

SOC.

CH.B

COUR DE CASSATION

---

Audience publique du 1er décembre 2021

Cassation partielle

M. SCHAMBER, conseiller doyen  
faisant fonction de président

Arrêt n° 1368 F-D

Pourvoi n° T 20-12.700

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 1ER DÉCEMBRE 2021

1°/ M. [X] [C], domicilié [Adresse 3],

2°/ M. [U] [H], domicilié [Adresse 1],

ont formé le pourvoi n° T 20-12.700 contre l'arrêt rendu le 21 novembre 2019 par la cour d'appel de Papeete (chambre sociale), dans le litige les opposant à la société Air Tahiti Nui, dont le siège est [Adresse 2], défenderesse à la cassation.

La société Air Tahiti Nui a formé un pourvoi incident contre le même arrêt.

Les demandeurs au pourvoi principal invoquent, à l'appui de leur recours, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt.

La demanderesse au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M. Flores, conseiller, les observations de la SCP Gatineau, Fattaccini et Rebeyrol, avocat de MM. [C] et [H], de la SCP Claire Leduc et Solange Vigand, avocat de la société Air Tahiti Nui, après débats en l'audience publique du 13 octobre 2021 où étaient présents M. Schamber, conseiller doyen faisant fonction de président, M. Flores, conseiller rapporteur, M. Sornay, conseiller, Mme Rémerly, avocat général, et Mme Dumont, greffier de chambre,

la chambre sociale de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

#### Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Papeete, 21 novembre 2019), M. [C] a été engagé le 1er avril 2002, par la société Air Tahiti Nui (la société) en qualité d'officier pilote de ligne airbus A 340, moyennant notamment une rémunération mensuelle de 600 000 FCP brut sur treize mois, le treizième mois étant versé mensuellement sur douze mois pour un montant mensuel de 50 000 FCP.

2. M. [H] a été engagé le 25 mars 2002 par la société pour les mêmes fonctions et dans les mêmes conditions.

3. Les salariés ont saisi la juridiction du travail de diverses demandes en paiement de sommes au titre de l'exécution du contrat de travail.

#### Examen des moyens

Sur le troisième moyen du pourvoi principal, ci-après annexé

4. 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 ce moyen qui n'est pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le premier moyen du pourvoi principal

#### Enoncé du moyen

5. Les salariés font grief à l'arrêt de dire que les heures supplémentaires conventionnelles et les heures complémentaires devaient être calculées selon la formule fixée par le protocole du 3 décembre 2009 et que les majorations pour ancienneté et le treizième mois ne devaient être intégrées dans l'assiette de calcul des heures supplémentaires que pour les seules heures supplémentaires au sens des articles Lp. 3213-15 et Lp. 3213-1 du code du travail de la Polynésie française et d'inviter les parties à calculer les sommes qui resteraient dues aux fins de leur liquidation, alors :

« 1°/ qu'en vertu des dispositions d'ordre public régissant le paiement des heures supplémentaires, le taux horaire servant au calcul des heures effectuées au-delà du seuil de déclenchement des heures supplémentaires ne saurait être inférieur au taux horaire de base, peu important que ce seuil ait été fixé, par voie de convention ou d'accord collectif, à un niveau inférieur au seuil légal ; qu'en l'espèce, il était constant que les salariés de la société Air Tahiti Nui bénéficiaient d'une rémunération mensuelle sur treize mois (versement fractionné du treizième mois sur douze mois), à laquelle s'ajoutait une majoration en fonction de l'ancienneté (3 % après trois ans d'ancienneté dans l'entreprise puis 1 % de plus par année de présence supplémentaire) ; que leur salaire de base était déterminé, aux termes du protocole d'accord du 30 janvier 2004 et du protocole d'accord relatif à l'amélioration des conditions de rémunération du personnel navigant

technique du 24 décembre 2004, par la multiplication du « coefficient réel » correspondant à leur métier (coefficient de base + majoration pour ancienneté) par la valeur du point ; qu'il était également constant que, par une succession d'accords collectifs, le seuil de déclenchement des heures supplémentaires avait été abaissé du seuil légal de 75 heures à 70 puis à 67 heures, les heures de vol effectuées au-delà de ce seuil étant formellement distinguées, sur les bulletins de paie des salariés, en « heures complémentaires » (rémunérées au taux normal) et « heures supplémentaires » (correspondant à la seule partie majorée) ; qu'en retenant que si la majoration pour ancienneté et le treizième mois avaient vocation à être intégrés dans l'assiette de majoration des heures supplémentaires, la société Air Tahiti Nui était fondée, dès lors qu'il existait un régime dérogatoire au droit commun quant à la réduction du seuil de déclenchement des heures supplémentaires, à se prévaloir d'un mode de calcul spécifique moins favorable pour la partie des heures inférieures au seuil de déclenchement de droit commun, lorsqu'un tel régime aboutissait à méconnaître les dispositions d'ordre public régissant le paiement des heures supplémentaires, la cour d'appel a violé les articles Lp. 2331-1 et Lp. 3332-2 du code du travail de la Polynésie française ;

2°/ que sont d'ordre public les dispositions de l'article Lp. 3332-5 du code de travail de la Polynésie française prévoyant que « le salaire horaire à prendre en considération pour le calcul des majorations pour heures supplémentaires s'entend du salaire effectivement perçu par le travailleur intéressé, y compris éventuellement, les avantages en nature et les accessoires de salaire ayant le caractère d'une rémunération qui lui sont normalement attribués » ; qu'en retenant que si la majoration pour ancienneté et le treizième mois avaient vocation à être intégrés dans l'assiette de majoration des heures supplémentaires, la société Air Tahiti Nui était fondée, dès lors qu'il existait un régime dérogatoire au droit commun quant à la réduction du seuil de déclenchement des heures supplémentaires, à se prévaloir d'un mode de calcul spécifique moins favorable pour la partie des heures inférieures au seuil de déclenchement de droit commun, la cour d'appel a violé les articles Lp. 2331-1 et Lp. 3332-5 du code de travail de la Polynésie française ;

3°/ que, subsidiairement, en cas de concours de normes instituant des avantages ayant le même objet et la même cause, le salarié est fondé à se voir appliquer le régime le plus favorable ; qu'en se bornant à retenir que dès lors que la société Air Tahiti Nui avait mis en oeuvre un régime dérogatoire au droit commun quant à la réduction du seuil de déclenchement des heures supplémentaires, elle était fondée à se prévaloir du mode de calcul moins favorable pour la partie des heures inférieures au seuil de déclenchement de droit commun issu des protocoles d'accord du 3 décembre 2009 et du 4 mars 2016, sans faire ressortir en quoi ce régime était globalement plus favorable aux salariés que le mécanisme légal, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe de faveur, ensemble l'article Lp. 2331-1 du code de travail de la Polynésie française. »

#### Réponse de la Cour

6. Selon l'article Lp. 3213-2 du code du travail la durée de travail effectif des personnels navigants sur les courriers long trajet des aéronefs long-courrier correspond à une durée mensuelle de 75 heures de vol réparties sur l'année.

7. Selon l'article Lp. 3213-18 du code du travail, indépendamment du paiement trimestriel des heures supplémentaires, il est procédé en fin d'année à la comptabilisation des heures effectuées au cours des quatre trimestres. Si le total des heures effectuées dépasse 900 heures, les heures faites en excédent, qui n'auraient pas donné lieu à paiement trimestriel, sont considérées comme heures supplémentaires et rémunérées dans les conditions fixées par l'article Lp. 3213-17.

8. Selon le protocole d'accord relatif à l'amélioration des conditions de rémunérations du personnel navigant technique du 24 décembre 2004, les heures complémentaires sont les heures d'activité, ou PHV, effectuées au-delà de la 70e ou du seuil de déclenchement s'il est inférieur. Les heures complémentaires sont décomptées au centième d'heure et rémunérées au minima Vphv sans majoration. Les heures de vol et/ou simulateur effectuées au cours du mois considéré au-delà de 75 heures ou du seuil de déclenchement des heures supplémentaires, lorsqu'il est inférieur, sont rémunérées comme heures supplémentaires. Le seuil de déclenchement des heures complémentaires et supplémentaires a été abaissé à 67 heures de vol pour les seules heures de vol réellement effectuées en aéronefs par le protocole d'accord de levée de conflit collectif du 14 avril 2008.

9. La fixation par voie conventionnelle de la durée du travail applicable dans l'entreprise à un niveau inférieur à la durée légale n'entraîne pas, en l'absence de dispositions spécifiques en ce sens, l'abaissement corrélatif du seuil de déclenchement des heures supplémentaires.

10. La cour d'appel, qui a constaté que le temps mensuel de vol appliqué dans l'entreprise avait été abaissé à 70 heures puis à 67 heures, a exactement décidé qu'en l'absence de disposition conventionnelle plus favorable, les heures de vol entre la 67e et la 75e heure ne pouvaient pas être décomptées comme heures supplémentaires et ouvrir droit aux majorations légales afférentes.

11. Le moyen n'est donc pas fondé.

Sur le premier moyen du pourvoi incident

Enoncé du moyen

12. L'employeur fait grief à l'arrêt de limiter le mode de calcul fixé par le protocole du 3 décembre 2009 aux seules heures complémentaires et heures supplémentaires conventionnelles et de dire que la majoration pour ancienneté et le treizième mois doivent être inclus dans l'assiette des heures supplémentaires au sens des articles Lp. 3213-15 et Lp. 3213-1 du code du travail de la Polynésie française, alors « qu'en cas de concours de dispositions légales et conventionnelles, les avantages ayant le même objet et/ou la même cause ne peuvent, sauf stipulations contraires, se cumuler, le plus favorable d'entre eux pouvant seul être accordé ; que la comparaison doit être effectuée d'une manière globale ; qu'en l'espèce, en retenant que seules les heures complémentaires et les heures supplémentaires conventionnelles devaient être calculées conformément à la formule conventionnelle mais qu'en revanche, pour les heures supplémentaires au sens des articles Lp. 3213-15 et Lp. 3213-1 devaient être inclus dans l'assiette la majoration pour ancienneté et le treizième mois, quand il résultait de ses propres énonciations que, d'une part, le code du travail de la Polynésie française fixait la durée légale du personnel navigant à une durée mensuelle moyenne de 75 heures de vol réparties sur l'année et limitait strictement les heures supplémentaires effectuées par le personnel navigant aux heures de vol décomptées seulement au trimestre ou à l'année et, d'autre part, que les protocoles d'accord applicables dans l'entreprise avaient, tout en maintenant un salaire de base assorti d'un mode de calcul spécifique incluant l'ancienneté, réduit successivement la durée de travail du personnel navigant de 75 à 67 par mois, décompté comme heures supplémentaires les heures de vol au-delà de cette durée mensuelle, mais aussi valorisé des heures d'activité qui n'étaient pas des heures de vol, ce dont elle aurait dû déduire que ce régime conventionnel était globalement plus favorable que le régime légal et qu'il devait donc recevoir application y compris pour les heures supplémentaires au sens du droit commun, sauf à cumuler le bénéfice des deux régimes, la cour d'appel a violé le principe de faveur, ensemble l'article Lp. 2231-1 du code du travail de la Polynésie française. »

Réponse de la Cour

13. Aux termes de l'article Lp. 3332-5 du code du travail de la Polynésie française, le salaire à prendre en considération pour le calcul des majorations pour heures supplémentaires s'entend du salaire effectivement perçu par le travailleur intéressé, y compris éventuellement, les avantages en nature et les accessoires de salaire ayant le caractère d'une rémunération qui lui sont normalement attribués.

14. Selon le protocole d'accord relatif à l'amélioration des conditions de rémunérations du personnel navigant technique du 24 décembre 2004, les heures complémentaires sont les heures d'activité, ou PHV, effectuées au-delà de la 70e ou du seuil de déclenchement s'il est inférieur. Les heures complémentaires sont décomptées au centième d'heure et rémunérées au minima Vphv sans majoration. Les heures de vol et/ou simulateur effectués au cours du mois considéré au-delà de 75 heures ou du seuil de déclenchement des heures supplémentaires, lorsqu'il est inférieur, sont rémunérées comme heures supplémentaires. Le seuil de déclenchement des heures complémentaires et supplémentaires a été abaissé à 67 heures de vol pour les seules heures de vol réellement effectuées en aéronefs par le protocole d'accord de levée de conflit collectif du 14 avril 2008.

15. La cour d'appel, qui a énoncé que le calcul des heures complémentaires est fixé par les dispositions conventionnelles et que pour les heures supplémentaires au sens des articles Lp. 3213-15 et Lp. 3213-18, la majoration pour ancienneté et le treizième mois devaient être inclus dans l'assiette de calcul, a fait l'exacte application de la loi.

16. Le moyen n'est donc pas fondé.

Mais sur le deuxième moyen du pourvoi principal, pris en sa seconde branche

Énoncé du moyen

17. Les pilotes font grief à l'arrêt de les débouter de leur demande de cumul de la prime de fin d'année conventionnelle avec le treizième mois contractuel, alors « que si en cas de concours de stipulations contractuelles et de dispositions conventionnelles, les avantages qu'elles instituent ne peuvent se cumuler, c'est à la condition qu'ils aient le même objet et la même cause ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que le treizième mois prévu par le contrat de travail des salariés constituait une modalité de règlement d'un salaire annuel payable en treize fois, tandis que « la prime de fin d'année-treizième mois » prévue tant par le protocole d'accord relatif à l'amélioration des conditions de rémunération du personnel navigant technique du 24 décembre 2004 que par l'accord d'entreprise dit « tronc commun » du 29 décembre 2004, et reprise par le protocole de janvier 2014 portant pause sociale, constituait un élément de salaire répondant à des conditions propres d'ouverture et de règlement ; qu'en jugeant néanmoins que les salariés ne pouvaient cumuler ces deux avantages au motif inopérant qu'un tel cumul serait contraire à l'intention des négociateurs des accords collectifs précités, la cour d'appel a violé le principe de faveur, ensemble l'article Lp. 2331-1 du code de travail de la Polynésie française. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 31 de l'accord d'entreprise dit "tronc commun" du 29 décembre 2004 et le protocole de janvier 2014 portant pause sociale :

18. Selon l'article 31 de l'accord d'entreprise dit "tronc commun" du 29 décembre 2004 une prime de fin d'année-treizième mois est accordée prorata temporis à tout le personnel en fonction le 31 décembre et ayant acquis six mois d'ancienneté, égale pour le salarié ayant travaillé toute l'année, au salaire de base versé pour le mois de décembre de l'année en cours. En cas de licenciement pour motif économique, de départ à la retraite, de décès ou de fin de contrat à durée déterminée, cette prime est versée au prorata du temps travaillé dans l'année pour le personnel qui ne fait plus partie de l'effectif au 31 décembre mais qui justifie de six mois de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice.

19. Selon l'article 3 du protocole de janvier 2015 portant pause sociale, il est expressément entendu par les parties que les modalités de paiement du treizième mois restent inchangées. Cette prime sera ainsi payée au mois de décembre pour les personnels ne bénéficiant pas de la mensualisation contractuelle ou ayant décidé d'y renoncer par voie d'avenant, sur la base du salaire du mois de décembre au prorata temporis à tout le personnel en fonction le 31 décembre et ayant travaillé toute l'année, au salaire de base versé pour le mois de décembre de l'année en cours. En cas de rupture pour une autre cause que le licenciement pour faute grave ou faute lourde, cette prime est versée au prorata du temps travaillé pour le personnel qui ne fait plus partie de l'effectif au 31 décembre mais qui justifie de six mois de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice.

20. Si en cas de concours de stipulations contractuelles et de dispositions conventionnelles, les avantages qu'elles instituent ne peuvent se cumuler, c'est à la condition qu'ils aient le même objet et la même cause.

21. Pour débouter les salariés de leurs demandes de cumul de la prime de fin d'année conventionnelle avec le treizième mois contractuel l'arrêt retient que le treizième mois constitue une modalité du règlement du salaire annuel payable en treize fois alors que la gratification instituée par accord d'entreprise constitue un élément de salaire répondant à des conditions propres d'ouverture et de règlement. Il ajoute que la "prime de fin d'année-treizième mois" prévue tant par le

"tronc commun" que par le protocole d'accord du 24 décembre 2004 constitue à l'évidence un seul et même avantage. L'arrêt relève en outre que la "prime de fin d'année-treizième mois" prévue tant par le "tronc commun" que par le protocole d'accord du 24 décembre 2004 a repris l'avantage contractuel dont bénéficiaient antérieurement les pilotes, ainsi qu'il se déduit notamment de l'article 3 du protocole d'accord précité qui précise, au titre des dispositions transitoires, que ce dispositif se substitue au versement du 1/12 du SMG tel qu'appliqué jusqu'en 2004. L'arrêt précise enfin que les nouvelles conditions de ce dispositif n'affectaient au surplus pas la situation des salariés recrutés antérieurement et dont le treizième mois était contractualisé et que le but poursuivi, tel que cela ressort de l'analyse des différents protocoles, était non de retenir la possibilité d'un cumul mais bien d'organiser l'extension de cette prime à ceux qui n'en bénéficiaient pas déjà contractuellement.

22. En statuant ainsi, alors que le salaire des pilotes était payable en treize fois, de sorte que le treizième mois de salaire ne pouvait constituer la gratification dite de treizième mois prévue par l'accord d'entreprise dit "tronc commun" du 29 décembre 2004 et le protocole de janvier 2014 portant pause sociale, dont elle avait constaté qu'elle répondait à des conditions propres d'ouverture et de règlement, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Sur le quatrième moyen du pourvoi principal, pris en sa troisième branche

Enoncé du moyen

23. Les salariés font grief à l'arrêt de les débouter de leur demande de majoration pour ancienneté du treizième mois, alors « que la prime de treizième mois octroyée aux salariés de la société Air Tahiti Nui est calculée par référence à leur salaire minimum garanti (SMG), également appelé salaire de base ; que celui-ci est égal, aux termes du protocole d'accord du 30 janvier 2004, au coefficient réel détenu par le salarié (coefficient de base + prime d'ancienneté à hauteur de 1 % par année d'ancienneté) multiplié par la valeur du point en cours ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que tant le protocole d'accord du 30 janvier 2004 que le protocole d'accord relatif à l'amélioration des conditions de rémunérations du personnel navigant technique du 24 décembre 2004, prévoyaient que le treizième mois était calculé par rapport au coefficient réel ; qu'en se bornant à retenir qu'au sens de ces accords, le coefficient réel servant au calcul du treizième mois prenait déjà en compte l'ancienneté, sans s'assurer, comme elle y était invitée, que, dans les faits, le treizième mois payé aux salariés était calculé sur la base d'un coefficient réel intégrant la majoration pour ancienneté, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions du protocole d'accord du 30 janvier 2004 et du protocole d'accord relatif à l'amélioration des conditions de rémunérations du personnel navigant technique du 24 décembre 2004. »

Réponse de la Cour

Vu l'article Lp. 3321-3 du code du travail de la Polynésie française :

24. Selon ce texte, le salaire est majoré en fonction de l'ancienneté dans l'entreprise. Cette majoration est calculée en pourcentage du salaire de base, soit 3 % après trois ans d'ancienneté puis 1 % de plus par année de présence supplémentaire, dans la limite de 25 % du salaire.

25. Selon l'article 2 du protocole d'accord portant sur l'amélioration des carrières et conditions de travail des personnels navigants techniques du 30 janvier 2004, l'ancienneté est le temps passé dans l'entreprise, quels que soient les métiers occupés. La prime d'ancienneté est fixée à 1 % par année d'ancienneté, dans le respect des dispositions du code du travail. Aux coefficients de base s'applique la prime d'ancienneté, formant ainsi le coefficient réel. Le salaire de base est déterminé par la multiplication du coefficient réel par la valeur du point. Ce salaire de base ainsi calculé est le minimum mensuel garanti. Il correspond à une activité d'au plus 70 heures de vol.

26. Pour débouter les salariés de leur demande de majoration pour ancienneté du treizième mois l'arrêt retient que le salaire de base n'est pas défini dans le code du travail, mais la logique est de considérer qu'il s'agit du salaire hors de toute prime ou heure supplémentaire, soit la somme figurant sur la première ligne du bulletin de salaire. Il en déduit

qu'il est exclu qu'un treizième mois versé en fin d'année bénéficie de cette majoration et qu'il en va de même si ce treizième mois est versé mensuellement. L'arrêt ajoute que les contrats prévoient que la rémunération est fixée pour chacun à la somme de 600 000 FCP sur treize mois (le treizième mois étant versé mensuellement sur douze mois pour un montant mensuel de 50 000 FCP), et ce non compris la majoration de salaire pour ancienneté prévue par la réglementation territoriale. L'arrêt considère que cette clause ne peut autoriser à elle seule à appliquer une majoration supplémentaire pour ancienneté pour le treizième mois et ne constitue que le rappel des dispositions légales générales en la matière.

27. En se déterminant ainsi, sans vérifier si le coefficient réel appliqué à la rémunération de chacun des salariés incluait effectivement la majoration pour ancienneté, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.

Et, sur le second moyen du pourvoi incident, pris en sa seconde branche

#### Enoncé du moyen

28. L'employeur fait grief à l'arrêt de dire que pour les heures supplémentaires au sens de l'article Lp. 3213-15 et Lp. 3213-1 du code du travail de la Polynésie française la majoration pour ancienneté devait être incluse dans l'assiette de calcul et inviter les parties à calculer les sommes qui resteraient dues aux fins de liquidation au vu des principes dégagés par la cour d'appel, alors « qu'en toute hypothèse, en énonçant que pour les heures supplémentaires au sens des articles Lp. 3213-15 et Lp. 3213-18 devrait être inclus dans l'assiette des heures supplémentaires, la majoration pour ancienneté, sans répondre aux conclusions de l'employeur (conclusions d'appel de la société Air Tahiti Nui du 6 mars 2019 page 14 § 7) selon lesquelles une telle intégration entraînait l'application cumulée des dispositions conventionnelles prévoyant une majoration de leur salaire de base en fonction de l'ancienneté et des dispositions du code du travail de la Polynésie française et ce, en méconnaissance du principe de faveur, la cour d'appel a violé l'article 268 du code de procédure civile de la Polynésie française. »

#### Réponse de la Cour

Vu l'article 268 du code de procédure civile de la Polynésie française :

29. Selon ce texte, tout jugement doit être motivé. Le défaut de réponse à conclusions constitue un défaut de motifs.

30. Pour dire que les heures supplémentaires au sens de l'article Lp. 3213-15 et Lp. 3213-1 du code du travail de la Polynésie française la majoration pour ancienneté devait être incluse dans l'assiette de calcul l'arrêt retient que pour les heures supplémentaires, au sens des articles Lp. 3213-15 et Lp. 3213-18 du code du travail de la Polynésie française, la majoration pour ancienneté et le treizième mois devaient être inclus dans l'assiette de calcul.

31. En statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de l'employeur qui soutenait qu'une telle intégration entraînait l'application cumulée des dispositions conventionnelles prévoyant une majoration de salaire en fonction de l'ancienneté et des dispositions du code du travail de la Polynésie française qui prévoient également une majoration pour ancienneté, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé.

#### Portée et conséquences de la cassation

32. La cassation ne s'étend pas au chef de dispositif invitant les parties au vu des principes dégagés par la cour à calculer les sommes qui resteraient dues aux fins de liquidation, en raison du rejet des premier et troisième moyens du pourvoi principal et du premier moyen du pourvoi incident.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il confirme le jugement en ce qu'il a débouté M. [C] et M. [H] de leurs

demandes de cumul de la prime de fin d'année conventionnelle avec le treizième mois et de majoration pour ancienneté du treizième mois et dit que pour les heures supplémentaires au sens des articles Lp. 3213-15 et Lp. 3213-1 devra être inclus dans l'assiette la majoration pour ancienneté, l'arrêt rendu le 21 novembre 2019, entre les parties, par la cour d'appel de Papeete ;

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

Condamne la société Air Tahiti Nui aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Air Tahiti Nui et la condamne à payer à M. [C] et M. [H] la somme globale de 3 000 euros ;

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

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits AU POURVOI PRINCIPAL par la SCP Gatineau, Fattaccini et Rebeyrol, avocat aux Conseils, pour MM. [C] et [H].

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que les heures supplémentaires conventionnelles et les heures complémentaires devaient être calculées selon la formule fixée par le protocole du 3 décembre 2009, d'AVOIR dit que les majorations pour ancienneté et le treizième mois ne devaient être intégrées dans l'assiette de calcul des heures supplémentaires que pour les seules heures supplémentaires au sens des articles Lp. 3213-15 et Lp. 3213-1 du code du travail de la Polynésie française et d'AVOIR, au vu de ces principes, invité les parties à calculer les sommes qui resteraient dues aux fins de leur liquidation ;

AUX MOTIFS QUE « Sur les heures supplémentaires et complémentaires :

Sur la répartition entre heures supplémentaires et complémentaires :

Que par dérogation à la durée légale de travail de 39 heures hebdomadaires en droit commun, l'article Lp. 3213-2 du code du travail retient que la durée de travail effectif des personnels navigants sur les courriers long trajet des aéronefs long-courrier correspond à une « durée mensuelle de 75 heures de vol réparties sur l'année » ;

Que l'article Lp. 3213-18 du code du travail précise que : « indépendamment du paiement trimestriel des heures supplémentaires, il est procédé en fin d'année à la comptabilisation des heures effectuées au cours des 4 trimestres ; si le total des heures effectuées dépasse 900 heures, les heures faites en excédent, qui n'auraient pas donné lieu à paiement trimestriel, sont considérées comme heures supplémentaires et rémunérées dans les conditions fixées par l'article Lp. 3213-17 » ;

Que cet article dispose que : « les heures de vol effectuées en application des dérogations visées à l'article Lp. 3213-15, comptabilisées par trimestre, sont considérées à partir de la 25<sup>ème</sup> heure, comme heure exceptionnelle, et donnent lieu à majoration de 25 % portant sur les éléments de rémunération à l'exclusion des remboursements de frais » ;

Qu'il résulte de ces textes par conséquent l'existence d'un régime très spécifique au transport aérien tant en matière de durée du travail que d'indemnisation des heures au-delà de cette durée ;

Qu'au sein de la Société ATN la rémunération des PNT résulte d'une succession d'accord dont le protocole d'accord du 24 décembre 2004 celui du 14 avril 2008 et son avenant du 3 décembre 2009 qui ont conduit à ce que la moyenne annuelle de vol a été abaissée de 75 heures à 70 heures puis à 67 ;

Que le dernier avenant du 3 décembre 2009 rappelle et précise :

« Le protocole d'accord de levée de conflit entre ATN et les organisations syndicales PNT en date du 14 avril 2008 fixe de

nouvelles méthodes pour le calcul des heures complémentaires et supplémentaires des PNT. La façon dont ce texte a été appliqué jusqu'à présent est sujette à désaccord entre les parties signataires, aussi se sont-elles réunies pour déterminer une méthode de calcul acceptable par tous" ;

Qu'il arrête, pour mettre fin au désaccord, les définitions et calcul suivants :

« SMG : Salaire minimum garanti,

HJ : Heures de vol de jour,

HN : Heures de vol de nuit,

HV : Heures de vol HV-HJ+HN,

MN : Majoration heures de nuit  $MN=0,25 \times HN$  Hsim : Heures de simulateur, AS : Total PHV générées par les activités sol, y compris les heures de simulateur JM : Nombre de jours du mois considéré,

JC : Nombre de jours de congé ou de repos compensatoire,

JA : Nombre de jours d'activité SI : Seuil heures complémentaires  $67 \text{ SI} = \text{MAX}(67 - \text{JC} \times 67/30, 0)$ ,

52 : Seuil heures supplémentaires  $67 \text{ S2} = \text{MAX}(67 - \text{JC} \times 67/30, 25)$ ,

53 : Seuil heures complémentaires 70,

53-  $\text{MAX}(70 - \text{JC} \times 70/30, 0)$ ,

54 : Seuil heures supplémentaires 70,

54-  $\text{MAX}(75 - \text{JC} \times 75/30, 25)$ ,

HC67 : Heures complémentaires 67,

HS67 : Majoration heures supplémentaires 67,

HC70 : Heures complémentaires 70,

HS70 : Majoration heures supplémentaires 70,

HC : Heures complémentaires du bulletin de paye,

HS : Majoration heures supplémentaires du bulletin de paye » ;

« Précédemment à la mise en oeuvre du Protocole, le logiciel de paye de la Compagnie traitait les heures complémentaires et supplémentaires du Personnel Navigant en multipliant le nombre d'heures par  $\text{SMG}/70$ . Afin de ne pas modifier ce même logiciel et conserver un historique cohérent des heures complémentaires et supplémentaires versées au Personnel Navigant Technique. Il est expressément entendu que les HC67 et HS67 calculées comme exposé infra sont converties en HC70 et HS70 par application d'un ratio de  $70/67$  ;

Ainsi au salaire minimum garanti (SMG) sont ajoutés :

La rémunération des heures complémentaires :  $\text{HC} \times \text{SMG}/70$

La rémunération de la majoration heures supplémentaires :  $\text{HS} \times \text{SMG}/70 \times 0.25$  » ;

Qu'il expose enfin les modes de calcul respectifs des heures complémentaires et le calcul de la majoration des heures supplémentaires :

« afin de ne pas modifier ce même logiciel et conserver un historique cohérent des heures complémentaires et supplémentaires versées au Personnel Navigant Technique, il est expressément entendu que les HC67 et HS67 calculées comme exposé infra sont converties en HC70 et HS70 par application d'un ratio de  $70/67$ .

Calcul des heures complémentaires

$\text{HC} = (\text{HC67} \times 70/67) + \text{HC70}$   $\text{HC67} = \text{MAX}( \text{HJ} + \text{HN} + \text{MN} - \text{S1} ; 0)$

Qu' $\text{HC70} = \text{MAX}[(\text{HJ} + \text{HN} + \text{MN} - \text{HC67}) \times 70/67 + \text{AS} - \text{S3} ; 0]$

Calcul de la majoration des heures supplémentaires  $\text{HS} = (\text{HS67} \times 70/67) + \text{HS70}$   $\text{HS67} = \text{MAX}( \text{HJ} + \text{HN} - \text{S2} ; 0)$

$\text{HS70} = \text{MAX}(\text{HJ} + \text{HN} + \text{Hsim} - \text{S4} ; 0) - \text{MAX}( \text{HJ} + \text{HN} - \text{S4} ; 0)$

Est joint en annexe I un tableau d'illustration du mode de calcul détaillé supra » ;

Que les heures dites « complémentaires », qui constituent une spécificité de la Compagnie Aérienne Air Tahiti Nui, sont, selon le protocole d'accord PNT du 24 décembre 2004, les heures d'activité effectuées au-delà de la 70ème heure ou du seuil de déclenchement s'il est inférieur, mais rémunérées au taux normal, sans majoration pour heure supplémentaire et dont il n'est pas contesté qu'elles servent aussi à compenser des activités pour les PNT autres que celles de vol pour les PNT ;

Que les heures supplémentaires conventionnelles et les heures complémentaires doivent donc être calculées selon la formule fixée par le protocole du 3 décembre 2009 et du 4 mars 2016 à effet du 1er mars 2016 qui retient que les heures de nuit seront majorées quel que soit le déclenchement de ces heures.

\*

Sur l'assiette des heures supplémentaires et complémentaires

Que l'article Lp. 3332-5 du code du travail dispose que « le salaire à prendre en considération pour le calcul des

majorations pour heures supplémentaires s'entend du salaire effectivement perçu par le travailleur intéressé, y compris éventuellement les avantages en nature et les accessoires de salaire ayant le caractère d'une rémunération qui lui sont normalement attribués ;

Que l'article Lp. 3332-1 du code du travail prévoit que : « Ouvrent droit à des majorations de salaire, les heures effectuées au-delà de :

1. la durée légale hebdomadaire du travail fixée à l'article Lp. 3211 1 ;
2. la durée considérée comme équivalente à la durée légale ;
3. la durée moyenne hebdomadaire mentionnée à l'article Lp. 3212 7, si elle est inférieure à la durée légale » ;

Que l'article Lp. 3332-2 du code du travail dispose que : « Les majorations de salaire horaire prévues à l'article Lp. 3332 1 sont les suivantes :

1. heures supplémentaires de jour : a. de la 40<sup>e</sup> à la 47<sup>e</sup> heure comprise : 25 % ; b. au-delà de la 47<sup>e</sup> heure : 50 % ;
2. heures supplémentaires de nuit : 75 % ; 3. heures supplémentaires les dimanches et les jours non ouvrables : a. de jour : 65 % ; b. de nuit : 100 %.' ;

Que l'article Lp. 3332-3 du code du travail précise que ' Par dérogation à l'article Lp. 3332-2, dès lors qu'un salarié est soumis à un régime d'équivalence en matière de durée du travail et est employé partie pendant les heures de jour, partie pendant les heures de nuit, seules les heures effectuées au-delà de la durée légale du travail ou de celle considérée comme équivalente donnent droit à une majoration, dont le taux minimum est fixé à 25 % du salaire horaire, de jour comme de nuit, jours ouvrables ou non. » ;

Que l'article Lp. 3332-4 édicte que le décompte des heures supplémentaires s'effectue à la semaine ;

Que l'article Lp. 3332-5 prévoit que : « Le salaire horaire à prendre en considération pour le calcul des majorations pour heures supplémentaires s'entend du salaire effectivement perçu par le travailleur intéressé, y compris éventuellement, les avantages en nature et les accessoires de salaire ayant le caractère d'une rémunération qui lui sont normalement attribués.

Pour les travailleurs à salaire mensuel, le salaire horaire à prendre en considération est calculé dans les mêmes conditions, sur la base de 169 heures par mois » ;

Qu'en l'espèce les protocoles d'accords, ont fixé un seuil plus favorable de déclenchement des heures supplémentaires que les seuils légaux et un mode de rémunération spécifique qui inclus par le jeu d'un indice l'ancienneté tel que décrit par l'article 1 de l'accord du 24 décembre 2004 qui y combine une double ancienneté, l'expérience aéronautique et l'ancienneté dans la compagnie ; qu'il s'ensuit que dès lors qu'existe un régime dérogatoire au droit commun quant à la réduction du seuil de déclenchement des heures supplémentaires, la société ATN est fondée à réclamer qu'il leur soit appliqué un mode de calcul spécifique moins favorable pour la partie des heures inférieures au seuil de déclenchement de droit commun ; qu'il convient donc de se référer au protocole du 3 décembre 2009 fixant en dernier lieu le mode de calcul des heures supplémentaires ;

Qu'a contrario en revanche pour les heures supplémentaires, au sens des articles Lp. 3213-15 et Lp. 3213-18, devra être inclus, dans l'assiette des heures supplémentaires, la majoration pour ancienneté et le treizième mois ;

Que le même raisonnement sera retenu pour le calcul des heures complémentaires et il sera renvoyé pareillement les parties au protocole du 3 décembre 2009 fixant en dernier lieu également le mode de calcul des heures complémentaires. ;

Que le tribunal du travail sera donc infirmé sur ce point.

( ) Sur le rappel de majoration de salaire pour ancienneté du treizième mois :

Que l'article Lp. 3321-3 du code du travail dispose que « le salaire est majoré en fonction de l'ancienneté dans l'entreprise.

Cette majoration est calculée en pourcentage du salaire de base dans les conditions suivantes :

- 1.3 % après trois ans d'ancienneté dans l'entreprise,
2. puis 1 % de plus par année de présence supplémentaire,

La majoration maximum du salaire pour ancienneté ne peut dépasser 25 % du salaire » ;

Que le salaire de base n'est pas défini dans le code du travail, mais la logique est de considérer qu'il s'agit du salaire hors de toute prime ou heure supplémentaire, soit la somme figurant sur la première ligne du bulletin de salaire ;

Qu'il est donc exclu qu'un treizième mois versé en fin d'année bénéficie de cette majoration ; qu'il en va de même si ce treizième mois est versé mensuellement ;

Que cependant le principe de faveur permet à un accord collectif ou un contrat de travail de contenir des dispositions plus avantageuses pour le salarié ; qu'il importe donc de vérifier si les accords d'entreprise ou l'engagement du

requérant portent des mesures plus favorables quant à la majoration pour ancienneté ;  
Que le protocole d'accord du 30 janvier 2004 mentionne que le treizième mois s'ajoute au salaire de base en tant qu'élément de rémunération globale et est réparti mensuellement à raison d'1/12 du montant égal au coefficient réel multiplié par la valeur du point en cours ; que selon la grille des salaires chaque PNT est positionné dans une classe qui est déterminée par la combinaison comme dit plus haut de deux critères, l'expérience aéronautique à l'entrée dans la compagnie et l'ancienneté dans la fonction qui détermine une classification correspondant à un indice, lequel, multiplié par la valeur du point, définit le salaire de base pour 70 heures de vol mensuel, ledit salaire de base étant donc considéré comme le salaire minimum garanti. ;  
Que pareillement le protocole d'accord relatif à l'amélioration des conditions de rémunération du personnel navigant technique du 24 décembre 2004 comporte un article 3 sur la prime de fin d'année (treizième mois) accordée pour un montant équivalent au SMG du mois de décembre de l'année en cours qui prend aussi en compte le coefficient réel ;  
Qu'ainsi contrairement à ce qui est soutenu en appel ce coefficient réel prend déjà en compte l'ancienneté ;  
Qu'aucun de ces textes ne prévoit l'application supplémentaire de la majoration de droit commun pour ancienneté pour le treizième mois ;  
Que les contrats des appelants prévoit que la rémunération est fixée pour chacun à la somme de 600 000 FCP sur 13 mois (le treizième mois étant versé mensuellement sur 12 mois pour un montant mensuel de 50 000 FCP), et ce non compris la majoration de salaire pour ancienneté prévue par la réglementation territoriale ;  
Que cette clause ne peut par conséquent autoriser à elle seule à appliquer une majoration supplémentaire pour ancienneté pour le treizième mois ; qu'elle constitue seulement le rappel des dispositions légales générales en la matière. » ;

1°) ALORS QU' en vertu des dispositions d'ordre public régissant le paiement des heures supplémentaires, le taux horaire servant au calcul des heures effectuées au-delà du seuil de déclenchement des heures supplémentaires ne saurait être inférieur au taux horaire de base, peu important que ce seuil ait été fixé, par voie de convention ou d'accord collectif, à un niveau inférieur au seuil légal ; qu'en l'espèce, il était constant que les salariés de la société Air Tahiti Nui bénéficiaient d'une rémunération mensuelle sur treize mois (versement fractionné du 13ème mois sur 12 mois), à laquelle s'ajoutait une majoration en fonction de l'ancienneté (3 % après trois ans d'ancienneté dans l'entreprise puis 1 % de plus par année de présence supplémentaire) ; que leur salaire de base était déterminé, aux termes du protocole d'accord du 30 janvier 2004 et du protocole d'accord relatif à l'amélioration des conditions de rémunération du personnel navigant technique du 24 décembre 2004, par la multiplication du « coefficient réel » correspondant à leur métier (coefficient de base + majoration pour ancienneté) par la valeur du point ; qu'il était également constant que, par une succession d'accords collectifs, le seuil de déclenchement des heures supplémentaires avait été abaissé du seuil légal de 75 heures à 70 puis à 67 heures, les heures de vol effectuées au-delà de ce seuil étant formellement distinguées, sur les bulletins de paie des salariés, en « heures complémentaires » (rémunérées au taux normal) et « heures supplémentaires » (correspondant à la seule partie majorée) ; qu'en retenant que si la majoration pour ancienneté et le treizième mois avaient vocation à être intégrés dans l'assiette de majoration des heures supplémentaires, la société Air Tahiti Nui était fondée, dès lors qu'il existait un régime dérogatoire au droit commun quand à la réduction du seuil de déclenchement des heures supplémentaires, à se prévaloir d'un mode de calcul spécifique moins favorable pour la partie des heures inférieures au seuil de déclenchement de droit commun, lorsqu'un tel régime aboutissait à méconnaître les dispositions d'ordre public régissant le paiement des heures supplémentaires, la cour d'appel a violé les articles Lp. 2331-1 et Lp. 3332-2 du code du travail de la Polynésie française ;

2°) ALORS QUE sont d'ordre public les dispositions de l'article Lp. 3332-5 du code de travail de la Polynésie française prévoyant que « le salaire horaire à prendre en considération pour le calcul des majorations pour heures supplémentaires s'entend du salaire effectivement perçu par le travailleur intéressé, y compris éventuellement, les avantages en nature et les accessoires de salaire ayant le caractère d'une rémunération qui lui sont normalement attribués » ; qu'en retenant que si la majoration pour ancienneté et le treizième mois avaient vocation à être intégrés dans l'assiette de majoration des heures supplémentaires, la société Air Tahiti Nui était fondée, dès lors qu'il existait un régime dérogatoire au droit commun quant à la réduction du seuil de déclenchement des heures supplémentaires, à se prévaloir d'un mode de calcul spécifique moins favorable pour la partie des heures inférieures au seuil de déclenchement de droit commun, la cour d'appel a violé les articles Lp. 2331-1 et Lp. 3332-5 du code de travail de la Polynésie française ;

3°) ALORS subsidiairement QU' en cas de concours de normes instituant des avantages ayant le même objet et la même cause, le salarié est fondé à se voir appliquer le régime le plus favorable ; qu'en se bornant à retenir que dès lors que la société Air Tahiti Nui avait mis en oeuvre un régime dérogatoire au droit commun quant à la réduction du seuil de déclenchement des heures supplémentaires, elle était fondée à se prévaloir du mode de calcul moins favorable pour la partie des heures inférieures au seuil de déclenchement de droit commun issu des protocoles d'accord du 3 décembre 2009 et du 4 mars 2016, sans faire ressortir en quoi ce régime était globalement plus favorable aux salariés que le mécanisme légal, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe de faveur, ensemble l'article Lp. 2331-1 du code de travail de la Polynésie française.

## DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé le jugement entrepris en ce qu'il a débouté les salariés de leurs demandes de cumul de la prime de fin d'année conventionnelle avec le treizième mois contractuel ;

AUX MOTIFS QUE « Sur le cumul de la prime de fin d'année conventionnelle et du 13ème mois contractuel :

Qu'il est constant que les avantages ayant le même objet et ou la même cause ne peuvent se cumuler, sauf stipulations contraires, et seul le plus favorable d'entre eux peut être accordé ;

Qu'en l'espèce les contrats de travail des deux appelants prévoient une rémunération mensuelle fixée à 600 000 FCP le treizième mois étant versé mensuellement sur 12 mois pour un montant mensuel de 50 000 FCP ;

Que l'accord d'entreprise dit « tronc commun » enregistré au greffe le 29 décembre 2004, prévoit en son article 31 une « prime de fin d'année-treizième mois » accordée prorata temporis à tout le personnel en fonction le 31 décembre et ayant acquis 6 mois d'ancienneté, égale pour le salarié ayant travaillé toute l'année, au salaire de base versé pour le mois de décembre de l'année en cours ; qu'il précise que, dans certaines hypothèses de rupture, cette prime est versée au prorata du temps travaillé dans l'année pour le personnel qui ne fait plus partie de l'effectif au 31 décembre mais qui justifie de 6 mois de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice ;

Que le protocole d'accord relatif à l'amélioration des conditions de rémunération du personnel navigant technique du 24 décembre 2004 définit le salaire de base comme "le salaire minimum garanti pour l'application des dispositions du code de l'aviation civile faisant référence à cette notion" ; qu'il précise d'une part que compte tenu de la nouvelle grille mise en place, une indemnité différentielle sera versée pour compenser l'éventuelle perte de rémunération en terme de salaire de base, d'ancienneté et de treizième mois, d'autre part que le SMG de référence sera celui de la nouvelle grille, plus l'indemnité différentielle diminuée des composantes ancienneté et treizième mois ;

Qu'il institue, en son article 3, une prime de fin d'année (treizième mois) accordée prorata temporis à tout PNT en fonction le 31 décembre et ayant acquis 6 mois d'ancienneté, égale pour le PNT ayant travaillé toute l'année, au salaire de base versé pour le mois de décembre de l'année en cours ; il précise que, dans certaines hypothèses de rupture, cette prime est versée au prorata du temps travaillé dans l'année pour le PNT qui ne fait plus partie de l'effectif au 31 décembre mais qui justifie de 6 mois de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice ;

Qu'un dispositif transitoire pour l'année 2005, se substituant au versement de 1/12 du SMG mensuel tel qu'appliqué jusqu'en 2004, prévoit que la prime sera versée pour moitié mensuellement à raison de 1/24 de la rémunération mensuelle de base et pour moitié selon les nouvelles modalités ;

Que l'article 3 du protocole de janvier 2014 portant pause sociale dispose qu' « il est expressément entendu entre les parties que les modalités de paiement du treizième mois restent inchangées. Cette prime sera ainsi payée au mois de décembre pour les personnels ne bénéficiant pas de la mensualisation contractuelle ou ayant décidé d'y renoncer par voie d'avenant, sur la base du salaire du mois de décembre au prorata temporis à tout le personnel en fonction le 31 décembre et ayant acquis 6 mois d'ancienneté. Le montant de cette prime est égal pour le salarié ayant travaillé toute l'année, au salaire de base versé pour le mois de décembre de l'année en cours » ; il précise que, dans certaines hypothèses de rupture, cette prime est versée au prorata du temps travaillé dans l'année pour le personnel qui ne fait plus partie de l'effectif au 31 décembre mais qui justifie de 6 mois de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice ;

Que si en l'espèce le treizième mois constitue une modalité du règlement du salaire annuel payable en treize fois alors que la gratification instituée par accord d'entreprise constitue un élément de salaire répondant à des conditions propres d'ouverture et de règlement ; la « prime de fin d'année-treizième mois » prévue tant par le « tronc commun » que par le protocole d'accord du 24 décembre 2004 constitue à l'évidence un seul et même avantage ;

Que la « prime de fin d'année-treizième mois » prévue tant par le « tronc commun » que par le protocole d'accord du 24

décembre 2004 n'a fait en effet que reprendre l'avantage contractuel dont bénéficiaient antérieurement les appelants ; que cela se déduit notamment de l'article 3 du protocole d'accord précité qui précise, au titre des dispositions transitoires, que « ce dispositif se substitue au versement du 1/12 du SMG tel qu'appliqué jusqu'en 2004 » ; que les nouvelles conditions de ce dispositif n'affectaient au surplus pas la situation des salariés recrutés antérieurement et dont le treizième mois était contractualisé ;

Qu'il s'en déduit donc que le but poursuivi tel que cela ressort de l'analyse des différents protocoles était non de retenir la possibilité d'un cumul mais bien d'organiser l'extension de cette prime à ceux qui n'en bénéficiaient pas déjà contractuellement ;

Que c'est donc à juste titre que le tribunal du travail a débouté les salariés de leur demande de cumul qui aboutirait à les faire bénéficier deux fois du même avantage et serait contraire à l'intention des négociateurs des accords collectif. » ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE « Sur la demande de paiement de prime conventionnelle

Que les contrats de travail des deux requérants prévoient une rémunération mensuelle fixée à 600 000 FCP bruts sur treize mois (le treizième mois étant versé mensuellement sur 12 mois pour un montant mensuel de 50 000 FCP) ;

Que l'accord d'entreprise dit « tronc commun » enregistré au greffe le 29 décembre 2004, prévoit en son article 31 une « prime de fin d'année-treizième mois » accordée prorata temporis à tout le personnel en fonction le 31 décembre et ayant acquis 6 mois d'ancienneté, égale pour le salarié ayant travaillé toute l'année, au salaire de base verse pour le mois de décembre de l'année en cours ; il précise que, dans certaines hypothèses de rupture, cette prime est versée au prorata du temps travaillé dans l'année pour le personnel qui ne fait plus partie de l'effectif au 31 décembre mais qui justifie de 6 mois de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice ;

Que le protocole d'accord relatif à l'amélioration des conditions de rémunération du personnel navigant technique du 24 décembre 2004 définit le salaire de base comme « le salaire minimum garanti pour l'application des dispositions du code de l'aviation civile faisant référence à cette notion » ; il précise d'une part que compte tenu de la nouvelle grille mise en place, une indemnité différentielle sera versée pour compenser l'éventuelle perte de rémunération en terme de salaire de base, d'ancienneté et de treizième mois, d'autre part que le SMG de référence sera celui de la nouvelle grille, plus l'indemnité différentielle diminuée des composantes ancienneté et treizième mois ;

qu'il institue, en son article 3, une prime de fin d'année (treizième mois) accordée prorata temporis à tout PNT en fonction le 31 décembre et ayant acquis 6 mois d'ancienneté, égale pour le PNT ayant travaillé toute l'année, au salaire de base versé pour le mois de décembre de l'année en cours ; il précise que, dans certaines hypothèses de rupture, cette prime est versée au prorata du temps travaillé dans l'année pour le PNT qui ne fait plus partie de l'effectif au 31 décembre mais qui justifie de 6 mois de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice ;

qu'un dispositif transitoire pour l'année 2005, se substituant au versement de 1/12 du SMG mensuel tel qu'appliqué jusqu'en 2004, prévoit que la prime sera versée pour moitié mensuellement à raison de 1/24 de la rémunération mensuelle de base et pour moitié selon les nouvelles modalités ;

Que l'article 3 du protocole de janvier 2014 portant pause sociale dispose qu'« il est expressément entendu entre les parties que les modalités de paiement du treizième mois restent inchangées. Cette prime sera ainsi payée au mois de décembre pour les personnels ne bénéficiant pas de la mensualisation contractuelle ou ayant décidé d'y renoncer par voie d'avenant, sur la base du salaire du mois de décembre au prorata temporis à tout le personnel en fonction le 31 décembre et ayant acquis 6 mois d'ancienneté. Le montant de cette prime est égal pour le salarié ayant travaillé toute l'année, au salaire de base versé pour le mois de décembre de l'année en cours » ; il précise que, dans certaines hypothèses de rupture, cette prime est versée au prorata du temps travaillé dans l'année pour le personnel qui ne fait plus partie de l'effectif au 31 décembre mais qui justifie de 6 mois de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice ;

Qu'il résulte tout d'abord de ces éléments, que la « prime de fin d'année-treizième mois » prévue tant par le « tronc commun » que par le protocole d'accord du 24 décembre 2004 constitue un seul et même avantage, dont le cumul n'est d'ailleurs pas revendiqué par tes requérants ;

que la seule question posée est celle de l'avantage différent que constituerait le treizième mois contractuel ;

qu'en effet, une clause contractuelle ne peut se cumuler avec une clause conventionnelle que si elles ont un objet ou une cause différents, le principe de faveur imposant de retenir la clause la plus favorable entre deux clauses portant sur le même objet ;

que les deux clauses litigieuses portent sur l'allocation d'un treizième mois, les différences portant sur :

- l'absence de condition d'ancienneté ou de présence dans l'entreprise dans la clause contractuelle, nécessairement donc plus favorable ;

- les modalités de paiement de ce treizième mois, mensualisé dans la clause contractuelle et annualisé dans la clause

conventionnelle ; c'est la raison pour laquelle le protocole de janvier 2014 réserve le cas des agents recrutés antérieurement, comme les requérants, dont l'engagement prévoit une mensualisation à laquelle ils n'auront pas renoncé par avenant ;

que si les modalités de paiement ne différencient pas l'objet du treizième mois, en revanche se pose la question de l'impact de l'absence de conditions d'ouverture du droit au treizième mois dans les engagements des deux requérants : en effet, aucune condition d'ancienneté n'est précisée et le versement mensualisé de 50 000 FCP est acquis sans référence à une remise en cause de ce versement dans certains types de rupture ;

qu'ainsi et à l'instar de ce qui a été jugé dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de la chambre sociale du 13 juin 2012 pourvoi numéro 10-27395, « le treizième mois prévu par le contrat de travail constituait une modalité de règlement d'un salaire annuel payable en treize mois alors que la gratification instituée par l'accord d'entreprise... constituait un élément de salaire répondant à des conditions propres d'ouverture et de règlement » ;

que ces avantages, qui n'ont pas le même objet, pouvaient donc se cumuler ;

qu'il aurait appartenu à l'employeur de faire signer un avenant aux deux salariés ou de prévoir la non-attribution de la gratification conventionnelle aux salariés bénéficiant déjà d'un salaire annualisé de treize mois ;

Que sur la base de ces éléments, il conviendrait donc de faire droit à la demande ;

Que cependant il résulte des explications des parties à l'audience et des documents produits que la « prime de fin d'année-treizième mois » prévue tant par le « tronc commun » que par le protocole d'accord du 24 décembre 2004 n'a fait que reprendre l'avantage contractuel dont bénéficiaient antérieurement les requérants ; que cela se déduit notamment de l'article 3 du protocole d'accord précité qui précise, au titre des dispositions transitoires, que « ce dispositif se substitue au versement du 1/12 du SMG tel qu'appliqué jusqu'en 2004 » ;

que les nouvelles conditions de ce dispositif n'affectaient pas la situation des salariés recrutés antérieurement et dont le treizième mois était contractualisé : en effet, d'une part, la condition d'ancienneté de 6 mois était sans objet ; d'autre part, l'exigence d'une présence au 31 décembre de l'année en cours dans certains cas de rupture ne peut s'imposer aux dispositions contractuelles plus favorables ayant mensualisé la perception du treizième mois ;

Que les requérants seront donc déboutés de leur demande de cumul, qui aboutirait à les faire bénéficier deux fois du même avantage ;

1°) ALORS QUE si en cas de concours de stipulations contractuelles et de dispositions conventionnelles, les avantages qu'elles instituent ne peuvent se cumuler, c'est à la condition qu'ils aient le même objet et la même cause ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que le treizième mois prévu par le contrat de travail des salariés constituait une modalité de règlement d'un salaire annuel payable en treize fois, tandis que « la prime de fin d'année-treizième mois » prévue tant par le protocole d'accord relatif à l'amélioration des conditions de rémunération du personnel navigant technique du 24 décembre 2004 que par l'accord d'entreprise dit « tronc commun » du 29 décembre 2004, et reprise par le protocole de janvier 2014 portant pause sociale, constituait un élément de salaire répondant à des conditions propres d'ouverture et de règlement ; qu'en jugeant néanmoins que les salariés ne pouvaient cumuler ces deux avantages au motif inopérant qu'un tel cumul serait contraire à l'intention des négociateurs des accords collectifs précités, la cour d'appel a violé le principe de faveur, ensemble l'article Lp. 2331-1 du code de travail de la Polynésie française ;

2°) ALORS subsidiairement QUE le protocole d'accord relatif à l'amélioration des conditions de rémunération du personnel navigant technique du 24 décembre 2004 a été conclu par les parties signataires afin de « marquer leur résolution commune et concertée d'apporter au personnel navigant technique (PNT) un nouveau cadre statutaire pour sa rémunération » ; que dès lors, si ce texte a mis en oeuvre, pour la prime de fin d'année, un nouveau régime venant se « substitue[r] au versement du 1/12ème du SMG mensuel, tel qu'appliqué jusqu'en 2004 », cette précision concerne le dispositif prévu par les normes collectives jusqu'alors applicables, dont celles du protocole d'accord du 30 janvier 2004 qui prévoyait que « le treizième mois est réparti mensuellement, à raison de 1/12 ème du montant égal au coefficient réel détenu par le salarié, multiplié par la valeur du point en cours » ; que ce régime substitutif ne vise pas les dispositions contractuelles conclues antérieurement ; qu'en déduisant de la mention précitée que le but poursuivi par les partenaires sociaux avait été d'organiser l'extension de la prime de treizième mois aux salariés qui n'en bénéficiaient pas déjà contractuellement, ce qui excluait le cumul qui, à défaut de cette mention, aurait été possible entre ces deux avantages, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que, dans la méthode du dixième, l'assiette de calcul de l'indemnité de congé payé excluait les éléments de rémunération dont le montant n'était pas affecté par la prise de congé et que la prime d'ancienneté n'avait pas à être minorée en cas de prise de congé et d'AVOIR, au vu de ces principes, invité les parties à calculer les sommes qui resteraient dues aux fins de leur liquidation ;

AUX MOTIFS QUE « Sur le rappel des congés payés :

Qu'il résulte des dispositions des articles Lp. 3231-16 et suivants du code du travail de la Polynésie française que l'indemnité de congé est égale au dixième de la rémunération totale perçue par le salarié au cours de la période d'acquisition des droits en congés en ce compris l'indemnité de congés de l'année précédente, et que cette indemnité ne peut être inférieure à la rémunération qu'aurait perçue le salarié s'il avait continué à travailler ;

Qu'il est rappelé que dans cette méthode sont à exclure de l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés d'une part, tous les éléments de rémunération dont le montant n'est pas affecté par la prise de congé annuel et que d'autre part, la prime d'ancienneté n'a pas à être minorée en cas de prise de congé ;

Qu'il est soutenu en défense par la société ATN que la formule de calcul de l'indemnité de congé au dixième des pilotes est basée sur une acquisition de congés à 3.83 par mois (45.996 par an) et sur un décompte en jours calendaire (somme des bruts x 10 % / 35). et que le dénominateur de 35 s'explique par la conversion des 45.996 jours calendaires en jours ouvrables (soit  $45\,996 \times 35/46$ ) ; .que la société ATN fait valoir également que la formule utilisée par les appelants est basée sur une acquisition à 30 jours de congés sans application d'un coefficient de conversion et sans éléments précis ; Que les appelants sont invités en conséquence préciser les raisons pour lesquelles le calcul des indemnités de congés payés retenue dans le cadre de ses explications par la société ATN à ce titre serait effectivement erroné » ;

1°) ALORS QUE la prime d'ancienneté qui est versée en contrepartie du travail doit être incluse dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés ; qu'en affirmant qu'il y avait lieu, dans la méthode du dixième, d'exclure de l'assiette de calcul de l'indemnité de congé payé, les éléments de rémunération dont le montant n'était pas affecté par la prise de congé et que la prime d'ancienneté n'avait pas à être minorée en cas de prise de congé, quand la circonstance que cette dernière prime était versée en contrepartie du travail justifiait en elle-même son inclusion, la cour d'appel a violé les articles Lp. 3231-16 et Lp. 3231-17 du code du travail de la Polynésie française ;

2°) ALORS subsidiairement QUE pour mettre la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle, les juges sont tenus d'indiquer sur quels éléments et documents ils se fondent pour déduire les constatations de fait à l'appui de leur décision ; qu'en se bornant à retenir que la prime d'ancienneté ne subissait aucune minoration en cas de prise de congé, sans préciser d'où elle tirait une telle « constatation », la cour d'appel a violé l'article 268 du code de procédure civile de la Polynésie française.

#### QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté les salariés de leur demande de majoration pour ancienneté du treizième mois ;

AUX MOTIFS QUE « Sur le rappel de majoration de salaire pour ancienneté du treizième mois :

Que l'article Lp. 3321-3 du code du travail dispose que « le salaire est majoré en fonction de l'ancienneté dans l'entreprise.

Cette majoration est calculée en pourcentage du salaire de base dans les conditions suivantes :

1. 3 % après trois ans d'ancienneté dans l'entreprise,
2. puis 1 % de plus par année de présence supplémentaire,

La majoration maximum du salaire pour ancienneté ne peut dépasser 25 % du salaire » ;

Que le salaire de base n'est pas défini dans le code du travail, mais la logique est de considérer qu'il s'agit du salaire hors de toute prime ou heure supplémentaire, soit la somme figurant sur la première ligne du bulletin de salaire ;

Qu'il est donc exclu qu'un treizième mois versé en fin d'année bénéficie de cette majoration ; qu'il en va de même si ce treizième mois est versé mensuellement ;

Que cependant le principe de faveur permet à un accord collectif ou un contrat de travail de contenir des dispositions plus avantageuses pour le salarié ; qu'il importe donc de vérifier si les accords d'entreprise ou l'engagement du requérant portent des mesures plus favorables quant à la majoration pour ancienneté ;

Que le protocole d'accord du 30 janvier 2004 mentionne que le treizième mois s'ajoute au salaire de base en tant qu'élément de rémunération globale et est réparti mensuellement à raison d'1/12 du montant égal au coefficient réel multiplié par la valeur du point en cours ; que selon la grille des salaires chaque PNT est positionné dans une classe qui est déterminée par la combinaison comme dit plus haut de deux critères, l'expérience aéronautique à l'entrée dans la compagnie et l'ancienneté dans la fonction qui détermine une classification correspondant à un indice, lequel, multiplié par la valeur du point, définit le salaire de base pour 70 heures de vol mensuel, ledit salaire de base étant donc considéré comme le salaire minimum garanti. ;

Que pareillement le protocole d'accord relatif à l'amélioration des conditions de rémunération du personnel navigant technique du 24 décembre 2004 comporte un article 3 sur la prime de fin d'année (treizième mois) accordée pour un montant équivalent au SMG du mois de décembre de l'année en cours qui prend aussi en compte le coefficient réel ;

Qu'ainsi contrairement à ce qui est soutenu en appel ce coefficient réel prend déjà en compte l'ancienneté ;

Qu'aucun de ces textes ne prévoit l'application supplémentaire de la majoration de droit commun pour ancienneté pour le treizième mois ;

Que les contrats des appelants prévoit que la rémunération est fixée pour chacun à la somme de 600 000 FCP sur 13 mois (le treizième mois étant versé mensuellement sur 12 mois pour un montant mensuel de 50 000 FCP), et ce non compris la majoration de salaire pour ancienneté prévue par la réglementation territoriale ;

Que cette clause ne peut par conséquent autoriser à elle seule à appliquer une majoration supplémentaire pour ancienneté pour le treizième mois ; qu'elle constitue seulement le rappel des dispositions légales générales en la matière. » ;

1°) ALORS QU' une majoration d'ancienneté qui affecte le montant du traitement mensuel du salarié s'intègre salaire de base avec lequel elle fait corps si bien qu'elle n'a pas à apparaître distinctement sur le bulletin de paie ; qu'en application de l'article Lp. 3321-3 du code du travail de la Polynésie française, le salaire est majoré en fonction de l'ancienneté dans l'entreprise à raison de 3 % après trois d'ancienneté, puis de 1 % de plus par année de présence supplémentaire ; qu'il était néanmoins constant que sur les bulletins de paie délivrés aux salariés de la société Air Tahiti Nui, étaient distingués le salaire de base (première ligne) et, sur une ligne distincte, la majoration d'ancienneté ; qu'en retenant que faute de définition légale du salaire de base, il y avait lieu de retenir, pour déterminer l'assiette du treizième mois due au salarié, la seule somme figurant sur la première ligne du bulletin de paie, à l'exclusion de toute prime ou heure supplémentaire, la cour d'appel a violé l'article Lp. 3321-3 du code du travail et l'article 2 du protocole d'accord portant sur l'amélioration des carrières et conditions de travail des personnels navigants techniques du 30 janvier 2004 ;

2°) ALORS QUE le juge doit respecter l'objet du litige tel que déterminé par les prétentions respectives des parties ; qu'en l'espèce, les salariés soutenaient, non pas que la variable d'ancienneté était à exclure du « coefficient réel » servant au calcul de la prime de treizième mois, mais, au contraire, qu'elle devait être intégrée dans celui-ci, ce que ne respectait pas, en pratique, l'employeur ; qu'ils ne sollicitaient pas en sus l'application d'une majoration d'ancienneté distincte ; qu'en jugeant, pour débouter les salariés de leur demande de majoration pour ancienneté du treizième mois, que contrairement à ce qui était soutenu, le coefficient réel servant au calcul de la prime de treizième mois prenait déjà en compte l'ancienneté du salarié, ce qui excluait l'application d'une majoration d'ancienneté supplémentaire, la cour d'appel a méconnu les termes du litige, en violation de l'article 3 du code de procédure civile de la Polynésie française ;

3°) ALORS QUE la prime de treizième mois octroyée aux salariés de la société Air Tahiti Nui est calculée par référence à leur salaire minimum garanti (SMG), également appelé salaire de base ; que celui-ci est égal, aux termes du protocole d'accord du 30 janvier 2004, au coefficient réel détenu par le salarié (coefficient de base + prime d'ancienneté à hauteur de 1 % par année d'ancienneté) multiplié par la valeur du point en cours ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que tant le protocole d'accord du 30 janvier 2004 que le protocole d'accord relatif à l'amélioration des conditions de rémunérations du personnel navigant technique du 24 décembre 2004, prévoyaient que le treizième mois était calculé par rapport au coefficient réel ; qu'en se bornant à retenir qu'au sens de ces accords, le coefficient réel servant au calcul du treizième mois prenait déjà en compte l'ancienneté, sans s'assurer, comme elle y était invitée, que, dans les faits, le treizième mois payé aux salariés était calculé sur la base d'un coefficient réel intégrant la majoration pour ancienneté, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions du protocole d'accord du 30 janvier 2004 et du protocole d'accord relatif à l'amélioration des conditions de rémunérations du personnel navigant technique du 24 décembre 2004 ;

4°) ALORS à supposer que la cour d'appel ait considéré l'ancienneté déjà prise en compte dans le coefficient réel hors majoration pour ancienneté QU'aux termes de l'article 2 du protocole d'accord du 30 janvier 2004, le salaire de base est déterminé par la multiplication du coefficient réel par la valeur du point, le coefficient réel étant formé par l'application de la prime d'ancienneté (1 % par année d'ancienneté) aux coefficients de base ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que tant le protocole d'accord du 30 janvier 2004 que le protocole d'accord relatif à l'amélioration des conditions de rémunérations du personnel navigant technique du 24 décembre 2004, prévoyaient que le treizième mois était calculé par rapport au coefficient réel ; qu'en jugeant néanmoins qu'il ne résultait d'aucun de ces textes que le treizième mois dû aux salariés se voyaient appliquer une majoration pour ancienneté, la cour d'appel a violé les textes précités ; Moyens produits AU POURVOI INCIDENT par la SCP Claire Leduc et Solange Vigand, avocat aux Conseils, pour la société Air Tahiti Nui.

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'AVOIR limité le mode de calcul fixé par le protocole du 3 décembre 2009 aux seules heures complémentaires et heures supplémentaires conventionnelles, d'AVOIR dit que pour les heures supplémentaires au sens des articles Lp. 3213-15 et L. 3213-1 devraient être inclus dans l'assiette la majoration pour ancienneté et le treizième mois et d'AVOIR, en conséquence, invité les parties au vu des principes dégagés par la cour à calculer les sommes qui resteraient dues aux fins de liquidation ;

AUX MOTIFS QUE sur les heures supplémentaires et complémentaires - Sur la répartition entre heures supplémentaires et complémentaires : que par dérogation à la durée légale de travail de 39 heures hebdomadaires en droit commun, l'article Lp. 3213-2 du code du travail retient que la durée de travail effectif des personnels navigants sur les courriers long trajet des aéronefs long-courrier correspond à une " durée mensuelle de 75 heures de vol réparties sur l'année " ; que l'article Lp. 3213-18 du code du travail précise que : " indépendamment du paiement trimestriel des heures supplémentaires, il est procédé en fin d'année à la comptabilisation des heures effectuées au cours des 4 trimestres ; si le total des heures effectuées dépasse 900 heures, les heures faites en excédent, qui n'auraient pas donné lieu à paiement trimestriel, sont considérées comme heures supplémentaires et rémunérées dans les conditions fixées par l'article Lp. 3213-17" ; que cet article dispose que : " les heures de vol effectuées en application des dérogations visées à l'article Lp. 3213-15, comptabilisées par trimestre, sont considérées à partir de la 25 ème heure, comme heure exceptionnelle, et donnent lieu à majoration de 25 % portant sur les éléments de rémunération à l'exclusion des remboursements de frais " ; qu'il résulte de ces textes par conséquent l'existence d'un régime très spécifique au transport aérien tant en matière de durée du travail que d'indemnisation des heures au-delà de cette durée ; qu'au sein de la Société ATN la rémunération des PNT résulte d'une succession d'accord dont le protocole d'accord du 24 décembre 2004 celui du 14 avril 2008 et son avenant du 3 décembre 2009 qui ont conduit à ce que la moyenne annuelle de vol a été abaissée de 75 heures à 70 heures puis à 67 ; que le dernier avenant du 3 décembre 2009 rappelle et précise : "Le protocole d'accord de levée de conflit entre ATN et les organisations syndicales PNT en date du 14 avril 2008 fixe de nouvelles méthodes pour le calcul des heures complémentaires et supplémentaires des PNT ; que la façon dont ce texte a été appliqué jusqu'à présent est sujette à désaccord entre les parties signataires, aussi se sont-elles réunies pour déterminer une méthode de calcul acceptable par tous" ; qu'il arrête, pour mettre fin au désaccord, les définitions et calcul suivants :

" SMG : Salaire minimum garanti,

HJ : Heures de vol de jour,

HN Heures de vol de nuit,

HV : Heures de vol HV-HJ+HN,

MN : Majoration heures de nuit  $MN=0,25 \times HN$  Hsim : Heures de simulateur, AS : Total PHV générées par les activités sol, y compris les heures de simulateur JM : Nombre de jours du mois considéré,

JC : Nombre de jours de congé ou de repos compensatoire,

JA : Nombre de jours d'activité SI : Seuil heures complémentaires  $67$   $SI=MAX(67-JC*67/30, 0)$ ,

52 : Seuil heures supplémentaires  $67$   $S2=MAX(67-JC*67/30, 25)$ ,

53 : Seuil heures complémentaires  $70$ ,

53-  $MAX(70-JC*70/30, 0)$ ,

54 Seuil heures supplémentaires  $70$ ,

54-  $MAX(75-JC*75/30, 25)$ ,

HC67 : Heures complémentaires 67,  
 HS67 : Majoration heures supplémentaires 67,  
 HC70 : Heures complémentaires 70,  
 HS70 : Majoration heures supplémentaires 70,  
 HC : Heures complémentaires du bulletin de paye,  
 HS : Majoration heures supplémentaires du bulletin de paye" ;

"Précédemment à la mise en oeuvre du Protocole, le logiciel de paie de la Compagnie traitait les heures complémentaires et supplémentaires du Personnel Navigant en multipliant le nombre d'heures par SMG/70. Afin de ne pas modifier ce même logiciel et conserver un historique cohérent des heures complémentaires et supplémentaires versées au Personnel Navigant Technique. Il est expressément entendu que les HC67 et HS67 calculées comme exposé infra sont converties en HC70 et HS70 par application d'un ratio de 70/67 ; Ainsi au salaire minimum garanti (SMG) sont ajoutés :

La rémunération des heures complémentaires : HCx SMG/70

La rémunération de la majoration heures supplémentaires HS x SMG/70 x 0.25 " ; qu'il expose enfin les modes de calcul respectifs des heures complémentaires et le calcul de la majoration des heures supplémentaires : " afin de ne pas modifier ce même logiciel et conserver un historique cohérent des heures complémentaires et supplémentaires versées au Personnel Navigant Technique, il est expressément entendu que les HC67 et HS67 calculées comme exposé infra sont converties en HC70 et HS70 par application d'un ratio de 70/67.

Calcul des heures complémentaires

$HC = (HC67 \times 70/67) + HC70$   $HC67 = \text{MAX} (HJ+HN+MN-Si ; 0)$ ,  $Qu'HC70 = \text{MAX} [(HJ+HN+MN-HC67) \times 70/67 + AS - S3 ; 0]$

Calcul de la majoration des heures supplémentaires  $HS = (HS67 \times 70/67) + HS70$   $HS67 = \text{MAX} (HJ+HN-S2 ; 0)$

$HS70 = \text{MAX} (HJ+HN+Hsim-S4 ; 0) - \text{MAX} (HJ+HN-S4 ; 0)$  Est joint en annexe I un tableau d'illustration du mode de calcul

détaillé supra" ; que les heures dites "complémentaires", qui constituent une spécificité de la Compagnie Aérienne Air Tahiti Nui, sont, selon le protocole d'accord PNT du 24 décembre 2004, les heures d'activité effectuées au-delà de la 70ème heure ou du seuil de déclenchement s'il est inférieur, mais rémunérées au taux normal, sans majoration pour heure supplémentaire et dont il n'est pas contesté qu'elles servent aussi à compenser des activités pour les PNT autres que celles de vol pour les PNT ; que les heures supplémentaires conventionnelles et les heures complémentaires doivent donc être calculées selon la formule fixée par le protocole du 3 décembre 2009 et du 4 mars 2016 à effet du 1<sup>er</sup> mars 2016 qui retient que les heures de nuit seront majorées quel que soit le déclenchement de ces heures, - Sur l'assiette des heures supplémentaires et complémentaires ; que l'article Lp. 3332-5 du code du travail dispose que "le salaire à prendre en considération pour le calcul des majorations pour heures supplémentaires s'entend du salaire effectivement perçu par le travailleur intéressé, y compris éventuellement les avantages en nature et les accessoires de salaire ayant le caractère d'une rémunération qui lui sont normalement attribués » ; que l'article Lp. 3332-1 du code du travail prévoit que : "Ouvrent droit à des majorations de salaire, les heures effectuées au-delà de : 1. la durée légale hebdomadaire du travail fixée à l'article Lp. 3211 1 ; 2. la durée considérée comme équivalente à la durée légale ; 3. La durée moyenne hebdomadaire mentionnée à l'article Lp. 3212 7, si elle est inférieure à la durée légale" ; que l'article Lp. 3332-2 du code du travail dispose que : "Les majorations de salaire horaire prévues à l'article Lp. 3332 1 sont les suivantes heures supplémentaires de jour : a. de la 40e à la 47e heure comprise : 25 % ; b. au-delà de la 47e heure : 50 % ; heures supplémentaires de nuit : 75 % ; 3. heures supplémentaires les dimanches et les jours non ouvrables ; a. de jour : 65 % ; b. de nuit : 100 %." ; que l'article Lp. 3332-3 du code du travail précise que "Par dérogation à l'article Lp. 3332-2, dès lors qu'un salarié est soumis à un régime d'équivalence en matière de durée du travail et est employé partie pendant les heures de jour, partie pendant les heures de nuit, seules les heures effectuées au-delà de la durée légale du travail ou de celle considérée comme équivalente donnent droit à une majoration, dont le taux minimum est fixé à 25 % du salaire horaire, de jour comme de nuit, jours ouvrables ou non." ; que l'article Lp. 3332-4 édicte que le décompte des heures supplémentaires s'effectue à la semaine ; que l'article Lp. 3332-5 prévoit que : "Le salaire horaire à prendre en considération pour le calcul des majorations pour heures supplémentaires s'entend du salaire effectivement perçu par le travailleur intéressé, y compris éventuellement, les avantages en nature et les accessoires de salaire ayant le caractère d'une rémunération qui lui sont normalement attribués ; que pour les travailleurs à salaire mensuel, le salaire horaire à prendre en considération est calculé dans les mêmes conditions, sur la base de 169 heures par mois" ; qu'en l'espèce les protocoles d'accords, ont fixé un seuil plus favorable de déclenchement des heures supplémentaires que les seuils légaux et un mode de rémunération spécifique qui inclus par le jeu d'un indice l'ancienneté tel que décrit par l'article 1 de l'accord du 24 décembre 2004 qui y combine une double ancienneté, l'expérience aéronautique et l'ancienneté dans la compagnie ; qu'il s'ensuit que dès lors qu'existe un régime dérogatoire au droit commun quant à la réduction du seuil

de déclenchement des heures supplémentaires, la société ATN est fondée à réclamer qu'il leur soit appliqué un mode de calcul spécifique moins favorable pour la partie des heures inférieures au seuil de déclenchement de droit commun ; qu'il convient donc de se référer au protocole du 3 décembre 2009 fixant en dernier lieu le mode de calcul des heures supplémentaires ; qu'a contrario en revanche pour les heures supplémentaires, au sens des articles Lp. 3213-15 et Lp. 3213-18, devra être inclus, dans l'assiette des heures supplémentaires, la majoration pour ancienneté et le treizième mois ; que le même raisonnement sera retenu pour le calcul des heures complémentaires et il sera renvoyé pareillement les parties au protocole du 3 décembre 2009 fixant en dernier lieu également le mode de calcul des heures complémentaires. ; que le tribunal du travail sera donc infirmé sur ce point ;

ALORS QU'en cas de concours de dispositions légales et conventionnelles, les avantages ayant le même objet et/ou la même cause ne peuvent, sauf stipulations contraires, se cumuler, le plus favorable d'entre eux pouvant seul être accordé ; que la comparaison doit être effectuée d'une manière globale ; qu'en l'espèce, en retenant que seules les heures complémentaires et les heures supplémentaires conventionnelles devaient être calculées conformément à la formule conventionnelle mais qu'en revanche, pour les heures supplémentaires au sens des articles Lp. 3213-15 et L. 3213-1 devaient être inclus dans l'assiette la majoration pour ancienneté et le treizième mois, quand il résultait de ses propres énonciations que, d'une part, le code du travail de la Polynésie française fixait la durée légale du personnel navigant à une durée mensuelle moyenne de 75 heures de vol réparties sur l'année et limitait strictement les heures supplémentaires effectuées par le personnel navigant aux heures de vol décomptées seulement au trimestre ou à l'année et, d'autre part, que les protocoles d'accord applicables dans l'entreprise avaient, tout en maintenant un salaire de base assorti d'un mode de calcul spécifique incluant l'ancienneté, réduit successivement la durée de travail du personnel navigant de 75 à 67 par mois, décompté comme heures supplémentaires les heures de vol au-delà de cette durée mensuelle, mais aussi valorisé des heures d'activité qui n'étaient pas des heures de vol, ce dont elle aurait dû déduire que ce régime conventionnel était globalement plus favorable que le régime légal et qu'il devait donc recevoir application y compris pour les heures supplémentaires au sens du droit commun, sauf à cumuler le bénéfice des deux régimes, la cour d'appel a violé le principe de faveur, ensemble l'article Lp. 2231-1 du code du travail de la Polynésie française.

#### DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que pour les heures supplémentaires au sens des articles Lp. 3213-15 et L. 3213-1 devrait être inclus dans l'assiette la majoration pour ancienneté et d'AVOIR, en conséquence, invité les parties au vu des principes dégagés par la cour à calculer les sommes qui resteraient dues aux fins de liquidation ;

AUX MOTIFS QUE sur les heures supplémentaires et complémentaires - Sur la répartition entre heures supplémentaires et complémentaires : que par dérogation à la durée légale de travail de 39 heures hebdomadaires en droit commun, l'article Lp. 3213-2 du code du travail retient que la durée de travail effectif des personnels navigants sur les courriers long trajet des aéronefs long-courrier correspond à une " durée mensuelle de 75 heures de vol réparties sur l'année " ; que l'article Lp. 3213-18 du code du travail précise que : " indépendamment du paiement trimestriel des heures supplémentaires, il est procédé en fin d'année à la comptabilisation des heures effectuées au cours des 4 trimestres ; si le total des heures effectuées dépasse 900 heures, les heures faites en excédent, qui n'auraient pas donné lieu à paiement trimestriel, sont considérées comme heures supplémentaires et rémunérées dans les conditions fixées par l'article Lp. 3213-17" ; que cet article dispose que : " les heures de vol effectuées en application des dérogations visées à l'article Lp. 3213-15, comptabilisées par trimestre, sont considérées à partir de la 25ème heure, comme heure exceptionnelle, et donnent lieu à majoration de 25 % portant sur les éléments de rémunération à l'exclusion des remboursements de frais " ; qu'il résulte de ces textes par conséquent l'existence d'un régime très spécifique au transport aérien tant en matière de durée du travail que d'indemnisation des heures au-delà de cette durée ; qu'au sein de la Société ATN la rémunération des PNT résulte d'une succession d'accord dont le protocole d'accord du 24 décembre 2004 celui du 14 avril 2008 et son avenant du 3 décembre 2009 qui ont conduit à ce que la moyenne annuelle de vol a été abaissée de 75 heures à 70 heures puis à 67 ; que le dernier avenant du 3 décembre 2009 rappelle et précise : "Le protocole d'accord de levée de conflit entre ATN et les organisations syndicales PNT en date du 14 avril 2008 fixe de nouvelles méthodes pour le calcul des heures complémentaires et supplémentaires des PNT ; que la façon dont ce texte a été appliqué jusqu'à présent est sujette à désaccord entre les parties signataires, aussi se sont-elles réunies pour déterminer une méthode de calcul acceptable par tous" ; qu'il arrête, pour mettre fin au désaccord, les définitions et

calcul suivants :

" SMG : Salaire minimum garanti,

HJ : Heures de vol de jour,

HN Heures de vol de nuit,

HV : Heures de vol HV-HJ+HN,

MN : Majoration heures de nuit  $MN=0,25 \times HN$  Hsim : Heures de simulateur, AS : Total PHV générées par les activités sol, y compris les heures de simulateur JM : Nombre de jours du mois considéré,

JC : Nombre de jours de congé ou de repos compensatoire,

JA : Nombre de jours d'activité SI : Seuil heures complémentaires 67  $SI=MAX(67-JC*67/30, 0)$ ,

S2 : Seuil heures supplémentaires 67  $S2=MAX(67-JC*67/30, 25)$ ,

S3 : Seuil heures complémentaires 70,

S3-  $MAX(70-JC*70/30, 0)$ ,

S4 Seuil heures supplémentaires 70,

S4-  $MAX(75-JC*75/30, 25)$ ,

HC67: Heures complémentaires 67,

HS67: Majoration heures supplémentaires 67,

HC70 : Heures complémentaires 70,

HS70 : Majoration heures supplémentaires 70,

HC : Heures complémentaires du bulletin de paye,

HS : Majoration heures supplémentaires du bulletin de paye" ;

"Précédemment à la mise en oeuvre du Protocole, le logiciel de paie de la Compagnie traitait les heures complémentaires et supplémentaires du Personnel Navigant en multipliant le nombre d'heures par SMG/70. Afin de ne pas modifier ce même logiciel et conserver un historique cohérent des heures complémentaires et supplémentaires versées au Personnel Navigant Technique. Il est expressément entendu que les HC67 et HS67 calculées comme exposé infra sont converties en HC70 et HS70 par application d'un ratio de 70/67 ; Ainsi au salaire minimum garanti (SMG) sont ajoutés :

La rémunération des heures complémentaires :  $HC \times SMG/70$

La rémunération de la majoration heures supplémentaires  $HS \times SMG/70 \times 0.25$  ; qu'il expose enfin les modes de calcul respectifs des heures complémentaires et le calcul de la majoration des heures supplémentaires : " afin de ne pas modifier ce même logiciel et conserver un historique cohérent des heures complémentaires et supplémentaires versées au Personnel Navigant Technique, il est expressément entendu que les HC67 et HS67 calculées comme exposé infra sont converties en HC70 et HS70 par application d'un ratio de 70/67.

Calcul des heures complémentaires

$HC=(HC67 \times 70/67) + HC70$   $HC67=MAX(HJ+HN+MN-SI; 0)$ ,  $Qu'HC70=MAX[(HJ+HN+MN-HC67)*70/67+AS- S3; 0]$

Calcul de la majoration des heures supplémentaires  $HS=(HS67 \times 70/67)+HS70$   $HS67=MAX(HJ+HN-S2; 0)$   $HS70=$

$MAX(HJ+HN+Hsim-S4; 0)-MAX(HJ+HN-S4; 0)$  Est joint en annexe I un tableau d'illustration du mode de calcul détaillé supra" ; que les heures dites "complémentaires", qui constituent une spécificité de la Compagnie Aérienne Air Tahiti Nui, sont, selon le protocole d'accord PNT du 24 décembre 2004, les heures d'activité effectuées au-delà de la 70ème heure ou du seuil de déclenchement s'il est inférieur, mais rémunérées au taux normal, sans majoration pour heure supplémentaire et dont il n'est pas contesté qu'elles servent aussi à compenser des activités pour les PNT autres que celles de vol pour les PNT; que les heures supplémentaires conventionnelles et les heures complémentaires doivent donc être calculées selon la formule fixée par le protocole du 3 décembre 2009 et du 4 mars 2016 à effet du 1er mars 2016 qui retient que les heures de nuit seront majorées quel que soit le déclenchement de ces heures, - Sur l'assiette des heures supplémentaires et complémentaires ; que l'article Lp. 3332-5 du code du travail dispose que "le salaire à prendre en considération pour le calcul des majorations pour heures supplémentaires s'entend du salaire effectivement perçu par le travailleur intéressé, y compris éventuellement les avantages en nature et les accessoires de salaire ayant le caractère d'une rémunération qui lui sont normalement attribués » ; que l'article Lp. 3332-1 du code du travail prévoit que : "Ouvrent droit à des majorations de salaire, les heures effectuées au-delà de : 1. la durée légale hebdomadaire du travail fixée à l'article Lp. 3211 1; 2. la durée considérée comme équivalente à la durée légale ; 3. La durée moyenne hebdomadaire mentionnée à l'article Lp. 3212 7, si elle est inférieure à la durée légale" ; que l'article Lp. 3332-2 du code du travail dispose que : "Les majorations de salaire horaire prévues à l'article Lp. 3332 1 sont les suivantes heures supplémentaires de jour : a. de la 40e à la 47e heure comprise : 25 % ; b, au-delà de la 47e heure : 50 % ; heures supplémentaires de nuit : 75 % ; 3 heures supplémentaires les dimanches et les jours non ouvrables ; a. de jour : 65 % ; b.

de nuit : 100 %." ; que l'article Lp. 3332-3 du code du travail précise que " Par dérogation à l'article Lp. 3332-2, dès lors qu'un salarié est soumis à un régime d'équivalence en matière de durée du travail et est employé partie pendant les heures de jour, partie pendant les heures de nuit, seules les heures effectuées au-delà de la durée légale du travail ou de celle considérée comme équivalente donnent droit à une majoration, dont le taux minimum est fixé à 25 % du salaire horaire, de jour comme de nuit, jours ouvrables ou non." ; que l'article Lp. 3332-4 édicte que le décompte des heures supplémentaires s'effectue à la semaine ; que l'article Lp. 3332-5 prévoit que : "Le salaire horaire à prendre en considération pour le calcul des majorations pour heures supplémentaires s'entend du salaire effectivement perçu par le travailleur intéressé, y compris éventuellement, les avantages en nature et les accessoires de salaire ayant le caractère d'une rémunération qui lui sont normalement attribués ; que pour les travailleurs à salaire mensuel, le salaire horaire à prendre en considération est calculé dans les mêmes conditions, sur la base de 169 heures par mois" ; qu'en l'espèce les protocoles d'accords, ont fixé un seuil plus favorable de déclenchement des heures supplémentaires que les seuils légaux et un mode de rémunération spécifique qui inclus par le jeu d'un indice l'ancienneté tel que décrit par l'article 1 de l'accord du 24 décembre 2004 qui y combine une double ancienneté, l'expérience aéronautique et l'ancienneté dans la compagnie ; qu'il s'ensuit que dès lors qu'existe un régime dérogatoire au droit commun quant à la réduction du seuil de déclenchement des heures supplémentaires, la société ATN est fondée à réclamer qu'il leur soit appliqué un mode de calcul spécifique moins favorable pour la partie des heures inférieures au seuil de déclenchement de droit commun ; qu'il convient donc de se référer au protocole du 3 décembre 2009 fixant en dernier lieu le mode de calcul des heures supplémentaires ; qu'a contrario en revanche pour les heures supplémentaires, au sens des articles Lp. 3213-15 et Lp. 3213-18, devra être inclus, dans l'assiette des heures supplémentaires, la majoration pour ancienneté et le treizième mois ; que le même raisonnement sera retenu pour le calcul des heures complémentaires et il sera renvoyé pareillement les parties au protocole du 3 décembre 2009 fixant en dernier lieu également le mode de calcul des heures complémentaires. ; que le tribunal du travail sera donc infirmé sur ce point ;

ET AUX MOTIFS PAR AILLEURS QUE sur le rappel de majoration de salaire pour ancienneté du treizième mois : que l'article Lp. 3321-3 du code du travail dispose que "le salaire est majoré en fonction de l'ancienneté dans l'entreprise. Cette majoration est calculée en pourcentage du salaire de base dans les conditions suivantes : 1.3 % après trois ans d'ancienneté dans l'entreprise, 2. puis 1 % de plus par année de présence supplémentaire, La majoration maximum du salaire pour ancienneté ne peut dépasser 5 % du salaire" ; que le salaire de base n'est pas défini dans le code du travail, mais la logique est de considérer qu'il s'agit du salaire hors de toute prime ou heure supplémentaire, soit la somme figurant sur la première ligne du bulletin de salaire ; qu'il est donc exclu qu'un treizième mois versé en fin d'année bénéficie de cette majoration ; qu'il en va de même si ce treizième mois est versé mensuellement ; que cependant le principe de faveur permet à un accord collectif ou un contrat de travail de contenir des dispositions plus avantageuses pour le salarié ; qu'il importe donc de vérifier si les accords d'entreprise ou l'engagement du requérant portent des mesures plus favorables quant à la majoration pour ancienneté ; que le protocole d'accord du 30 janvier 2004 mentionne que le treizième mois s'ajoute au salaire de base en tant qu'élément de rémunération globale et est réparti mensuellement à raison d'1/12 du montant égal au coefficient réel multiplié par la valeur du point en cours ; que selon la grille des salaires chaque PNT est positionné dans une classe qui est déterminée par la combinaison comme dit plus haut de deux critères, l'expérience aéronautique à l'entrée dans la compagnie et l'ancienneté dans la fonction qui détermine une classification correspondant à un indice, lequel, multiplié par la valeur du point, définit le salaire de base pour 70 heures de vol mensuel, ledit salaire de base étant donc considéré comme le salaire minimum garanti. ; que pareillement le protocole d'accord relatif à l'amélioration des conditions de rémunération du personnel navigant technique du 24 décembre 2004 comporte un article 3 sur la prime de fin d'année (treizième mois) accordée pour un montant équivalent au SMG du mois de décembre de l'année en cours qui prend aussi en compte le coefficient réel ; qu'ainsi contrairement à ce qui est soutenu en appel ce coefficient réel prend déjà en compte l'ancienneté ; qu'aucun de ces textes ne prévoit l'application supplémentaire de la majoration de droit commun pour ancienneté pour le treizième mois ; que les contrats des appelants prévoit que la rémunération est fixée pour chacun à la somme de 600 000 FCP sur 13 mois (le treizième mois étant versé mensuellement sur 12 mois pour un montant mensuel de 50 000 FCP), et ce non compris la majoration de salaire pour ancienneté prévue par la réglementation territoriale ; que cette clause ne peut par conséquent autoriser à elle seule à appliquer une majoration supplémentaire pour ancienneté pour le treizième mois ; qu'elle constitue seulement le rappel des dispositions légales générales en la matière ; que les appelants seront donc déboutés de leurs demandes à ce titre ;

1) ALORS QU'en cas de concours de normes, les avantages qu'elles instituent ne peuvent se cumuler, dès lors qu'ils ont le

même objet et la même cause ; qu'à cet égard, la majoration de salaire pour ancienneté prévue par l'article Lp. 3321-3 du code du travail de la Polynésie française ne peut se cumuler avec les dispositions du protocole d'accord du 24 décembre 2004 relatif à l'amélioration des conditions de rémunération du personnel navigant technique de la société Air Tahiti Nui qui intègrent dans le calcul du salaire minimum garanti aux salariés un coefficient évoluant avec l'ancienneté, les deux avantages ayant pour objet de majorer la rémunération en raison de la fidélité du salarié à l'entreprise ; qu'en l'espèce, tout en constatant que les dispositions conventionnelles prévoyaient un calcul du salaire de base en fonction d'un coefficient prenant déjà en compte l'ancienneté, la cour d'appel a énoncé que l'assiette de calcul des heures supplémentaires du personnel navigant de la compagnie Air Tahiti Nui devait inclure la majoration pour ancienneté dont se prévalait les salariés ; qu'en statuant ainsi, bien qu'une telle « intégration » entraîne l'application cumulée de deux avantages ayant la même cause et le même objet, la cour d'appel a violé l'article 1er du protocole d'accord du 24 décembre 2004 relatif à l'amélioration des conditions de rémunération du personnel navigant technique de la société Air Tahiti Nui, l'article Lp. 3321-3 du code du travail de la Polynésie française ensemble l'article Lp. 2331-1 du même code ;

2) ALORS QU'en toute hypothèse, en énonçant que pour les heures supplémentaires au sens des articles Lp. 3213-15 et Lp. 3213-18 devrait être inclus dans l'assiette des heures supplémentaires, la majoration pour ancienneté, sans répondre aux conclusions de l'employeur (conclusions d'appel de la société Air Tahiti Nui du 6 mars 2019 page 14 § 7) selon lesquelles une telle intégration entraînait l'application cumulée des dispositions conventionnelles prévoyant une majoration de leur salaire de base en fonction de l'ancienneté et des dispositions du code du travail de la Polynésie française et ce, en méconnaissance du principe de faveur, la cour d'appel a violé l'article 268 du code de procédure civile de la Polynésie française.