

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Stéphanie Fuld, Différence entre heures
supplémentaires et solde positif accumulé
dans le cadre d'un horaire de travail flexible ;
Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral
4A_227/2016, Newsletter DroitDuTravail.ch
décembre 2016

Art. 18, 321c , 324a CO

Différence entre heures supplémentaires et solde positif accumulé dans le cadre d'un horaire de travail flexible, analyse de l'arrêt du Tribunal Fédéral 4A_227/2016.

Stéphanie Fuld, Avocate, Spécialiste FSA en Droit du Travail

I. Objet de l'arrêt

Par son arrêt 4A_227/2016 du 24 octobre 2016, le Tribunal fédéral rappelle sa jurisprudence relative à la distinction entre heures supplémentaires et solde positif accumulé dans le cadre d'un horaire flexible. L'autonomie dont jouit l'employé dans le cadre d'un horaire flexible a pour contrepartie une obligation pour celui-ci de compenser spontanément le solde excédentaire accumulé. Il assume ainsi le risque de perdre ce solde excédentaire en cas de résiliation des rapports de travail. Une indemnisation des heures excédentaires n'entre en considération que si l'employé est du fait de l'employeur empêché de les compenser dans le cadre de l'horaire flexible. Ces heures non compensables sont alors considérées comme de véritables heures supplémentaires.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Une société avait embauché un travailleur en qualité de responsable des forces de vente avec le statut de cadre de « 2^e niveau ».

Le contrat de travail fixait un certain nombre d'éléments et renvoyait au surplus au règlement interne de l'employeuse, qui prévoyait notamment :

- Une durée de travail hebdomadaire de 40 heures par semaine du lundi au vendredi ;
- Que tout travail supplémentaire n'était admis que sur ordre et autorisation de la société ; et
- Que les heures supplémentaires n'étaient en principe pas rémunérées, mais compensées dans la mesure du possible dans les deux mois en temps de congé.

Le règlement interne de l'employeuse était complété par une « Procédure horaire de travail », qui consacrait les principes suivants :

- Le principe de **l'horaire variable** s'appliquait à l'ensemble du personnel ;
- Chaque bureau convenait de **périodes bloquées**, pendant lesquelles tous les collaborateurs devaient être présents, et de **périodes variables**, durant lesquelles les collaborateurs pouvaient librement fixer leurs horaires de travail ;
- Les périodes bloquées et les périodes variables formaient ensemble le **temps cadre**, permettant un temps de travail journalier maximum de 11 heures ;
- Les heures effectuées en dehors du temps cadre n'étaient pas comptabilisées, à l'exception des heures supplémentaires autorisées par la société ;
- Il appartenait aux collaborateurs de gérer leur temps de travail afin d'arriver à la fin du mois avec un écart de +/- 10 heures par rapport au temps de travail théorique.

En cours d'emploi, le travailleur avait requis la conversion d'heures effectuées un samedi, dimanche, ou jour férié en heures supplémentaires payées, requête à laquelle l'employeuse avait accédé.

Fin octobre 2012, l'employé démissionne. Du 12 janvier au 1^{er} mars 2013, il est incapable de travailler suite à un accident.

En octobre 2013, il assigne son ex-employeuse en paiement de CHF 64'018.50 plus intérêts depuis la fin des rapports de travail, à titre de rétribution de 624 heures supplémentaires prétendument effectuées entre 2007 et 2012. L'ex-employé allègue que toutes les heures dépassant la limite cumulée de 10 heures par mois avaient été supprimées par la société, sans compensation. A titre de preuve, l'ex-employé produit un décompte d'heures établi par ses soins, ne portant ni date ni signature.

L'ex-employé est débouté par les instances cantonales. En substance, celles-ci ont jugé qu'à l'exception d'une vingtaine d'heures en 2008, l'ex-employé n'avait pas établi que les heures excédentaires dépassaient la marge mensuelle de 10 heures prévue par le contrat de travail. En ce qui concerne les heures excédentaires effectuées en 2008, l'ex-employé n'avait par ailleurs pas démontré que les besoins de la société ou ses directives l'avaient empêché de compenser ses heures excédentaires.

L'ex-employé forme alors un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral, concluant au paiement par la société de CHF 64'018.50 plus intérêts à titre de rémunération des heures supplémentaires alléguées.

A l'appui de son recours, le recourant invoque :

- Un établissement manifestement inexact des faits (art. 9 Cst.) alléguant que la Cour cantonale aurait mal interprété le décompte d'heures produit dans la mesure où il en ressortirait que toutes les heures dépassant la limite mensuelle de 10 heures étaient supprimées par l'employeuse sans aucune compensation ;
- Une violation des art. 18 CO et 321c CO, invoquant à ce titre qu'il n'existerait en l'espèce aucune clause contractuelle prévoyant d'exclure la rémunération des 10 premières heures mensuelles dépassant l'horaire contractuel et alléguant que le règlement interne de la société ne consacrerait que de simples règles de comportement ; et

- Une violation de l'art. 324a CO, alléguant que le seul moment où ses heures supplémentaires auraient pu être compensées était durant son délai de congé et que son incapacité de travailler l'en avait empêché.

B. Le droit

En substance, le Tribunal fédéral approuve la solution retenue par la Cour cantonale.

En ce qui concerne le grief de **l'arbitraire dans l'établissement des faits**, le Tribunal arrête que le décompte d'heures produit par le recourant ne fait que lister les heures supplémentaires prétendument effectuées de 2007 à 2012, mais n'établit pas que les heures supplémentaires dépassant la limite mensuelle de 10 heures supplémentaires étaient supprimées par l'ex-employeuse. Par ailleurs, le recourant n'avait pas invoqué qu'il était arbitraire pour la Cour cantonale de juger que son décompte concordait avec le tableau produit par la société. Or, le tableau produit par la société montrait que, les excédents mensuels dépassaient la limite de 10 heures en 2008 uniquement, où l'excédent était de 12,3 heures par mois, ce qui représente 2,3 heures par mois au-delà de la marge de 10 heures. Le Tribunal rejette dès lors le premier grief du recourant (c. 3.2).

Quant à la prétendue **violation des art. 18 et 321c CO**, le Tribunal rappelle que constituent des heures supplémentaires les heures accomplies au-delà du temps de travail et que, selon la jurisprudence, les parties peuvent déroger au système légal de rétribution¹. Il confirme par ailleurs sa jurisprudence relative à la distinction entre heures supplémentaires et solde positif accumulé dans le contexte d'un horaire de travail flexible (*gleitende Arbeitszeit*), soulignant que l'employé au bénéfice d'un horaire flexible doit respecter les heures de présence obligatoire, tout en pouvant s'organiser librement le reste du temps². Selon le Tribunal, cette autonomie a pour contrepartie une obligation pour l'employé de compenser spontanément le solde excédentaire qu'il aurait laissé s'accumuler et un risque assumé par l'employé de perdre ce solde en cas de résiliation des rapports de travail³. En application de ces principes, une indemnisation des heures excédentaires n'entre en considération que si les besoins de l'entreprise ou des directives de l'employeuse empêchent le travailleur de récupérer ses heures excédentaires⁴.

En l'espèce, le Tribunal relève qu'il est indiscutable que le document « Procédure horaire de travail » faisait partie intégrante du contrat de travail du recourant et mettait en place un horaire de travail flexible. Interprétant selon le principe de la confiance sa clause selon laquelle il appartient au travailleur de gérer son temps de travail théorique de 156 heures mensuelles afin d'arriver en fin de mois avec un écart de +/- 10 heures par rapport au temps théorique, le Tribunal arrête que le devoir de gérer son temps de travail devait être compris en ce sens que jusqu'à un maximum de 166 heures (i.e. 156 + 10) de travail par mois, les heures n'étaient ni compensées, ni rétribuées. Dès lors, et dans la mesure où il a été retenu sans arbitraire que pour les années 2007, 2009, 2010, 2011 et 2012, les excédants mensuels ne dépassaient pas 10 heures, seules 2,3 heures (i.e. 12,3 – 10) d'excédents mensuels

¹ ATF 124 III 469 cons. 3a et références ; arrêt 4A_172/2012 du 22 août 2012, cons. 6.1.

² TF, arrêt 4A_611/2012 du 19 février 2013, cons. 3.2.

³ Idem.

⁴ ATF 123 III 469, cons. 3.

effectuées en 2008 et représentant 27,6 heures pour l'année étaient sujettes à compensation (c. 4.4).

Finalement, en ce qui concerne la prétendue **violation de l'art. 324a CO** en lien avec les 27,6 heures à compenser, le Tribunal a arrêté que le recourant n'avait pas établi que les besoins ou des directives de l'employeuse l'auraient empêché de compenser les heures excédentaires effectuées en 2008 par du temps libre entre 2009 et 2012. Dès lors, l'argument relatif à son incapacité de travailler durant son délai de congé n'est pas pertinent en l'espèce (c. 5).

Le recours est ainsi rejeté (c.6).

III. Analyse

Si l'instauration d'un horaire flexible peut paraître à première vue attractive pour les parties au contrat, l'arrêt ici commenté met en exergue les nombreuses responsabilités que ce type d'organisation du temps de travail fait porter à l'employé.

Les faits de la cause permettent en effet de constater que l'employé doit respecter les périodes bloquées, que ce n'est qu'en dehors de ces dernières qu'il peut organiser ses activités dans le cadre des périodes variables, et qu'il se trouve en outre contraint de ne pas dépasser de +/-10 heures le temps théorique contractuel.

L'autonomie accordée dans l'organisation de l'horaire de travail a par ailleurs pour corollaire une obligation de compenser spontanément le solde excédentaire que l'employé aurait laissé s'accumuler.

Ainsi, seules les heures supplémentaires dépassant la limite mensuelle (en l'espèce 10 heures) peuvent être compensées ou rétribuées. Si l'employé n'arrive pas à récupérer lesdites heures dans le cadre de l'horaire flexible à disposition, il ne peut alors recevoir une rétribution que s'il démontre qu'elles ont été exécutées en raison des besoins ou de directives de l'employeur. Les heures excédentaires deviennent alors de véritables heures supplémentaires, qui doivent être indemnisées conformément à l'art. 321c al. 3 CO.

Les lignes qui suivent proposent quelques réflexions sur le système de l'horaire flexible, posant notamment la question de savoir si la prétendue autonomie qui y est accordée à l'employeur est véritablement une liberté dont celui-ci peut se prévaloir ou s'il s'agit plutôt d'une contrainte supplémentaire.

a) Obligation de l'employeur de structurer l'organisation du temps de travail et admission de l'exclusion contractuelle de la rémunération des heures supplémentaires

Selon l'art. 321d CO, c'est à l'employeur qu'il appartient de structurer l'organisation du travail dans son entreprise et de donner des instructions portant sur l'exécution temporelle du travail⁵.

Dans le cas d'espèce, en autorisant un dépassement de l'horaire contractuel de 10 heures par mois, l'employeur tolère toutefois un dépassement potentiel pouvant aller jusqu'à 120 heures excédentaires par année.

⁵ Sur ce point voir e.g. BRUNNER et al., Commentaire du contrat de travail, ad art. 321d N 1.

Sous prétexte d'un horaire flexible, il apparaît ainsi que l'employeur échappe à son obligation de remédier au travail excédentaire en prenant les mesures organisationnelles nécessaires. C'est en effet à l'employé de compenser le temps de travail excédentaire, cela dans le cadre de tranches flexibles en règle générale limitées et prédéfinies par l'employeur. Dans le cas d'espèce, il sied de souligner à ce titre que l'employeur n'offrait pas la possibilité de cumuler annuellement le temps de travail excédentaire et de le compenser librement, par exemple sous la forme d'un congé.

En outre, lorsque la fourchette de dépassement autorisé est aussi importante que dans le cas d'espèce, l'on peut se demander si l'employeur n'admet pas tacitement une possible chronicité du travail excédentaire. Dans un tel cas, l'horaire flexible n'aura de flexible plus que le nom puisque dans les faits l'employé n'aura aucune liberté quant à l'aménagement de son temps de travail effectif⁶.

C'est le lieu de préciser que dans le cas d'espèce l'employeur paraissait avoir introduit contractuellement un système d'horaire flexible pour l'ensemble de son personnel (employés du siège et personnel administratif des unités périphériques), de sorte qu'au cours d'une année, chaque employé pouvait théoriquement effectuer jusqu'à 120 heures excédentaires non compensées ni rémunérées, cela quelle que soit sa position au sein de l'entreprise.

Or, si l'exclusion contractuelle de la rémunération des heures supplémentaires est admissible pour un cadre dont le cahier des charges comporte de manière prévisible des heures supplémentaires compensées forfaitairement par un salaire plus élevé, un système d'horaire flexible généralisé privant l'ensemble des collaborateurs du droit à la rémunération du travail excédentaire dans une fourchette allant jusqu'à + 10 heures mensuelles, cela quelle que soit la fonction et le niveau de rémunération, paraît aller à l'encontre des obligations mises à la charge de l'employeur par le législateur.

De jurisprudence constante, la validité d'une clause d'exclusion de compensation des heures supplémentaires doit être appréciée dans chaque cas d'espèce en tenant compte notamment du salaire et du nombre d'heures supplémentaires effectuées, sans quoi l'exclusion peut mener à des situations contraires à la liberté personnelle (art. 27 al. 2 CC) et aux droits de la personnalité de l'employé (art. 328 CO)⁷. On vérifiera ainsi notamment si le salaire de l'employé est suffisamment élevé pour comprendre une rémunération forfaitaire des heures supplémentaires prévisibles⁸.

L'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'horaire flexible concernait une employée engagée en qualité de spécialiste de caisse de pension dont le salaire s'élevait à CHF 6'810.- (en 1994). Le Tribunal lui avait refusé la rémunération d'heures excédentaires se montant à 23 jours, indiquant que l'employée était tenue de compenser ses heures excédentaires et qu'elle n'avait pas démontré n'avoir pas été en mesure de le faire du fait des besoins de son employeur. Dans le cas d'espèce, l'ex-employé se trouvait être un ancien cadre, touchant à la fin de ses rapports de travail un salaire brut mensuel de CHF 13'650.-. Il

⁶ Voir e.g. CARRUZZO, Le contrat individuel de travail : Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, ad art. 321c N 8.

⁷ Voir e.g. DUNAND, Commentaire du contrat de travail, ad art. 321c N 41.

⁸ Voir e.g. TF, arrêt 4A_73/2011 du 2 mai 2011 cons. 4 et références citées.

apparaît dès lors que le salaire élevé de l'ex-employé devait très certainement comprendre une rémunération forfaitaire des heures supplémentaires. Celles-ci apparaissent par ailleurs prévisibles, à tout le moins jusqu'à + 10 heures mensuelles. La décision du Tribunal fédéral semble ainsi satisfaisante sur le fond, mais l'on peut regretter l'absence d'un *obiter dictum* se prononçant sur l'application d'un tel système à tous les employés d'une même entreprise, sans distinction quant aux responsabilités et au salaire des employés.

b) Rémunération des heures supplémentaires soumise à un fardeau de la preuve qualifié

Une problématique additionnelle en lien avec l'horaire de travail flexible est que la rémunération des heures supplémentaires, à savoir celles effectuées au-delà de la limite mensuelle prévue, apparaît soumise à un fardeau de la preuve qualifié.

En effet, non seulement seules les heures supplémentaires dépassant la limite mensuelle peuvent être compensées ou rétribuées, mais l'employé qui ne réussit pas à compenser le solde excédentaire dans le cadre des périodes variables doit encore prouver que les besoins et/ou des directives de l'employeur l'en ont empêché. Ce n'est ainsi que si l'employé apporte cette preuve qualifiée qu'il peut prétendre à une rémunération pour le travail excédentaire.

L'arrêt du Tribunal fédéral ne donne pas d'indication sur l'interprétation dans un tel cas de la notion de « besoins » de l'employeur et l'on peut ainsi se poser la question de savoir quelle sera la sévérité du test appliqué lorsque l'employé allègue n'avoir pas pu compenser ses heures en raison des besoins de l'employeur, en particulier si – comme nous l'anticipons – le fardeau de la preuve obligera l'employé à démontrer tant que les besoins de l'employeur l'ont empêché de compenser ses heures excédentaires, mais encore que ces dernières ont été au surplus effectuées dans l'intérêt de l'employeur.

A ce titre, se pose la question additionnelle de savoir si lorsqu'un règlement relatif à l'horaire flexible tolère un excédent de travail pouvant aller jusqu'à 120 heures annuelles et que les limites mensuelles sont systématiquement atteintes, l'employé ne devrait pas pouvoir bénéficier en cas de dépassement de la limite mensuelle d'une présomption selon laquelle l'employeur n'a pas pris les mesures organisationnelles nécessaires et que, dès lors, les heures excédentaires sont nécessairement effectuées en raison des besoins de l'employeur et dans son intérêt.

Dans le cas d'espèce, il apparaît que l'ex-employé se soit limité à alléguer que le seul moment où il aurait pu récupérer ses heures excédentaires était pendant le délai de congé, sans démontrer que les besoins de l'employeuse ou des directives de celle-ci l'auraient empêché de compenser ces heures par du temps libre entre 2009 et 2012. Le Tribunal fédéral n'a ainsi pas eu l'occasion de préciser sa jurisprudence sur la rémunération des heures supplémentaires dont la compensation n'a pas été possible du fait de l'employeur. Toutefois, l'ampleur des heures effectuées dans les limites de la fourchette de dépassement prévue dans le cas d'espèce valide très certainement la pertinence d'une telle approche.

c) Quelques réflexions finales

La présente analyse démontre ainsi que si l'autonomie promise par un système d'horaire flexible peut paraître à première vue attractive pour l'employé, ce type d'organisation du temps de travail fait porter à celui-ci une responsabilité particulièrement importante dans la

gestion de ses heures supplémentaires. Malgré la flexibilité convenue, l'employé reste en effet tenu tant d'exécuter au minimum les heures de travail contractuellement convenues, que de récupérer le solde excédentaire librement accumulé⁹.

Ce transfert de responsabilité quant à la gestion du *temps* de travail est admis par la loi et la jurisprudence. Toutefois, si en amont l'employeur se décharge également de son obligation de gérer la *charge* de travail de ses employés, le système de l'horaire flexible peut très vite se retourner contre les intérêts de l'employé.

En tous les cas, il apparaît qu'à moins de ne prévoir qu'une limite de dépassement mensuelle restreinte, l'horaire flexible ne peut légalement s'adresser qu'à des employés cadres dont le salaire comprend notamment une rémunération forfaitaire des heures supplémentaires prévisibles.

A titre de conclusion, l'on peut finalement se poser la question de savoir si dans un cas comme celui traité en l'espèce où la limite mensuelle se trouve sur plusieurs années systématiquement atteinte, les parties ne conviennent pas – du moins tacitement – d'une augmentation de la durée du temps de travail contractuel. L'employé reste-il alors, dans ces circonstances, toujours soumis à un horaire flexible ?

⁹ SUBILIA/DUC, Droit du travail : éléments de droit suisse, ad art. 321 N 12.