionnement peut être réalisé par l'employeur sur avis conforme des délégués du personnel ou, à défaut de délégués du personnel, avec l'agrément des salariés. »

La convention collective nationale des industries alimentaires diverses en vigueur jusqu'au 31 mai 2013, qui est mentionnée sur les bulletins de salaire des salariés et dont les articles 22 et 23 ont été annexées au projet de licenciement collectif pour motif économique soumis au comité d'entreprise pour information et consultation le 26 janvier 2010, prévoit que pour tout ce qui concerne les congés payés annuels, les parties signataires se réfèrent à la réglementation en vigueur. Il en est d'ailleurs de même de la convention collective nationale pour les industries de produits alimentaires élaborés invoquée par l'employeur.

Il est constant que les contrats de travail des salariés stipulent qu'ils ont droit à des congés payés selon les dispositions de la convention collective de produits alimentaires (sans autre précision) et que la société étant sous contrôle du consistoire israélite, les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses seront obligatoirement décomptés des congés payés.

Le jour de la fête de [F] [E] est toutefois considéré par l'employeur comme un jour férié chômé et payé.

Les dates de fermeture de l'entreprise, lors des autres fêtes religieuses ont été, durant la période d'emploi de Mme [W] [T], du 21 juin 2004 au 31 octobre 2010, les suivantes :

En 2004,

- du jeudi 16 septembre au vendredi 17 septembre (Roch ha-chanah),

- du jeudi 30 septembre au vendredi 1er octobre (Soukkot),
 - du jeudi 7 octobre au vendredi 8 octobre (Simhat Torah)
- soit 6 jours ouvrés au total;

En 2005,

- du dimanche 24 avril au dimanche 1er mai (Pessah),
 - du lundi 13 au mardi 14 juin (Chavouot),
 - du mardi 4 au mercredi 5 octobre (Roch ha-CHANAH),
 - du mardi 18 au mercredi 19 octobre (Soukkot),
 - du mardi 25 au mercredi 26 octobre (Simhat Torah),
- soit 13 jours ouvrés,

En 2006,

- du jeudi 13 au jeudi 20 avril (Pessah), période comportant le lundi de Pâques 17 avril férié,
 - du vendredi 2 au samedi 3 juin (Chavouot),
 - du samedi 23 au dimanche 24 septembre (Roch Iha-chaman),
 - du samedi 7 au dimanche 8 octobre (Soukkot),
 - du samedi 14 au dimanche 15 octobre (Simhat Torah),
- soit 6 jours ouvrés ;

En 2007,

- du mardi 3 au mardi 10 avril (Pessah), période comportant le lundi de Pâques 9 avril férié,
 - du mercredi 23 mai au jeudi 24 mai (Chavouot),
 - du jeudi 13 septembre au vendredi 14 septembre (Roch ha-CHANAH),
 - du jeudi 27 septembre au vendredi 28 septembre (Soukkot),
 - du jeudi 4 octobre au vendredi 5 octobre (Simhat Torah),
- soit 13 jours ouvrés ;

En 2008,

- du dimanche 20 au dimanche 27 avril (Pessah),
 - du lundi 9 au mardi 10 juin (Chavouot),
 - du mardi 30 septembre au mercredi 1er octobre (Roch ha-CHANAH),
 - du mardi 14 au mercredi 15 octobre (Soukkot),
 - du mardi 21 au mercredi 22 octobre (Simhat Torah),
- soit 13 jours ouvrés ;

En 2009,

- du jeudi 9 au jeudi 16 avril (Pessah), période comportant le lundi de Pâques 13 avril férié,
 - du vendredi 29 au samedi 30 mai (Chavouot),
 - du samedi 19 septembre au dimanche 20 septembre (Roch ha-CHANAH), - du samedi 3 au dimanche 4 octobre (Soukkot),
 - du samedi 10 au dimanche 11 octobre (Simhat Torah),
- soit 6 jours ouvrés ;

En 2010,

- du mardi 30 mars au mardi 6 avril (Pessah), période comportant le lundi de Pâques 5 avril férié,
 - du mercredi 19 au jeudi 20 mai (Chavouot),
 - du jeudi 9 au vendredi 10 septembre (Roch ha-CHANAH),
 - du jeudi 23 au vendredi 24 septembre (Soukkot),
 - du jeudi 30 septembre au vendredi 1er octobre (Simhat Torah),
- soit 13 jours ouvrés ;

Mme [W] [T], qui a acquis 24,96 jours ouvrés de congés payés du 21 juin 2004 au 31 mai 2005, arrondis à 25, et dont il n'est pas contesté qu'elle a acquis qu'elle a acquis ensuite 25 jours ouvrés de congés payés du 1er juin au 31 mai de chaque année, a vu ses congés payés décomptés comme suit :

- 2 jours ouvrés le jeudi 16 et le vendredi 17 septembre 2004, correspondant à la fermeture de l'entreprise,
- 2 jours ouvrés le jeudi 7 octobre et le vendredi 8 octobre 2004, correspondant à la fermeture de l'entreprise,
- 5 jours ouvrés du dimanche 24 avril au dimanche 1er mai 2005, correspondant à la fermeture de l'entreprise, soit 6 jours ouvrables,
- 2 jours ouvrés le lundi 13 et le mardi 14 juin 2005, correspondant à la fermeture de l'entreprise,
- 2 jours ouvrés le mardi 4 et le mercredi 5 octobre 2005, correspondant à la fermeture de l'entreprise,

- 2 jours ouvrés le mardi 25 et le mercredi 26 octobre 2005, correspondant à la fermeture de l'entreprise,
- 1 jour ouvré le jeudi 3 novembre 2005, hors période de fermeture de l'entreprise,
- 13 jours ouvrés du lundi 19 décembre 2005 au mercredi 5 janvier 2007, hors période de fermeture de l'entreprise,
- 6 jours ouvrés du jeudi 13 avril au vendredi 21 avril 2006 (étant précisé que le lundi de Pâques 17 avril 2006 était un jour férié) correspondant à la fermeture de l'entreprise, soit 7 jours ouvrables,
- 1 jour ouvré du vendredi 2 juin au samedi 3 juin 2006, correspondant à la fermeture de l'entreprise,
- 2 jours ouvrés le lundi 6 et le mardi 7 novembre 2006, hors période de fermeture de l'entreprise,
- 13 jours ouvrés du lundi 12 février au mercredi 28 février 2007, hors période de fermeture de l'entreprise,
- 3 jours ouvrés du lundi 5 au mercredi 7 mars 2007, hors période de fermeture de l'entreprise,
- 5 jours ouvrés du mardi 3 au mardi 10 avril 2007, durant la fermeture de l'entreprise (le 9 avril étant un jour férié),
- 2 jours ouvrés le mercredi 23 et le jeudi 24 mai, durant la fermeture de l'entreprise,
- 2 jours ouvrés le lundi 30 et le mardi 31 juillet 2007, hors période de fermeture de l'entreprise,
- 1 jour ouvré le jeudi 27 septembre 2007, durant la fermeture de l'entreprise,
- 2 jours ouvrés les jeudi 4 et vendredi 5 octobre 2007, durant la fermeture de l'entreprise,
- 3 jours ouvrés du mercredi 14 au vendredi 16 novembre 2007, hors période de fermeture de l'entreprise,
- 2 jours ouvrés le mercredi 21 et le vendredi 23 novembre 2007, hors période de fermeture de l'entreprise,
- 1 jour ouvré le mardi 27 novembre 2007, hors période de fermeture de l'entreprise,
- 1 jour ouvré le lundi 10 décembre 2007, hors période de fermeture de l'entreprise,
- 4 jours ouvrés du vendredi 7 au mercredi 12 mars 2008, hors période de fermeture de l'entreprise,
- 5 jours ouvrés du vendredi 21 au mardi 25 avril 2008, durant la fermeture de l'entreprise,
- 2 jours ouvrés du mardi 30 septembre au mercredi 1er octobre 2008, durant la fermeture de l'entreprise,
- 2 jours ouvrés du mardi 14 au mercredi 15 octobre 2008, durant la fermeture de l'entreprise,
- 2 jours ouvrés les mardi 21 et mercredi 22 octobre 2008, durant la fermeture de l'entreprise,
- 15 jours ouvrés du lundi 8 au dimanche 28 décembre 2008, hors période de fermeture de l'entreprise, correspondant à 23 jours ouvrables, le samedi 25 décembre étant férié,
- 5 jours ouvrés du jeudi 9 au jeudi 16 avril 2009, durant la fermeture de l'entreprise,
- 40 jours ouvrés du vendredi 26 mars au mercredi 26 mai 2010, dont 7 jours ouvrés
- durant la fermeture de l'entreprise et 33 jours ouvrés hors période de fermeture de l'entreprise,
- a bénéficié d'une indemnité compensatrice de congés payés de 940 euros brut pour 18 jours de congés payés lors de son départ de l'entreprise.

La salariée fait valoir qu'elle a été irrégulièrement privée par l'employeur de la possibilité de prendre un congé de 24 jours ouvrables continus entre le 31 mai et le 1er octobre de chaque année.

Les congés payés acquis du 1er juin de l'année N-1 au 31 mai de l'année N doivent en principe être pris entre le 1er mai et le 31 octobre de l'année N et, à défaut, jusqu'au 30 avril de l'année N+ 1.

Si le congé principal d'une durée supérieure à douze jours ouvrables et au plus égale à vingt-quatre jours ouvrables peut être fractionné par l'employeur, c'est avec l'agrément du salarié, étant précisé que, dans ce cas, une fraction ci au moins de douze jours ouvrables continus compris entre deux jours de repos hebdomadaire doit être attribuée pendant la période du 1er mai au 31 octobre de chaque année. En outre, lorsque le congé s'accompagne comme en l'espèce de la fermeture de l'établissement, le fractionnement ne peut être effectué par l'employeur que sur avis conforme des délégués du personnel dont l'entreprise est dotée.

La stipulation du contrat de travail selon laquelle la société étant sous contrôle du consistorat israélite, les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses seront obligatoirement décomptés des congés payés, qui n'énonce pas la liste de ces fêtes et leur durée, indépendamment de leur date qui varie chaque année, n'est pas suffisamment précise pour valoir agrément du salarié au fractionnement de son congé principal.

De plus, alors que le fractionnement du congé principal imposé au salarié du fait de la fermeture de l'entreprise lors des fêtes religieuses, ne peut être réalisé par l'employeur que sur avis conforme des délégués du personnel, dont la consultation en tant qu'institution représentative du personnel ne peut être éludée au motif que chaque salarié de l'entreprise, y compris les salariés titulaires d'un mandat électif, ont accepté, à titre individuel, aux termes de leur contrat de travail, que les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses seront obligatoirement décomptés des congés payés, la société Sofrabrick ne justifie pas d'un avis conforme exprès des délégués du personnel.

En revanche, la salariée avait la possibilité, si elle le souhaitait, d'exercer effectivement son droit à une fraction de congé annuel d'au moins douze jours ouvrables continus compris entre deux jours de repos hebdomadaire entre le 1er mai et le 31 octobre de chaque année, à compter du 1er mai 2005 sous réserve, pour l'année 2005 uniquement, d'adjoindre 6

jours ouvrés de congés payés (lundi 17, jeudi 20, vendredi 21, lundi 24, jeudi 27 et vendredi 28 octobre 2005) aux fêtes religieuses des mardi 18 et mercredi 19 octobre 2005 et des mardi 25 et mercredi 26 octobre 2005.

Elle est dès lors mal fondée à prétendre avoir été privée d'un repos minimal continu d'une durée suffisante pour permettre de préserver sa santé.

Le non-respect des dispositions légales relatives au fractionnement du congé principal a toutefois causé à la salariée, irrégulièrement empêchée, sauf en 2010, de bénéficier d'un repos continu de 24 jours ouvrables rémunéré du 1^{er} mai au 31 octobre mieux à même de préserver sa vie familiale, en lui permettant de rejoindre dans de bonnes conditions sa famille à l'étranger, un préjudice que la cour fixe à la somme de 3 000 euros. Il convient en conséquence d'infirmier le jugement entrepris et de condamner la société Sofrabrick à payer ladite somme à Mme [W] [T] à titre de dommages-intérêts.

() 5. - Sur les intérêts

La créance d'indemnité pour privation de jours de congé supplémentaire pour fractionnement sera productive d'intérêts au taux légal à compter de la date à laquelle elle a été réclamée en cours d'instance.

La créance de dommages-intérêts pour privation d'un congé principal continu de 24 jours ouvrables sera productives d'intérêts au taux légal à compter du présent arrêt.

Il y a lieu d'ordonner la capitalisation des intérêts dans les conditions de l'article 1154 du code civil à compter de la date de la demande de capitalisation faite.

5 - Sur les dépens et les frais irrépétibles

Il sera statué sur les dépens et les frais irrépétibles dans les termes du dispositif. » ;

1°) ALORS QU'en application de l'article L. 3141-18 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, lorsque le congé principal est d'une durée supérieure à douze jours ouvrables et au plus égale à 24 jours ouvrables, il peut être fractionné par l'employeur avec l'accord du salarié ; que si l'acceptation par le salarié doit être expresse et ne peut résulter de la seule exécution du contrat de travail sans contestation, cette acceptation peut se prouver par tous moyens ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a retenu qu'il était constant que le contrat de travail de la salariée stipulait que la société étant sous contrôle du consistoire israélite, les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses étaient obligatoirement décomptés des congés payés (arrêt p. 4 § 6) ; qu'en jugeant que faute de préciser la liste des fêtes concernées et leur durée dont la date variait chaque année, la stipulation qu'elle retenait n'était pas suffisamment précise pour valoir agrément de la salariée au fractionnement de son congé principal, lorsqu'il en résultait l'expression par cette dernière d'une volonté claire et non équivoque de voir toutes les fêtes juives décomptées de ses congés payés et donc son accord au fractionnement desdits congés qui en découlait, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, devenu les articles 1103 et 1104 du code civil ;

2°) ALORS QUE lorsque le congé s'accompagne de la fermeture de l'établissement, le fractionnement peut être réalisé par l'employeur sur avis conforme des délégués du personnel ou, à défaut, avec l'agrément des salariés ; que ces conditions sont alternatives ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a retenu qu'il était constant que le contrat de travail de la salariée stipulait que la société étant sous contrôle du consistoire israélite, les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses étaient obligatoirement décomptés des congés payés (arrêt p. 6 § 4) ; qu'en jugeant qu'en tout état de cause, l'employeur ne justifiait pas d'un avis conforme exprès des délégués du personnel, lorsque les mentions du contrat de travail relevées par l'arrêt, qui valaient agrément de la salariée au fractionnement de ses congés payés, avec fermeture de l'entreprise, autorisaient en elles-mêmes le recours à une telle pratique, la cour d'appel a violé l'article L. 3141-20 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ;

3°) ALORS QUE lorsque le congé s'accompagne de la fermeture de l'établissement, le fractionnement peut être réalisé par l'employeur sur avis conforme des délégués du personnel ; que l'accord individuellement donné par tous les salariés, y compris ceux titulaires d'un mandat électif, à voir les fêtes juives décomptées de leurs congés payés vaut avis conforme de ces derniers au fractionnement des congés payés ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 3141-20 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, ensemble l'article 1134 du code civil, devenu les articles 1103 et 1104 du code civil.

SECOND MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société Sofrabrick à payer à la salariée la somme de 683 euros à titre d'indemnité pour privation de jours de congés supplémentaires de fractionnement, avec intérêts au taux légal à compter du 25 avril 2012, date où la demande a été formulée, d'AVOIR ordonné la capitalisation des intérêts dans les conditions de l'article 1154 ancien du code civil à compter de la date de la demande de capitalisation, d'AVOIR condamné la société Sofrabrick à payer à la salariée la somme de 300 euros à titre d'indemnité pour les frais irrépétibles exposés en cause d'appel, en sus de la somme de 200 euros allouée par le conseil de prud'hommes pour les frais irrépétibles exposés en première instance, d'AVOIR débouté la société Sofrabrick de ses demandes d'indemnités fondée sur l'article 700 du code de procédure civile pour les frais irrépétibles exposés en cause d'appel et d'AVOIR condamné la société Sofrabrick aux dépens d'appel ;

AUX MOTIFS QUE « 4. Sur le bien-fondé de la demande d'indemnité pour privation de jours de congés supplémentaires de fractionnement :

La salariée fait valoir qu'elle n'a pas bénéficié des jours de congés supplémentaires de fractionnement auxquels elle avait droit et sollicite à ce titre une indemnité de 1 412 euros. L'employeur soutient que les jours de congés supplémentaires de fractionnement qu'elle revendique ne lui sont pas dus, leurs conditions d'attribution n'étant pas réunies.

En l'absence de dérogation conventionnelle, le droit aux jours de congés supplémentaires prévu par l'article L. 223-8 ancien du code du travail naît du seul fait du fractionnement, que ce soit le salarié ou l'employeur qui en ait pris l'initiative et la renonciation du salarié à ce droit ne se présume pas.

Le contrat de travail qui prévoit que les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses seront obligatoirement décomptés des congés payés, n'emporte pas renonciation du salarié à son droit à des jours de congés supplémentaires pour le fractionnement du congé annuel qui en résulte.

Il est établi :

- que sur les congés payés acquis du 21 juin 2004 au 31 mai 2005, Mme [W] [T] a pris 5 jours ouvrés de congés, payés du lundi 25 avril au vendredi 10 avril en raison de la fermeture de l'entreprise pour la fête de Pessah du dimanche 24 avril au dimanche 1er mai 2005 et qu'elle a pris en outre à sa convenance un jour ouvré de congé le 3 novembre 2005, ce qui représente au moins 6 jours ouvrables en dehors de la période du 1er mai au 31 octobre 2005, ce qui lui ouvre droit à 2 jours de congé supplémentaire de fractionnement;
- que sur les congés payés acquis du 1er juin 2005 au 31 mai 2006, Mme [W] [T] a pris 6 jours ouvrés de congés payés en dehors de la période du 1er mai au 31 octobre 2006 en raison de la fermeture de l'entreprise pour la fête de Pessah du jeudi 13 avril au vendredi 21 avril 2006 (étant précisé que le lundi de Pâques 17 avril 2006 était un jour férié), et a pris en outre à sa convenance deux jours ouvrés de congé payés les 6 et 7 novembre 2006, ce qui représente au moins 6 jours ouvrables en dehors de la période du 1er mai au 31 octobre 2006 ce qui lui ouvre droit à 2 jours de congé supplémentaire de fractionnement;
- que sur les congés payés acquis du 1er juin 2006 au 31 mai 2007, Mme [W] [T], qui avait épuisé ses droits à congés payés acquis antérieurement, a pris 5 jours ouvrés de congés payés avant la période du 1er mai au 31 octobre 2007 en raison de la fermeture de l'entreprise pour la fête de Pessah du mardi 3 au mardi 10 avril 2007 (étant précisé que le lundi de Pâques 9 avril 2007 était un jour férié) et a pris en outre au moins 6 jours ouvrés de congés payés à sa convenance en novembre et décembre 2007, ce qui représente au moins 6 jours ouvrables en dehors de la période du 1er mai au 31 octobre 2007, ce qui lui ouvre droit à 2 jours de congé supplémentaire de fractionnement ;
- que sur les congés payés acquis du 1er juin 2007 au 31 mai 2008, Mme [W] [T], qui avait épuisé ses droits à congés payés acquis antérieurement, a pris 5 jours ouvrés de congés payés en dehors de la période du 1er mai au 31 octobre 2008 en raison de la fermeture de l'entreprise pour la fête de Pessah du dimanche 20 au dimanche 27 avril 2008 et 15 jours ouvrés (correspondant à 23 jours ouvrables) de congé payés à sa convenance du lundi 8 au dimanche 28 décembre 2008, ce qui représente au moins 6 jours ouvrables en dehors de la période du 1er mai au 31 octobre 2008, ce qui lui ouvre droit à 2 jours de congé supplémentaire de fractionnement;
- que sur les congés payés acquis du 1er juin 2008 au 31 mai 2009, Mme [W] [T], qui avait épuisé ses droits à congés payés acquis antérieurement, a pris 5 jours ouvrés de congés payés en dehors de la période du 1er mai au 31 octobre 2009 en raison de la fermeture de l'entreprise pour la fête de Pessah du jeudi 9 au jeudi 16 avril 2009 (étant précisé que le lundi de Pâques 9 avril 2007 était un jour férié), ce qui représente au moins 6 jours ouvrables en dehors de la période du 1er mai au 31 octobre 2008, ce qui lui ouvre droit à 2 jours de congé supplémentaire de fractionnement;
- que les congés payés acquis par Mme [W] [T] du 1er juin 2009 au 31 mai 2010 n'ont pas donné lieu à fractionnement. La société Sofrabrick ne pouvait priver la salariée de son droit au paiement des jours de congés supplémentaires dus en cas de fractionnement du congé principal, en qualifiant arbitrairement et unilatéralement a posteriori de cinquième

semaine de congés payés, les congés imputés par elle sur la période de fermeture de l'établissement pour la fête de Pessah, dès lors qu'en avril 2005, à la date de cette fermeture, la salariée, présente depuis 10 mois dans l'entreprise, n'avait pas encore acquis de droits à une cinquième semaine de congés payés, qu'en avril 2006, avril 2007, avril 2008 et avril 2009, elle avait épuisé les droits correspondant aux congés payés acquis antérieurement, y compris ceux correspondant à la cinquième semaine de congés payés, et qu'en tout état de cause, aucune décision n'avait été prise par l'employeur fixant la période à laquelle serait prise la cinquième semaine de congés payés.

Il s'en déduit, eu égard aux six jours ouvrables de congé pris en dehors de la période du 1^{er} mai au 31 octobre pendant cinq ans, que la salariée a été abusivement privée de dix jours de congé supplémentaire de fractionnement. Il convient toutefois d'infirmier le jugement entrepris en ce qu'il a alloué à la salariée la somme de 962 euros à titre de dommages et intérêts pour privation des 2 jours de congés de congés supplémentaires de fractionnement et, au vu du nombre de jours de congés supplémentaires en cause et du montant de l'indemnité de congés payés s'y rapportant que la salariée aurait perçue à ce titre, de condamner la société Sofrabrick à payer Mme [W] [T] la somme de 683 euros à titre d'indemnité pour privation de jours de congés supplémentaires de fractionnement.

() 5. - Sur les intérêts

La créance d'indemnité pour privation de jours de congé supplémentaire pour fractionnement sera productive d'intérêts au taux légal à compter de la date à laquelle elle a été réclamée en cours d'instance.

La créance de dommages-intérêts pour privation d'un congé principal continu de 24 jours ouvrables sera productives d'intérêts au taux légal à compter du présent arrêt.

Il y a lieu d'ordonner la capitalisation des intérêts dans les conditions de l'article 1154 du code civil à compter de la date de la demande de capitalisation faite.

5 - Sur les dépens et les frais irrépétibles

Il sera statué sur les dépens et les frais irrépétibles dans les termes du dispositif. » ;

1°) ALORS QU'il résulte de l'article L. 3141-19, dernier alinéa, du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, que le salarié peut donner son accord individuel pour renoncer à l'octroi de jours de congés supplémentaires en raison du fractionnement de la prise des congés ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a retenu qu'il était constant que le contrat de travail de la salariée stipulait que la société étant sous consistoire israélite, les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses étaient obligatoirement décomptés des congés payés (arrêt p. 8 § 4) ; que cette stipulation relevée par l'arrêt valait renonciation de la salariée à l'octroi de congés supplémentaires du fait du fractionnement des congés qui découlait de la fermeture de l'entreprise lors des fêtes religieuses juives ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble l'article 1134 du code civil, devenu les articles 1103 et 1104 du code civil ;

2°) ALORS QUE le salarié ne peut cumuler deux avantages ayant le même objet ou la même cause, le plus favorable d'entre eux pouvant seul être accordé ; que la détermination du régime le plus favorable s'apprécie globalement ; qu'en l'espèce, la société Sofrabrick faisait valoir, preuves à l'appui (productions n° 8 à 10), qu'il existait en son sein un usage, plus favorable que le régime légal, consistant à permettre aux salariés, pour la plupart d'origine étrangère, de cumuler leurs congés d'une année sur l'autre afin de pouvoir bénéficier de périodes de congés plus longues et ainsi pouvoir se rendre dans leur pays d'origine, ces congés cumulés figurant sur les bulletins de paie avec possibilité pour les salariés d'en être rémunérées sous la forme d'une indemnité de congés payés en cas de rupture du contrat hors faute lourde, les salariés ayant en outre la possibilité de prendre leurs congés avant même de les avoir acquis et de demander à la société d'en être réglés en avance afin de leur permettre de payer leur billet d'avion (cf. les conclusions de l'exposante p. 14) ; qu'en se bornant à relever que la salariée avait été privée des deux jours de congés supplémentaires de fractionnement auxquels elle avait droit en application de l'ancien article L. 223-8 du code du travail, devenu les articles L. 3141-18 à L. 3141-20 du code du travail, dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'usage mis en place dans l'entreprise, emportait-il une telle privation, n'en restait pas moins globalement plus favorable, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe de faveur, ensemble l'article 1134 du code civil, devenu les articles 1103 et 1104 du code civil ;

3°) ALORS QUE le juge doit respecter l'objet du litige tel que déterminé par les prétentions respectives des parties ; que dans ses écritures, la salariée n'opposait aucun moyen aux développements de l'employeur tirés de ce que les congés qu'elle avait pris en dehors de la période légale correspondaient aux congés dus au-delà de 24 jours, soit la cinquième semaine, ce qui n'ouvrait pas droit à des jours de congés supplémentaires ; que pour dire que l'employeur ne pouvait

pas « arbitrairement et unilatéralement » qualifier a posteriori de cinquième semaine de congés payés les congés imputés par lui sur la période de fermeture de l'établissement pour la fête de Pessah, la cour d'appel a relevé que la salariée, arrivée dans l'entreprise en cours d'année, n'avait pas encore acquis en 2005 de droit à une cinquième semaine de congés payés, celle-ci ayant épuisé ses droits à ce titre lors de certaines années et qu'en tout état de cause, aucune décision n'avait été prise par l'employeur fixant la période au cours de laquelle serait prise la cinquième semaine de congés payés ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui a méconnu les limites du litige, a violé l'article 4 du code de procédure civile ;

4°) ALORS QUE le juge, qui doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction, ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ; qu'en relevant d'office les moyens pris, d'une part, de ce que l'employeur ne pouvait « arbitrairement et unilatéralement » qualifier a posteriori de cinquième semaine de congés payés les congés imputés par lui sur la période de fermeture de l'établissement pour la fête de Pessah au regard des droits non-acquis ou épuisés à ce titre, selon les années, par la salariée et d'autre part qu'aucune décision n'avait été prise par l'employeur fixant la période au cours de laquelle serait prise la cinquième semaine de congés payés, la cour d'appel qui n'a pas provoqué les observations des parties sur chacun de ces points, a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

5°) ALORS QUE le fractionnement de la cinquième semaine de congés payés n'entrant pas dans les prévisions des articles L. 3141-18 à L. 3141-20 du code du travail, dans leur rédaction applicable en la cause, l'employeur peut librement le mettre en oeuvre ; qu'en relevant que l'employeur ne pouvait qualifier de cinquième semaine de congés payés les congés imputés par lui sur la période de fermeture de l'établissement pour la fête de Pessah, compte tenu des droits non-acquis ou épuisés à ce titre, selon les années, par la salariée et de l'absence de décision prise par lui fixant la période au cours de laquelle serait prise la cinquième semaine de congés payés dans l'entreprise, la cour d'appel a violé, par fausse application, les articles susvisés ;

6°) ALORS QUE les juges ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont fournis par les parties au soutien de leurs prétentions ; qu'en l'espèce, la société Sofrabrick produisait diverses pièces établissant que les périodes de fermeture de l'entreprise étaient connues des salariés moins de deux mois avant l'ouverture de la période de prise des congés payés par l'affichage, tout au long de l'année, du tableau annuel des fêtes juives (cf. productions n° 5 à 7) ; qu'en affirmant qu'aucune décision n'avait été prise par l'employeur fixant la période au cours de laquelle serait prise la cinquième semaine de congés payés dans l'entreprise, sans s'expliquer sur aucune de ces pièces, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile. Moyens produits par la SCP Gatineau, Fattaccini et Rebeyrol, avocat aux Conseils, pour la société Sofrabrick, demanderesse au pourvoi n° G 20-14.393

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société Sofrabrick à payer au salarié la somme de 1 000 euros à titre dommages-intérêts pour privation d'un congé principal continu de 24 jours ouvrables, avec intérêts au taux légal à compter de l'arrêt, d'AVOIR ordonné la capitalisation des intérêts dans les conditions de l'article 1154 ancien du code civil, à compter de la date de la demande de capitalisation, d'AVOIR condamné la société Sofrabrick à payer au salarié la somme de 300 euros à titre d'indemnité pour les frais irrépétibles exposés en cause d'appel, en sus de la somme de 200 euros allouée par le conseil de prud'hommes pour les frais irrépétibles exposés en première instance, d'AVOIR débouté la société Sofrabrick de ses demandes d'indemnités fondée sur l'article 700 du code de procédure civile pour les frais irrépétibles exposés en cause d'appel et d'AVOIR condamné la société Sofrabrick aux dépens d'appel ;

AUX MOTIFS QUE « 1 - Sur la demande de dommages-intérêts pour privation du congé annuel légal :

L'article L. 233-8 ancien du code du travail, applicable durant la relation de travail, dispose :

« Le congé payé ne dépassant pas douze jours ouvrables doit être continu. La durée des congés pouvant être pris en une seule fois ne peut excéder vingt-quatre jours ouvrables. Il peut être dérogé individuellement à cette disposition pour ceux des salariés qui justifient de contraintes géographiques particulières.

Le congé principal d'une durée supérieure à douze jours ouvrables et au plus égale à vingt-quatre jours ouvrables peut

être fractionné par l'employeur avec l'agrément du salarié. Dans ce cas, une fraction doit être au moins de douze jours ouvrables continus compris entre deux jours de repos hebdomadaire.

Cette fraction doit être attribuée pendant la période du 1er mai au 31 octobre de chaque année. Les jours restant dus peuvent être accordés en une ou plusieurs fois en dehors de cette période. Il est attribué deux jours ouvrables de congé supplémentaire lorsque le nombre de jours de congé pris en dehors de cette période est au moins égal à six et un seul lorsqu'il est compris entre trois et cinq jours. Les jours de congé principal dus en sus de vingt-quatre jours ouvrables ne sont pas pris en compte pour l'ouverture du droit à ce supplément.

Des dérogations peuvent être apportées aux dispositions de l'alinéa précédent soit après accord individuel du salarié, soit par convention collective ou accord collectif d'établissement.

Lorsque le congé s'accompagne de la fermeture de l'établissement, le fractionnement peut être effectué par l'employeur sur avis conforme des délégués du personnel ou à défaut de délégués, avec l'agrément des salariés. »

La convention collective nationale des industries alimentaires diverses en vigueur jusqu'au 31 mai 2013, qui est mentionnée sur les bulletins de salaire des salariés et dont les articles 22 et 23 ont été annexées au projet de licenciement collectif pour motif économique soumis au comité d'entreprise pour information et consultation le 26 janvier 2010, prévoit que pour tout ce qui concerne les congés payés annuels, les parties signataires se réfèrent à la réglementation en vigueur. Il en est d'ailleurs de même de la convention collective nationale pour les industries de produits alimentaires élaborés invoquée par l'employeur.

Le contrat de travail du salarié stipule qu'il a droit à des congés payés selon les dispositions de la convention collective de produits alimentaires (sans autre précision) et que la société étant sous contrôle du consistoire israélite, les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses seront obligatoirement décomptés des congés payés.

Le jour de la fête de [F] [E] est toutefois considéré par l'employeur comme un jour férié chômé et payé.

Les dates de fermeture de l'entreprise, lors des autres fêtes religieuses ont été, durant la période d'emploi de M. [N] [N], du 21 juin 2004 au 12 mars 2007, les suivantes :

En 2004,

- du jeudi 16 septembre au vendredi 17 septembre (Roch ha-chanah),
- du jeudi 30 septembre au vendredi 1er octobre (Soukkot),
- du jeudi 7 octobre au vendredi 8 octobre (Simhat Torah)

soit 6 jours ouvrés au total;

En 2005,

- du dimanche 24 avril au dimanche 1er mai (Pessah),
- du lundi 13 au mardi 14 juin (Chavouot),
- du mardi 4 au mercredi 5 octobre (Roch ha-chanah),
- du mardi 18 au mercredi 19 octobre (Soukkot),
- du mardi 25 au mercredi 26 octobre (Simhat Torah),

soit 13 jours ouvrés,

En 2006,

- du jeudi 13 au jeudi 20 avril (Pessah), période comportant le lundi de Pâques férié,
- du vendredi 2 au samedi 3 juin (Chavouot),
- du samedi 23 au dimanche 24 septembre (Roch ha-chaman),
- du samedi 7 au dimanche 8 octobre (Soukkot),
- du samedi 14 au dimanche 15 octobre (Simhat Torah),

soit 6 jours ouvrés ;

Selon ses bulletins de salaire, dont les mentions ne sont pas contestées, M. [N] [N] :

- a acquis 24,96 jours de congés payés du 21 juin 2004 au 31 mai 2005, arrondis à 25, 24,92 jours ouvrés de congés payés du 1er juin 2005 au 31 mai 2006, arrondis à 25, et 18,72 euros ouvrés de congés payés du 1er juin 2006 au 12 mars 2007, date de son départ de l'entreprise ;

- a vu ses congés payés décomptés comme suit :

- 2 jours ouvrés le jeudi 16 et le vendredi 17 septembre 2004, correspondant à la fermeture de l'entreprise pour la fête de Roch [F],
- 2 jours ouvrés le jeudi 30 septembre et le vendredi 1er octobre 2004, correspondant à la fermeture de l'entreprise pour la fête de Souccoth,
- 2 jours ouvrés le jeudi 7 octobre et le vendredi 8 octobre 2004, correspondant à la fermeture de l'entreprise, pour la fête de Sim'hat Tora,

- 5 jours ouvrés durant la fermeture de l'entreprise pour la fête de Pessah du dimanche 24 avril au dimanche 1er mai 2005, correspondant à 6 jours ouvrables,
- 2 jours ouvrés le lundi 13 et le mardi 14 juin 2005, correspondant à la fermeture de l'entreprise pour la fête de Chavouot
- 2 jours ouvrés le mardi 4 et le mercredi 5 octobre 2005, correspondant à la fermeture de l'entreprise pour la fête de Roch [F],
- 2 jours ouvrés le mardi 18 et le mercredi 19 octobre 2005, correspondant à la fermeture de l'entreprise pour la fête de Souccot,
- 2 jours ouvrés le mardi 25 et le mercredi 26 octobre 2005 correspondant à la fermeture de l'entreprise pour la fête de Sim'hat Tora,
- 1 jour ouvré le lundi 14 novembre 2005, hors période de fermeture de l'entreprise,
- 6 jours ouvrés durant la fermeture de l'entreprise pour la fête de Pessah du jeudi 13 avril au vendredi 21 avril 2006 (étant précisé que le lundi de Pâques 17 avril 2006 était un jour férié), correspondant à 7 jours ouvrables,
- 1 jour ouvré durant la fermeture de l'entreprise pour la fête de Chavouot du vendredi 2 juin au samedi juin 2006, correspondant à 2 jours ouvrables,
- 1 jour ouvré le lundi 23 octobre 2006, hors période de fermeture de l'entreprise,
- a bénéficié d'une indemnité compensatrice de congés payés de 2 352,65 euros brut pour 40,72 jours ouvrés de congés payés non pris à son départ de l'entreprise.

Le salarié fait valoir qu'il a été irrégulièrement privé par l'employeur de la possibilité de prendre un congé de 24 jours ouvrables continus entre le 31 mai et le 1er octobre de chaque année.

Les congés payés acquis du 1er juin de l'année N-1 au 31 mai de l'année N doivent en principe être pris entre le 1er mai et le 31 octobre de l'année N et, à défaut, jusqu'au 30 avril de l'année N-H.

Il résulte du texte précité que si le congé principal d'une durée supérieure à douze jours ouvrables et au plus égale à vingt-quatre jours ouvrables peut être fractionné par l'employeur, c'est avec l'agrément du salarié, étant précisé que, dans ce cas, une fraction d'au moins de douze jours ouvrables continus compris entre deux jours de repos hebdomadaire doit être attribuée pendant la période du 1er mai au 31 octobre de chaque année et qu'en outre, lorsque le congé s'accompagne comme en l'espèce de la fermeture de l'établissement, le fractionnement ne peut être effectué par l'employeur que sur avis conforme des délégués du personnel dont l'entreprise est dotée.

La stipulation du contrat de travail selon laquelle la société étant sous contrôle du consistoire israélite, les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses seront obligatoirement décomptés des congés payés, qui n'énonce pas la liste de ces fêtes et leur durée, indépendamment de leur date qui varie chaque année, n'est pas suffisamment précise pour valoir agrément du salarié au fractionnement de son congé principal.

De plus, alors que le fractionnement du congé principal imposé au salarié du fait de la fermeture de l'entreprise lors des fêtes religieuses, ne peut être réalisé par l'employeur que sur avis conforme des délégués du personnel, dont la consultation en tant qu'institution représentative du personnel ne peut être éludée au motif que chaque salarié de l'entreprise, y compris les salariés titulaires d'un mandat électif, ont accepté, à titre individuel, aux termes de leur contrat de travail, que les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses seront obligatoirement décomptés des congés payés, la société Sofrabrick ne justifie pas d'un avis conforme exprès des délégués du personnel.

En revanche, le salarié avait la possibilité, s'il le souhaitait, d'exercer effectivement son droit à une fraction de congé annuel d'au moins douze jours ouvrables continus compris entre deux jours de repos hebdomadaire entre le 1er mai 2005 et le 31 octobre 2005, et entre le 1er mai 2006 et le 31 octobre 2006, sous réserve, pour l'année 2005 uniquement, compte tenu des 7 jours ouvrés de fermeture de septembre 2004 et d'avril 2005, d'adjoindre 6 jours ouvrés de congés payés (lundi 17, jeudi 20, vendredi 21, lundi 24, jeudi 27 et vendredi octobre 2005) aux fêtes religieuses des mardi 18 et mercredi 19 octobre 2005 et des mardi 25 et mercredi 26 octobre 2005. Il est dès lors mal fondé à prétendre avoir été privé d'un repos minimal continu d'une durée suffisante pour permettre de préserver sa santé.

Le non-respect des dispositions légales relatives au fractionnement du congé principal a toutefois causé au salarié, irrégulièrement empêché de bénéficier d'un repos continu de 24 jours ouvrables rémunéré du 1er mai au 31 octobre mieux à même de préserver sa vie familiale, en lui permettant de rejoindre dans de bonnes conditions sa famille à l'étranger, un préjudice que la cour fixe à la somme de 1 000 euros. Il convient en conséquence d'infirmier le jugement entrepris et de condamner la société Sofrabrick à payer ladite somme à M. [N] [N] à titre de dommages-intérêts.

() 5. - Sur les intérêts

La créance d'indemnité pour privation de jours de congé supplémentaire pour fractionnement sera productive d'intérêts

au taux légal à compter de la date à laquelle elle a été réclamée en cours d'instance.

La créance de dommages-intérêts pour privation d'un congé principal continu de 24 jours ouvrables sera productive d'intérêts au taux légal à compter du présent arrêt.

Il y a lieu d'ordonner la capitalisation des intérêts dans les conditions de l'article 1154 du code civil à compter de la date de la demande de capitalisation faite.

5 - Sur les dépens et les frais irrépétibles

Il sera statué sur les dépens et les frais irrépétibles dans les termes du dispositif. » ;

1°) ALORS QU'en application de l'article L. 233-8, alinéa 2, ancien du code du travail (devenu l'article L. 3141-18 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016), lorsque le congé principal est d'une durée supérieure à douze jours ouvrables et au plus égale à 24 jours ouvrables, il peut être fractionné par l'employeur avec l'accord du salarié ; que si l'acceptation par le salarié doit être expresse et ne peut résulter de la seule exécution du contrat de travail sans contestation, cette acceptation peut se prouver par tous moyens ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a retenu qu'il était constant que le contrat de travail du salarié stipulait que la société étant sous contrôle du consistoire israélite, les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses seraient obligatoirement décomptés des congés payés (arrêt p. 4 § 5) ; qu'en jugeant que faute de préciser la liste des fêtes concernées et leur durée dont la date variait chaque année, cette stipulation relevait par elle n'était pas suffisamment précise pour valoir agrément du salarié au fractionnement de son congé principal, lorsqu'il en résultait l'expression par ce dernier d'une volonté claire et non équivoque de voir toutes les fêtes juives décomptées de ses congés payés et donc son accord au fractionnement desdits congés qui en découlait, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, devenu les articles 1103 et 1104 du code civil ;

2°) ALORS QUE lorsque le congé s'accompagne de la fermeture de l'établissement, le fractionnement peut être réalisé par l'employeur sur avis conforme des délégués du personnel ou, à défaut, avec l'agrément des salariés ; que ces conditions sont alternatives ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a retenu qu'il était constant que le contrat de travail du salarié stipulait que la société étant sous contrôle du consistoire israélite, les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses seraient obligatoirement décomptés des congés payés (arrêt p. 4 § 5) ; qu'en jugeant qu'en tout état de cause, l'employeur ne justifiait pas d'un avis conforme exprès des délégués du personnel, lorsque les mentions du contrat de travail relevées par l'arrêt, qui valaient agrément du salarié au fractionnement de ses congés payés, avec fermeture de l'entreprise, autorisaient en elles-mêmes le recours à une telle pratique, la cour d'appel a violé l'article L. 233-8, alinéa 5, ancien du code du travail, devenu l'article L. 3141-20 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ;

3°) ALORS QUE lorsque le congé s'accompagne de la fermeture de l'établissement, le fractionnement peut être réalisé par l'employeur sur avis conforme des délégués du personnel ; que l'accord individuellement donné par tous les salariés, y compris ceux titulaires d'un mandat électif, à voir les fêtes juives décomptées de leurs congés payés vaut avis conforme de ces derniers au fractionnement des congés payés ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 233-8, alinéa 5, ancien du code du travail, devenu l'article L. 3141-20 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, ensemble l'article 1134 du code civil, devenu les articles 1103 et 1104 du code civil.

SECOND MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société Sofrabrick à payer au salarié la somme de 348,29 euros à titre d'indemnité pour privation de jours de congés supplémentaires de fractionnement, avec intérêts au taux légal à compter du 25 avril 2012, date où la demande a été formulée, d'AVOIR ordonné la capitalisation des intérêts dans les conditions de l'article 1154 ancien du code civil à compter de la date de la demande de capitalisation, d'AVOIR condamné la société Sofrabrick à payer au salarié la somme de 300 euros à titre d'indemnité pour les frais irrépétibles exposés en cause d'appel, en sus de la somme de 200 euros allouée par le conseil de prud'hommes pour les frais irrépétibles exposés en première instance, d'AVOIR débouté la société Sofrabrick de ses demandes d'indemnités fondée sur l'article 700 du code de procédure civile pour les frais irrépétibles exposés en cause d'appel et d'AVOIR condamné la société Sofrabrick aux dépens d'appel ;

AUX MOTIFS QUE « 4. Sur le bien-fondé de la demande d'indemnité pour privation de jours de congés supplémentaires

de fractionnement :

M. [N] [N] fait valoir qu'il n'a pas bénéficié de 2 jours supplémentaires de fractionnement et sollicite à ce titre une indemnité de 1 421 euros. L'employeur soutient que ces 2 jours supplémentaires de fractionnement ne lui sont pas dus, leurs conditions d'attribution n'étant pas réunies.

En l'absence de dérogation conventionnelle, le droit aux jours de congés supplémentaires prévu par l'article L. 223-8 ancien du code du travail naît du seul fait du fractionnement, que ce soit le salarié ou l'employeur qui en ait pris l'initiative et la renonciation du salarié à ce droit ne se présume pas.

Le contrat de travail qui prévoit que les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses seront obligatoirement décomptés des congés payés, n'emporte pas renonciation du salarié à son droit à des jours de congés supplémentaires pour le fractionnement du congé principal qui en résulte.

Il a été ci-dessus établi :

- qu'au cours de la période du 21 juin 2004 au 30 avril 2005, la société Sofrabrick a imposé à M. [N] [N], en raison de la fermeture de l'entreprise, de prendre 6 jours ouvrables de congés payés du dimanche 24 avril au dimanche 1er mai 2005, par anticipation sur les congés payés acquis au 31 mai 2005 ;

- qu'au cours de la période du 1er mai 2005 au 30 avril 2006, M. [N] [N] a pris à son initiative un jour ouvrable de congé le 14 novembre 2005 et que la société Sofrabrick lui a imposé, en raison de la fermeture de l'entreprise, de prendre 7 jours ouvrables de congés payés du jeudi 13 avril au vendredi 21 avril 2006 (étant précisé que le lundi de Pâques 17 avril 2006 était un jour férié) ;

- qu'au cours de la période du 1er mai 2006 au 12 mars 2007, date de son départ de l'entreprise, M. [N] [N] n'a pas pris de jour ouvrable de congés payés en dehors de la période du 1er mai au 31 octobre.

La société Sofrabrick ne pouvait priver le salarié de son droit au paiement des jours de congés supplémentaires dus eu cas de fractionnement du congé principal, en qualifiant arbitrairement et unilatéralement a posteriori de cinquième semaine de congés payés, les congés imputés par elle sur la période de fermeture de l'établissement en dehors de la période du 1er mai au 31 octobre de chaque année, dès lors qu'au 24 avril 2005, à la date de cette fermeture, le salarié, présent depuis 10 mois dans l'entreprise, n'avait pas encore acquis de droits correspondant à une cinquième semaine de congés payés, qu'en avril 2006, il avait épuisé avant la fin de la période de fermeture, les droits correspondant aux congés payés acquis au titre de la période du 21 juin 2004 au 31 mai 2005, de sorte que l'employeur lui a imposé un jour de congé par anticipation sur les congés acquis du 1er juin 2005 au 31 mai 2006, et qu'en tout état de cause, il n'est justifié d'aucune décision prise par l'employeur fixant la période à laquelle serait prise la cinquième semaine de congés payés

Il s'en déduit, eu égard aux six jours ouvrables de congé pris par le salarié en dehors de la période du 1er mai au 31 octobre, tant en 2005 qu'en 2006 que celui-ci a été abusivement privé de quatre jours de congé supplémentaire de fractionnement.

Il convient toutefois d'infirmier le jugement entrepris en ce qu'il a alloué au salarié la somme de 1 421 euros à titre d'indemnité pour privation des 2 jours de congés supplémentaires de fractionnement et compte-tenu du nombre limité de jours de congé supplémentaire dont l'intéressé a été privé, de condamner la société Sofrabrick à payer à ce titre à M. [N] [N] la somme de 348,29 euros.

() 5. - Sur les intérêts

La créance d'indemnité pour privation de jours de congé supplémentaire pour fractionnement sera productive d'intérêts au taux légal à compter de la date à laquelle elle a été réclamée en cours d'instance.

La créance de dommages-intérêts pour privation d'un congé principal continu de 24 jours ouvrables sera productive d'intérêts au taux légal à compter du présent arrêt.

Il y a lieu d'ordonner la capitalisation des intérêts dans les conditions de l'article 1154 du code civil à compter de la date de la demande de capitalisation faite.

5 - Sur les dépens et les frais irrépétibles

Il sera statué sur les dépens et les frais irrépétibles dans les termes du dispositif. » ;

1°) ALORS QU' il résulte de l'article L. 223-8, alinéa 4, ancien du code du travail (devenu l'article L. 3141-19, dernier alinéa, du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016), que le salarié peut donner son accord individuel pour renoncer à l'octroi de jours de congés supplémentaires en raison du fractionnement de la prise des congés ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a relevé qu'il était constant que le contrat de travail du salarié stipulait que la société étant sous contrôle du consistoire israélite, les jours de fermeture exceptionnelle liés aux fêtes religieuses seraient obligatoirement décomptés des congés payés (cf. arrêt p. 7 § 1) ; que cette stipulation relevée par l'arrêt valait

renonciation du salarié à l'octroi de congés supplémentaires du fait du fractionnement des congés qui découlait de la fermeture de l'entreprise lors des fêtes religieuses juives ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble l'article 1134 du code civil, devenu les articles 1103 et 1104 du code civil ;

2°) ALORS QUE le salarié ne peut cumuler deux avantages ayant le même objet ou la même cause, le plus favorable d'entre eux pouvant seul être accordé ; que la détermination du régime le plus favorable s'apprécie globalement ; qu'en l'espèce, la société Sofrabrick faisait valoir, preuves à l'appui (productions n° 8 à 10), qu'il existait en son sein un usage, plus favorable que le régime légal, consistant à permettre aux salariés, pour la plupart d'origine étrangère, de cumuler leurs congés d'une année sur l'autre afin de pouvoir bénéficier de périodes de congés plus longues et ainsi pouvoir se rendre dans leur pays d'origine, ces congés cumulés figurant sur les bulletins de paie avec possibilité pour les salariés d'en être rémunérées sous la forme d'une indemnité de congés payés en cas de rupture du contrat hors faute lourde, les salariés ayant en outre la possibilité de prendre leurs congés avant même de les avoir acquis et de demander à la société d'en être réglés en avance afin de leur permettre de payer leur billet d'avion (cf. les conclusions de l'exposante p. 14) ; qu'en se bornant à relever que le salarié avait été privé des deux jours de congés supplémentaires de fractionnement auxquels il avait droit en application de l'ancien article L. 223-8 du code du travail, devenu les articles L. 3141-18 à L. 3141-20 du code du travail, dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'usage mis en place dans l'entreprise, emportait-il une telle privation, n'en restait pas moins globalement plus favorable, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe de faveur, ensemble l'article 1134 du code civil, devenu les articles 1103 et 1104 du code civil ;

3°) ALORS QUE le juge doit respecter l'objet du litige tel que déterminé par les prétentions respectives des parties ; que dans ses écritures, le salarié n'opposait aucun moyen aux développements de l'employeur tirés de ce que les congés qu'il avait pris en dehors de la période légale correspondaient aux congés dus au-delà de 24 jours, soit la cinquième semaine, ce qui n'ouvrait pas droit à des jours de congés supplémentaires ; que pour dire que l'employeur ne pouvait pas « arbitrairement et unilatéralement » qualifier a posteriori de cinquième semaine de congés payés les congés imputés par lui sur la période de fermeture de l'établissement pour la fête de Pessah, la cour d'appel a relevé que le salarié, arrivé dans l'entreprise en cours d'année, n'avait pas encore acquis en 2005 de droit à une cinquième semaine de congés payés, celui-ci ayant épuisé ses droits à ce titre l'année suivante et qu'en tout état de cause, aucune décision n'avait été prise par l'employeur fixant la période au cours de laquelle serait prise la cinquième semaine de congés payés ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui a méconnu les limites du litige, a violé l'article 4 du code de procédure civile ;

4°) ALORS QUE le juge, qui doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction, ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ; qu'en relevant d'office les moyens pris, d'une part, de ce que l'employeur ne pouvait « arbitrairement et unilatéralement » qualifier a posteriori de cinquième semaine de congés payés les congés imputés par lui sur la période de fermeture de l'établissement pour la fête de Pessah au regard des droits non-acquis ou épuisés à ce titre, selon les années, par le salarié et d'autre part qu'aucune décision n'avait été prise par l'employeur fixant la période au cours de laquelle serait prise la cinquième semaine de congés payés, la cour d'appel qui n'a pas provoqué les observations des parties sur chacun de ces points, a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

5°) ALORS QUE le fractionnement de la cinquième semaine de congés payés n'entrant pas dans les prévisions de l'article L. 223-8, devenu les articles L. 3141-18 à L. 3141-20 du code du travail, dans leur rédaction applicable en la cause, l'employeur peut librement le mettre en oeuvre ; qu'en relevant que l'employeur ne pouvait qualifier de cinquième semaine de congés payés les congés imputés par lui sur la période de fermeture de l'établissement pour la fête de Pessah, compte tenu des droits non-acquis ou épuisés à ce titre, selon les années, par le salarié et de l'absence de décision prise par lui fixant la période au cours de laquelle serait prise la cinquième semaine de congés payés dans l'entreprise, la cour d'appel a violé, par fausse application, les articles susvisés ;

6°) ALORS QUE les juges ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont fournis par les parties au soutien de leurs prétentions ; qu'en l'espèce, la société Sofrabrick produisait diverses pièces établissant que les périodes de fermeture de l'entreprise étaient connues des salariés moins de deux mois avant l'ouverture de la période de prise des congés payés par l'affichage, tout au long de l'année, du tableau annuel des fêtes juives (cf. productions n° 5 à 7) ; qu'en affirmant qu'aucune décision n'avait été prise

par l'employeur fixant la période au cours de laquelle serait prise la cinquième semaine de congés payés dans l'entreprise, sans s'expliquer sur aucune de ces pièces, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.