



**RAPPORT DE M. FLORES,
CONSEILLER**

Arrêt n° 789 du 10 septembre 2025 (FP-B+R) – Chambre sociale

Pourvois n° 23-14.455, 23-14.456, 23-14.457 et 23-14.458

Décision attaquée : Cour d'appel de Versailles du 9 février 2023

La société Altran Technologies Technologies

C/

MM. [Y] [U], [F] [V],

Mme [B] [W] et M. [K] [A]

Rapport commun aux pourvois n° N 23-24.455, Q 23-24.457 et R 23-14.458

Avec :

- Une proposition de rejet non spécialement motivé du moyen des pourvois principaux en application de l'article 1014 CPC**
- un moyen relevé d'office tiré de l'article L. 3141-24, II, du code du travail, interprété à la lumière des articles 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail et de l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en application de l'article 1015 CPC.**

Ces dossiers sont connexes avec le pourvoi P 23-14.456.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Soutenant que la convention de forfait en heures leur était inopposable, M. [V] et deux autres ingénieurs de la société Altran Technologies ont saisi la juridiction prud'homale de demandes au titre de l'exécution du contrat de travail.

La convention collective applicable est celle des bureaux d'études techniques, cabinets d'ingénieurs conseils et sociétés de conseils, dite syntec.

Par jugements du 2 octobre 2020, le conseil de prud'hommes de Nanterre a condamné l'employeur au paiement de diverses sommes, notamment à titre de rappel de salaire pour heures supplémentaires, de congés payés afférents et de primes de vacances.

Par arrêts du 9 février 2023, la cour d'appel de Versailles a infirmé partiellement les jugements et condamné l'employeur au paiement de sommes à titre de rappels de salaire pour heures supplémentaires, de congés payés afférents et de primes de vacances.

L'employeur a formé des pourvois en cassation le 7 avril 2023.

Par ordonnance du 21 août 2023, le président de la chambre sociale a autorisé les parties à déposer un mémoire commun aux pourvois n° 23-24.455, 23-24.457 et 23-14.458.

Le mémoire ampliatif a été déposé le 7 août 2023. L'employeur demande une somme de 500 euros en application de l'article 700 CPC. Les salariés ont déposé une requête en radiation du rôle en application de l'article 1009-1 CPC le 6 octobre 2023. Le mémoire en défense avec pourvoi incident a été déposé le 9 octobre 2023. Les salariés demandent 3 500 euros en application de l'article 700 CPC. La requête en radiation du rôle a été rejetée le 1^{er} février 2024.

2 - Analyse succincte des moyens

2.1. - Pourvois principaux de l'employeur

La société Altran Technologies Technologies fait grief aux arrêts attaqués de l'AVOIR condamnée à payer à chacun des salariés défendeurs aux pourvois un rappel de salaire pour heures supplémentaires, une indemnité de congés payés afférents et une prime de vacances ;

1. ALORS QU' en cas d'inopposabilité d'une convention de forfait en heures, le décompte et le paiement des heures supplémentaires doit s'effectuer selon le droit commun, au regard de la durée légale hebdomadaire de 35 heures ; qu'en conséquence, le salarié qui a perçu la rémunération forfaitaire correspondant au nombre d'heures stipulé dans la convention de forfait reconnue irrégulière, ne peut prétendre une deuxième fois à la rémunération des heures supplémentaires comprises dans ce forfait, mais uniquement aux majorations afférentes à ces heures supplémentaires, dont le juge doit vérifier l'existence et le nombre ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui a relevé que, selon les stipulations du contrat, « la rémunération annuelle forfaitaire englobe les variations horaires éventuellement accomplies dans une

limite dont la valeur est au maximum de 10% pour un horaire hebdomadaire de 35 heures » (arrêt pilote, p. 6, § 1), a elle-même estimé « les stipulations du contrat de travail (...) s'analysent en une convention horaire sur une base hebdomadaire de 38h30 » (arrêt pilote, p. 6, § 2) ; qu'elle a également constaté que les bulletins de salaire mentionnent un temps de travail de 38h30 (arrêt pilote, p. 6, § 3) ; qu'il en résulte que la rémunération versée par l'employeur en exécution du forfait irrégulier avait eu pour effet d'opérer paiement des heures de travail jusqu'à 38 heures 30 ; qu'en affirmant que « le salarié était rémunéré sur la base d'un temps de travail de 35 heures par semaine en moyenne sur l'année » (arrêt pilote, p. 8, § 2) pour en déduire que « le salarié a droit dès lors au paiement d'un rappel de salaire pour les heures non payées accomplies au-delà de 35 heures par semaine, avec la majoration légale de 25% dès lors que ces heures constituent des heures supplémentaires » (arrêt pilote, p. 8, § 3), la cour d'appel a méconnu les conséquences de ses constatations et condamné l'employeur à payer deux fois les mêmes heures de travail, en violation des articles L. 3171-4 et L. 3121-1 du code du travail tels qu'applicables au litige et de l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 ;

2. ALORS QU' il est clairement stipulé, dans le contrat de travail, que « la rémunération annuelle forfaitaire englobe les variations horaires éventuellement accomplies dans une limite dont la valeur est au maximum de 10% pour un horaire hebdomadaire de 35 heures » ; qu'en affirmant néanmoins, pour juger que « le salarié était rémunéré sur la base d'un temps de travail de 35 heures par semaine en moyenne sur l'année » (arrêt pilote, p. 8, § 2), que « les heures supplémentaires effectuées au-delà de 35 heures jusqu'à 38,5 heures par semaine n'étaient pas incluses dans la rémunération mensuelle de base lissée sur l'année versée à l'intéressée » (arrêt pilote, p. 8, § 2), la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis des contrats de travail, en violation de l'article 1134 du code civil ;

3. ALORS QU' une convention de forfait hebdomadaire en heures a pour effet d'inclure dans la rémunération versée le paiement d'un certain nombre d'heures supplémentaires, indépendamment du nombre d'heures effectivement accomplies chaque semaine pourvu qu'il ne dépasse pas le nombre maximal d'heures fixées au forfait ; qu'une telle convention peut être assortie de la fixation d'un nombre maximum de jours de travail sur l'année, les jours de repos en résultant, dont le nombre varie, non en fonction du nombre d'heures supplémentaires accomplies, mais du nombre de jours fériés et du nombre de jours de congés payés pris dans l'année, n'ayant donc pas pour objet de compenser les heures supplémentaires accomplies chaque semaine qui sont déjà rémunérées par le salaire forfaitaire ; qu'en l'espèce, il résulte des constatations de la cour d'appel que le contrat de travail prévoyait, d'une part, que « la rémunération annuelle forfaitaire englobe les variations horaires éventuellement accomplies dans une limite dont la valeur est au maximum de 10% pour un horaire hebdomadaire de 35 heures » (arrêt pilote, p. 6, § 1) et, d'autre part, un nombre maximal de 218 jours de travail par an ; qu'il en résulte que les jours de repos rémunérés résultant de la fixation contractuelle d'une durée maximale de travail exprimée en jours sur l'année n'ont pas pour objet de compenser l'accomplissement d'heures supplémentaires ; qu'en affirmant néanmoins, pour considérer que « le salarié était rémunéré sur la base d'un temps de travail de 35 heures en moyenne à l'année », que « les heures supplémentaires effectuées au-delà de 35 heures jusqu'à 38,5 heures par semaine (...) avaient pour contrepartie l'attribution de jours de RTT » (arrêt pilote, p. 8, § 2), la cour d'appel a violé les articles L. 3171-4 et L. 3121-1 du code du travail tels qu'applicables au litige et l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 ;

4. ALORS, EN TOUTE HYPOTHESE, QU' à supposer que les jours de repos attribués au salarié, afin de respecter le plafond de 218 jours de travail par an, aient eu pour objet de compenser les heures de travail accomplies entre 35 et 38,5 heures par semaine, le salarié aurait été rempli de ses droits par l'attribution de ces jours de repos ; qu'en jugeant néanmoins que « le salarié a droit au paiement d'un rappel de salaire pour les heures non payées accomplies au-delà de 35 heures par semaine, avec la majoration légale de 25 % dès lors que ces heures constituent des heures supplémentaires », cependant qu'elle avait préalablement retenu que ces heures supplémentaires avaient pour contrepartie des jours de RTT, la cour d'appel a violé les articles L. 3171-4 et L. 3121-1 du code du travail tels qu'applicables au litige et de l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 ;

5. ALORS QUE dans ses conclusions, la société Altran Technologies Technologies soutenait, d'une part, qu'il convenait pour déterminer le nombre d'heures supplémentaires de neutraliser les semaines au cours desquelles le salarié a été absent et n'a donc pas accompli d'heures supplémentaires, et demandait à la cour d'appel en conséquence de minorer le montant du rappel de salaire réclamé par le salarié en fonction du nombre de semaines au cours desquelles il n'a pas accompli d'heures supplémentaires (conclusions d'appel, p. 34) ; que, d'autre part, la société Altran Technologies Technologies soutenait que, du fait de l'inopposabilité de la convention de forfait hebdomadaire en heures, les jours de repos rémunérés dont le salarié a bénéficié en exécution de cette convention n'avaient plus de cause et demandait, en conséquence, à la cour d'appel de condamner le salarié à rembourser le montant des salaires perçus au titre de ces jours de repos (conclusions d'appel, p. 36) ; qu'en affirmant qu'il « convient de retenir le contre-chiffre de l'employeur comme exact », la somme retenue étant « calculée déduction faite des sommes indûment perçues au titre des jours de RTT », la cour d'appel a confondu la contestation, par l'employeur, du montant du rappel de salaire correspondant aux heures supplémentaires et la demande distincte de l'employeur de remboursement des jours de repos, en violation de l'article 4 du code de procédure civile.

2.2. - Pourvois incidents des salariés

Les salariés font grief aux arrêts attaqué d'AVOIR limité aux sommes fixées les condamnations de la société Altran Technologies Technologies au titre des heures supplémentaires, des congés payés y afférents et de la prime de vacances.

1) ALORS QUE les périodes de congés payés doivent être considérées comme du travail effectif au regard du seuil de déclenchement des heures supplémentaires ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a retenu le contre-chiffre proposé par l'employeur pour le calcul des heures supplémentaires qui prenait en compte les absences du salarié pendant ses jours de congés payés pour minorer le nombre d'heures supplémentaires ; qu'en déduisant du décompte du salarié le nombre d'heures supplémentaires calculées sur les semaines pendant lesquelles le salarié avait pris des jours de congés payés, après avoir pourtant affirmé que les congés payés devaient être inclus dans le calcul du seuil de déclenchement des heures supplémentaires, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé l'article L. 3121-28 du code du travail, ensemble l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de

l'aménagement du temps de travail et l'article 31, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

2) ALORS QUE les périodes de congés payés doivent être considérées comme du travail effectif au regard du seuil de déclenchement des heures supplémentaires ; qu'en l'espèce, pour réduire le montant du rappel d'heures supplémentaires accordé au salarié au titre du rappel des heures supplémentaires, la cour d'appel a retenu que le salarié « ne pouvant cumuler l'indemnité égale au dixième de la rémunération brute totale perçue au cours de la période de référence et le montant de la rémunération qu'il aurait perçue pendant la période de congé s'il avait continué à travailler, mais seulement prétendre à celle qui lui est plus favorable, les jours de congés payés ne donneront pas eux-mêmes droit à rappel de salaire mais seront pris en compte au titre des congés payés afférents » (arrêt p. 8) ; qu'en statuant ainsi quand les demandes du salarié ne tendaient pas à ce qu'il cumule pour les mêmes heures indemnité de congés payés et rappel de salaire, mais qu'il soit rémunéré pour les 3 heures 30 supplémentaires reconnues même pour les semaines où il avait été en congés payés et qui n'avaient pas donné lieu au paiement d'une indemnité de congés payés, la cour d'appel a violé l'article L. 3121-28 du code du travail, ensemble l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail et l'article 31, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

- Assiette de calcul des heures supplémentaires et période de congés payés

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1. - Pourvois principaux de l'employeur

Dans une affaire concernant la société Altran Technologies , notre chambre a jugé qu'en application des dispositions conventionnelles applicables seuls les ingénieurs et cadres dont la rémunération était au moins égale au plafond de la sécurité sociale étaient éligibles au forfait en heures prévu par la convention collective syntec :

Mais attendu d'abord, qu'aux termes de l'article 3 du chapitre II de l'accord du 22 juin 1999 relatif à la durée du travail et annexé à la convention collective nationale Syntec, lequel instaure une convention de forfait en heures sur une base hebdomadaire pour les salariés relevant des modalités de réalisation de missions, lesdites modalités s'appliquent aux salariés non concernés par les modalités standard ou les réalisations de missions avec autonomie complète, et que tous les ingénieurs et cadres sont a priori concernés, à condition que leur rémunération soit au moins égale au plafond de la sécurité sociale ; qu'il en résulte que seuls les ingénieurs et cadres dont la rémunération est au moins égale au plafond de la sécurité sociale relèvent des modalités de réalisation de missions ; (Soc., 4 novembre 2015, pourvoi n° 14-25.747, 14-25.748, 14-25.749, 14-25.750, 14-25.751, 14-25.745, 14-25.746, Bull. 2015, V, n° 220)

Notre chambre a précisé que lorsqu'une convention de forfait en heures est déclarée inopposable, le décompte et le paiement des heures supplémentaires doit s'effectuer selon le droit commun, au regard de la durée légale de 35 heures hebdomadaires ou de la durée considérée comme équivalente :

8. Les salariés font grief aux arrêts de limiter le montant des rappels de salaire au titre des heures supplémentaires, des congés payés et prime de vacances afférents, alors : « 1°/ qu'aux termes de l'article 3 chapitre II de l'accord du 22 juin 1999 relatif à la durée du travail et annexé à la convention collective nationale Syntec, lequel instaure une convention de forfait en heures sur une base hebdomadaire pour les salariés relevant des modalités 2 réalisations de missions, lesdites modalités s'appliquent aux salariés non concernés par les modalités standard ou les réalisations de missions avec autonomie complète, et que tous les ingénieurs et cadres sont a priori concernés, à condition que leur rémunération soit au moins égale au plafond de la sécurité sociale ; qu'il en résulte que seuls les ingénieurs et cadres dont la rémunération est au moins égale au plafond de la sécurité sociale relèvent des modalités 2 réalisations de mission ; qu'à défaut, la convention de forfait en heures sur la semaine à laquelle ils ont été soumis leur étant inopposable, la rémunération perçue par les salariés en application de celle-ci est réputée correspondre à la durée légale du travail ; que, pour limiter le montant des rappels d'heures supplémentaires alloués aux salariés exposants, la cour d'appel a retenu que la convention fixe un salaire forfaitaire annuel pour les 218 jours travaillés au titre du forfait et précise que cette rémunération forfaitaire englobe les variations horaires éventuellement accomplies dans une limite dont la valeur est au maximum de 10 % pour un horaire hebdomadaire de 35 heures" et qu'il s'en déduit (¿) que l'accord entre les parties était de rémunérer le salarié sur une base de 38 heures 30 par semaine, ce qui est confirmé par les mentions figurant sur le bulletin de salaire" ; qu'elle en a déduit que, nonobstant l'inopposabilité de la convention de forfait, ils ont été effectivement rémunérés sur une base de 38 heures 30 et ne peuvent prétendre, entre la 35e et la 38e heure et demie, au paiement du salaire de base une deuxième fois, mais seulement aux majorations afférentes aux heures supplémentaires effectuées au-delà de la durée convenue ; qu'en statuant ainsi, quand il résultait de la neutralisation des conventions de forfait en heures que la rémunération qui avait été servie aux salariés en application de celles-ci était réputée correspondre au paiement des heures de travail dans la limite de la durée légale du travail, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

2°/ que si le salarié qui a été rémunéré sur la base du nombre d'heures stipulé dans la convention de forfait en heures reconnue irrégulière ne peut prétendre au paiement du salaire de base une deuxième fois et ne peut, en conséquence, solliciter que le paiement des majorations afférentes aux heures supplémentaires, il appartient aux juges du fond de constater le paiement effectif du nombre d'heures prévues audit forfait, lequel ne résulte pas de la référence à la convention de forfait illicite portée sur le contrat de travail et les bulletins de paie ; qu'en statuant comme elle l'a fait sur le fondement de conventions de forfait en heures déclarées inopposables aux salariés et de bulletins de paie portant uniquement la mention 2A Cadre 38h30 218 j", lesquels n'établissaient pas l'existence d'un paiement effectif des heures accomplies entre la 35e et la 38e heure et demie, la cour d'appel a violé l'article 3 chapitre II de l'accord du 22 juin 1999 relatif à la durée du travail et annexé à la convention collective nationale Syntec, ensemble les articles L. 3121-1 et L. 3171-4 du code du travail en leur rédaction applicable litige. »

Réponse de la Cour

9. Lorsqu'une convention de forfait en heures est déclarée inopposable, le décompte et le paiement des heures supplémentaires doit s'effectuer selon le

droit commun, au regard de la durée légale de 35 heures hebdomadaires ou de la durée considérée comme équivalente.

10. Après avoir retenu l'inopposabilité de la convention de forfait en heures , la cour d'appel, recherchant la commune intention des parties, a décidé que celles-ci étaient convenues d'une rémunération contractuelle fixée pour une durée hebdomadaire de 38 heures 30 et constaté que cette rémunération de base avait été payée par l'employeur. **Elle en a déduit à bon droit que les salariés ne pouvaient prétendre qu'au paiement des majorations applicables aux heures supplémentaires effectuées au-delà de la durée légale du travail.**

11. Le moyen n'est donc pas fondé. (Soc., 2 mars 2022, pourvoi n° 20-19.837, 20-19.832)

Le juge doit alors vérifier, dans le cadre des comptes à faire à la suite de sa décision d'invalidité du forfait en heures, si la rémunération contractuelle versée par l'employeur en exécution du forfait irrégulier n'avait pas eu pour effet d'opérer paiement, fût-ce partiellement, des heures de travail accomplies au-delà de la trente-cinquième heure dans le cadre du décompte de droit commun de la durée du travail :

12. L'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à verser au salarié une certaine somme à titre de rappel de salaire sur les heures supplémentaires effectuées entre le mois de décembre 2009 et le mois de juin 2019 inclus, indemnité de congés payés et prime de vacances conventionnelle incluses, alors « qu'il résulte de l'article R. 3243-1 du code du travail que le bulletin de paie doit comporter "le nombre d'heures de travail auxquels se rapporte le salaire en distinguant s'il y a lieu, les heures payées au taux normal et celles qui comportent une majoration pour heures supplémentaires" et "la nature et le volume du forfait auquel se rapporte le salaire des salariés dont la rémunération est déterminée sur la base d'un forfait hebdomadaire" ; que le salarié qui, en application d'une convention de forfait en heures , a perçu une rémunération correspondant à un nombre d'heures supérieur à la durée du travail, ne peut, en cas d'inopposabilité ou de nullité de la convention de forfait, percevoir une deuxième fois le salaire correspondant aux heures qui ont d'ores et déjà été rémunérées ; qu'au cas présent, M. [X] sollicitait le paiement d'un rappel d'heures supplémentaires (salaire de base + majorations) au titre des heures effectuées entre la 35ème et la 38ème heure 30 hebdomadaires au motif que la convention de forfait en heures pour 38 heures 30 prévue stipulée par son contrat de travail lui était inopposable ; qu'il résulte cependant des propres constatations de l'arrêt que les bulletins de paie portaient la mention "cadre ; 38 heures 30 ; 218 jours", ce dont il résultait que le salaire de base correspondait à une durée de travail de 38 heures 30 hebdomadaire et que les heures effectuées chaque semaine entre 35 et 38 heures 30 avaient d'ores et déjà été rémunérées et ne pouvaient donc faire l'objet d'un deuxième paiement ; qu'en jugeant qu' "il ne peut être utilement soutenu que les heures accomplies entre 35 heures et 38 heures 30 ont été valablement payées par la rémunération forfaitaire de base et que seules les majorations seraient dues", la cour d'appel a méconnu les conséquences de ses constatations et a violé les articles L. 3171-4, L. 3121-1 et R. 3243-1 du code du travail et l'article 1234 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016. »

Réponse de la Cour

Vu l'article L. 215-15-3 I devenu les articles L. 3121-38 et L. 3121-40 du code du travail dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, l'article L. 3121-22 du même code dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, les articles L. 3121-28, L. 3171-4 du même code, l'article 1234 du code civil, dans sa

rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, l'article 1342 du même code :

13. Lorsqu'une convention de forfait en heures est invalidée, le décompte et le paiement des heures supplémentaires doit s'effectuer selon le droit commun, au regard de la durée légale de trente-cinq heures hebdomadaires ou de la durée considérée comme équivalente.

14. En application des articles L. 3121-22 puis L. 3121-28 du code du travail, toute heure accomplie au-delà de la durée légale hebdomadaire ou de la durée considérée comme équivalente est une heure supplémentaire qui ouvre droit à majoration salariale ou, le cas échéant, à un repos compensateur.

15. Selon les deux derniers, le paiement entraîne l'extinction de l'obligation.

16. Pour condamner l'employeur au paiement d'heures supplémentaires, l'arrêt, après avoir rappelé les dispositions de l'article L. 3171-4 du code du travail, retient que le forfait étant inexistant, il ne peut être utilement soutenu que les heures effectuées entre 35 heures et 38h30 ont été valablement payées par la rémunération forfaitaire de base et que seules les majorations seraient dues. En effet, la cour constate qu'il résulte des mentions des bulletins de paie que les heures effectuées entre 35 heures et 38h30 n'apparaissent pas sur une ligne distincte du salaire de base sur les bulletins de salaire, de sorte que la simple mention en haut à gauche du bulletin « cadre ; 38 heures 30 ; 218 jours » ne saurait démontrer, comme le soutient l'employeur, le paiement des heures supplémentaires accomplies de la 35ème heure à la 38ème heure 30. L'arrêt ajoute que le salarié n'avait pas à déclarer précisément les heures effectuées entre 35h et 38h30 puisque l'employeur considérait qu'elles étaient comprises dans le forfait appliqué et que les synthèses mensuelles d'activité produites par le salarié confirment en tout état de cause le volume de travail encore confié sur 38h30 hebdomadaires en 2017. L'arrêt en déduit que l'employeur est redevable du paiement des heures supplémentaires effectuées entre 35 et 38h30 par semaine, soit 3h30 majorées à 25 %.

17. En se déterminant ainsi, **sans vérifier, dans le cadre des comptes à faire à la suite de sa décision d'invalidité du forfait en heures, si la rémunération contractuelle versée par l'employeur en exécution du forfait irrégulier n'avait pas eu pour effet d'opérer paiement, fût-ce partiellement, des heures de travail accomplies au-delà de la trente-cinquième heure dans le cadre du décompte de droit commun de la durée du travail, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.** (Soc., 28 septembre 2022, pourvoi n° 20-18.449)

C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que le juge du fond apprécie si les heures supplémentaires accomplies par le salarié en application du forfait invalidé sont incluses ou non dans la rémunération convenue :

10. L'employeur fait grief à l'arrêt de décider que les salariés étaient bien fondés à obtenir un rappel de salaires au titre des heures supplémentaires ainsi que les congés correspondants, de le condamner à payer à chacun des défendeurs au pourvoi des sommes à titre de rappel de salaires pour heures supplémentaires, de congés payés et de prime de vacances afférents, à cinquante-neuf des défendeurs au pourvoi une somme à titre de dommages-intérêts pour travail dissimulé et au syndicat une certaine somme par salarié à titre de dommages-intérêts, alors « qu'en présence d'une convention de forfait en heures irrégulière, le décompte et le paiement des heures supplémentaires doit s'effectuer selon le droit commun, au regard de la durée légale hebdomadaire de 35 heures ou de la durée considérée comme équivalente et que, lorsqu'il a été rémunéré sur la base du nombre d'heures stipulé dans la convention de forfait en heures reconnue irrégulière, le salarié ne peut prétendre entre la 35e et la dernière heure de ce forfait, au paiement du salaire de base une deuxième fois, mais

peut uniquement prétendre aux majorations afférentes aux heures supplémentaires, effectuées au-delà de la durée légale, dont le juge doit vérifier l'existence et le nombre ; qu'au cas présent, il résulte des constatations de l'arrêt que, d'une part, les contrats de travail stipulaient une rémunération forfaitaire incluant les heures de travail accomplies dans la limite de 38 heures 30 et que, d'autre part, les bulletins de paie mentionnent une durée du travail de 38 heures 30 ; qu'en jugeant néanmoins qu'il n'est pas établi que les salariés ont été payés sur la base de 38,5 heures de travail, aux motifs inopérants que le contrat ne précise pas les éléments ayant de façon concrète conduit à la détermination du salaire de base et que le contrat prévoit que la rémunération comprend les éventuelles variations dans la limite de 38 heures 30 et non le paiement systématique de 38 heures 30, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses constatations et a condamné l'employeur à payer deux fois les mêmes heures de travail, en violation des articles L. 3171-4 et L. 3121-1 du code du travail tels qu'applicables au litige et de l'article 1234 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016. »

Réponse de la Cour

11. Après avoir constaté que l'inopposabilité de la convention de forfait en heures n'était plus discutée devant elle, la cour d'appel, recherchant la commune intention des parties, a retenu que les 3,5 heures supplémentaires comprises dans la convention de forfait en heures n'étaient pas incluses dans la rémunération contractuelle dont elles étaient convenues. Elle en a déduit à bon droit que les salariés pouvaient prétendre au paiement des heures supplémentaires effectuées au-delà de la durée légale du travail en sus des majorations applicables à ces heures.

12. Le moyen n'est donc pas fondé. (Soc., 13 avril 2023, pourvoi n° 21-21.805)

Après avoir l'inopposabilité aux salariés de la convention de forfait en heures, la cour d'appel a estimé que le salarié était rémunéré sur la base d'un temps de travail de 35 heures par semaine en moyenne sur l'année à raison de 38h5 heures de travail par semaine dans la limite de 218 jours de travail par an, de sorte qu'il bénéficiait pour une année complète, sur une base de 47 semaines travaillées compte-tenu d'un droit à congés payés de 5 semaine, pour un nombre de jours de travail réduits à 218 jours par an, dont le nombre exact variait en fonction du nombre de jours chômés dans l'année. La cour d'appel a également constaté que contrairement à ce que l'employeur soutenait, les heures supplémentaires effectuées au-delà de 35 heures jusqu'à 38,5 heures par semaine n'étaient pas incluses dans la rémunération mensuelle de base lissée sur l'année versée à l'intéressé, mais avaient pour contrepartie l'attribution de jours de RTT.

Sous le couvert de griefs non fondés de violation de loi, le moyen, pris en ses première, deuxième et troisième branches, ne tend qu'à remettre en cause le pouvoir souverain des juges du fond qui, examinant les documents contractuels et les éléments de preuve qui leur étaient soumis ont, sans dénaturation, estimé que les 3,5 heures supplémentaires exécutées au-delà des 35 heures hebdomadaires n'étaient pas comprises dans la rémunération mensuelle.

Après avoir retenu l'invalidité de la clause de forfait en heures et déterminé le nombre d'heures incluses dans la rémunération mensuelle et procédé aux vérifications nécessaires pour refaire les comptes entre les parties sur la base d'un décompte hebdomadaire, la cour d'appel a, sans encourir le grief du moyen pris en sa troisième branche, fixé, dans l'exercice de son pouvoir souverain, la créance du salarié en tenant compte des jours de RTT qui devaient être restitués à l'employeur.

C'est également dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel, répondant aux conclusions de l'employeur et écartant certaines de ses thèses, a déterminé la créance à revenir au salarié en retenant le décompte que l'employeur avait proposé subsidiairement.

Le moyen n'est donc pas fondé.

Le moyen des pourvois principaux de l'employeur pourrait donc faire l'objet d'un rejet non spécialement motivé en application de l'article 1014 du code de procédure civile.

4.2. - Pourvois incidents des salariés

4.2.1. - Modalités de calcul de l'indemnité de congé payé

Conformément à l'article L. 3141-22 du code du travail, devenu l'article L. 3141-24 CT à la suite de la loi du 8 août 2016, l'indemnité de congés payés est égale au dixième de la rémunération totale perçue par le salarié au cours de la période de référence, sans pouvoir être inférieure à la rémunération que le salarié aurait perçue s'il avait continué à travailler. La loi du 8 août 2016 a placé les dispositions relatives à la détermination de l'indemnité de congé payé parmi les règles d'ordre public. Ce point n'a pas été modifié par la loi du 22 avril 2024 qui a procédé à une mise en conformité du code du travail avec le droit de l'Union.

Les primes et indemnités versées en complément du salaire sont prises en compte dans l'indemnité de congés payés dès lors qu'elle sont versées en contrepartie du travail et qu'elles ne rémunèrent pas un risque exceptionnel ou n'indemnisent pas déjà la période de congés payés.

L'objet de l'indemnité de congé payé est de permettre au salarié de bénéficier pendant la période de congé payé des mêmes éléments de rémunération que ceux qui auraient été les siens s'il avait continué à travailler.

Le code du travail prévoit deux méthodes pour la détermination de l'indemnité de congé, la plus favorable devant être retenue (CT, art. L. 3141-22 et L. 3141-24, successivement applicables à la relation de travail à la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 10 août 2016) :

- soit 10 % des rémunérations perçues pendant l'exécution du travail. Cette dernière méthode est le plus souvent appliquée pour les rappels de salaire obtenus après rupture du contrat de travail, le maintien de salaire n'étant pas, par hypothèse, possible ;
- soit le maintien du salaire.

La rémunération à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité de congés payés est la rémunération totale du salarié, comprenant les primes et indemnités versées en complément du salaire si elles sont versées en contrepartie ou à l'occasion du travail (Soc., 7 septembre 2017, pourvoi n° 16-16.643, Bull. 2017, V, n° 126 ; Soc., 13 septembre 2023, pourvoi n° 22-11.106, 22-10.529, B+R).

Ainsi, les majorations pour heures supplémentaires sont prises en compte dans l'indemnité de congé payé lorsque ces heures supplémentaires sont structurelles (Soc. 16 février 1999, pourvoi n° 96-43.032).

4.2.2. - Périodes de congés et assiette de calcul des heures supplémentaires en droit interne

En application de l'article L. 3121-27 du code du travail, « *la durée légale de travail effectif des salariés à temps complet est fixée à trente-cinq heures par semaine.* »

Conformément à l'article L. 3121-28 du code du travail, « *toute heure accomplie au-delà de la durée légale hebdomadaire ou de la durée considérée comme équivalente est une heure supplémentaire qui ouvre droit à une majoration salariale ou, le cas échéant, à un repos compensateur équivalent.* »

Notre jurisprudence retient de façon constante qu'en l'absence de dispositions légales ou conventionnelles, les jours de congés payés ne peuvent être assimilés à du temps de travail effectif :

*Mais attendu que selon l'article L. 212-5 du Code du travail, constituent des heures supplémentaires toutes les heures de travail effectuées au-delà de la durée hebdomadaire du travail fixée par l'article L. 212-1 ou de la durée considérée comme équivalente ; **que cette durée du travail hebdomadaire s'entend des heures de travail effectif et des temps assimilés ;***

*Et attendu qu'ayant exactement retenu **que les jours fériés ou de congés payés, en l'absence de dispositions légales ou conventionnelles, ne peuvent être assimilés à du temps de travail effectif**, la cour d'appel a pu, sans encourir les griefs du moyen, en l'absence d'un usage contraire en vigueur dans l'entreprise, décider que les jours fériés chômés et de congés payés ne pouvaient être pris en compte dans la détermination de l'assiette de calcul des droits à majoration et bonification en repos pour heures supplémentaires ;*

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; (Soc., 1 décembre 2004, pourvoi n° 02-21.304, Bull. 2004, V, n° 318)

Vu l'accord d'entreprise relatif à la modulation du temps de travail des salariés du 15 novembre 1999, ensemble les articles L. 3121-1, L. 122-9 et L. 3122-10 II du code du travail alors applicables ;

Attendu, d'abord, que selon le troisième de ces textes, constituent, en cas de modulation de la durée du travail, des heures supplémentaires, les heures effectuées au-delà de 1607 heures ou d'un plafond inférieur fixé par la convention ou l'accord ;

*Attendu ensuite, que **les jours de congés payés et d'absence, à défaut de dispositions légales ou conventionnelles ou d'un usage contraire, ne peuvent être assimilés à du temps de travail effectif ;***

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Main Sécurité a conclu le 15 novembre 1999 un accord d'aménagement et de réduction du temps de travail qui prévoit notamment, d'une part, une modulation du temps de travail répartie sur deux périodes, d'autre part, un lissage de la rémunération des salariés assorti, dans l'hypothèse d'un nombre d'heures travaillées inférieur ou supérieur à la durée correspondant au salaire lissé, d'une régularisation en fin de période, les absences donnant lieu à récupération devant être décomptées en fonction de la durée du travail que le salarié aurait dû effectuer ; que M. [X], agent de sécurité au service de la société Main Sécurité a bénéficié, avec l'accord de son employeur de deux absences non rémunérées l'une de 12 heures le 19 juillet 2005 et l'autre de 3 heures le 27 décembre 2005 ; qu'ayant effectué lors du 2e semestre 2005, "44,92 heures supplémentaires" rémunérées par l'employeur sur la base de 15 heures au taux normal et le solde au taux majoré de 25

% , il a contesté la déduction faite par l'employeur, dans le décompte des heures supplémentaires, des 15 heures d'absence pour congé sans solde, et a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de rappel de salaires ;

Attendu que pour faire droit à cette demande, l'arrêt retient par motifs propres et adoptés, que si les heures sans solde accordées par l'employeur à M. [X] devaient être déduites des mois au cours desquels elles ont été effectuées, en application de l'article 8.3.5 de l'accord d'entreprise, ces heures d'absence ne devaient en aucun cas avoir des conséquences sur les heures supplémentaires effectuées et payées en fin de semestre, que c'était donc à tort que l'employeur ne leur avait pas appliqué la majoration de 25 % ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; (Soc., 9 février 2011, pourvoi n° 09-42.939, Bull. 2011, V, n° 46)

Vu les articles L. 3121-22 du code du travail et 5 du décret n° 83-40 du 26 janvier 1983 dans sa rédaction issue du décret n° 2002-622 du 25 avril 2002 ;

*Attendu qu'en application de ces textes, constituent des heures supplémentaires toutes les heures de travail effectuées au-delà de la durée hebdomadaire du travail fixée par l'article L. 3121-10 du code du travail ou de la durée considérée comme équivalente ; **que cette durée du travail hebdomadaire s'entend des heures de travail effectif et des temps assimilés ;***

Attendu que pour confirmer le jugement ayant condamné l'employeur à payer au salarié des sommes à titre de rappel de maintien de salaire du 1er au 31 janvier 2006, et au titre de l'indemnité de congés payés afférente, l'arrêt énonce, par motifs adoptés, que l'horaire correspondant aux congés payés comme aux jours fériés doit être retenu dans l'horaire hebdomadaire servant de base au calcul des heures supplémentaires, et, par motifs propres, que sauf à priver d'effet le droit au maintien du salaire pendant les périodes de congés payés et les jours fériés, la durée du travail correspondante doit être prise en compte pour la détermination de la rémunération du temps de travail effectif accompli par ailleurs sur la période considérée, qu'il s'agisse de la semaine civile ou du mois ;

*Qu'en statuant ainsi, **alors que les jours fériés ou de congés payés, en l'absence de dispositions légales ou conventionnelles, ne peuvent être assimilés à du temps de travail effectif**, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; (Soc., 4 avril 2012, pourvoi n° 10-10.701, Bull. 2012, V, n° 115).*

Une telle assimilation est prévue par l'article L. 3141-5 1° du code du travail mais seulement pour la détermination de la durée du congé payé.

4.2.3. - Droit de l'Union européenne

4.2.3.1. - Règles générales en matière de congés payés

L'article 7 de la directive 2003/88 dispose que :

“ 1. Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel d'au moins quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales.

2. La période minimale de congé annuel payé ne peut être remplacée par une indemnité financière sauf en cas de fin de la relation de travail.”

La Cour de justice considère que :

“A cet égard il convient de rappeler que le droit au congé annuel payé de tout travailleur doit être considéré comme un principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière, auquel il ne saurait être dérogé et dont la mise en œuvre par les autorités nationales compétentes ne peut être effectué que dans les limites expressément prévues par la directive elle-même (CJCE 26 juin 2001, BECTU, C-173/99).

Le paiement du congé annuel prescrit à l'article 7 de la directive, paragraphe 1, de la directive vise à permettre au travailleur de prendre effectivement le congé auquel il a droit.

Le terme “congé annuel” payé figurant dans cette disposition signifie que, pour la durée du congé annuel au sens de la directive, la rémunération doit être maintenue. En d'autres termes, le travailleur doit percevoir la rémunération ordinaire pour cette période de repos.” (CJCE, 16 mars 2006, Robinson Steele, C-131/04).

Enfin, l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a consacré l'existence d'un droit fondamental aux congés payés :

“Tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés”.

La Cour de Justice de l'Union européenne juge par ailleurs que le droit au congé annuel payé constitue un principe essentiel du droit social de l'Union (CJUE 6 novembre 2018, C-569/16 Stadt Wuppertal c/ Bauer et C- 570/16 Willmeroth c/ Broßonn, point 80).

La CJUE a retenu que l'article 7 de la directive était suffisamment précis et inconditionnel pour être invocable directement à l'égard d'un Etat membre :

« 33. À cet égard, il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que, dans tous les cas où les dispositions d'une directive apparaissent, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, les particuliers sont C2217340 fondés à les invoquer devant les juridictions nationales à l'encontre de l'État, soit lorsque celui-ci s'est abstenu de transposer dans les délais la directive en droit national, soit lorsqu'il en a fait une transposition incorrecte (voir, notamment, arrêt Pfeiffer e.a., précité, point 103 ainsi que jurisprudence citée).

34. Or, l'article 7 de la directive 2003/88 satisfait à ces critères, étant donné qu'il met à la charge des États membres, dans des termes non équivoques, une obligation de résultat précise et qui n'est assortie d'aucune condition quant à l'application de la règle qu'elle énonce, consistant à faire bénéficier tout travailleur d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines.

35. Même si l'article 7 de la directive 2003/88 laisse aux États membres une certaine marge d'appréciation lorsqu'ils adoptent les conditions d'obtention et d'octroi du droit au congé annuel payé qu'il énonce, cette circonstance n'affecte cependant pas le caractère précis et inconditionnel de l'obligation prescrite par cet article. Il convient, à cet égard, de noter que l'article 7 de la directive 2003/88 ne figure pas parmi les dispositions de ladite directive auxquelles son article 17 permet de déroger. Il est donc possible de déterminer la protection minimale qui doit, en tout état de cause, être mise

en œuvre par les États membres en vertu de cet article 7 (voir, par analogie, arrêt Pfeiffer e.a., précité, point 105).

L'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88 remplissant les conditions requises pour produire un effet direct, il y a lieu, en outre, de constater que le CICOA, l'une des deux parties défenderesses au principal, qui est l'employeur de Mme Dominguez, est un organisme agissant dans le domaine de la sécurité sociale. » (CJUE 24 janvier 2012, Dominguez, C-282/10)

La CJUE a également précisé que l'article 31, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux avait un effet direct et qu'il incombait au juge national d'en tirer les conséquences lorsqu'il n'est pas possible de procéder à une interprétation du droit interne à la lumière de la directive afin d'assurer l'effectivité de cette dernière. C'est l'objet de deux arrêts rendus le 6 novembre 2018.

D'abord, avec l'arrêt Max-Planck- Gesellschaft zur Förderung des Wissenschaften (C 684/16), la Cour de Justice a dit pour droit :

1) L'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, et l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, en vertu de laquelle, à défaut pour le travailleur d'avoir demandé à pouvoir exercer son droit au congé annuel payé au cours de la période de référence concernée, ce travailleur perd, à la fin de cette période, automatiquement et sans vérification préalable du point de savoir si celui-ci a été effectivement mis en mesure d'exercer ce droit par l'employeur, notamment par une information adéquate de la part de ce dernier, les jours de congé annuel payé acquis en vertu desdites dispositions au titre de ladite période ainsi que, corrélativement, son droit à une indemnité financière au titre de ces congés annuels payés non pris en cas de fin de la relation de travail. Il incombe, à cet égard, à la juridiction de renvoi de vérifier, en prenant en considération l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, si elle peut parvenir à une interprétation de ce droit qui soit de nature à garantir la pleine effectivité du droit de l'Union.

2) En cas d'impossibilité d'interpréter une réglementation nationale telle que celle en cause au principal de manière à en assurer la conformité avec l'article 7 de la directive 2003/88 et l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux, il découle de cette dernière disposition que la juridiction nationale saisie d'un litige opposant un travailleur à son ancien employeur ayant la qualité de particulier, doit laisser ladite réglementation nationale inappliquée et veiller à ce que, à défaut pour cet employeur d'être en mesure d'établir qu'il a fait preuve de toute la diligence requise pour que le travailleur soit effectivement en mesure de prendre les congés annuels payés auxquels il avait droit en vertu du droit de l'Union, ledit travailleur ne puisse se voir priver ni de ses droits acquis à de tels congés annuels payés ni, corrélativement, et en cas de cessation de la relation de travail, de l'indemnité financière au titre des congés non pris dont le paiement incombe, en ce cas, directement à l'employeur concerné.

Dans ses motifs, la CJUE, qui a rappelé que l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, consacrait un droit fondamental au congé, a précisé le fondement de l'effet direct qui lui était attaché :

« 49. S'agissant, en second lieu, de l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, il convient de rappeler qu'il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ont vocation à être appliqués dans toutes les situations régies par le droit de l'Union (voir, notamment, arrêt du 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2, point 42 et jurisprudence citée).

50. Ainsi, la réglementation en cause au principal opérant une mise en œuvre de la directive 2003/88, l'article 31, paragraphe 2, de la Charte a vocation à s'appliquer à l'affaire au principal (voir, par analogie, arrêt du 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2, point 43).

51. À cet égard, il résulte, tout d'abord, du libellé même de l'article 31, paragraphe 2, de la Charte que ladite disposition consacre le « droit » de tout travailleur à une « période annuelle de congés payés ».

52. Ensuite, selon les explications afférentes à l'article 31 de la Charte, lesquelles, conformément à l'article 6, paragraphe 1, troisième alinéa, TUE et à l'article 52, paragraphe 7, de cette Charte, doivent être prises en considération pour l'interprétation de celle-ci, l'article 31, paragraphe 2, de ladite Charte s'inspire de la directive 93/104 ainsi que de l'article 2 de la charte sociale européenne, signée à Turin le 18 octobre 1961 et révisée à Strasbourg le 3 mai 1996, et du point 8 de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, adoptée lors de la réunion du Conseil européen tenue à Strasbourg le 9 décembre 1989 (arrêt du 19 septembre 2013, *Réexamen Commission/Strack*, C-579/12 RX-II, EU:C:2013:570, point 27).

53. Or, ainsi qu'il ressort du considérant 1 de la directive 2003/88, celle-ci a codifié la directive 93/104 et l'article 7 de la directive 2003/88 afférent au droit au congé annuel payé reproduit à l'identique les termes de l'article 7 de la directive 93/104 (arrêt du 19 septembre 2013, *Réexamen Commission/Strack*, C-579/12 RX-II, EU:C:2013:570, point 28).

54. Dans ce contexte, il y a lieu, enfin, de rappeler que des limitations ne peuvent être apportées au droit fondamental au congé annuel payé consacré à l'article 31, paragraphe 2, de la Charte que dans le respect des conditions strictes prévues à l'article 52, paragraphe 1, de celle-ci et, notamment, du contenu essentiel dudit droit. Ainsi, les États membres ne peuvent déroger au principe découlant de l'article 7 de la directive 2003/88, lu à la lumière de l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, selon lequel un droit au congé annuel payé acquis ne peut s'éteindre à l'expiration de la période de référence et/ou d'une période de report fixée par le droit national lorsque le travailleur n'a pas été en mesure de prendre ses congés (voir, en ce sens, arrêt du 29 novembre 2017, *King*, C-214/16, EU:C:2017:914, point 56).

55. Il résulte de ces considérations que tant l'article 7 de la directive 2003/88 que, en ce qui concerne les situations relevant du champ d'application de la Charte, l'article 31, paragraphe 2, de celle-ci doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale en application de laquelle la circonstance qu'un travailleur n'a pas demandé à pouvoir exercer son droit au congé annuel payé, acquis en vertu desdites dispositions, pendant la période de référence, a pour conséquence automatique, sans, dès lors, que soit préalablement vérifié si ce travailleur a été effectivement mis en mesure d'exercer ce droit, que ledit travailleur perd le bénéfice

dudit droit et, corrélativement, de son droit à l'indemnité financière au titre de congés annuels payés non pris en cas de cessation de la relation de travail.

56. En revanche, lorsque le travailleur s'est abstenu de prendre ses congés annuels payés délibérément et en toute connaissance de cause quant aux conséquences appelées à en découler, après avoir été mis en mesure d'exercer effectivement son droit à ceux-ci, l'article 7, paragraphes 1 et 2, de la directive 2003/88 ainsi que l'article 31, paragraphe 2, de la Charte ne s'opposent pas à la perte de ce droit ni, en cas de cessation de la relation de travail, à l'absence corrélatrice d'indemnité financière au titre des congés annuels payés non pris, sans que l'employeur ne soit contraint d'imposer à ce travailleur d'exercer effectivement ledit droit.

57. Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la réglementation nationale en cause au principal peut faire l'objet d'une interprétation conforme à l'article 7, paragraphes 1 et 2, de la directive 2003/88 et à l'article 31, paragraphe 2, de la Charte.

Puis, avec l'arrêt *Stadt Wuppertal c/ Bauer et Willmeroth c/ Broßonn*, la CJUE a dit pour droit :

1) L'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, ainsi que l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, en application de laquelle, lorsque la relation de travail prend fin en raison du décès du travailleur, le droit à des congés annuels payés acquis en vertu desdites dispositions et non pris par ce travailleur avant son décès s'éteint sans pouvoir donner naissance à un droit à une indemnité financière au titre desdits congés qui soit transmissible aux ayants droit du dit travailleur par la voie successorale.

*2) En cas d'impossibilité d'interpréter une réglementation nationale telle que celle en cause au principal de manière à en assurer la conformité avec l'article 7 de la directive 2003/88 et l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux, la juridiction nationale, saisie d'un litige opposant l'ayant droit d'un travailleur décédé et l'ancien employeur de ce travailleur, doit laisser ladite réglementation nationale inappliquée et veiller à ce que ledit ayant droit se voie octroyer, à charge de cet employeur, le bénéfice d'une indemnité financière au titre des congés annuels payés acquis en vertu desdites dispositions et non pris par ledit travailleur avant son décès. Cette obligation s'impose à la juridiction nationale en vertu de l'article 7 de la directive 2003/88 et de l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux lorsque le litige oppose un tel ayant droit à un employeur ayant la qualité d'autorité publique, et en vertu de la seconde de ces dispositions lorsque le litige oppose l'ayant droit à un C2217340 employeur ayant la qualité de particulier. (CJUE 6 novembre 2018, C-569/*Stadt Wuppertal c/ Bauer et C- 570/16 Willmeroth c/ Broßonn*)*

Dans ses motifs la CJUE a apporté d'importantes précisions quant au rôle du juge national dans la mise en œuvre des règles issues du droit de l'Union et les solutions à dégager en cas de conflit avec le droit interne :

« 65. À titre liminaire, il y a lieu de rappeler que la question de savoir si une disposition nationale, dans la mesure où elle est contraire au droit de l'Union, doit être laissée inappliquée ne se pose que si aucune interprétation de cette disposition conforme à ce droit ne s'avère possible.

66. À cet égard, il importe de souligner que, en appliquant le droit interne, les juridictions nationales sont tenues de l'interpréter dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive en cause pour atteindre le résultat visé par celle-ci et, partant, se conformer à l'article 288, troisième alinéa, TFUE (arrêt du 24 janvier 2012, *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, point 24 et jurisprudence citée).

67. Il convient également d'insister sur le fait que le principe d'interprétation conforme requiert que les juridictions nationales fassent tout ce qui relève de leur compétence, en prenant en considération l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, afin de garantir la pleine effectivité de la directive en cause et d'aboutir à une solution conforme à la finalité poursuivie par celle-ci (arrêt du 24 janvier 2012, *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, point 27 et jurisprudence citée).

68. Ainsi que l'a jugé la Cour, l'exigence d'une telle interprétation conforme inclut, notamment, l'obligation, pour les juridictions nationales, de modifier, le cas échéant, une jurisprudence établie si celle-ci repose sur une interprétation du droit national incompatible avec les objectifs d'une directive. Partant, une juridiction nationale ne saurait, notamment, valablement considérer qu'elle se trouve dans l'impossibilité d'interpréter une disposition nationale en conformité avec le droit de l'Union en raison du seul fait que cette disposition a, de manière constante, été interprétée dans un sens qui n'est pas compatible avec ce droit (arrêt du 17 avril 2018, *Egenberger*, C-414/16, EU:C:2018:257, points 72 et 73 ainsi que jurisprudence citée).

69. Il incombe, en l'occurrence, à la juridiction de renvoi de s'acquitter de son obligation découlant du droit de l'Union consistant à vérifier, à la lumière des principes rappelés aux trois points précédents du présent arrêt, si une telle interprétation conforme est possible.

70. Cela étant précisé, et s'agissant, en premier lieu, de l'éventuel effet direct qu'il conviendrait de reconnaître à l'article 7 de la directive 2003/88, il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que, dans tous les cas où les dispositions d'une directive apparaissent, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, les particuliers sont fondés à les invoquer devant les juridictions nationales à l'encontre de l'État soit lorsque celui-ci s'est abstenu de transposer dans les délais la directive en droit national, soit lorsqu'il en a fait une transposition incorrecte (arrêt du 24 janvier 2012, *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, point 33 et jurisprudence citée). En outre, lorsque les justiciables sont en mesure de se prévaloir d'une directive à l'encontre d'un État, ils peuvent le faire quelle que soit la qualité en laquelle agit ce dernier, employeur ou autorité publique. Dans l'un et l'autre cas, il importe, en effet, d'éviter que l'État ne puisse tirer avantage de sa méconnaissance du droit de l'Union (arrêt du 24 janvier 2012, *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, point 38 et jurisprudence citée).

71. Sur la base de ces considérations, la Cour a admis que des dispositions inconditionnelles et suffisamment précises d'une directive puissent être invoquées par les justiciables, notamment, à l'encontre d'un État membre et de l'ensemble des organes de son administration, y compris des autorités décentralisées (voir, en ce sens, arrêt du 7 août 2018, *Smith*, C-122/17, EU:C:2018:631, point 45 et jurisprudence citée).

72. Or, la Cour a déjà jugé que l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88 satisfait à ces critères d'inconditionnalité et de précision suffisante, étant donné qu'il met à la charge des États membres, dans des termes non équivoques, une obligation de résultat précise et qui n'est assortie d'aucune condition quant à l'application de la règle qu'il énonce, consistant à faire bénéficier tout travailleur d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines. Cet article remplit ainsi les conditions requises pour produire un effet direct (voir, en ce sens, arrêt du 24 janvier 2012, Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, points 34 à 36).

73. En ce qui concerne l'article 7, paragraphe 2, de cette directive, ainsi qu'il a été rappelé au point 44 du présent arrêt, ladite disposition ne pose aucune condition à l'ouverture du droit à une indemnité financière autre que celle tenant au fait, d'une part, que la relation de travail a pris fin, et, d'autre part, que le travailleur n'a pas pris tous les congés annuels auxquels il avait droit à la date où cette relation a pris fin. Ce droit est conféré directement par ladite directive et ne saurait dépendre de conditions autres que celles qui y sont explicitement prévues (voir, en ce sens, arrêt du 12 juin 2014, Bollacke, C-118/13, EU:C:2014:1755, point 28). Ladite disposition remplit ainsi à son tour les conditions requises pour produire un effet direct.

74. En l'occurrence, en ce qui concerne l'affaire C-569/16, il est constant, d'une part, que M. Bauer n'avait pas pris, à la date de son décès ayant occasionné la cessation de la relation de travail le liant à la ville de Wuppertal, tous les congés annuels payés auxquels il avait droit à cette date et, d'autre part, que ledit employeur a la qualité d'autorité publique décentralisée.

75. L'article 7 de la directive 2003/88 remplissant, ainsi qu'il ressort des points 72 et 73 du présent arrêt, les conditions requises pour produire un effet direct, il s'ensuit que M. Bauer ou, compte tenu du décès de ce dernier, son ayant droit ont, ainsi qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour rappelée aux points 70 et 71 du présent arrêt, le droit d'obtenir, à charge de la ville de Wuppertal, une indemnité financière pour les congés annuels payés acquis en vertu de ladite disposition et non pris par l'intéressé, les juridictions nationales étant, à cet égard, tenues de laisser inappliquée une réglementation nationale qui, telle celle en cause au principal, s'opposerait à l'obtention d'une telle indemnité.

76. En revanche, s'agissant du litige au principal dans l'affaire C-570/16 qui oppose Mme Broßonn, en sa qualité d'ayant droit de feu son mari, à l'ancien employeur de celui-ci, M. Willmeroth, il convient de rappeler que, conformément à une jurisprudence constante de la Cour, une directive ne peut pas par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier et ne peut donc être invoquée en tant que telle contre lui. En effet, étendre l'invocabilité d'une disposition d'une directive non transposée, ou incorrectement transposée, au domaine des rapports entre les particuliers reviendrait à reconnaître à l'Union le pouvoir d'édicter avec effet immédiat des obligations à charge des particuliers alors qu'elle ne détient cette compétence que là où lui est attribué le pouvoir d'adopter des règlements (arrêt du 7 août 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, point 42 et jurisprudence citée).

77. Ainsi, même [B], précise et inconditionnelle, une disposition d'une directive visant à conférer des droits ou à imposer des obligations aux particuliers ne saurait trouver application en tant que telle dans le cadre d'un litige qui oppose exclusivement des particuliers (arrêt du 7 août 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, point 43 et jurisprudence citée).

78. Comme l'a déjà jugé la Cour, l'article 7 de la directive 2003/88 ne peut donc pas être invoqué dans un litige entre particuliers afin de garantir le plein effet du droit au congé annuel payé et de laisser inappliquée toute disposition nationale contraire (arrêt du 26 mars 2015, Fenoll, C-316/13, EU:C:2015:200, point 48).

79. Eu égard à ce qui précède, il convient, en second lieu, d'examiner la portée de l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, aux fins de déterminer si cette disposition, dont il a été établi, aux points 52 à 63 du présent arrêt, qu'elle a vocation à s'appliquer à des situations telles que celles afférentes aux litiges au principal et qu'elle doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation telle que celle en cause au principal, peut être invoquée dans un litige entre particuliers, tel que celui caractérisant l'affaire C-570/16, afin d'obtenir du juge national que celui-ci écarte ladite réglementation nationale et qu'il octroie aux ayants droit du travailleur décédé, à charge de l'ancien employeur de celui-ci, une indemnité financière au titre des congés annuels payés non pris auxquels avait droit ledit travailleur, en vertu du droit de l'Union, à la date de son décès.

80. À cet égard, il convient de rappeler que le droit au congé annuel payé constitue un principe essentiel du droit social de l'Union.

81. Ce principe trouve lui-même sa source tant dans des instruments élaborés par les États membres au niveau de l'Union, telle que la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, par ailleurs mentionnée à l'article 151 TFUE, que dans des instruments internationaux auxquels lesdits États membres ont coopéré ou adhéré. Parmi ces derniers figure la charte sociale européenne, à laquelle tous les États membres sont parties en tant qu'ils ont adhéré à celle-ci dans sa version d'origine, dans sa version révisée ou dans ses deux versions, également mentionnée à l'article 151 TFUE. Il convient également de mentionner la convention no 132 de l'Organisation internationale du travail, du 24 juin 1970, concernant les congés annuels payés (révisée), qui, ainsi que la Cour l'a relevé aux points 37 et 38 de l'arrêt du 20 janvier 2009, Schultz-Hoff e.a. (C-350/06 et C-520/06, EU:C:2009:18), énonce des principes de ladite organisation dont le considérant 6 de la directive 2003/88 précise qu'il y a lieu de tenir compte.

82. À cet égard, le quatrième considérant de la directive 93/104 rappelle, en particulier, que la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs déclare, à son paragraphe 8, que tout travailleur de l'Union a droit, notamment, à un congé annuel payé dont les durées doivent être rapprochées dans le progrès, conformément aux pratiques nationales (voir, en ce sens, arrêt du 26 juin 2001, BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, point 39).

83. L'article 7 de la directive 93/104 et l'article 7 de la directive 2003/88 n'ont donc pas instauré eux-mêmes le droit au congé annuel payé, lequel trouve notamment sa source dans divers instruments internationaux (voir, par analogie, arrêt du 17 avril 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, point 75) et revêt, en tant que principe essentiel du droit social de l'Union, un caractère impératif (voir, en ce sens, arrêt du 16 mars 2006, Robinson-Steele e.a., C-131/04 et C-257/04, EU:C:2006:177, points 48 et 68), ledit principe essentiel comportant, ainsi qu'il a été souligné au point 58 du présent arrêt, le droit au congé annuel « payé » en tant que tel et le droit, consubstantiel au premier, à une indemnité financière au titre de congés annuels non pris lors de la cessation de la relation de travail.

84. En disposant, en termes impératifs, que « tout travailleur » a « droit » « à une période de congés annuels payés », sans notamment renvoyer à cet égard, à l'instar, par exemple, de l'article 27 de la Charte ayant donné lieu à l'arrêt du 15 janvier 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2), à des « cas et conditions prévus par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales », l'article 31, paragraphe 2, de la Charte reflète le principe essentiel du droit social de l'Union auquel il ne peut être dérogé que dans le respect des conditions strictes prévues à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte et, notamment, du contenu essentiel du droit fondamental au congé annuel payé.

85. Le droit à une période de congés annuels payés, consacré dans le chef de tout travailleur par l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, revêt ainsi, quant à son existence même, un caractère tout à la fois impératif et inconditionnel, cette dernière ne demandant en effet pas à être concrétisée par des dispositions du droit de l'Union ou de droit national, lesquelles sont seulement appelées à préciser la durée exacte du congé annuel et, le cas échéant, certaines conditions d'exercice de ce droit. Il s'ensuit que ladite disposition se suffit à elle-même pour conférer aux travailleurs un droit invocable en tant que tel dans un litige qui les oppose à leur employeur dans une situation couverte par le droit de l'Union et relevant, par conséquent, du champ d'application de la Charte (voir, par analogie, arrêt du 17 avril 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, point 76).

86. L'article 31, paragraphe 2, de la Charte a, ainsi, en particulier, pour conséquence, en ce qui concerne les situations relevant du champ d'application de celle-ci, d'une part, que le juge national doit laisser inappliquée une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, en conséquence de laquelle le décès d'un travailleur prive rétroactivement celui-ci du bénéfice des droits aux congés annuels payés qu'il a acquis avant son décès, et, partant, ses ayants droit du bénéfice de l'indemnité financière qui s'y substitue, en tant que volet patrimonial constitutif desdits droits, et, d'autre part, que les employeurs ne sauraient se prévaloir de l'existence d'une telle réglementation nationale pour se soustraire au paiement de ladite indemnité financière auquel les astreint le respect du droit fondamental ainsi garanti par ladite disposition.

87. S'agissant de l'effet ainsi déployé par l'article 31, paragraphe 2, de la Charte à l'égard des employeurs ayant la qualité de particulier, il y a lieu de relever que, si l'article 51, paragraphe 1, de cette Charte précise que les dispositions de celle-ci s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres C2217340 uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, ledit article 51, paragraphe 1, n'aborde, en revanche, pas le point de savoir si de tels particuliers peuvent, le cas échéant, se trouver directement astreints au respect de certaines dispositions de ladite Charte et ne saurait, partant, être interprété en ce sens qu'il exclurait systématiquement une telle éventualité.

88. Tout d'abord, et ainsi que M. l'avocat général l'a rappelé au point 78 de ses conclusions, la circonstance que certaines dispositions du droit primaire s'adressent, au premier chef, aux États membres, n'est pas de nature à exclure que celles-ci puissent s'appliquer dans les relations entre particuliers (voir, en ce sens, arrêt du 17 avril 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, point 77).

89. Ensuite, la Cour a, notamment, déjà admis que l'interdiction consacrée à l'article 21, paragraphe 1, de la Charte se suffit à elle-même pour conférer à un particulier un

droit invocable en tant que tel dans un litige l'opposant à un autre particulier (arrêt du 17 avril 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, point 76), sans, dès lors, que l'article 51, paragraphe 1, de la Charte y fasse obstacle.

90. Enfin, et s'agissant, plus précisément, de l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, il importe de souligner que le droit, pour chaque travailleur, à des périodes de congé annuel payé implique, par sa nature même, une obligation correspondante dans le chef de l'employeur, à savoir celle d'octroyer de telles périodes de congé payé.

91. Dans l'hypothèse où la juridiction de renvoi serait dans l'impossibilité d'interpréter la réglementation nationale en cause au principal de manière à en assurer la conformité avec l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, il lui incombera dès lors, dans une situation telle que celle qui caractérise l'affaire C-570/16, d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la protection juridique découlant de ladite disposition et de garantir le plein effet de celle-ci en laissant au besoin inappliquée ladite réglementation nationale (voir, par analogie, arrêt du 17 avril 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, point 79). »

Le congé payé annuel est constitué de deux volets, l'un porte sur le droit au repos dont doit bénéficier le salarié, l'autre sur la rémunération de ce repos. Dès lors l'indemnité de congé payé constitue l'une des composantes du droit fondamental au congé payé. C'est notamment l'enseignement à retirer des arrêts rendus le 6 novembre 2018, C-569/16 Stadt Wuppertal c/ Bauer et C-570/16 Willmeroth c/ Broßonn.

Comme les autres composantes du congé payé, le paiement de l'indemnité de congé payé fait partie du droit fondamental résultant de l'article 7 de la directive et de l'article 31 § 2 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En effet, la directive 2003/88 traite le droit au congé annuel et celui à l'obtention d'un paiement à ce titre comme constituant deux volets d'un droit unique (arrêts du 20 janvier 2009, Schultz-Hoff e.a., C-350/06 et C-520/06, point 60, ainsi que du 15 septembre 2011, Williams e.a., C-155/10, point 26).

Le montant de la rémunération que doit percevoir le salarié pendant l'exercice de son congé annuel conditionne l'effectivité du droit à congé. Une absence de rémunération ou une rémunération réduite par rapport à une période de travail serait de nature à entraver l'exercice du congé payé ou son libre exercice. C'est ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne juge que, pour assurer l'effectivité de la période de congé payé, le travailleur doit percevoir une rémunération comprenant tous les éléments qui se rattachent au statut personnel et professionnel, à l'exclusion du remboursement des frais professionnels :

« 19 Dans ce contexte, la Cour a déjà eu l'occasion de préciser que l'expression «congé annuel payé» figurant à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88 signifie que, pour la durée du «congé annuel» au sens de cette directive, la rémunération doit être maintenue et que, en d'autres termes, le travailleur doit percevoir la rémunération ordinaire pour cette période de repos (voir arrêts du Z2210529 16 mars 2006, Robinson-Steele e.a., C-131/04 et C-257/04, Rec. p. I-2531, point 50, ainsi que Schultz-Hoff e.a., précité, point 58).

20. En effet, l'objectif de l'exigence de payer ce congé est de placer le travailleur, lors dudit congé, dans une situation qui est, s'agissant du salaire, comparable aux périodes

de travail (voir arrêts précités Robinson-Steele e.a., point 58, ainsi que Schultz-Hoff e.a., point 60).

21. Ainsi que Mme l'avocat général le précise au point 90 de ses conclusions, il découle de ce qui précède que la rémunération versée au titre du congé annuel doit en principe être calculée de manière à correspondre à la rémunération ordinaire perçue par le travailleur. Il en découle également qu'une indemnité, dont le montant permet simplement d'exclure tout risque significatif que le travailleur ne prenne pas son congé, ne suffit pas à satisfaire aux exigences du droit de l'Union.

22. Or, lorsque la rémunération perçue par le travailleur se compose de plusieurs éléments, la détermination de cette rémunération ordinaire et, partant, du montant auquel ce travailleur a droit durant son congé annuel nécessite une analyse spécifique. Tel est le cas de la rémunération d'un pilote de ligne en tant que membre du personnel navigant d'une compagnie de transport aérien qui se compose d'une somme fixe annuelle et de primes variables liées au temps passé en vol et au temps passé à l'extérieur de la base.

23. À cet égard, il y a lieu de constater que, si la structure de la rémunération ordinaire d'un travailleur relève, en tant que telle, des dispositions et pratiques régies par le droit des États membres, celle-ci ne saurait avoir un impact sur le droit du travailleur, rappelé au point 19 du présent arrêt, de jouir, durant sa période de repos et de détente, de conditions économiques comparables à celles concernant l'exercice de son travail.

24. Ainsi, tout désagrément lié de manière intrinsèque à l'exécution des tâches incombant au travailleur selon son contrat de travail et compensé par un montant pécuniaire entrant dans le calcul de la rémunération globale du travailleur, tel que, pour les pilotes de ligne, le temps passé en vol, doit nécessairement faire partie du montant auquel le travailleur a droit durant son congé annuel.

25. En revanche, les éléments de la rémunération globale du travailleur qui visent exclusivement à couvrir des coûts occasionnels ou accessoires survenant à l'occasion de l'exécution des tâches incombant au travailleur selon son contrat de travail, tels que des frais liés au temps que les pilotes sont contraints de passer à l'extérieur de la base, ne doivent pas être pris en compte lors du calcul du paiement à verser durant le congé annuel.

26. À cet égard, **il incombe au juge national d'apprécier le lien intrinsèque des divers éléments composant la rémunération globale du travailleur avec l'exécution des tâches lui incombant selon son contrat de travail. Cette appréciation doit s'appliquer sur la base d'une moyenne sur une période de référence jugée représentative et à la lumière du principe dégagé par la jurisprudence précitée, selon lequel la directive 2003/88 traite le droit au congé annuel et celui à l'obtention d'un paiement à ce titre comme constituant deux volets d'un droit unique** (voir arrêts précités Robinson-Steele e.a., point 58, ainsi que Schultz-Hoff e.a., point 60).

27. Cela étant précisé, il convient encore de rappeler que la Cour a déjà jugé qu'une employée, travaillant en qualité de chef de cabine pour une compagnie de transport aérien et affectée, en raison de sa grossesse, provisoirement à un poste au sol, avait, durant son affectation provisoire, droit non seulement au maintien de son salaire de

base, mais aussi aux éléments de rémunération ou primes se rattachant au statut professionnel de l'employée. Ainsi, les primes se rattachant à sa qualité de supérieur hiérarchique, à son ancienneté et à ses qualifications professionnelles devaient être maintenues (voir, en ce sens, arrêt du 1er juillet 2010, Parviainen, C-471/08, non encore publié au Recueil, point 73). Cette jurisprudence s'applique également à une travailleuse enceinte dispensée de travailler (arrêt du 1er juillet 2010, Gassmayr, C-194/08, non encore publié au Recueil, point 65).

28. Il s'ensuit que, outre les éléments de la rémunération globale relevés au point 24 du présent arrêt, tous ceux qui se rattachent au statut personnel et professionnel du pilote de ligne doivent être maintenus durant le congé annuel payé dudit travailleur.

La CJUE a dit pour droit (CJUE, 15 septembre 2011, C- 155/10, Williams C/ British airways) :

L'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, ainsi que la clause 3 de l'accord annexé à la directive 2000/79/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, concernant la mise en œuvre de l'accord européen relatif à l'aménagement du temps de travail du personnel mobile dans l'aviation civile, conclu par l'Association des compagnies européennes de navigation aérienne (AEA), la Fédération européenne des travailleurs des transports (ETF), l'Association européenne des personnels navigants techniques (ECA), l'Association européenne des compagnies d'aviation des régions d'Europe (ERA) et l'Association internationale des charters aériens (AICA), doivent être interprétés en ce sens qu'un pilote de ligne a droit, durant son congé annuel, non seulement au maintien de son salaire de base mais aussi, d'une part, à tous les éléments liés de manière intrinsèque à l'exécution des tâches qui lui incombent selon son contrat de travail et compensés par un montant pécuniaire entrant dans le calcul de sa rémunération globale et, d'autre part, à tous les éléments se rattachant au statut personnel et professionnel du pilote de ligne.

Il incombe au juge national d'apprécier si les divers éléments composant la rémunération globale de ce travailleur répondent à ces critères

La Cour de Justice affirme que le travailleur doit percevoir pendant la période de congé une rémunération équivalente à celle qu'il aurait perçu s'il avait travaillé. Consacrant ainsi la règle du maintien de salaire, elle a dit pour droit dans un arrêt du 22 mai 2014 :

1) *L'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, doit être interprété en ce sens qu'il **s'oppose à des dispositions et à des pratiques nationales en vertu desquelles un travailleur dont la rémunération est composée, d'une part, d'un salaire de base et, d'autre part, d'une commission dont le montant est fixé par référence aux contrats conclus par l'employeur issus de ventes réalisées par ce travailleur n'a droit, au titre de son congé annuel payé, qu'à une rémunération composée exclusivement de son salaire de base.***

2) *Les méthodes de calcul de la commission à laquelle un travailleur, tel que le requérant au principal, a droit au titre de son congé annuel doivent être appréciées par le juge national, sur la base des règles et des critères énoncés par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et à la lumière de l'objectif poursuivi par*

l'article 7 de la directive 2003/88. (CJUE, 22 mai 2014, Z.J.R. Lock C/ British gas trading limited, C-539/12)

Les conditions de fixation de l'indemnité de congé payé par référence à la rémunération ordinaire du salarié relèvent du maintien de salaire :

32 *S'agissant, en second lieu, de la rémunération qui doit être versée au travailleur au titre de la période de congé annuel minimum garantie par le droit de l'Union, la Cour a déjà eu l'occasion de préciser que l'expression « congé annuel payé », figurant à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88, signifie que, pour la durée du « congé annuel », au sens de cette directive, **la rémunération doit être maintenue et que, en d'autres termes, le travailleur doit percevoir la rémunération ordinaire pour cette période de repos** (arrêts du 16 mars 2006, Robinson-Steele e.a., C-131/04 et C-257/04, EU:C:2006:177, point 50, ainsi que du 15 septembre 2011, Williams e.a., C-155/10, EU:C:2011:588, point 19).*

33 *En effet, **l'objectif de l'exigence de payer ce congé est de placer le travailleur, lors dudit congé, dans une situation qui est, s'agissant du salaire, comparable aux périodes de travail** (arrêts du 16 mars 2006, Robinson-Steele e.a., C-131/04 et C-257/04, EU:C:2006:177, point 58, ainsi que du 15 septembre 2011, Williams e.a., C-155/10, EU:C:2011:588, point 20).*

34 *Si la structure de la rémunération ordinaire d'un travailleur relève, en tant que telle, des dispositions et des pratiques régies par le droit des États membres, celle-ci ne saurait avoir un impact sur le droit du travailleur de jouir, durant sa période de repos et de détente, de conditions économiques comparables à celles concernant l'exercice de son travail (arrêt du 15 septembre 2011, Williams e.a., C-155/10, EU:C:2011:588, point 23).*

(...)

41. *À cet égard, il y a lieu de souligner, tout d'abord, que l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88 n'exige pas que la rémunération ordinaire visée par la jurisprudence citée aux points 32 à 34 du présent arrêt soit octroyée pour la totalité de la durée du congé annuel dont le salarié bénéficie en vertu du droit national. L'employeur n'est requis d'octroyer cette rémunération, en vertu de cet article 7, paragraphe 1, que pour la durée du congé annuel minimum prévu à cette disposition, ce congé n'étant acquis par le salarié, ainsi qu'il est rappelé au point 29 du présent arrêt, que pour les périodes de travail effectif.*

42 *Ensuite, si, ainsi qu'il ressort des points 30 et 31 du présent arrêt, la directive 2003/88 ne s'oppose pas à ce que les partenaires sociaux adoptent, par convention collective en vertu d'une réglementation nationale, des règles visant à contribuer de manière générale à l'amélioration des conditions de travail des salariés, les modalités d'application de ces règles doivent, toutefois, respecter les limites découlant de cette directive (voir, en ce sens, arrêt du 16 mars 2006, Robinson-Steele e.a., C-131/04 et C-257/04, EU:C:2006:177, point 57).*

43 *À cet égard, une augmentation des droits au congé annuel payé au-delà du minimum requis à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88 ou la possibilité d'obtenir un droit au congé annuel payé d'un seul tenant sont des mesures favorables aux travailleurs qui vont au-delà des exigences minimales prévues à cette disposition*

et, dès lors, ne sont pas régies par celle-ci. Ces mesures ne peuvent servir à compenser l'effet négatif, pour le travailleur, d'une réduction de la rémunération due au titre de ce congé, sous peine de remettre en cause le droit au congé annuel payé au titre de ladite disposition, dont fait partie intégrante le droit pour le travailleur de jouir, durant sa période de repos et de détente, de conditions économiques comparables à celles concernant l'exercice de son travail.

44 Il convient de rappeler à ce propos que l'obtention de la rémunération ordinaire durant la période de congé annuel payé vise à permettre au travailleur de prendre effectivement les jours de congé auxquels il a droit (voir, en ce sens, arrêts du 16 mars 2006, *Robinson-Steele* e.a., C-131/04 et C-257/04, EU:C:2006:177, point 49, ainsi que du 22 mai 2014, *Lock*, C-539/12, EU:C:2014:351, point 20). Or, lorsque la rémunération versée au titre du droit au congé annuel payé prévu à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88 est, comme dans la situation en cause au principal, inférieure à la rémunération ordinaire que le travailleur reçoit pendant les périodes de travail effectif, celui-ci risque d'être incité à ne pas prendre son congé annuel payé, du moins pendant les périodes de tel travail, dans la mesure où cela conduirait, pendant ces périodes, à une diminution de sa rémunération.

45 Il convient d'ajouter, à cet égard, que, si l'article 8, point 1.1, de la convention collective du bâtiment fixe la durée du congé annuel de repos à 30 jours, indépendamment des périodes de chômage partiel au cours desquelles le travailleur n'a pas fourni de travail effectif, il ressort de l'article 8, point 4.3, de cette convention que, en cas de congé pris partiellement, l'indemnité de congés payés est proportionnellement réduite. Ainsi, la convention collective du bâtiment a pour effet qu'un travailleur qui ne prend pas l'intégralité des jours de congé auxquels il a droit au titre de cette convention, mais uniquement les jours de congé auxquels il a droit en vertu de l'article 7 de la directive 2003/88, compte tenu des périodes de chômage partiel, se voit accorder une indemnité de congé payé inférieure à celle à laquelle il a droit en vertu de cet article 7.

46 Enfin, quant à la règle selon laquelle les heures supplémentaires accomplies par le travailleur sont prises en compte aux fins du calcul de la rémunération due au titre des droits au congé annuel payé, il y a lieu de relever que, en raison de son caractère extraordinaire et imprévisible, la rémunération reçue pour des heures supplémentaires accomplies ne fait pas, en principe, partie de la rémunération ordinaire à laquelle le travailleur peut prétendre au titre du congé annuel payé prévu à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88.

47 Toutefois, lorsque les obligations découlant du contrat de travail exigent du travailleur qu'il effectue des heures supplémentaires ayant un caractère largement prévisible et habituel, et dont la rémunération constitue un élément important de la rémunération totale que le travailleur perçoit dans le cadre de l'exercice de son activité professionnelle, la rémunération reçue pour ces heures supplémentaires devrait être incluse dans la rémunération ordinaire au titre du droit au congé annuel payé prévu à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88, afin que le travailleur jouisse, lors de ce congé, de conditions économiques comparables à celles dont il bénéficie lors de l'exercice de son travail. Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si tel est le cas dans le cadre du litige au principal.

48 S'agissant du rôle du juge national lorsqu'il doit trancher un litige entre particuliers dans lequel il apparaît que la réglementation nationale en cause est contraire au droit de l'Union, il convient encore de rappeler qu'il incombe audit juge national d'assurer la protection juridique découlant pour les justiciables des dispositions du droit de l'Union et de garantir le plein effet de celles-ci (arrêts du 19 janvier 2010, Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, point 45, et du 19 avril 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, point 29).

49 À cet égard, l'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci ainsi que leur devoir de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation s'imposent à toutes les autorités des États membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, aux autorités juridictionnelles (arrêt du 19 avril 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, point 30 et jurisprudence citée).

50 **Il s'ensuit que, en appliquant le droit national, les juridictions nationales appelées à l'interpréter sont tenues de prendre en considération l'ensemble des règles de ce droit et de faire application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci afin de l'interpréter, dans toute la mesure du possible, à la lumière du texte ainsi que de la finalité de la directive en cause pour atteindre le résultat fixé par celle-ci et de se conformer ainsi à l'article 288, troisième alinéa, TFUE (arrêt du 19 avril 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, point 31 et jurisprudence citée).**

51 Si l'obligation pour le juge national de se référer au droit de l'Union lorsqu'il interprète et applique les règles pertinentes du droit interne est limitée par les principes généraux du droit et si elle ne peut pas servir de fondement à une interprétation contra legem du droit national, **l'exigence d'une interprétation conforme inclut, cependant, l'obligation, pour les juridictions nationales, de modifier, le cas échéant, une jurisprudence établie si celle-ci repose sur une interprétation du droit national incompatible avec les objectifs d'une directive** (voir, en ce sens, arrêt du 19 avril 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, points 32 et 33 ainsi que jurisprudence citée).

52 En l'occurrence, dans un litige tel que celui au principal, qui oppose des personnes privées, à savoir M. Hein et Holzkamm, la juridiction de renvoi est tenue d'interpréter sa réglementation nationale de manière conforme à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88. À cet égard, il y a lieu de préciser qu'une telle interprétation devrait aboutir à ce que l'indemnité de congés payés versée aux travailleurs, au titre du congé minimum prévu par cette disposition, ne soit pas inférieure à la moyenne de la rémunération ordinaire perçue par ceux-ci pendant les périodes de travail effectif. En revanche, ladite disposition n'oblige pas à interpréter la réglementation nationale comme donnant droit à une prime conventionnelle qui s'additionne à cette moyenne de la rémunération ordinaire, ni à ce que la rémunération reçue pour des heures supplémentaires soit prise en compte, à moins que les conditions énoncées au point 47 du présent arrêt ne soient remplies.

53 Il résulte des considérations qui précèdent qu'il convient de répondre à la première partie de la première question que l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88 ainsi que l'article 31, paragraphe 2, de la Charte doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui, aux fins du calcul de l'indemnité de congés payés, permet de prévoir par convention collective la prise en compte des réductions de rémunération résultant de l'existence, au cours de la période de référence, de jours où, en raison d'un chômage

partiel, aucun travail effectif n'est fourni, ce qui a pour conséquence que le salarié perçoit, pour la durée du congé annuel minimum dont il bénéficie au titre de cet article 7, paragraphe 1, une indemnité de congés payés inférieure à la rémunération ordinaire qu'il reçoit pendant les périodes de travail. Il appartient à la juridiction de renvoi d'interpréter la réglementation nationale, dans toute la mesure du possible, à la lumière du texte ainsi que de la finalité de la directive 2003/88, de manière à ce que l'indemnité de congés payés versée aux travailleurs, au titre du congé minimum prévu audit article 7, paragraphe 1, ne soit pas inférieure à la moyenne de la rémunération ordinaire perçue par ceux-ci pendant les périodes de travail effectif. (CJUE 13 décembre 2018, Torsten Hein c/ Albert Holzkamm GmbH & Co. KG, C-385/17)

Le juge national doit donc déterminer l'indemnité de congé payé en fonction de la jurisprudence dégagée par la CJUE dans le respect de « *l'objectif de l'exigence de payer ce congé est de placer le travailleur, lors dudit congé, dans une situation qui est, s'agissant du salaire, comparable aux périodes de travail* ». Les lignes directrices de cet arrêt conduisent à un résultat similaire à celui résultant de notre droit interne (Soc. 16 février 1999, pourvoi n° 96-43.032), ainsi qu'il a été vu ci-dessus : les heures supplémentaires exceptionnelles ou non régulières n'ont pas à être prises en compte pour le calcul de la rémunération pendant le congé payé (point 46) alors que les heures supplémentaires structurelles ou régulières doivent être intégrées au calcul de l'indemnité de congé payé (point 47).

Le salarié doit, au regard du droit de l'Union, bénéficier pendant les congés payés, d'une rémunération correspondant à la moyenne de la rémunération ordinaire durant les périodes de travail. En revanche, le droit de l'Union n'impose pas le paiement de rémunérations complémentaires qui s'ajouteraient à cette moyenne : *À cet égard, il y a lieu de préciser qu'une telle interprétation devrait aboutir à ce que l'indemnité de congés payés versée aux travailleurs, au titre du congé minimum prévu par cette disposition, ne soit pas inférieure à la moyenne de la rémunération ordinaire perçue par ceux-ci pendant les périodes de travail effectif. En revanche, ladite disposition n'oblige pas à interpréter la réglementation nationale comme donnant droit à une prime conventionnelle qui s'additionne à cette moyenne de la rémunération ordinaire, ni à ce que la rémunération reçue pour des heures supplémentaires soit prise en compte, à moins que les conditions énoncées au point 47 du présent arrêt ne soient remplies (point 52).*

4.2.3.2. - La question de la prise en compte des congés payés pour le calcul des heures supplémentaires

Il faut toutefois noter que si l'accomplissement d'heures supplémentaires peut avoir une incidence sur la définition de l'indemnité de congé payé, réciproquement, la prise de congé payé peut également avoir des conséquences sur les règles de calcul des heures supplémentaires. Ainsi dans un décompte hebdomadaire, la prise d'un jour de congé peut empêcher le salarié de franchir le seuil de déclenchement des heures supplémentaires, alors que ce seuil aurait été franchi s'il avait travaillé.

Prenons l'exemple d'un salarié qui sur une même semaine travaille, de façon exceptionnelle sur les quatre premiers jours de la semaine, 8 heures par jours et prend un jour de congé le cinquième jour où il ne devait travailler que 7 heures, comme à l'habitude. Ce salarié aura accompli 32 heures de temps de travail effectif sur la semaine. Si on ne prend pas en compte la période de congé payé, il n'a droit à aucune majoration pour heure supplémentaire, faute d'avoir franchi le seuil fixé par l'article L.

3121-28 du code du travail (35 heures à défaut de seuil conventionnel plus bas). En revanche, s'il avait travaillé il aurait accompli 7 heures de plus, soit 39 heures, avec 4 heures supplémentaires majorées, selon le cas à 25 % ou au moins 10 % en cas d'accord collectif fixant un taux de majoration inférieur (CT, art. L. 3121-33 et L. 3121-36).

Sur cette question, la Cour de justice de l'Union européenne considère, au contraire de la solution prévalant en droit interne, que les congés payés doivent être pris en compte dans le cadre de l'assiette des heures supplémentaires :

« 32 *Il s'ensuit que les incitations à renoncer au congé de repos ou à faire en sorte que les travailleurs y renoncent sont incompatibles avec les objectifs du droit au congé annuel payé, tenant notamment à la nécessité de garantir au travailleur le bénéfice d'un repos effectif, dans un souci de protection efficace de sa sécurité et de sa santé. Ainsi, toute pratique ou omission d'un employeur ayant un effet potentiellement dissuasif sur la prise du congé annuel par un travailleur est également incompatible avec la finalité du droit au congé annuel payé* (arrêt du 6 novembre 2018, Kreuziger, C-619/16, EU:C:2018:872, point 49 et jurisprudence citée).

33 *C'est la raison pour laquelle il a été jugé que l'obtention de la rémunération ordinaire durant la période de congé annuel payé vise à permettre au travailleur de prendre effectivement les jours de congé auxquels il a droit. Or, lorsque la rémunération versée au titre du droit au congé annuel payé prévu à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88 est inférieure à la rémunération ordinaire que le travailleur reçoit pendant les périodes de travail effectif, celui-ci risque d'être incité à ne pas prendre son congé annuel payé, du moins pendant les périodes de tel travail, dans la mesure où cela conduirait, pendant ces périodes, à une diminution de sa rémunération* (arrêt du 13 décembre 2018, Hein, C-385/17, EU:C:2018:1018, point 44 et jurisprudence citée).

34 *De même, la Cour a jugé qu'un travailleur pouvait être dissuadé d'exercer son droit au congé annuel compte tenu d'un désavantage financier, même si celui-ci intervient de façon différée, à savoir au cours de la période suivant celle du congé annuel* (voir, en ce sens, arrêt du 22 mai 2014, Lock, C-539/12, EU:C:2014:351, point 21).

35 *En l'occurrence, la juridiction de renvoi semble considérer que le point 4.1.2 du MTV pourrait être susceptible de dissuader un travailleur d'exercer son droit à congé annuel payé, en ce que ce point prévoit que seules les heures travaillées peuvent, aux fins du bénéfice éventuel d'une majoration pour heures supplémentaires, être comptabilisées pour établir si le travailleur a dépassé le seuil du contingent horaire du temps de travail mensuel normal.*

36 *À cet égard, il ressort de la décision de renvoi que le requérant au principal a travaillé 121,75 heures durant les 13 premiers jours ouvrés du mois d'août 2017, puis a pris un congé annuel durant les 10 jours ouvrés restant de ce mois. Or, s'il avait travaillé durant ces 10 derniers jours, il aurait accompli 84,7 heures de travail en sus des 121,75 heures, de sorte que, sous réserve des vérifications qu'il incombe à la juridiction de renvoi d'effectuer, le volume d'heures travaillées au cours dudit mois aurait été de 206,45 et aurait dépassé de 22,45 heures le seuil du nombre d'heures travaillées ouvrant droit à majoration pour heures supplémentaires.*

37 Toutefois, dès lors que, conformément au point 4.1.2 du MTV, l'unité de référence pour fixer le seuil du volume horaire pris en compte pour une majoration pour heures supplémentaires est définie mensuellement, le fait que le requérant au principal a pris des jours de congé annuel lors du mois au cours duquel il a effectué des heures supplémentaires a eu pour effet, par application de ce point 4.1.2, que le seuil mensuel de 184 heures n'a pas été atteint.

38 Dans ces conditions, l'exercice par le requérant au principal de son droit à congé a eu pour effet que la rémunération perçue au titre du mois d'août 2017 a été inférieure à celle qu'il aurait perçue s'il n'avait pas pris de congé au cours de ce mois. »

C'est ainsi qu'elle a dit pour droit :

*L'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, lu à la lumière de l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens **qu'il s'oppose à une disposition d'une convention collective en vertu de laquelle, afin de déterminer si le seuil des heures travaillées donnant droit à majoration pour heures supplémentaires est atteint, les heures correspondant à la période de congé annuel payé pris par le travailleur ne sont pas prises en compte en tant qu'heures de travail accomplies.*** (CJUE 13 janvier 2022, DS C/ Koch Personaldienstleistungen GmbH, C-514/20).

Le raisonnement tenu par la CJUE repose exclusivement sur le concept de maintien de salaire : Les majorations pour heures supplémentaires doivent être payées dès lors que, si le salarié avait travaillé pendant la période de congé payé, il aurait pu en bénéficier.

4.2.3. 3 - Impossibilité pour le juge national de limiter dans le temps les effets d'une jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

Dans l'hypothèse où la Cour de cassation estimerait devoir modifier sa jurisprudence en conséquence des éléments développés ci-dessus, la question de la modulation dans le temps pourrait être évoquée.

Toutefois, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, l'interprétation donnée par cette dernière à une dispositions du droit de l'Union s'impose au juge national sans qu'il puisse procéder à une quelconque modulation autre que celle qui aurait été décidée par la Cour de Luxembourg. En effet, seule la Cour de justice de l'Union européenne peut, à titre exceptionnel et pour des raisons impérieuses de sécurité juridique, accorder une suspension provisoire de l'effet d'éviction exercé par une règle du droit de l'Union à l'égard du droit national contraire à celle-ci. En outre, une telle limitation dans le temps des effets de l'interprétation de ce droit donnée par la Cour ne peut être accordée que dans l'arrêt même qui statue sur l'interprétation sollicitée (CJUE, 23 octobre 2012, Nelson e.a., C-581/10 et C-629/10). L'application conforme du droit de l'Union est une obligation à la charge des Etats membres et des juges nationaux (CJUE 22 juin 2020, Melki et Abdelli, C-188/10 et C-189/10).

Dans un arrêt du 13 décembre 2018, rendu en matière de congés payés, la CJUE a dit pour droit :

Il n'y a pas lieu de limiter les effets dans le temps du présent arrêt et le droit de l'Union doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que les juridictions nationales protègent, sur le fondement du droit national, la confiance légitime des employeurs quant au maintien de la jurisprudence des plus hautes juridictions nationales qui confirmait la légalité des dispositions en matière de congés payés de la convention collective du bâtiment. (CJUE 13 décembre 2018, Torsten Hein c/ Albert Holzkamm GmbH & Co. KG, C-385/17)

La Cour de justice a exposé à cet effet :

55. *Par sa seconde question, la juridiction de renvoi s'interroge, en substance, sur la possibilité de limiter les effets dans le temps du présent arrêt dans l'hypothèse où la Cour estimerait que l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88 ainsi que l'article 31 de la Charte doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale telle que celle en cause au principal. Au cas où une telle limitation serait refusée, cette juridiction demande, en substance, à la Cour si le droit de l'Union doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que les juridictions nationales protègent, sur le fondement du droit national, la confiance légitime des employeurs quant au maintien de la jurisprudence des plus hautes juridictions nationales qui confirmait la légalité des dispositions en matière de congés payés de la convention collective du bâtiment.*

56 *Il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante de la Cour, l'interprétation que cette dernière donne d'une règle de droit de l'Union, dans l'exercice de la compétence que lui confère l'article 267 TFUE, éclaire et précise la signification et la portée de cette règle, telle qu'elle doit ou aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de son entrée en vigueur. Il en résulte que la règle ainsi interprétée peut et doit être appliquée par le juge même à des rapports juridiques nés et constitués avant l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation si, par ailleurs, les conditions permettant de porter devant les juridictions compétentes un litige relatif à l'application de ladite règle se trouvent réunies (arrêts du 6 mars 2007, Meilicke e.a., C-292/04, EU:C:2007:132, point 34, ainsi que du 22 septembre 2016, Microsoft Mobile Sales International e.a., C-110/15, EU:C:2016:717, point 59).*

57 *Ce n'est qu'à titre tout à fait exceptionnel que la Cour peut, par application d'un principe général de sécurité juridique inhérent à l'ordre juridique de l'Union, être amenée à limiter la possibilité pour tout intéressé d'invoquer une disposition qu'elle a interprétée en vue de mettre en cause des relations juridiques établies de bonne foi. Pour qu'une telle limitation puisse être décidée, il est nécessaire que deux critères essentiels soient réunis, à savoir la bonne foi des milieux intéressés et le risque de troubles graves (arrêt du 22 septembre 2016, Microsoft Mobile Sales International e.a., C-110/15, EU:C:2016:717, point 60 ainsi que jurisprudence citée).*

58 *Plus spécifiquement, la Cour n'a eu recours à cette solution que dans des circonstances bien précises, notamment lorsqu'il existait un risque de répercussions économiques graves dues en particulier au nombre élevé de rapports juridiques constitués de bonne foi sur la base de la réglementation considérée comme étant valablement en vigueur et qu'il apparaissait que les particuliers et les autorités nationales avaient été incités à adopter un comportement non conforme au droit de l'Union en raison d'une incertitude objective et importante quant à la portée des dispositions du droit de l'Union, incertitude à laquelle avaient éventuellement contribué les comportements mêmes adoptés par d'autres États membres ou par la Commission*

européenne (arrêts du 15 mars 2005, *Bidar*, C-209/03, EU:C:2005:169, point 69 ; du 13 avril 2010, *Bressol e.a.*, C-73/08, EU:C:2010:181, point 93, ainsi que du 22 septembre 2016, *Microsoft Mobile Sales International e.a.*, C-110/15, EU:C:2016:717, point 61).

59 En l'occurrence, aucun élément du dossier ne permet de considérer que la condition relative aux répercussions économiques graves serait remplie.

60 Il résulte de ces considérations qu'il n'y a pas lieu de limiter dans le temps les effets du présent arrêt.

61 **Quant à la question de savoir si le droit de l'Union permet que les juridictions nationales protègent, sur le fondement du droit national, la confiance légitime des employeurs quant au maintien de la jurisprudence des plus hautes juridictions nationales ayant confirmé la légalité des dispositions en matière de congés payés de la convention collective du bâtiment, il y a lieu de relever que l'application du principe de protection de la confiance légitime, telle qu'envisagée par la juridiction de renvoi, reviendrait, en réalité, à limiter les effets dans le temps de l'interprétation retenue par la Cour des dispositions du droit de l'Union, dès lors que, par ce moyen, cette interprétation ne trouverait pas à s'appliquer dans l'affaire au principal (voir, en ce sens, arrêt du 19 avril 2016, *DI*, C-441/14, EU:C:2016:278, point 39).**

62 Or, hormis les circonstances exceptionnelles, dont l'existence, ainsi qu'il résulte de l'appréciation contenue au point 59 du présent arrêt, n'a pas été établie, **le droit de l'Union ainsi interprété doit être appliqué par le juge même à des rapports juridiques nés et constitués avant l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation, si, par ailleurs, ainsi qu'il a été rappelé au point 56 du présent arrêt, les conditions permettant de porter devant les juridictions compétentes un litige relatif à l'application de ce droit se trouvent réunies (voir, en ce sens, arrêt du 19 avril 2016, *DI*, C-441/14, EU:C:2016:278, point 40 et jurisprudence citée).**

63 Il résulte des considérations qui précèdent qu'il convient de répondre à la seconde question qu'il n'y a pas lieu de limiter les effets dans le temps du présent arrêt et que le droit de l'Union doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que les juridictions nationales protègent, sur le fondement du droit national, la confiance légitime des employeurs quant au maintien de la jurisprudence des plus hautes juridictions nationales qui confirmait la légalité des dispositions en matière de congés payés de la convention collective du bâtiment. (CJUE, 13 décembre 2018, C-385/17).

4.2.4. - Conséquences en droit interne de l'arrêt de la CJUE du 13 janvier 2022

Rendu dans une affaire allemande, l'arrêt de la CJUE du 13 janvier 2022 pourrait avoir des conséquences sur notre droit interne puisque ce dernier neutralise les périodes de congés payés pour définir le seuil de déclenchement des heures supplémentaires.

4.2.4.1. - Réactions doctrinales

Dans son commentaire, Mme Driguez notait :

« Outre les répercussions directes attendues en Allemagne, cette jurisprudence pourrait troubler les solutions établies en France où les congés payés ne sont pas assimilés, jusque-là, à du temps de travail effectif (Cass. soc., 4 avr. 2012, n° 10-10.701). Tout dépendra du rôle attribué au cadre de référence mensuel du décompte

de l'horaire de travail dans cette solution et de l'extrapolation de cette jurisprudence à des dispositifs où les heures supplémentaires sont déterminées sur une base le plus souvent hebdomadaire ou annuelle. » (Europe n° 3, mars 2022, comm/ n° 89).

De son côté, M. Cavallini relevait :

« Cet arrêt affectera le droit français qui connaît le même régime que celui condamné. L'article L. 3121-28 du Code du travail dispose que « toute heure accomplie au-delà de la durée légale hebdomadaire ou de la durée considérée comme équivalente est une heure supplémentaire qui ouvre droit à une majoration salariale ou, le cas échéant, à un repos compensateur équivalent ». Or, la chambre sociale de la Cour de cassation considère que seul le travail effectif doit être décompté, les congés payés n'en faisant pas partie (Cass. soc., 4 avr. 2012, n° 10-10.701 : JurisData n° 2012-006377 ; JCP S 2012, 1259, note D. Jacotot. – Cass. soc., 20 janv. 2010, n° 08-42.821. – Cass. soc., 15 nov. 2006, n° 04-46.686). La réception en droit français de cet arrêt de la Cour de Luxembourg ne devrait pas rencontrer de difficulté même s'il découle de l'interprétation d'une directive, laquelle n'est pas dotée, par nature, d'un effet direct horizontal (CJUE, 24 janv. 2012, aff. C-282/10, Dominguez : JurisData n° 2014-002646). Tout d'abord, le droit aux congés payés constitue un principe de droit social contenu dans la Charte et, comme tous les principes généraux du droit, bénéficie d'une invocabilité tant dans les contentieux verticaux qu'horizontaux (CJUE, 6 nov. 2018, aff. C-569/16 et C-570/16, Bauer : JurisData n° 2018-022033). Enfin, l'obligation pour le juge de procéder à une interprétation conforme du droit interne au regard des directives, même dans des contentieux entre particuliers, suffit (CJCE, 13 nov. 1990, aff. C-106/89, Marleasing). En effet, la seule limite admise serait de contraindre le juge à une interprétation *contra legem*. Certes, le droit français est manifestement contraire, mais cette opposition découle non du libellé de l'article L. 3121-28 du Code du travail, mais d'une jurisprudence continue de la Cour de cassation ; or l'exception du *contra legem* ne joue pas s'agissant d'une norme prétorienne, le juge devant modifier sa jurisprudence (CJUE, 19 avr. 2016, aff. C-441/14, Dansk Industri. – CJUE, 8 nov. 2016, aff. C-554/14, Atanas Ognyanov : JurisData n° 2016-024124 ; Europe 2017, comm. 9, note F. Gazin. – Dans le même sens, Cass. 1re civ., 5 févr. 2020, n° 18-23.752 : JurisData n° 2020-001474). (JCP S 2022, n° 4, février 2022, 1028).

Enfin, M. Morand relevait (Semaine social Lamy, 21 février 2022, :

« Il convient tout d'abord de rappeler que lorsqu'un salarié est en congé il perçoit une indemnité qui ne peut être inférieure au montant qu'il aurait perçu s'il avait continué à travailler pendant la période de congés payés (C. trav., art. L 3141-24). En application de ce principe les heures supplémentaires qui auraient dû être effectuées lors de la période de congés payés sont nécessairement prises en compte (5) .

Toutefois le débat ne portait pas en l'espèce sur cette situation d'heures supplémentaires récurrentes indemnisées par le mécanisme du calcul légal de l'indemnité de congés payés mais sur l'incidence des jours de congé sur le seuil de déclenchement des heures supplémentaires effectuées ponctuellement dans le mois considéré.

C'est bien en cela que la décision de la CJUE risque de perturber considérablement notre droit interne. Rappelons à cet égard que le calcul retenu dans les dispositions du Code du travail pour définir le seuil de déclenchement des heures supplémentaire dans un cadre annuel (C. trav., art. L. 3121-41) ou pour fixer le temps de travail d'un salarié à temps complet dans le même cadre annuel en dessous

duquel le salarié est considéré à temps partiel (C. trav., art L. 3123-1) déduit le temps de congés payés pour aboutir au seuil annuel de 1 607 heures (intégrant la journée de solidarité). En outre, et en application de l'article L. 3121-28 du Code du travail, lorsque la durée légale du travail est répartie dans un cadre annuel les heures supplémentaires ne se déclenchent qu'au-delà de ce seuil de 1 607 heures.

En conséquence les incidences de cette décision peuvent être considérables et ceci, quel que soit le système de répartition de la durée légale de travail, mais avec une acuité beaucoup plus importante s'agissant de tout le système d'aménagement du temps de travail hors du cadre hebdomadaire, voire de manière plus exceptionnelle dans le cadre de la semaine.

A s'en tenir à cette décision, dans un cadre annuel de répartition de la durée légale de travail les heures supplémentaires devraient, dès lors, se déclencher non pas à compter de 1 607 heures mais de la durée inférieure correspondant au temps des périodes de congés au sens de la Directive, c'est-à-dire déduction faite de l'équivalent en heures des quatre semaines de congés payés. Dans un système RTT construit dans une logique d'acquisition du temps effectué au-delà de 35 heures la période de congés payés ne devrait pas amputer les jours de réduction du temps de travail résultant de ce dépassement.

Une telle transposition de la jurisprudence du droit de l'Union si elle devait être réalisée, ne pourrait concerner toutefois que les droits à congés payés concernés par l'article 7 de la directive 2003/88 soit quatre semaines (soit l'équivalent de 4×35 pour un salarié à temps complet). En outre, les conséquences seraient nécessairement amoindries ou inexistantes si le temps annuel de travail est inférieur à 1 607 heures dès lors que la jurisprudence considère que dans cette hypothèse, sauf dispositions conventionnelles expresses en disposant autrement, les heures supplémentaires ne s'apprécient pas au-delà de cette durée conventionnelle inférieure mais restent appréciées au-delà de 1 607 heures (6) .

Le débat ne portait pas sur cette situation d'heures supplémentaires récurrentes indemnisées par le mécanisme du calcul légal de l'indemnité de congés payés mais sur l'incidence des jours de congé sur le seuil de déclenchement des heures supplémentaires effectuées ponctuellement dans le mois considéré. Cette assimilation du temps de congé à du travail effectif au sens des textes sur la durée du travail devrait aussi entraîner des répercussions sur la définition du temps partiel et sur le seuil de déclenchement des heures complémentaires dans un cadre annuel. Le calcul du forfait jour « légal » devrait s'en trouver aussi affecté.

À s'en tenir au développement ci-dessus, on entrevoit les conséquences économiques et sociales d'une transposition en droit interne de cette jurisprudence du droit de l'Union. Pour autant la transposition est-elle inévitable ? **Tout d'abord, s'agissant du seuil de déclenchement des heures supplémentaires on peut considérer que la Cour de cassation à l'instar de sa jurisprudence sur le droit à congés payés en raison de la maladie du salarié (7) ne peut statuer contra legem.** En application des textes de droit interne les seuils de déclenchement des heures supplémentaires excluent la comptabilisation des périodes de congés et le juge national ne pourrait en décider autrement sauf à enfreindre ces dispositions.

Toutefois comme le note l'auteur précité « l'exception du contra legem » ne joue pas s'agissant d'une norme prétorienne, le juge devrait modifier sa jurisprudence

(8) puisqu'en l'espèce l'article L. 3121-28 du Code du travail ne dispose pas expressément que le seuil de déclenchement des heures supplémentaires se calcule en neutralisant les droits à congés payés. Pour autant dans le calcul des références légales du seuil de 1 607 heures, il ressort clairement des différentes interprétations ministérielles (9) que le droit à congés payés n'a pas été considéré comme travail effectif. Ce seuil annuel résulte d'un calcul « mathématique » qui neutralise selon les formules utilisées soit 25 jours ouvrés, soit 30 jours ouvrables. Nul doute ne paraît exister quant à l'intention du législateur.

En outre et enfin, il faut rappeler que la jurisprudence du droit de l'Union a considéré que la directive 93/104 du 23 novembre 1993 concernant certains aspects d'aménagement du temps de travail (reprise en partie par la directive 2003/28) ne trouve pas à s'appliquer à la rémunération des travailleurs (10) ce qui, en conséquence, devrait empêcher toute action du salarié en paiement des majorations pour heures supplémentaires dès lors que le seuil de déclenchement est atteint en intégrant les périodes de congés payés.

Pour autant cette décision de la CJUE va probablement ouvrir une période de turbulences et le législateur français serait bien avisé, même si le moment n'est pas propice, à s'emparer de cette question à l'effet de modifier les dispositions nationales en rajoutant à celles relatives à l'appréciation des seuils de déclenchement des heures supplémentaires, les heures correspondant aux périodes de congés payés.

Notons que M. F. Morel présageait une évolution du droit interne à la suite de cette arrêt de la CJUE :

Mais l'autre épisode qui nous attend et qui pourrait également faire évoluer l'application des règles actuelles, c'est la prise en compte probable à venir par le juge national du raisonnement induit par l'arrêt GmbH. Le juge européen y indique en effet (8) que tant la Directive que l'article 31 de la Charte s'opposent " à une disposition d'une convention collective en vertu de laquelle, afin de déterminer si le seuil des heures travaillées donnant droit à majoration pour heures supplémentaires est atteint, les heures correspondant à la période de congé annuel payé pris par le travailleur ne sont pas prises en compte en tant qu'heures de travail accomplies ". À suivre ! (Temps de travail : évolutions prévisibles imposées par le droit européen ; Liaisons Sociales Europe, N° 134, 8 décembre 2023).

4.2.4.2. - Conséquences appliquées à l'espèce

La jurisprudence de notre chambre, excluant les jours de congés payés de l'assiette des heures supplémentaires, repose sur la définition du temps de travail effectif tel qu'il résulte de l'article L. 3121-1 du code du travail : « la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer à des occupations personnelles ».

Se fondant sur la lettre de ce texte notre jurisprudence, notre jurisprudence en a déduit qu'en l'absence de dispositions assimilant les jours du congés payés à du temps de travail effectif, il n'était pas possible de prendre en compte ces périodes dans l'assiette des heures supplémentaires.

Une recherche d'interprétation conforme au droit de l'Union des articles L. 3121-1 et L. 3121-28 du code du travail pourrait se heurter l'interdiction de procéder à une interprétation *contra legem*, car il faudrait regarder les périodes de congés payés comme du temps de travail effectif, alors que le seul cas d'assimilation prévu par la loi, à savoir l'article L. 3141-5 du code du travail, ne le prévoit que pour l'acquisition des droits à congés payés. C'est une solution qui avait déjà été retenue par notre chambre pour ce qui concerne le droit à congé payé des salariés en situation d'arrêt maladie :

Mais attendu que la Directive n° 2003/88/CE ne pouvant permettre, dans un litige entre des particuliers, d'écarter les effets d'une disposition de droit national contraire, la cour d'appel a retenu à bon droit, au regard de l'article L. 3141-3 du code du travail, que le salarié ne pouvait prétendre au paiement d'une indemnité compensatrice de congés payés au titre d'une période de suspension du contrat de travail ne relevant pas de l'article L. 3141-5 du code du travail ; que le moyen ne peut être accueilli ; (Soc., 13 mars 2013, pourvoi n° 11-22.285, Bull. 2013, V, n° 73).

Et nous avons retenu l'impossibilité de procéder à une interprétation conforme du code du travail avant d'écarter partiellement les dispositions légales qui faisaient obstacle à l'octroi de congés payés aux salariés malades :

6. *Il résulte de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne que la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, n'opère aucune distinction entre les travailleurs qui sont absents du travail en vertu d'un congé de maladie, pendant la période de référence, et ceux qui ont effectivement travaillé au cours de ladite période. Il s'ensuit que, s'agissant de travailleurs en congé maladie dûment prescrit, le droit au congé annuel payé conféré par cette directive à tous les travailleurs ne peut être subordonné par un Etat membre à l'obligation d'avoir effectivement travaillé pendant la période de référence établie par ledit Etat (CJUE, 20 janvier 2009, Schultz-Hoff, C- 350/06, point 41; CJUE 24 janvier 2012, Dominguez, C-282/10, point 20).*

7. *La Cour de Justice de l'Union européenne juge qu'il incombe à la juridiction nationale de vérifier, en prenant en considération l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, si elle peut parvenir à une interprétation de ce droit permettant de garantir la pleine effectivité de l'article 7 de la directive 2003/88/CE et d'aboutir à une solution conforme à la finalité poursuivie par celle-ci (CJUE, 24 janvier 2012, Dominguez, C-282/10).*

8. *Aux termes de l'article L. 3141-3 du code du travail, le salarié a droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif chez le même employeur.*

9. *Selon l'article L. 3141-5 du code du travail, sont considérées comme périodes de travail effectif pour la détermination de la durée du congé, les périodes, dans la limite d'une durée ininterrompue d'un an, pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle.*

10. *Il résulte des dispositions combinées des articles L. 3141-1 et L. 3141-5 du code du travail que les périodes pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle, ne permettent pas d'acquérir des droits à congés payés au-delà d'une durée ininterrompue d'un an.*

11. **Le moyen, qui propose une interprétation de la loi, à la lumière de la directive 2003/88/CE, contraire aux termes des articles L. 3141-1 et L. 3141-5 du code du travail, n'est pas fondé** (Soc., 13 septembre 2023, pourvoi n° 22-17.638, B+R).

Notons que, si, avec la loi du 22 avril 2024, le législateur a procédé, à la suite de nos arrêts du 13 septembre 2023 (Soc., 13 septembre 2023, pourvoi n° 22-17.340 et 22-17.344, FP-B+R ; Soc., 13 septembre 2023, pourvoi n° 22-17.638, FP-B+R), à une mise en conformité du droit aux congés payés avec le droit de l'Union européenne, il n'est intervenu que sur la question des droits à congé des salariés en situation d'arrêt de travail pour cause de maladie et pas sur la question de la prise en compte des congés payés dans le calcul des heures supplémentaires.

En droit interne, le droit des heures supplémentaires repose sur la définition du temps de travail effectif. En effet, l'article L. 3121-28 CT définit les heures supplémentaires comme les heures accomplies au-delà de la durée légale de travail. Or, aux termes de l'article 3121-27 du code du travail, « *la durée légale de travail effectif des salariés à temps complet est fixée à trente-cinq heures par semaine* ». La durée légale correspond donc à du temps de travail effectif, lequel est défini par l'article L. 3121-1 du code du travail, comme « *le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles* ». La période de congé payé ne répond pas à cette définition.

Ainsi, pour intégrer la règle de calcul dégagée par la CJUE, il faut assimiler les périodes de congé à du temps de travail effectif étant précisé que le seul texte d'assimilation à du temps de travail effectif est expressément limité à la détermination de la durée du congé. La chambre devra donc se demander s'il est possible de procéder à une interprétation conforme au droit de l'Union et si un texte de droit interne permet une telle assimilation. Précisons qu'en l'espèce il n'est invoqué aucun texte conventionnel qui pourrait, indépendamment des dispositions légales, être le support d'une interprétation conforme comme ce fut le cas dans notre précédent du 15 septembre 2021 (Soc., 15 septembre 2021, pourvoi n° 20-16.010, B).

Comme pour la question des droits à congé payé des salariés malades, résolue par nos arrêts du 13 septembre 2023 et la loi du 22 avril 2024, la référence en droit interne au temps de travail effectif pose problème en ce qu'elle repose sur une notion extérieure aux raisonnements suivis par le droit de l'Union. Des tensions en résultent naturellement.

Nous pouvons également nous interroger sur les conséquences qui pourraient résulter de la modification de l'assiette des heures supplémentaires résultant d'une modification de l'interprétation donnée aux textes relatifs au temps de travail effectif, par exemple sur la définition du contingent des repos compensateurs telle qu'elle est prévue par l'article L. 3121-30 du code du travail.

Malgré l'opinion de certains auteurs, comme M. Morand (voir ci-dessus), on peut se demander s'il y a effectivement un chemin pour une interprétation conforme de l'article L. 3121-28 du code du travail qui ne serait pas une interprétation *contra legem*.

Il faut toutefois relever que, si l'article 7 de la directive ouvre le droit à un congé payé, la rémunération de cette période de congé n'est pas définie par le temps de travail effectif, la Cour de justice ayant adopté une approche pragmatique de nature à assurer au salarié le maintien de sa rémunération ordinaire, celle qu'il aurait perçue s'il avait travaillé.

Dès lors, nous pourrions vérifier si, dans notre droit interne, les textes relatifs à la détermination de l'indemnité de congé payé ne se prêteraient pas plus aisément à une interprétation conforme au droit de l'Union.

Or l'article L. 3141-24 II du code du travail énonce : « *Toutefois, l'indemnité prévue au I du présent article ne peut être inférieure au montant de la rémunération qui aurait été perçue pendant la période de congé si le salarié avait continué à travailler* ».

Et l'article L. 3141-25 al. 1^{er} du code du travail ajoute : « *Pour la fixation de l'indemnité de congé, il est tenu compte des avantages accessoires et des prestations en nature dont le salarié ne continuerait pas à jouir pendant la durée de son congé* ».

Ces textes posent le principe du maintien de la rémunération, au sens large du terme, du salarié pendant la période de congé et de ce que ce dernier ne doit pas dégrader la situation du travailleur. Ces dispositions légales sont très proches des formules dégagées par la CJUE pour assurer le maintien de la rémunération ordinaire du salarié pendant le congé payé annuel.

Enfin, à défaut de possibilité d'interprétation du droit interne en conformité avec le droit de l'Union, il appartiendrait à notre chambre de mettre en œuvre l'effet direct d'éviction résultant de l'article 31 § 2 de la charte des droits fondamentaux, ainsi que nous l'avons déjà fait dans nos arrêts du 13 septembre 2023.

L'employeur, dans son mémoire en défense au pourvoi ne conteste pas la mise en œuvre en droit interne de la formule dégagée par l'arrêt de la CJUE du 13 janvier 2022. Il soutient en revanche, que, dans les circonstances de l'espèce, la cour d'appel a fait une exacte application de la loi et que le moyen est voué à l'échec.

Dans ses conclusions l'employeur soutenait d'abord que la convention de forfait en heures conclue entre les parties était une convention de forfait de droit commun ne relevant pas de la modalité 2 de la convention collective Syntec. Il soutenait subsidiairement que les heures supplémentaires accomplies entre 35 et 38h30 avaient déjà été rémunérées, peu important qu'il ait réalisé 35, 36, 37 ou 38 heures hebdomadaires. Enfin, l'employeur a soutenu de façon très subsidiaire que le salarié ne prouvait pas avoir accompli les heures supplémentaires dont il demandait le paiement. Il soulignait à cet égard que la durée de 38h30 n'était pas contractualisée, seul le paiement d'une rémunération correspondante ayant été prévue par le forfait.

Dans un premier temps la cour d'appel a retenu que la convention conclue entre les parties ne constituait pas une convention de forfait de droit commun et relevait bien de la modalité 2 de la convention collective Syntec. La cour d'appel a ensuite retenu que la convention individuelle n'entrait pas dans les prévisions de la convention collective, la condition d'éligibilité n'étant pas remplie et en déduit que la convention individuelle était inopposable au salarié. Dès lors, les heures supplémentaires devaient être calculées sur la semaine en application de l'article L. 3121-29 du code du travail.

La cour d'appel a également retenu que la rémunération contractuelle était fixée sur la base d'une durée hebdomadaire de 35 heures, les RTT allouées dans le cadre du forfait invalidé, venant compenser les heures supplémentaires exécutées au-delà de la durée légale.

Il appartenait dès lors à la cour d'appel de reprendre le compte entre les parties sur la base d'un décompte hebdomadaire du travail sans RTT puisque le forfait les allouant était invalidé.

L'employeur soutenait également que les jours d'absence, au nombre desquels se trouvent les congés payés, ne pouvaient pas être pris en compte pour le calcul des heures supplémentaires. Il a proposé un décompte qui a finalement été adopté par la cour d'appel :

« Par exemple en effet, à supposer, comme les salariés l'affirment, que leur durée du travail était invariablement de 38,5 heures chaque semaine (ce que la société conteste toujours), cela signifie que les semaines où ils étaient absents, ne serait-ce qu'un jour (pour maladie, pour CP, pour RTT ou du fait d'un jour férié, soit l'équivalent de 7 heures de travail a minima), leur durée du travail ne dépassait pas sur la semaine 31h30. (...) Aucune heure supplémentaire ne pouvait donc être générée sur les semaines durant lesquelles des absences étaient constatées.

En effet, par principe, pour déterminer l'ouverture et le nombre d'heures supplémentaires, ne sont prises en compte que les heures de travail effectif (art L.3121-28 du Code du travail).

Les périodes d'absence (congés payés, JRTT, arrêts de travail, congés maternité ...) ne sont pas du temps de travail effectif pour le calcul des heures supplémentaires.

Malgré la clarté des arrêts de cassation des 20 février et 13 mars 2019, le salarié persiste à ne pas déduire du montant de ses demandes les semaines au cours desquelles il n'a pu effectivement travailler plus de 31h30 en raison de ses absences.

Il sera donc exposé en détail pourquoi ces absences ne sauraient être considérées comme du travail effectif et permettre la reconnaissance d'heures supplémentaires :

Concernant les congés payés :

D'une part, les chiffrages présentés par le salarié sont en contradiction totale avec la jurisprudence de cassation qui retient que « les jours fériés ou de congés payés, en l'absence de dispositions légales ou conventionnelles, ne peuvent être assimilés à du travail effectif » (Cass. soc., 22 juin 2011, n° 10-12.920 ; Cass. soc., 4 avril 2012, n° 10-10.701).

Ainsi, « ayant exactement retenu que les jours fériés ou de congés payés, en l'absence de disposition légales ou conventionnelles, ne peuvent être assimilés à du temps de travail effectif, la cour d'appel a pu, sans encourir les griefs du moyen, en l'absence d'un usage contraire en vigueur dans l'entreprise, décider que les jours fériés chômés et de congés payés ne pouvaient être pris en compte dans la détermination de l'assiette de calcul des droits à majoration et bonification en repos pour heures supplémentaires » (Cass. soc., 1er décembre 2004, n° 02-21.304 ; Cass. soc., 20 janvier 2010, n° 08-42.821).

D'autre part, dès lors que le salarié majore sa demande de rappel de salaire au titre des heures supplémentaires de 10% au titre des congés payés, il ne peut en plus refuser de neutraliser les périodes de congés payés qu'il a prises. Cette logique reviendrait en effet à payer deux fois les congés payés dans le cadre de ce dossier : - - Une première fois en accordant une indemnité de congés payés égale à 10% du rappel de salaire pour heures supplémentaires ;

Une seconde fois en estimant que des heures supplémentaires ont été effectuées durant ces jours de congés et en refusant de minorer les demandes du salarié du fait de ces absences.

(...)

En tout état de cause, le fait que le salarié ne prenne aucun compte de ses absences dans le calcul du quantum de sa demande et qu'il continue de solliciter

des rappels de salaires pour heures supplémentaires après que son temps de travail hebdomadaire ait été porté à 35 heures justifie une minoration de ce quantum, comme a pu le rappeler la Cour de cassation dans ses arrêts des 20 février et 13 mars 2019.

(...) ALTRAN TECHNOLOGIES produit en ce sens un contre-chiffrage impactant ces absences sur les demandes adverses.

(...)

Au soutien de ce contre chiffrage, ALTRAN TECHNOLOGIES produit le tableau des absences du salarié des années 2013 à 2015. (...)

Par ailleurs, le temps de travail des salariés d'Altran Technologies étant passé, au 1er janvier 2016, à 35 heures hebdomadaires, les rappels de salaire afférents à la période postérieure au 1er janvier 2016 sont invalidées dans le contre-chiffrage présenté par Altran Technologies .

En considération de ces absences, le rappel de salaire sollicité par le salarié ne pourra qu'être minoré à hauteur de (...). »

La cour d'appel a, dans un premier temps, énoncé :

« En revanche, les congés payés doivent être inclus dans le calcul du seuil de déclenchement des heures supplémentaires, au regard de l'interprétation qui doit être faite de l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88, lu à la lumière de l'article 31 paragraphe 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ».

Puis, elle a ajouté :

« l'absence du salarié au cours d'une seule journée de travail dans la semaine, sauf s'il d'agissait d'un jour de congés payés, avait pour effet que son temps de travail de la semaine ne dépassait pas 35 heures de sorte qu'il n'ouvrait pas droit à majoration pour heures supplémentaires ».

Le mémoire en défense s'appuie sur ces motifs pour soutenir que le moyen, pris en sa première branche est inopérant.

Cependant, pour fixer la créance du salarié, la cour d'appel a retenu le contre-chiffrage proposé par l'employeur, calcul dont les détails et les conditions de prise en compte des diverses absences ont été précisées ci-dessus :

« Le chiffrage proposé à titre infiniment subsidiaire par l'employeur, soit la somme de (...), correspond, selon le décompte produit, à la somme revendiquée par le salarié dont il déduit la somme de (...) brut correspondant à l'absence de majoration applicable en cas de semaine incomplète. (...)

Au vu des pièces produites par les deux parties, **il convient de retenir le contre-chiffrage de l'employeur comme exact**, d'infirmer le jugement entrepris et de condamner la société Altran Technologies Technologies à payer à (...) la somme de (...) à titre de rappel de salaire pour heures supplémentaires, laquelle est calculée déduction faite des sommes indûment perçues au titre des jours de RTT, la somme de (...) brut au titre des congés payés afférents ainsi que la somme (...) au titre de la prime de vacances afférente. »

Le mémoire en défense aux pourvois incidents soutient que « lorsque le salarié effectue, de manière régulière, des heures supplémentaires (comme les salariés soutenaient le faire en l'espèce), l'absence de prise en compte des congés payés pour

le calcul des heures supplémentaires n'a pas pour effet de dissuader la prise en congés payés, le salarié percevant, au titre des jours de congés payés, la même rémunération que celle qu'il aurait perçue s'il avait travaillé, heures supplémentaires incluses (grâce au mécanisme du dixième). »

Rappelons toutefois que, dans ses conclusions, l'employeur soutenait que si le salarié était bien payé sur une base forfaitaire de 38h30, il n'était pas démontré qu'il avait accompli les heures supplémentaires dont il demandait le paiement. Or, la cour d'appel a retenu que la rémunération contractuelle était versée sur la base de 35 heures, de sorte qu'aucune heure supplémentaire récurrente n'était prise en compte dans cette rémunération.

Par ailleurs le mémoire en défense aux pourvois incidents soutient qu' « en réclamant, d'une part, l'assimilation des jours de congés payés pris à du temps de travail effectif pour le calcul du rappel de salaire dû au titre des heures supplémentaires prétendument accomplies, ainsi que le paiement d'une indemnité de congés payés égale à 10 % de ce rappel de salaire, les salariés réclamaient bien une double indemnisation au titre des congés payés. Dès lors que l'indemnité de congés payés est égale au dixième de la rémunération versée au salarié au cours de la période de référence, en ce inclus la rémunération des heures supplémentaires récurrentes et des majorations de salaire applicables à ces heures supplémentaires, le salarié perçoit, au titre des semaines pendant lesquelles il prend un ou plusieurs jours de congés payés, la même rémunération que celle qu'il percevrait s'il travaillait. »

La jurisprudence de notre chambre écarte effectivement l'octroi d'une indemnité de congé payé, lorsque l'élément de salaire concerné est payé pour toute l'année, période de congé payé inclus, de sorte que l'inclure dans l'assiette de congé payé reviendrait à une double indemnisation des congés (Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 09-71.056, Bull. n° 152). Autrement dit « l'indemnité de congé payé n'est pas susceptible d'être cumulée, pour la même période, avec une rémunération qu'elle est destinée à compenser » (Soc., 4 nov. 1971, n° 71-40.033 ; Soc., 4 avr. 1990, n° 87-43.703).

Toutefois, aucun motif de la cour d'appel ne porte sur cette question de la double indemnisation. On peut d'ailleurs se demander quelle serait l'emprise exacte d'une telle double indemnisation invoquée par le mémoire en défense en l'absence de constatations de fait sur ce point.

En effet, le salarié a certes demandé que l'intégralité de sa créance au titre des heures supplémentaires soit majorée de 10 % au titre des congés payés afférents, puisque du fait de la rupture du contrat de travail la règle du maintien de salaire ne pouvait plus être appliquée. Mais, seules les semaines où des jours de congés payés ont été pris sont susceptibles d'être concernées par le moyen opposé par l'employeur.

De plus, nous pouvons nous demander si cette majoration de 10 % des rappels de salaire pour heures supplémentaires au titre des congés payés opère un cumul de rémunération sur la même période et si, dans l'affirmative, elle conduit au rejet de la demande de majoration des heures supplémentaires accomplies pendant les congés payés à hauteur de 25 %, ou bien si le salarié peut prétendre à la plus favorable des deux par application des articles L. 3121-22 et L. 3121-24 du code du travail successivement applicables au litiges.

Dès lors, le moyen avancé par l'employeur pourrait, s'il était fondé, s'opposer à ce que la règle des 10 % puisse s'ajouter aux majorations de 25 % des heures supplémentaires dues en application de la règle de calcul dégagée par la CJUE. Mais la question se pose de savoir cette majoration de 10 % pourrait justifier l'exclusion de ces majorations de 25 %, sauf à démontrer leur caractère plus favorable. Notons que les conclusions de l'employeur ne comportent aucune offre de preuve sur ce point.

Notre chambre devra donc s'interroger s'il est possible ou non de procéder à une interprétation conforme des articles L. 3121-1 et L. 3121-8 ou des articles L. 3141-24 et L. 3141-25 du code du travail à la de sorte que le salarié pourrait prétendre à la prise en compte des périodes de congés pour la détermination de la rémunération due au titre des majorations pour heures supplémentaires.

Le moyen tiré de l'article L. 3141-22, II, du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 10 août 2016, et L. 3141-24, II, du code du travail, dans sa rédaction issue de cette loi, interprétés à la lumière des articles 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail et de l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, pourrait être relevé d'office afin de permettre, ainsi que le juge la CJUE, d'intégrer les périodes de congés payés dans le calcul des heures supplémentaires. Les parties sont invitées, conformément à l'article 1015 code de procédure civile, à présenter leurs observations dans le délai d'un mois suivant la mise en ligne du présent rapport.

Dans la mesure où la cour d'appel, dans une partie de ses motifs, a entendu faire application de l'article 7 de la directive de 2003 et de l'article 31 § 2 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le moyen relevé d'office pourrait venir au soutien d'un rejet, dans l'hypothèse où la chambre jugerait que la cour d'appel a fait une bonne application de la règle.

Il pourrait aussi venir au soutien d'une cassation dans l'hypothèse où la chambre estimerait que la cour d'appel n'a pas correctement fait application de la règle de droit résultant d'une interprétation conforme des articles L. 3121-22 et L. 3121-24 du code du travail applicables successivement aux faits de l'espèce.