

**Cour de cassation**

**chambre sociale**

**Audience publique du 9 octobre 2012**

**N° de pourvoi: 11-23167**

Publié au bulletin

**Cassation**

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

SCP Gatineau et Fattaccini, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Sur le moyen unique :

Vu les articles L. 2325-6, L. 2325-7, L. 2315-1, L. 2315-3, L. 2143-13, L. 2143-17, L. 4614-3, L. 4614-6 et R. 1455-7 du code du travail, ensemble l'article L. 3121-24 du même code et l'avenant n° 2 du 2 février 2007 à la convention collective nationale des hôtels, cafés et restaurants ;

Attendu, selon l'ordonnance de référé attaquée, que M. X..., salarié de la société de gérance hôtel West End en qualité de veilleur de nuit, est titulaire de divers mandats représentatifs; qu'à compter du mois de janvier 2011, la société West End a mis en place, en application de l'avenant n° 2 du 2 février 2007 à la convention collective précitée, un repos compensateur de remplacement pour toute heure supplémentaire effectuée au delà de 39 heures par semaine ; que M. X... a saisi le juge des référés pour qu'il soit jugé que le régime du repos compensateur de remplacement n'était pas applicable aux heures de délégation prises en dehors de l'horaire de travail en raison des nécessités du mandat, et obtenir un rappel de salaire ;

Attendu que pour faire droit aux demandes du salarié, le juge des référés, après avoir relevé que depuis le 1er janvier 2011, le salarié n'était plus payé des heures de délégation et qu'il lui était imposé un repos compensateur de remplacement, retient que l'employeur ne pouvait refuser de rémunérer ces heures à l'échéance normale dès lors que les heures de délégation doivent être payées comme heures supplémentaires lorsqu'elles sont prises en dehors de l'horaire de travail en raison des nécessités du mandat ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il avait constaté que l'employeur avait fait application dans l'entreprise à compter du 1er janvier 2011 à tous les salariés de l'avenant n°2 du 2 février 2007 à la convention collective des hôtels, cafés et restaurants prévoyant la possibilité de mettre en oeuvre un repos compensateur de remplacement en compensation des heures supplémentaires, ce dont il résultait que les heures de délégation accomplies par le salarié en dehors de ses horaires de travail pour les nécessités du mandat donnaient lieu à un repos compensateur de remplacement, le juge des référés, qui ne pouvait allouer de

provision en présence d'une contestation sérieuse, a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'ordonnance de référé rendue le 23 juin 2011, entre les parties, par le conseil de prud'hommes de Nice ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ladite ordonnance de référé et, pour être fait droit, les renvoie devant le conseil de prud'hommes de Cannes ;

Condamne M. X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de la société gérance hôtel West End ;

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'ordonnance de référé cassée ;

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

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour la société de gérance hôtel West End

IL EST FAIT GRIEF à l'ordonnance attaquée d'AVOIR condamné la société de gérance Hôtel West End à payer à titre de provision à Monsieur X... la somme de 1.687,32 € au titre de rappel de salaire pour les mois de janvier, février et mars 2011, et à lui délivrer les bulletins de paie rectifiés correspondant, et condamné ladite société à lui payer la somme de 500 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile,

AUX MOTIFS QUE Monsieur Salim X... est employé depuis de nombreuses années en qualité de veilleur de nuit par la Société de GERANCE HOTEL WEST END S.A.S. pour une durée hebdomadaire de 39 heures ; que Monsieur Salim X... a été élu représentant du personnel en 2005 ; que depuis le début de l'année 2011, la Société de GERANCE HOTEL WEST END S.A.S. mettait en pratique une forme d'entrave inédite mais caractérisée qui consiste à transformer les heures de délégations indispensables à l'exercice des missions en repos compensateur, cette pratique ayant eu pour conséquence de priver Monsieur Salim X... du salaire correspondant aux heures de délégation ; que le 25 avril 2008, l'Union Locale CGT de Nice désignait Monsieur Salim X... en qualité de délégué syndical, bénéficiant de 10 heures de délégation par mois ; que le 08 avril 2010, il était élu membre titulaire de la délégation unique du personnel, présenté par le Syndicat CGT collège courriers/employés, bénéficiant de 20 heures de délégation par mois ; qu'avant 2010 Monsieur Salim X... était déjà délégué du Personnel ; que Monsieur Salim X... est également élu au CHSCT ; que le 13 octobre 2010, une réunion du comité d'entreprise était organisée ayant pour ordre du jour entre autres: information et consultation sur le projet de compensation des heures supplémentaires au delà de 169 heures par un repos compensateur de remplacement dont il ressort en ces termes "A compter du 1er janvier 2011, notre entreprise met en place un repos compensateur de remplacement pour toute heure supplémentaire effectuée au delà de 39 heures par semaine." ; que sur ce sujet, LA SOCIETE DE GERANCE HOTEL WEST END S.A.S, produit au débat le procès-verbal du 13 octobre 2010, date à laquelle a été mis à l'ordre du jour l'information et consultation du projet de compensation des heures supplémentaires au delà de 169 heures par un repos compensateur de remplacement ; que le procès verbal produit n'en est pas un, il comporte des annotations de la main de qui?; qu'il s'agit d'un compte rendu ; qu'au surplus y est annexé "un rectificatif au PV de réunion du 13 octobre 2010" signé on ne sait par qui et en quelle qualité? ou des éléments contradictoires sont portés : "Procès-Verbal du 13 octobre 2010 2) Madame Y... émet des réserves sur l'application de ce projet et demande la modulation du temps de travail. Les autres élus demandent l'application du Code du Travail. qu'il y a une irrégularité,

l'information et la consultation ne pouvait avoir lieu en même temps, il n'y a pas eu de délai de réflexion. Rectification au PV réunion 13 octobre 2010 : Madame Y... n'exprime pas de réserves quant au RCR mais demande également la mise en place de la modulation du temps de travail." ; que les deux procès verbaux produits aux débats ne sont pas probants ; que les élus n'ont pas approuvé ; qu'ils sont entachés d'irrégularités, sont nul de fait ; qu'à compter du 1er janvier 2011, Monsieur Salim X... n'était plus payé des heures de délégation et était imposé à un repos compensateur de remplacement ; que vu les dispositions des articles L 2325-6 et L 2325-7 pour le Comité d'entreprise, les dispositions des articles L 2315-1 et L2315-3 pour les délégués du personnel, les dispositions des articles L 2143-13 et L 2143-17 pour les délégués syndicaux, les dispositions des articles L 4614-3 et L 4614-6 pour le CHSCT ; que les heures de délégation sont payées comme temps de travail ; que lorsqu'elles sont prises en dehors de l'horaire de travail, en raison des nécessités du mandat, ces heures doivent être payées comme heures supplémentaires ; que le salarié travaillant de nuit, l'exercice de son mandat implique qu'il effectue des heures de délégation en dehors de son temps de travail ; que Madame l'Inspectrice du travail de la section des Alpes Maritimes, suite aux visites au sein de l'entreprise les 5 août et 3 septembre 2010, par courrier du 9 septembre 2010, écrivait à Monsieur le Directeur de l'Hôtel WEST-END : "Monsieur le Directeur, 1. ALORS QUE toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial ; qu'il en découle que le juge doit motiver sa décision en des termes compatibles avec cette exigence d'impartialité ; qu'en énonçant que « depuis le début de l'année 2011, la Société de GERANCE HOTEL WEST END S.A.S. mettait en pratique une forme d'entrave inédite mais caractérisée qui consiste à transformer les heures de délégations indispensables à l'exercice des missions en repos compensateur, cette pratique ayant eu pour conséquence de priver Monsieur Salim X... du salaire correspondant aux heures de délégation » – termes qui constituent la reprise des conclusions du salarié –, que « l'employeur tente, en effectuant des ponctions sur son salaire, d'entraver l'action au service des salariés de l'entreprise de Monsieur Salim X..., élu efficace et énergique », que « le procès verbal produit n'en est pas un, il comporte des annotations de la main de qui ? ; (...), qu'y est annexé "un rectificatif au PV de réunion du 13 octobre 2010" signé on ne sait par qui et en quelle qualité ? où des éléments contradictoires sont portés », que « malgré la remarque de Madame l'Inspectrice du travail, l'employeur a imposé son projet entaché d'irrégularité », le conseil a statué par des termes qui font naître un doute sur son impartialité et a violé l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; 2. ALORS subsidiairement QUE la formation des référés n'est compétente pour prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour faire cesser un trouble que si celui-ci est manifestement illicite, ce qui suppose un non-respect évident et caractérisé de la règle de droit ; que sa compétence est en revanche exclue en cas de doute sérieux sur le caractère illicite du trouble invoqué ; qu'en l'espèce, l'employeur soulignait qu'en application de l'avenant n° 2 du 5 février 2007 à la convention collective nationale des hôtels, cafés, et restaurants, applicable à l'entreprise, autorisant à remplacer en tout ou partie le paiement des heures supplémentaires ainsi que leurs majorations par un repos compensateur équivalent, il avait été décidé, à compter du 1er janvier 2011, que le paiement de toutes les heures supplémentaires accomplies par les salariés au-delà de 39 heures par semaine serait remplacé par un repos compensateur, avec les majorations afférentes ; qu'il ajoutait que le même traitement devait être appliqué aux heures de délégation de Monsieur X..., prises en dehors de son horaire de travail de 39 heures par semaine en raison des nécessités du mandat ; qu'en l'état des repos compensateurs de remplacement accordés au salarié à partir du 1er janvier 2011 pour ces heures de délégation, il existait un doute sérieux sur le caractère illicite du non-paiement desdites heures, ce qui excluait tout trouble manifestement illicite ; qu'en jugeant le contraire, le

conseil de prud'hommes a violé les articles R. 1455-6, L. 2325-6, L. 2325-7, L. 2315-1 et L. 2315-3, L. 2143-13, L. 2143-17, L. 4614-3 et L. 4614-6 du Code du travail, ensemble l'article L. 3121-24 dudit Code, l'avenant n° 2 du 5 février 2007 à la convention collective nationale des hôtels, cafés, et restaurants, et le principe d'égalité entre salariés ;

3. ALORS en tout état de cause QUE lorsque les heures de délégation sont prises en dehors de l'horaire de travail en raison des nécessités du mandat, elles constituent des heures supplémentaires ; que leur paiement et celui des majorations afférentes peut être remplacé par un repos compensateur dans les mêmes conditions que les heures supplémentaires accomplies par les salariés de l'entreprise ; qu'en l'espèce, l'employeur soulignait qu'en application de l'avenant n° 2 du 5 février 2007 à la convention collective nationale des hôtels, cafés, et restaurants, applicable à l'entreprise, autorisant à remplacer en tout ou partie le paiement des heures supplémentaires ainsi que leurs majorations par un repos compensateur équivalent, il avait été décidé, à compter du 1er janvier 2011, que le paiement de toutes les heures supplémentaires accomplies par les salariés au-delà de 39 heures par semaine serait remplacé par un repos compensateur, avec les majorations afférentes ; qu'il était donc en droit, à partir de cette même date, de remplacer le paiement des heures de délégation de Monsieur X..., prises en dehors de son horaire de travail de 39 heures par semaine en raison des nécessités du mandat et devant donc être traitées comme des heures supplémentaires, par un repos compensateur avec les majorations afférentes ; qu'en jugeant que ces heures de délégation devaient nécessairement être payées en numéraire, le conseil de prud'hommes a violé les articles L. 2325-6, L. 2325-7, L. 2315-1 et L. 2315-3, L. 2143-13, L. 2143-17, L.4614-3 et L. 4614-6 du Code du travail, ensemble l'article L. 3121-24 dudit Code, l'avenant n° 2 du 2 février 2007 à la convention collective nationale des hôtels, cafés, et restaurants, et le principe d'égalité entre salariés ;

4. ALORS QU'aux termes de l'article L. 3121-24 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 20 août 2008, une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut prévoir le remplacement de tout ou partie du paiement des heures supplémentaires, ainsi que des majorations prévues à l'article L. 3121-22, par un repos compensateur équivalent ; qu'en l'espèce, l'employeur soulignait que l'article 5.1, alinéa 2 de l'avenant n° 2 du 5 février 2007 à la convention collective nationale des hôtels, cafés, et restaurants, applicable à l'entreprise, prévoit que « le paiement des heures supplémentaires ainsi que leurs majorations définies ci-dessous peut être remplacé en tout ou partie par un repos compensateur de remplacement de 110 % pour les 4 premières heures, de 120 % pour les quatre suivantes, et de 150 % pour les autres » et que c'était en application de ce texte qu'il avait été décidé, à compter du 1er janvier 2011, que le paiement de toutes les heures supplémentaires accomplies par les salariés au-delà de 39 heures par semaine serait remplacé par un repos compensateur, avec les majorations afférentes ; qu'en jugeant que les heures de délégation de Monsieur X..., prises en dehors de son horaire de travail de 39 heures par semaine en raison des nécessités du mandat et devant donc être traitées comme des heures supplémentaires, devaient nécessairement être payées en numéraire, au prétexte inopérant que les procès-verbaux de consultation du comité d'entreprise sur la mise en place du repos compensateur de remplacement seraient entachés d'irrégularités, le conseil de prud'hommes a violé les textes susvisés, ainsi que les articles L. 2325-6, L. 2325-7, L. 2315-1 et L. 2315-3, L. 2143-13, L. 2143-17, L. 4614-3 et L.4614-6 du Code du travail, ensemble le principe d'égalité entre salariés.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Conseil de prud'hommes de Nice , du 23 juin 2011