

Vu la connexité, joint les pourvois n° 05-42073, 05-42075 et 05-42083 ;

Sur le moyen unique commun aux pourvois :

Vu les articles L. 213-1-1, L. 213-2 et L. 213-4 du code du travail, ensemble les articles 24 de la convention collective nationale du commerce à prédominance alimentaire et 5-12 de la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire ;

Attendu qu'aux termes des trois premiers de ces articles, la contrepartie dont doivent obligatoirement bénéficier les travailleurs de nuit, au titre des périodes de nuit pendant lesquelles ils sont occupés, doit être prévue sous forme de repos compensateur, à laquelle peut s'ajouter, le cas échéant, une compensation salariale ; d'où il résulte que la définition du travail de nuit prévue par l'article L. 213-1-1 du code du travail n'a pas pour effet de modifier les conditions d'attribution de la compensation salariale du travail de nuit fixées par une convention collective, alors même qu'elles ne prendraient pas en compte la totalité des heures entre 21 heures et 6 heures ; qu'enfin ces articles n'instituent pas une obligation de négocier des contreparties salariales au travail de nuit dans un délai d'un an ;

Attendu que l'article 24 de la convention collective nationale du commerce à prédominance alimentaire du 27 mai 1969 stipule "Est réputé travail de nuit le travail accompli entre 22 h et 5 h du matin. Tout salarié travaillant habituellement de nuit aura droit à une majoration de 20 % du salaire de base. Tout salarié travaillant occasionnellement de nuit aura droit à une majoration de 30 % de son salaire de base. Dans le cas où des dispositions législatives, réglementaires ou préfectorales interviendraient, soit pour donner une autre définition du travail de nuit, soit pour imposer ce travail, les stipulations du présent article deviendraient caduques et devraient faire l'objet d'un nouvel examen" ;

que la loi du 9 mai 2001 a défini le travail de nuit comme celui exécuté de 21 heures à 6 heures du matin ; que l'article 5.12 de la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2002, applicable le 1er septembre 2002 après son extension, stipule "Est réputé travail de nuit le travail accompli entre 21 heures et 6 heures du matin. Les majorations ci-dessous sont dues pour les heures travaillées entre 22 heures et 5 heures du matin dans l'attente d'une modification conventionnelle du régime, du travail de nuit et de ses contreparties, qui interviendra avant le 1er mai 2002 en application de la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001. Tout salarié travaillant habituellement de nuit aura droit à une majoration de 20 % de son salaire de base. Tout salarié travaillant occasionnellement de nuit aura droit à une majoration de 30 % de son salaire de base" ; que les négociations relatives à ce nouveau régime conventionnel n'ont abouti que par la signature de l'avenant n° 5 du 26 novembre 2003 étendu le 7 mai 2004 ;

que trois salariés, dont M. X..., employés par la société Base Intermarche de Brignoles, aux droits de laquelle vient la société ITM Logistique international, ont saisi la juridiction prud'homale d'une demande de paiement d'un rappel de majorations de salaire pour travail de nuit portant sur les tranches horaires 21 heures/22 heures et 5 heures/6 heures à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi, soit le 10 mai 2001 ;

Attendu que pour ordonner l'application de la majoration de 20 % pour les heures de nuit effectuées entre 21 heures et 22 heures et entre 5 heures et 6 heures à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 9 mai 2001 jusqu'à la date d'application de l'avenant n° 5 de la convention collective et condamner la société à payer aux salariés une certaine somme au titre de ces majorations, la cour d'appel a relevé que l'article L. 213-1-1 du code du travail, issu de la loi du 9 mai 2001, qui définit le travail de nuit comme celui exécuté entre 21 heures et 6 heures du matin est d'ordre public et

donc d'application immédiate et que la majoration conventionnelle existante devait être appliquée sur la totalité des heures définies comme celles relevant du travail de nuit par l'article L. 213-1-1 du code du travail, à défaut d'accord intervenu dans un délai d'un an ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que les articles 24 puis 5.12 des conventions collectives, qui ne prévoyaient de majorations salariales qu'entre 22 heures et 5 heures, restaient applicables pendant la période litigieuse, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes leurs dispositions, les arrêts rendus le 22 février 2005, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant lesdits arrêts et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Lyon ;

Condamne MM. Y..., Z... et Mme A... aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau code de procédure civile, rejette les demandes ;

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 des arrêts cassés ;

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