

**Cour de cassation**

**chambre sociale**

**Audience publique du 17 octobre 2012**

**N° de pourvoi: 11-18599**

Publié au bulletin

**Cassation partielle**

**M. Lacabarats (président), président**

Me Balat, Me Blondel, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Sur le moyen relevé d'office, après avis donné aux parties :

Vu le principe selon lequel l'annulation d'un acte administratif implique que cet acte est réputé n'être jamais intervenu, et les articles L. 212-1 et L. 212-5, devenus L. 3121-10 et L. 3121-22 du code du travail, dans leur rédaction applicable au litige ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X... a été engagée le 9 mai 2006 en qualité d'employée polyvalente par la société HPF Marseille aéroport, dont l'activité relève de la convention collective nationale des hôtels, cafés, restaurants du 30 avril 1997 ; qu'elle a été licenciée le 6 juin 2006 ; qu'elle a saisi la juridiction prud'homale notamment d'une demande en paiement d'un rappel de salaire au titre des heures supplémentaires accomplies entre la trente sixième et la trente neuvième heure hebdomadaire ;

Attendu que pour rejeter cette demande, l'arrêt, après avoir relevé que l'intéressée soutenait avoir travaillé quarante trois heures et avoir été rémunérée pour trente cinq heures, retient que, pour la période considérée, les salariés des hôtels, cafés et restaurants étaient soumis à un horaire de trente neuf heures par semaine suivant décret du 30 décembre 2004, décret annulé par arrêt du Conseil d'Etat du 18 octobre 2006, que, toutefois, une période transitoire avait été prévue du 1er janvier 2005 au 31 janvier 2007 durant laquelle les majorations pour heures supplémentaires entre la trente sixième et la trente neuvième heure étaient dues sous forme de congés payés, que l'ancienneté de la salariée étant inférieure à un mois, celle-ci ne pouvait en tout état de cause bénéficier d'une telle mesure ;

**Attendu, cependant, qu'à la suite de l'annulation du décret n° 2004-1536 du 30 décembre 2004 et de l'arrêté ministériel du même jour par le Conseil d'Etat (CE 18 octobre 2006, Req n° 276359), sont applicables, pour la période allant de la date d'entrée en vigueur de ce texte à celle d'entrée en vigueur de l'avenant du 5 février 2007 à la convention collective nationale des hôtels, cafés, restaurants du 30 avril 1997 étendu par arrêté ministériel du 26 mars 2007, et pour les salariés ne répondant pas à la condition d'un mois de travail effectif chez le même employeur induite par l'article 15 de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006, les dispositions des articles L. 212-1 et L. 212-5, devenus L. 3121-10 et L. 3121-22 du code du travail, dans leur rédaction applicable au litige ;**

**Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que la salariée, qui avait travaillé moins d'un mois au sein de la société HPF Marseille aéroport, avait droit à une majoration de salaire au titre des heures supplémentaires pour celles accomplies entre la trente sixième et la trente neuvième heure hebdomadaire, la cour d'appel a violé le principe et les textes susvisés ;**

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il limite aux sommes de 123,46 euros et 12,35 euros les rappels de salaire dus par la société HPF Marseille aéroport au titre des heures supplémentaires et des congés payés afférents, l'arrêt rendu le 3 novembre 2010, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence, autrement composée ;

Condamne la société HPF Marseille aéroport aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société HPF Marseille aéroport à payer à Mme X... la somme de 200 euros et au titre de l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991 à payer à Me Balat la somme de 2 300 euros ;

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

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

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par Me Balat, avocat aux Conseils, pour Mme X...

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir limité la condamnation de la société HPF Marseille

Aéroport à payer à Mlle X... les sommes de 123,46 euros à titre de rappel d'heures supplémentaires et de 12,35 euros au titre des congés payés afférents et d'avoir rejeté le surplus de la demande de la salariée qui sollicitait le paiement des sommes de 240,72 € à titre de rappel d'heures supplémentaires et de 24,07 € au titre des congés payés afférents ;

AUX MOTIFS QUE Mlle X... soutient avoir travaillé quarante trois heures et avoir été rémunérée pour trente cinq heures ; que pour la période considérée, les salariés des hôtels, cafés et restaurants étaient soumis à un horaire de trente neuf heures par semaine suivant décret du 30 décembre 2004, décret annulé par arrêt du Conseil d'Etat en date du 18 octobre 2006 précisant « ce décret est réputé n'être jamais intervenu » ; que toutefois, une période transitoire a été prévue du 1er janvier 2005 au 31 janvier 2007 durant laquelle les majorations pour heures supplémentaires entre la trente sixième et la trente neuvième heure sont dues sous forme de congés payés ; que l'ancienneté de l'intéressé étant inférieure à un mois, celle-ci ne pouvait en tout état de cause bénéficier d'une telle mesure ; que doit en découler la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a débouté Mlle X... de ce chef ; que par ailleurs, les premiers juges ont exactement retenu que les plannings versés aux débats ne mentionnent aucun temps de pause et ont alloué à Mlle X... la somme de 123,46 € à titre de rappel d'heures supplémentaires outre 12,35 € de congés payés y afférents ;

ALORS QU' un salarié ne saurait être privé de rémunération pour les heures de travail qu'il a effectuées ; que dès lors qu'elle constatait, d'une part, qu'il résultait des plannings versés aux débats que Mlle X... avait travaillé au-delà de la durée hebdomadaire de trente-cinq heures (cf. motifs adoptés du jugement entrepris, p. 5 § 8) et, d'autre part, que les heures effectuées par la salariée entre la trente-sixième heure et la trente-neuvième heure ne pouvaient être rémunérées selon le régime de compensation fondé sur l'octroi de congés payés supplémentaires instauré à titre transitoire par la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006, puisque l'ancienneté de Mlle X... était inférieure à un mois et qu'elle ne pouvait bénéficier d'une telle mesure (arrêt attaqué, p. 5 § 9), la cour d'appel devait nécessairement allouer à cette dernière, au titre de ces heures effectivement travaillées et non payées, une rémunération sous une forme monétaire ; qu'en écartant cependant la demande en paiement présentée à ce titre par la salariée, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé l'article L.3211-1 du code du travail et l'article 15 de la loi du 21 décembre 2006.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel d'Aix-en-Provence , du 3 novembre 2010