



INFORMATION relative à l'avis de l'avocat général

Dans les pourvois et requêtes dont est saisie la Cour de cassation, l'avocat général rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la Cour sur la portée de la décision à intervenir.

N° R2419545	
Décision attaquée : 2 juillet 2024 de la cour d'appel de Nîmes	

La société PSI Grand Sud C/ Mme [Q] [L]	
Renaud Halem, avocat général référendaire	AVIS de l'avocat général

Les absences pour cause de maladie d'un salarié soumis à un dispositif de modulation annuelle du temps de travail doivent-elles être prises en compte, le cas échéant sur la base de quelle durée de travail selon les périodes haute ou basse de celle-ci, dans le seuil de déclenchement des heures supplémentaires ?

Cette question, soulevée par le premier des deux moyens du pourvoi par le biais de griefs tirés du caractère inintelligible de la motivation de l'arrêt attaqué (première branche [1](#)) et du manquement aux règles d'interprétation de l'accord d'entreprise du 18 décembre 2009 applicable en l'espèce (deuxième et troisième branches [2](#)), confirme que la comptabilisation des temps d'absence, notamment pour maladie, est l'une des principales difficultés générées par la modulation du temps de travail. Elle a en effet obligé la Cour de cassation à intervenir à plusieurs reprises depuis près de vingt ans afin de maintenir un délicat équilibre entre la protection de la rémunération du salarié absent et l'égalité de traitement au sein de la collectivité des salariés.

La référence à une durée de travail fixe, telle que la durée hebdomadaire moyenne de trente-cinq heures, pour l'ensemble de la période de référence afin d'apprécier le droit aux heures supplémentaires, rend en effet cet objectif difficile à atteindre dans la mesure où la modulation permet au contraire de fortes fluctuations de cette durée dans un cadre pluri-hebdomadaire. Si un décompte réaliste sur la base de l'horaire devant être effectué en période de haute activité protégerait, sinon avantagerait, le salarié malade par rapport à un

calcul lissé sur la base forfaitaire de trente-cinq heures hebdomadaires, ce dernier constituerait au contraire en période de basse activité une protection voire un régime plus favorable que la première méthode par rapport aux autres salariés.

En l'absence de système garantissant à la fois une protection parfaite des intérêts du salarié malade et l'équité entre tous les salariés dans l'accès aux heures supplémentaires quelle que soit la phase de la modulation concernée, le présent pourvoi donne ainsi à la chambre sociale de la Cour de cassation l'opportunité de réexaminer, dans les limites de la formulation restreinte du moyen ³, l'adéquation à cet objectif des méthodes de décompte élaborées par celle-ci depuis 2007.

En l'espèce, une salariée engagée le 28 juin 2014 par une société de sécurité sous le régime de la modulation annuelle du temps de travail a saisi la juridiction prud'homale le 9 août 2018 afin d'obtenir notamment le paiement d'un rappel d'heures supplémentaires, calculé en réduisant leur seuil de déclenchement de ses temps d'absence.

Un jugement du conseil de prud'hommes de Nîmes du 21 janvier 2020 ayant rejeté cette demande, la cour d'appel du même siège a, par arrêt du 2 juillet 2024 rendu sur recours de la salariée, infirmé la décision et condamné l'employeur au paiement d'une somme au titre des heures supplémentaires, incluant ses périodes d'absence pour cause de maladie dans leur seuil de déclenchement.

L'employeur a formé un pourvoi en cassation le 29 août 2024 contre cet arrêt.

*

Le présent avis portera sur cette seule question de la prise en compte des absences dans le seuil de déclenchement des heures supplémentaires du salarié soumis à la modulation annuelle, qui a justifié le renvoi de l'affaire en formation de section, à l'exclusion de celle du bien-fondé d'une sanction disciplinaire infligée à la salariée objet du second moyen, lequel ne tend, sous couvert de griefs de défaut de base légale et de motifs contradictoires, qu'à remettre en cause l'interprétation souveraine des juges du fond. Ce dernier pourra donc faire l'objet d'un rejet non spécialement motivé tel que proposé au rapport.

DISCUSSION

Le développement de la modulation s'est accompagné d'un élargissement des conditions d'accès aux heures supplémentaires selon un double plafond annuel et hebdomadaire, les absences pour maladie ne pouvant donner lieu à récupération (1). La Cour de cassation a dès lors été conduite à adopter des modalités de valorisation et de décompte des absences du salarié pour maladie réduisant les risques de perte de rémunération de celui-ci au cours de la période de référence (2). Dans ce contexte, un décompte des heures d'absence "au réel" pourrait être de nature à éviter au salarié malade tout risque de non-paiement des heures supplémentaires, sans nuire à l'équité entre les salariés (3). Le libellé du moyen, limité à la contestation du principe de la prise en compte des absences pour maladie dans le seuil de déclenchement des heures supplémentaires, invite à retenir à cette fin l'option d'un rejet pur et simple, au moyen d'un considérant de principe pédagogique (4).

1. Le développement de la modulation s'est accompagné d'un élargissement des conditions d'accès aux heures supplémentaires selon un double plafond annuel et

hebdomadaire (1.1. à 1.4), les absences pour maladie ne pouvant donner lieu à récupération (1.5).

1.1. Afin d'adapter la répartition de la durée légale hebdomadaire de travail aux variations de l'activité économique, l'ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 a créé la modulation du temps de travail qui consiste, par convention ou accord collectif, à faire varier cette durée sur tout ou partie de l'année de manière à ce que les semaines de haute activité soient compensées par des semaines de moindre activité, les heures supplémentaires effectuées en période dite "haute" étant neutralisées par les périodes non travaillées en période dite "basse".

Sous l'empire de la modulation dite de "type I" issue de cette ordonnance, l'ancien article L. 212-8 du code du travail permettait ainsi à la durée hebdomadaire du travail de varier à condition que sur un an celle-ci n'excède pas en moyenne la durée légale de trente-neuf heures par semaine. Constituaient alors des heures supplémentaires donnant lieu à majoration de salaire et à repos compensateur les heures de travail effectuées au-delà de la durée légale du travail, seules celles réalisées au-delà de la durée moyenne précitée s'imputant sur le contingent légal d'heures supplémentaires [4](#).

Selon la même démarche de flexibilité, la modulation dite de "type II" instaurée par la loi n° 87-423 du 19 juin 1987 a donné la possibilité à la convention ou l'accord de modulation de prévoir que les heures effectuées au-delà de la durée légale de travail, mais dans la limite fixée par ceux-ci, perdent leur caractère d'heures supplémentaires, seules celles réalisées au-delà de cette limite étant des heures supplémentaires [5](#). Ces dernières étaient en toute hypothèse rémunérées de manière majorée en cas de dépassement de la durée de trente-neuf heures en moyenne par semaine travaillée [6](#).

Enfin, la modulation dite de "type III" ou "annualisation" mise en place par la loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 a parachevé cette première évolution en prévoyant que seules les heures effectuées, en moyenne, par semaine travaillée, au-delà de la durée prévue par la convention ou l'accord de modulation, ouvrent droit à une majoration de salaire ou à un repos compensateur, cette modulation étant en outre subordonnée à une réduction de la durée du travail en-deçà de trente-neuf heures par semaine [7](#).

1.2. La Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 dite "Aubry II" a simplifié le recours à la modulation, désormais détachée de toute réduction de l'horaire de travail pratiqué dans l'entreprise, en instaurant un double plafond de durée moyenne de travail de trente-cinq heures par semaine en moyenne et de 1600 heures sur l'année [8](#).

Constituaient alors des heures supplémentaires celles effectuées au-delà, d'une part, de la durée maximale hebdomadaire fixée par la convention ou l'accord (limite haute hebdomadaire) ou, d'autre part, de la limite annuelle de 1600 heures ou du plafond inférieur retenu par l'accord de modulation (limite annuelle). Les heures effectuées entre la durée légale de trente-cinq heures et la limite haute hebdomadaire n'étaient pas considérées comme des heures supplémentaires [9](#).

1.3. Unifiant l'ensemble des régimes antérieurs d'aménagement de la durée légale du travail sur une période supérieure à une semaine [10](#), la loi n° 2008-780 du 20 août 2008 a repris le même principe du double plafond, en prévoyant, à l'article L. 3122-4 du code du travail, que constituent des heures supplémentaires, d'une part, les heures effectuées au-delà de 1 607 heures annuelles ou de la limite annuelle inférieure fixée par l'accord, et,

d'autre part, celles effectuées au-delà de la moyenne de trente-cinq heures calculée sur la période de référence fixée par l'accord ou par le décret [11](#).

1.4. La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 a encore élargi la possibilité du recours à la modulation, en prévoyant notamment la possibilité d'une période de référence allant jusqu'à trois ans et d'une limite supra-annuelle.

Constituent depuis lors des heures supplémentaires, en vertu de l'article L. 3121-41 du code du travail [12](#), d'une part, si la période de référence est annuelle, les heures effectuées au delà de 1 607 heures, et, d'autre part, si la période de référence est inférieure ou supérieure à un an, celles effectuées au delà d'une durée hebdomadaire moyenne de trente-cinq heures calculée sur la période de référence.

Si l'accord peut prévoir comme auparavant, pour le décompte des heures supplémentaires, une limite annuelle inférieure à 1 607 heures, le choix d'une période de référence supérieure à un an, indépassable pour le décompte de telles heures [13](#), impose à l'accord de prévoir en sus une limite hebdomadaire, supérieure à trente-cinq heures, au-delà de laquelle les heures de travail effectuées sont considérées comme des heures supplémentaires et dont la rémunération est payée avec le salaire du mois considéré [14](#).

1.5. Il peut en outre être noté que depuis la loi "Aubry II", le code du travail se borne à renvoyer à l'accord pour fixer les conditions de prise en compte et de rémunération des périodes de la modulation pendant lesquelles les salariés ont été absents [15](#).

La seule règle légale constante depuis cette loi est l'interdiction de récupération des heures d'absence [16](#) justifiées par l'incapacité résultant de maladie ou d'accident, le code du travail mentionnant à l'inverse que les absences récupérables devaient être décomptées en fonction de la durée de travail que le salarié devait accomplir. Il en résulte concrètement, ainsi que le rappelle la circulaire d'application de ladite loi, que le salarié ne peut accomplir, à la suite d'une telle absence, un temps de travail non rémunéré totalement ou partiellement [17](#).

Si la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 précitée a supprimé la mention explicite de cette interdiction, la récupération demeure cantonnée à des cas strictement énumérés, parmi lesquels ne figure pas l'absence pour cause de maladie [18](#), prohibition strictement suivie en jurisprudence [19](#).

Cependant, il est intéressant de souligner que peu après l'adoption de cette même loi de 2008, les dispositions réglementaires prises afin de mettre en œuvre les nouvelles dispositions légales définissant les heures supplémentaires mentionnent qu'" *En cas d'absence rémunérée, le temps non travaillé n'est pas récupérable et est valorisé sur la base du temps qui aurait été travaillé si le salarié avait été présent, heures supplémentaires comprises* " [20](#).

2. La Cour de cassation a donc été conduite à adopter des modalités de valorisation (2.1) et de décompte (2.2) des absences du salarié pour maladie réduisant les risques de perte de rémunération de celui-ci au cours de la période de référence.

2.1. S'agissant de la valorisation, c'est-à-dire du calcul du montant de la rémunération ou de l'indemnisation due au salarié en raison des absences non récupérables, la chambre

sociale de la Cour de cassation a dans un premier temps retenu une méthode "forfaitaire", jugeant que l'horaire à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité revenant au salarié, en cas d'absence justifiée par un accident du travail, est l'horaire moyen prévu par l'accord de modulation, que l'absence du salarié ait correspondu à une période de forte activité ou une période de faible activité ²¹.

Elle a toutefois abandonné cette solution pour régulariser en fin d'année la rémunération du salarié absent pour maladie, indépendante des heures réellement effectuées chaque mois, la prise en compte de la durée hebdomadaire moyenne de la modulation constituant pour la période de haute activité, malgré son caractère apparemment neutre, une mesure discriminatoire indirecte en raison de l'état de santé du salarié ²².

Cette dernière méthode dite "au réel" a été plus récemment confirmée, la Cour de cassation précisant qu'il convient, "*pour chacun des mois au cours desquels le salarié avait été en situation d'absence pour maladie, de rechercher l'horaire de travail au sein du service auquel il avait été affecté et de déterminer la retenue sur salaire à ce titre en multipliant la rémunération horaire par le nombre d'heures de travail qu'il aurait réellement dû effectuer durant ces absences*", et non de se fonder sur l'horaire moyen sur la base duquel était établie la rémunération mensuelle ²³.

2.2. S'agissant du décompte, c'est-à-dire de la comptabilisation des absences non récupérables dans le seuil de déclenchement des heures supplémentaires ouvrant droit à majoration et à contrepartie obligatoire en repos, seul en jeu dans le présent litige, la Cour de cassation a expressément admis, dans un arrêt de principe du 13 juillet 2010, que "*sauf dispositions conventionnelles plus favorables, le seuil de déclenchement des heures supplémentaires applicable en cas de modulation annuelle du travail doit, lorsque le salarié est absent pour maladie en cours de période haute, être réduit de la durée de cette absence, évaluée sur la base de la durée hebdomadaire moyenne de modulation applicable dans l'entreprise*".

Précisant la méthode de calcul à retenir, elle ajoute qu'il appartient au juge du fond " (...) après avoir vérifié que les absences pour maladie se situaient bien en période de haute activité, de comparer le nombre d'heures effectivement accomplies par le salarié pendant l'année au seuil de déclenchement des heures supplémentaires tel que déterminé ci-dessus " ²⁴.

2.2.1. En d'autres termes, la méthode de calcul ainsi adoptée peut être résumée en quatre grandes étapes successives :

- 1) l'évaluation de la durée de l'absence du salarié à partir de la durée hebdomadaire moyenne applicable dans l'entreprise ;
- 2) la détermination d'un seuil de déclenchement des heures supplémentaires spécifique au salarié absent, obtenu par la différence entre le seuil de déclenchement des heures supplémentaires applicable dans l'entreprise (1607 heures ou moins si l'accord le prévoit) et la durée d'absence du salarié précédemment évaluée ;
- 3) le décompte du nombre d'heures travaillées par le salarié absent, obtenu par la différence entre le nombre d'heures travaillées par les salariés présents toute l'année et le nombre d'heures d'absence réel du salarié ;

- 4) le calcul du nombre d'heures supplémentaires dues au salarié absent, obtenu par la différence entre le nombre d'heures travaillées par le salarié absent et le seuil de déclenchement des heures supplémentaires spécifique à celui-ci.

Un exemple chiffré clarifiera la mise en œuvre de la méthode [25](#).

Une entreprise est soumise à la modulation du temps de travail sur une période annuelle, caractérisée par des semaines basses de 28 heures et des semaines hautes de 42 heures, avec un seuil de déclenchement des heures supplémentaires de 1607 heures annuelles. Les salariés présents toute l'année ont travaillé 1 637 heures, de sorte qu'ils ont droit, par application de ce dernier seuil, à 30 heures supplémentaires (1637 h - 1607 h). Un salarié est absent pour cause de maladie pendant deux semaines situées en période haute de 42 heures, soit pendant une durée réelle de 84 heures (42 h x 2).

Le calcul des heures supplémentaires dues à ce dernier s'effectuera dès lors de la manière suivante :

- 1) durée d'absence, évaluée sur la base de la durée hebdomadaire moyenne de modulation : 35 heures x 2 semaines = 70 heures ;
- 2) seuil de déclenchement des heures supplémentaires spécifique au salarié absent: 1607 heures - 70 heures = 1537 heures ;
- 3) nombre d'heures travaillées par le salarié absent : 1637 heures - 84 heures = 1553 heures ;
- 4) nombre d'heures supplémentaires à régler au salarié absent : 1553 heures - 1537 heures = 16 heures supplémentaires .

2.2.2. Certains commentateurs de l'arrêt ont observé que la solution pourrait rencontrer plusieurs limites.

D'abord, la difficulté de faire coexister une méthode (réaliste) pour apprécier la durée annuelle de travail et une autre (forfaitaire) pour définir le seuil de déclenchement des heures supplémentaires, susceptible de conduire au non-paiement de certaines de celles-ci [26](#). Ensuite, celle de transposer la méthode de calcul aux autres formes d'organisation du travail sur une base hebdomadaire [27](#). En outre, la persistance d'une forme de pénalisation du salarié malade absent en période haute de la modulation [28](#), élément toutefois contesté [29](#). Enfin et à l'inverse, un risque de favoriser le salarié absent pour maladie en période basse, par rapport à ses autres collègues restés en poste.

Concernant ce dernier point, qui paraît le plus probant, un auteur avance l'exemple suivant :

" En revanche, cette solution n'est pas transposable aux absences en période de basse activité comme l'a remarqué Michel Morand. Un dernier exemple le démontrera. Un salarié tombe malade au cours d'une période de basse activité : 24 heures. Dans l'année, ont été effectuées 1 650 heures, soit 43 heures supplémentaires . Si pour ce salarié, le seuil de déclenchement est fixé à 1 572 heures (1607 h - 35h) et qu'il a effectué 1 626 heures (1650 h - 24 h), il aurait droit à 54 heures supplémentaires (1626 h - 1572), soit plus que ceux qui n'ont pas été absents .

La solution retenue par la Cour de cassation est adaptée pour les absences au cours de périodes de haute activité ; elle ne peut être transposée aux absences au cours de périodes de basse activité . Dans ce cas, l'absence n'a aucune incidence sur les heures supplémentaires ” [30](#).

3. Dans ce contexte, un décompte des heures d'absence “au réel” (3.1) pourrait être de nature à éviter tout risque de non-paiement des heures supplémentaires du salarié absent pour maladie, sans nuire à l'équité entre les salariés (3.2).

3.1. En effet, les limites du mécanisme élaboré en 2010, qui peut tendre soit à pénaliser à la marge le salarié malade lorsqu'il est absent en période haute de la modulation soit au contraire à l'avantager lorsque son absence intervient en période basse, tiennent pour l'essentiel à l'application d'une méthode forfaitaire pour évaluer la durée de cette absence (généralement sur la base d'une moyenne de trente-cinq heures hebdomadaires) alors que le nombre d'heures travaillées par l'intéressé, qui permet de calculer *in fine* le nombre d'heures supplémentaires qui lui est dû, est au contraire déterminé à partir de la durée réelle d'absence.

Dans la mesure où aucune méthode de calcul ne semble permettre de refléter parfaitement le temps réel d'absence du salarié malade sans créer d'écart à la hausse ou à la baisse vis-à-vis des salariés présents sur l'ensemble de la période de référence pour le décompte des heures supplémentaires, la neutralisation du temps d'absence, préconisée par certains auteurs, pourrait être de nature à réduire les biais identifiés quelle que soit la période d'activité en cause. Concrètement, cette approche consisterait à retenir, au stade de la première étape du calcul, le nombre d'heures de travail que le salarié aurait effectué s'il avait été présent, plutôt que la durée hebdomadaire moyenne de modulation. Elle instaurerait une base unique d'appréciation aussi bien pour le décompte que la valorisation des heures supplémentaires, applicable quelle que soit l'organisation du travail concernée, en préservant une certaine équité entre les salariés et sans bouleverser la dernière méthode de calcul retenue depuis 2010.

Comme l'a ainsi résumé un auteur : “ Selon nous, la seule méthode cohérente de comptabilisation ou d'évaluation du temps d'absence plusieurs fois approuvée par la Cour de cassation , notamment en ce qui concerne l'incidence sur la rémunération (Cass. soc., 11 févr. 1982, n° 80-40.359 : JurisData n° 1982-700302. - Cass. soc., 20 janv. 1999, n° 96-45.042 : JurisData n° 1999-000382) est de prendre en considération le temps de travail qu'aurait dû accomplir le salarié s'il avait travaillé pendant la période d'absence . Dans un système de modulation, cela aboutit à une situation uniforme qu'il s'agisse de calculer les incidences de l'absence rémunérée ou non sur la rémunération du salarié, ou de définir le temps restant à travailler dans le cadre d'un accord de modulation. (...)

Il nous semble que cette approche est la seule qui soit susceptible d'être compatible avec les différents systèmes d'organisation du temps de travail pour les salariés à temps complet, quel que soit le cadre hebdomadaire, pluri-hebdomadaire ou annuel. Il nous semble aussi que c'est la seule qui préserve l'équité entre les salariés . Admettre, comme l'a préconisé la Cour de cassation, que le salarié qui effectue 1 607 heures de travail effectif doit être traité, au plan des droits à heures supplémentaires, comme celui qui a effectué selon le cas 500, 1 000 ou 1 500 heures de travail effectif dans l'année du fait de la durée de son absence, nous paraît également critiquable, d'autant plus critiquable qu'il sera impossible de distinguer selon la nature de l'absence (congé sans solde, absence pour maladie ou accident du travail)” [31](#).

3.2. Trois exemples chiffrés, à partir de l'hypothèse susvisée d'une entreprise soumise à un temps modulé de 1607 heures annuelles, avec des semaines basses de 28 heures et des semaines hautes de 42 heures, dans laquelle les salariés présents ont travaillé 1637

heures (soit pendant 30 heures supplémentaires), confirmeront l'effet de neutralisation recherché.

3.2.1. Pour un salarié malade absent deux semaines en période haute ($42 \text{ h} \times 2 = 84 \text{ h}$), le décompte se présente de la manière suivante :

- 1) durée d'absence, évaluée sur la base du nombre d'heures de travail qu'aurait effectué le salarié s'il avait été présent : $42 \text{ heures} \times 2 = 84 \text{ heures}$;
- 2) seuil de déclenchement des heures supplémentaires spécifique au salarié absent:
 $1607 \text{ heures} - 84 \text{ heures} = 1523 \text{ heures}$;
- 3) nombre d'heures travaillées par le salarié absent : $1637 \text{ heures} - 84 \text{ heures} = 1553 \text{ heures}$;
- 4) nombre d'heures supplémentaires à régler au salarié absent : $1553 \text{ heures} - 1523 \text{ heures} = \underline{30 \text{ heures supplémentaires}}$ (contre 16 seulement dans le calcul sur une durée hebdomadaire moyenne de 35 h effectué au § 2.2.1.).

3.2.2. Pour un salarié malade absent deux semaines en période basse ($28 \text{ h} \times 2 = 56 \text{ h}$), le décompte se présente de la manière suivante :

- 1) durée d'absence, évaluée sur la base du nombre d'heures de travail qu'aurait effectué le salarié s'il avait été présent : $28 \text{ heures} \times 2 = 56 \text{ heures}$;
- 2) seuil de déclenchement des heures supplémentaires spécifique au salarié absent:
 $1607 \text{ heures} - 56 \text{ heures} = 1551 \text{ heures}$;
- 3) nombre d'heures travaillées par le salarié absent : $1637 \text{ heures} - 56 \text{ heures} = 1581 \text{ heures}$;
- 4) nombre d'heures supplémentaires à régler au salarié absent : $1581 \text{ heures} - 1551 \text{ heures} = \underline{30 \text{ heures supplémentaires}}$

3.2.3. Pour un salarié malade absent une semaine en période haute et une semaine en période basse ($42 \text{ h} + 28 \text{ h} = 70 \text{ h}$), le décompte se présente de la manière suivante :

- 1) durée d'absence, évaluée sur la base du nombre d'heures de travail qu'aurait effectué le salarié s'il avait été présent : $42 \text{ heures} + 28 \text{ heures} = 70 \text{ heures}$;
- 2) seuil de déclenchement des heures supplémentaires spécifique au salarié absent:
 $1607 \text{ heures} - 70 \text{ heures} = 1537 \text{ heures}$;
- 3) nombre d'heures travaillées par le salarié absent : $1637 \text{ heures} - 70 \text{ heures} = 1567 \text{ heures}$;
- 4) nombre d'heures supplémentaires à régler au salarié absent : $1567 \text{ heures} - 1537 \text{ heures} = \underline{30 \text{ heures supplémentaires}}$

Dans les trois cas, le salarié obtiendra 30 heures supplémentaires, ce quelle que soit la phase de la modulation concernée, ce qui correspond par ailleurs au nombre d'heures versé aux salariés ayant travaillé sur toute la période de référence. Certaines conventions collectives ont retenu une telle solution [32](#).

4. Le libellé du moyen, limité à la contestation du principe de la prise en compte des absences pour maladie dans le seuil de déclenchement des heures supplémentaires (4.1), invite à retenir à cette fin l'option d'un rejet pur et simple, au moyen d'un considérant de principe pédagogique (4.2).

4.1. Il fait assez peu de doute depuis l'arrêt du 13 juillet 2010 précité que les absences pour cause de maladie, qui présentent par ailleurs un caractère non récupérable de sorte qu'elles doivent bien être indemnisées, doivent être prises en compte dans le seuil de déclenchement des heures supplémentaires.

Cette prise en compte s'imposait d'autant plus en l'espèce que l'accord d'entreprise du 18 décembre 2009 litigieux se borne à définir une durée annuelle de travail de 1607 heures (article 4.3, a)), avec des variations horaires possibles de 0 à 48 heures de travail effectif (article 4.5), les heures supplémentaires étant définies par le dépassement de l'une de ces deux durées (article 4.10.1), sans aucune stipulation relative à l'incidence des absences pour cause de maladie sur le franchissement de ces seuils ainsi que le relève à juste titre l'employeur dans ses écritures [33](#).

La lecture combinée des motifs de l'arrêt attaqué visés par le moyen et des conclusions de la salariée devant la cour d'appel (p. 13 à 16) révèle que cette dernière a bien retranché les heures d'absence pour maladie de la salariée, pour les années 2017 et 2018, sur la base d'une durée moyenne de 35 heures calculée au prorata du temps d'absence (soit respectivement 93,33 et 1277,03 heures), du seuil de déclenchement des heures supplémentaires légal et conventionnel de 1607 heures (articles 4.3, a) et 4.10.1) applicable dans l'entreprise, afin de déterminer un seuil de déclenchement des heures supplémentaires spécifique à la salariée.

Cette démarche, qui correspond à la deuxième étape de la méthode de calcul établie par l'arrêt de 2010 précité, est dans son principe régulière. Il peut toutefois être noté que la juridiction n'a pas mis en œuvre l'ensemble des autres étapes du mécanisme, notamment - dès lors que le calcul de la durée d'absence sur la base de la durée hebdomadaire moyenne de modulation (étape 1) peut être inférée de la détermination du seuil de déclenchement des heures supplémentaires spécifique opérée sur cette même base (étape 2) - celles consistant à calculer le nombre d'heures travaillées par le salarié absent (étape 3) pour en déduire le nombre d'heures supplémentaires à régler au salarié absent (étape 4).

4.2. Dans ces conditions, deux séries de réponses au moyen seraient en théorie envisageables.

4.2.1. D'une part, une cassation de l'arrêt attaqué sur le fondement des deux dernières branches du premier moyen, motivée par le fait que la cour d'appel n'a pas scrupuleusement appliqué la méthode de prise en compte des heures d'absence pour maladie dans le seuil de déclenchement des heures supplémentaires issue de l'arrêt du 13 juillet 2010 précité.

Cette solution serait toutefois peu cohérente avec le libellé du moyen qui incrimine, dans ses trois branches, le seul principe de la prise en compte de telles absences dans le seuil de déclenchement des heures supplémentaires, qui s'impose pourtant en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation de 2010 jamais remise en cause.

En outre, une telle solution, difficile à formaliser, pourrait faire accroire aux juridictions du fond que la règle serait abandonnée et qu'il n'y aurait plus lieu de défalquer les heures d'absence pour maladie du seuil de déclenchement des heures supplémentaires.

4.2.2. D'autre part, un **rejet pur et simple** du pourvoi, sans possibilité de substitution de motifs relatifs à la méthode de calcul applicable, au regard du fait que la cour d'appel ne met en œuvre que deux des étapes de celle-ci sans évoquer même implicitement les autres, de sorte que le motif substitué ne saurait être considéré comme de pur droit au sens de l'article 620 du code de procédure civile.

En effet, s'agissant des griefs précis formulés par le moyen, la cour d'appel a à bon droit, dans le silence de l'accord, pris en compte pour les années 2017 et 2018 les heures d'absence comptabilisées par la salariée pour calculer un seuil de déclenchement des heures supplémentaires spécifique à la salariée. L'emploi maladroite par celle-ci, puis la cour d'appel, du terme "proratisation", issu d'une circulaire du ministère du travail du 14 avril 2003, ne saurait créer d'ambiguïté quant au sens des motifs retenus, la salariée se prévalant expressément dans ses conclusions d'appel de l'arrêt du 13 juillet 2010 précité et sollicitant la fixation d'un seuil de déclenchement spécifique ³⁴.

Dans ce contexte, les motifs retenus par la cour d'appel, qui énonce à deux reprises que les heures d'absence pour cause de maladie de la salariée "*doivent également venir en déduction du seuil de déclenchement des heures supplémentaires de 1607 heures*", ne souffrent aucune incertitude sur le sens de la solution retenue.

Ils ne peuvent donc être argués d'inintelligibilité au point de constituer un défaut de motifs dans les conditions de l'article 455 du code de procédure civile, contrairement à ce que soutient la première branche du premier moyen.

Par ailleurs, l'accord d'entreprise du 18 décembre 2009 applicable étant muet sur les modalités de prise en compte des absences pour cause de maladie de la salariée dans le seuil de déclenchement des heures supplémentaires, la cour d'appel avait bien vocation à procéder elle-même à cette prise en compte, en réduisant à due concurrence la durée annuelle de travail effectif de 1607 heures annuelles prévue par la loi et par l'accord (articles 4.3., a), alinéa 1^{er}, et 4.10.1).

Aucun manquement aux règles jurisprudentielles d'interprétation des conventions et accords collectifs n'est donc caractérisé, et partant aux stipulations de l'accord litigieux, taisant sur la règle en jeu, comme le soutiennent les deuxième et troisième branches du même moyen, qui n'incriminent par ailleurs - à tort - que le principe de la prise en compte de ces absences dans le seuil de déclenchement des heures supplémentaires des salariés soumis à la modulation.

Toutefois, le recours à un considérant de principe permettrait avantageusement de préciser la jurisprudence adoptée en 2010 à destination des juridictions du fond, lequel pourrait par exemple être libellé de la manière suivante :

" Sauf dispositions conventionnelles plus favorables, le seuil de déclenchement des heures supplémentaires applicable en cas de modulation annuelle de la durée du travail doit être réduit de la durée de cette absence, évaluée sur la base du nombre d'heures de travail que le salarié aurait réellement dû effectuer s'il n'avait pas été absent ".

PROPOSITION

- Rejet du premier moyen
- rejet non spécialement motivé du second moyen.

¹ La première branche du moyen, prise de l'existence de motifs inintelligibles valant défaut de motifs, se fonde sur la violation de l'article 455 du code de procédure civile.

² Les deuxième et troisième branches du moyen, prises d'une méconnaissance de la lettre de l'accord d'entreprise du 18 décembre 2009 litigieux, qui excluait la prise en compte des absences pour maladie des salariés dans le seuil de déclenchement des heures supplémentaires, se fondent sur la violation de cet accord.

³ On observera en effet plus tard dans l'analyse (voir *infra*, § 4.2) que les deux dernières branches du premier moyen critiquent le principe même de la prise en compte des absences pour maladie dans le seuil de déclenchement des heures supplémentaires, sans argumenter sur la méthode de décompte choisie par la cour d'appel pour procéder à cette inclusion.

⁴ Article L. 212-8 du code du travail, issu de l'ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 : "Sans préjudice des dispositions des articles L. 212-5 et du premier alinéa de l'article L. 212-5-1, la durée hebdomadaire du travail peut varier à condition que sur un an, cette durée n'excède pas en moyenne la durée légale fixée à l'article L. 212-1 [de trente-neuf heures par semaine] et que les conditions de sa modulation soient prévues par une convention ou un accord collectif étendu ou par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement. Dans ce cas, sauf dispositions conventionnelles différentes, seules les heures de travail effectuées au-delà de cette durée moyenne s'imputent sur le contingent prévu à l'article L. 212-6".

Pour l'article L. 212-5 du même code, issu de la même ordonnance, constituaient des heures supplémentaires celles effectuées au-delà de la durée hebdomadaire de travail de trente-neuf heures ou de celle considérée comme équivalente, indemnisées à 25 % pour les huit premières et à 50 % ensuite. L'article L. 212-8 précité n'ayant pas modifié la définition des heures supplémentaires posée par cet article (dont l'application est d'ailleurs préservée par la lettre même de ce dernier texte) en cas de recours à la modulation, il s'en déduit que le critère du dépassement de la durée légale s'applique pour le décompte des heures supplémentaires, celui du dépassement de la moyenne hebdomadaire s'appliquant uniquement à leur imputation sur le contingent annuel d'heures supplémentaires de l'article L. 212-6 du code du travail, pouvant être effectuées après information de l'inspecteur du travail.

⁵ Article L. 212-8, II, du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 87-423 du 19 juin 1987 : "II. - Les conventions ou accords mentionnés au paragraphe I peuvent en outre prévoir que, dans la limite de quarante-quatre heures par semaine, les heures effectuées au-delà de la durée légale ne donnent lieu ni aux majorations de salaire fixées par l'article L. 212-5, ni au repos compensateur rendu obligatoire par le premier alinéa de l'article L. 212-5-1. Il ne peut être dérogé à la limite de quarante-quatre heures que par convention ou accord collectif étendu".

Les conventions ou accords prévus à l'alinéa précédent doivent accorder une contrepartie aux salariés consistant en une réduction de la durée du travail effectif ou en toute autre contrepartie, notamment financière ou de temps de formation, laissée à l'appréciation des signataires de la convention ou de l'accord.

Les heures effectuées au-delà de la limite fixée par les conventions ou les accords sont des heures supplémentaires soumises aux dispositions des articles L. 212-5 et suivants".

⁶ Article L. 212-8-2, II, du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 87-423 du 19 juin 1987 : "II. - Lorsque la durée du travail constatée excède en moyenne sur un an trente-neuf heures par semaine travaillée, dans le cas des conventions ou accords mentionnés au paragraphe II de l'article L. 212-8, les heures effectuées au-delà de cette durée ouvrent droit à une majoration de salaire de 25 p. 100 ainsi que, le cas échéant, au repos compensateur de 20 p. 100 prévu au premier alinéa de l'article L. 212-5-1 et pris dans les conditions indiquées du troisième au dernier alinéa du même article. Elles sont rémunérées au plus tard à la fin de la période de douze mois définie par la convention ou l'accord.

En outre, ces heures ouvrent droit à un repos compensateur ou à toute autre contrepartie fixé par la convention ou l'accord, à moins que les heures effectuées au-delà de trente-neuf heures n'aient donné lieu, en application de cette convention ou de cet accord, aux majorations de salaire prévues à l'article L. 212-5 ou à une contrepartie en repos équivalente ”.

⁷ Article L. 212-2-1 du code du travail, alinéas 1 à 3, dans sa version issue de la loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 : “ *Dans la perspective du maintien ou du développement de l'emploi, les employeurs, les organisations d'employeurs et les organisations de salariés fixent les conditions d'une nouvelle organisation du travail résultant d'une répartition de la durée du travail sur tout ou partie de l'année , assortie notamment d'une réduction collective de la durée du travail, par convention ou accord collectif étendu ou par convention ou accord d'entreprise ou d'établissement .*

Ces conventions ou accords tiennent compte de la nature saisonnière de certaines activités et prévoient notamment le calendrier et les modalités de mise en oeuvre ; ils fixent également les garanties collectives et individuelles applicables aux salariés concernés.

Ils peuvent prévoir une répartition de la durée du travail sur tout ou partie de l'année, à condition que, sur la période retenue, cette durée n'excède pas, en moyenne, par semaine travaillée, la durée prévue par la convention ou l'accord. Les heures effectuées au-delà de cette moyenne ouvrent droit à une majoration de salaire ou à un repos compensateur calculés dans les conditions fixées aux six premiers alinéas de l'article L. 212-5. Cette durée moyenne est calculée conformément aux dispositions du I de l'article L. 212-8-2 ”.

⁸ Dans l'esprit du législateur, cette durée de 1600 heures correspond à un équivalent annuel moyen de trente-cinq heures, après prise en compte du repos hebdomadaire de deux jours par semaine, des semaines de congés payés et des onze jours fériés (voir l' exposé des motifs du projet de loi, article 3).

⁹ Article L. 212-8 , alinéa 1 à 4, du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 : “ *Une convention ou un accord collectif étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir que la durée hebdomadaire du travail peut varier sur tout ou partie de l'année à condition que, sur un an, cette durée n'excède pas en moyenne trente-cinq heures par semaine travaillée et, en tout état de cause, le plafond de 1 600 heures au cours de l'année. La durée moyenne est calculée sur la base de la durée légale ou de la durée conventionnelle hebdomadaire si elle est inférieure, diminuée des heures correspondant aux jours de congés légaux et aux jours fériés mentionnés à l'article L. 222-1. La convention ou l'accord doit préciser les données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation.*

Les conventions ou accords définis par le présent article doivent respecter les durées maximales quotidiennes et hebdomadaires définies par les deuxièmes alinéas des articles L. 212-1 et L. 212-7.

Les heures effectuées au-delà de la durée légale, dans les limites fixées par la convention ou l'accord, ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 212-5 et L. 212-5-1 et ne s'imputent pas sur les contingents annuels d'heures supplémentaires prévus à l'article L. 212-6 .

Constituent des heures supplémentaires soumises aux dispositions des articles L. 212-5, L. 212-5-1 et L. 212-6 les heures effectuées au-delà de la durée maximale hebdomadaire fixée par la convention ou l'accord, ainsi que, à l'exclusion de ces dernières, les heures effectuées au-delà de la durée moyenne annuelle calculée sur la base de la durée légale selon la règle définie au premier alinéa et, en tout état de cause, de 1 600 heures ”.

¹⁰ Cycles de travail de quelques semaines, modulation du temps de travail, jours de repos sur quatre semaines et attribution de jours de repos sur l'année.

¹¹ Article L. 3122-4 du code du travail, dans sa version issue de la n° 2008-789 du 20 août 2008 : “ *Lorsqu'un accord collectif organise une variation de la durée de travail hebdomadaire sur tout ou partie de l'année ou lorsqu'il est fait application de la possibilité de calculer la durée du travail sur une période de plusieurs semaines prévue par le décret mentionné à l'article L. 3122-2, constituent des heures supplémentaires, selon le cadre retenu par l'accord ou le décret pour leur décompte :*

1° Les heures effectuées au-delà de 1 607 heures annuelles ou de la limite annuelle inférieure fixée par l'accord , déduction faite, le cas échéant, des heures supplémentaires effectuées au-delà de la limite haute hebdomadaire éventuellement fixée par l'accord et déjà comptabilisées ;

2° Les heures effectuées au-delà de la moyenne de trente-cinq heures calculée sur la période de référence fixée par l'accord ou par le décret , déduction faite des heures supplémentaires effectuées au-delà de la limite haute hebdomadaire fixée, le cas échéant, par l'accord ou par le décret et déjà comptabilisées ”.

¹² Article L. 3121-41 du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016: “ Lorsqu'est mis en place un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période de référence supérieure à la semaine, les heures supplémentaires sont décomptées à l'issue de cette période de référence.

Cette période de référence ne peut dépasser trois ans en cas d'accord collectif et neuf semaines en cas de décision unilatérale de l'employeur.

Si la période de référence est annuelle, constituent des heures supplémentaires les heures effectuées au delà de 1 607 heures.

Si la période de référence est inférieure ou supérieure à un an, constituent des heures supplémentaires les heures effectuées au delà d'une durée hebdomadaire moyenne de trente-cinq heures calculée sur la période de référence ”.

¹³ Soc, 17 décembre 2014, n° 13-13.502, 13-13.503, 13-13.504 et 13-13.50.

¹⁴ Article L. 3121-44 , alinéas 3 à 5, du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 : “ *L'accord peut prévoir une limite annuelle inférieure à 1 607 heures pour le décompte des heures supplémentaires.*

Si la période de référence est supérieure à un an, l'accord prévoit une limite hebdomadaire, supérieure à trente-cinq heures, au delà de laquelle les heures de travail effectuées au cours d'une même semaine constituent en tout état de cause des heures supplémentaires dont la rémunération est payée avec le salaire du mois considéré . Si la période de référence est inférieure ou égale à un an, l'accord peut prévoir cette même limite hebdomadaire. Les heures supplémentaires résultant de l'application du présent alinéa n'entrent pas dans le décompte des heures travaillées opéré à l'issue de la période de référence mentionnée au 1° .

L'accord peut prévoir que la rémunération mensuelle des salariés est indépendante de l'horaire réel et détermine alors les conditions dans lesquelles cette rémunération est calculée, dans le respect de l'avant-dernier alinéa ”.

¹⁵ Voir l'article L. 212-8 , alinéa 9, 2^{ème} phrase, du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 : “ *La convention et l'accord définis par le présent article fixent les règles selon lesquelles est établi le programme indicatif de la modulation pour chacun des services ou ateliers concernés et organisent, le cas échéant, l'activité des salariés selon des calendriers individualisés. Dans ce cas, la convention ou l'accord doit préciser les conditions de changement des calendriers individualisés, les modalités selon lesquelles la durée du travail de chaque salarié sera décomptée ainsi que la prise en compte et les conditions de rémunération des périodes de la modulation pendant lesquelles les salariés ont été absents ”.*

Ce texte a été repris à l'article L. 3122-2 , alinéa 1^{er} , 3°, du même code, dans sa version issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, puis à l'article L. 3121-44 , alinéa 1^{er} , 3°, du même code, dans sa version issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, ces deux derniers articles évoquant la fixation par l'accord des “(...) conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et des départs en cours de période de référence ”.

¹⁶ La récupération d'heures d'absence perdues du fait de circonstances exceptionnelles consiste pour l'employeur à les faire exécuter, en compensation, au-delà de la durée légale, de sorte qu'elles sont

considérées comme des heures déplacées, déjà payées, et non comme des heures supplémentaires (voir en ce sens l'ancienne circulaire DRT n° 94-4 du 21 avril 1994). Elles ne sont donc pas rémunérées et n'ouvrent pas droit à paiement majoré ni à repos compensateur ; elles ne s'imputent pas sur le contingent d'heures supplémentaires. Il s'agit donc d'une dérogation à la durée légale hebdomadaire du travail.

¹⁷ Voir la circulaire relative à la réduction négociée du temps de travail du 3 mars 2000 , fiche n° 9, § 2-2 : "*Les absences rémunérées ou indemnisées, les congés et autorisations d'absence auxquels les salariés ont droit en application de stipulations conventionnelles, ainsi que les absences justifiées par l'incapacité résultant de maladie ou d'accident ne peuvent faire l'objet d'une récupération par le salarié . Le salarié ne peut donc accomplir de ce fait, suite à une absence non récupérable, un temps de travail non rémunéré totalement ou partiellement. Les absences donnant lieu à récupération doivent être décomptées en fonction de la durée de travail que le salarié devait effectuer le jour de son absence* ".

¹⁸ L'article L. 212-8 , alinéa 11, du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, mentionnait ainsi : "*Les absences rémunérées ou indemnisées, les congés et autorisations d'absence auxquels les salariés ont droit en application de stipulations conventionnelles, ainsi que les absences justifiées par l'incapacité résultant de maladie ou d'accident, ne peuvent faire l'objet d'une récupération par le salarié . Les absences donnant lieu à récupération doivent être décomptées en fonction de la durée de travail que le salarié devait effectuer* ". Cette disposition a été transférée à l'article L. 3122-17 du code du travail par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, avant d'être supprimée par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008.

Seule demeure la limitation de la récupération à certains cas précis n'incluant pas la maladie (causes accidentelles, d'intempéries ou de cas de force majeure ; cause d'inventaire ; chômage d'un jour ou de deux jours ouvrables compris entre un jour férié et un jour de repos hebdomadaire ou d'un jour précédant les congés annuels) énumérés à l'ancien article L. 212-2 du code du travail (dans sa version issue de la loi n° 87-423 du 19 juin 1987), transféré à l'article L. 3122-27 par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 puis à l'article L. 3121-50 du même code par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

¹⁹ Soc, 3 novembre 2011, n° 10-18.762 : le retrait d'un jour de réduction de temps de travail en raison d'une absence pour maladie a pour effet d'entraîner une récupération prohibée.

²⁰ Voir l'article D. 3122-7-3 du code du travail, issu du décret n° 2008-1132 du 4 novembre 2008, devenu D. 3121-25 du code du travail à la suite du décret n° 2016-1553 du 18 novembre 2016 :

" *En application du quatrième alinéa de l'article L. 3121-41 et du septième alinéa de l'article L. 3121-44, sont des heures supplémentaires les heures effectuées :*

1° Au-delà de trente-neuf heures par semaine.

2° Au-delà de la durée moyenne de trente-cinq heures hebdomadaires calculée sur la période de référence fixée en application de l'article L. 3121-45, déduction faite, le cas échéant, des heures supplémentaires comptabilisées au titre du dépassement de la durée hebdomadaire.

En cas d'arrivée ou départ en cours de période de référence, les heures accomplies au-delà de trente-cinq heures hebdomadaires sont des heures supplémentaires. Les semaines où la durée de travail est inférieure à trente-cinq heures, le salaire est maintenu sur la base de trente-cinq heures hebdomadaires.

En cas d'absence rémunérée, le temps non travaillé n'est pas récupérable et est valorisé sur la base du temps qui aurait été travaillé si le salarié avait été présent, heures supplémentaires comprises ".

²¹ Soc, 19 juillet 1994, n° 90-43.013 ; dans le même sens : Soc, 13 mars 2002, n° 00-40.337.

²² Soc, 9 janvier 2007, n° 05-43.962. Si par exemple un salarié soumis à un accord de modulation prévoyant une durée de 1607 heures annuelles réparties en périodes basses de 21 heures et hautes de 44 heures, payé

2000 euros bruts par mois, est absent pendant une semaine en période haute de 44 heures, réalisant ainsi un temps de travail effectif de 1563 heures (1607 heures - 44 heures) :

- l'indemnisation de la semaine d'absence sur la base de 35 heures aboutira à un décompte d'heures dues de 1598 heures (1563 heures + 35 heures), inférieur aux 1607 heures réglées par l'employeur, au risque d'exposer le salarié à devoir restituer un trop-perçu ;

- l'indemnisation de la semaine d'absence sur la base de la durée réelle de 44 heures qu'il aurait effectuée s'il avait travaillé aboutira à un décompte de 1607 heures (1563 heures + 44 heures), conforme au nombre d'heures indemnisées (voir sur le sujet le remarquable dossier Lamy Paye, Etude 504, Modulation, § 504-7).

²³ Soc, 13 avril 2023, n° 21-15.210.

²⁴ Soc, 13 juillet 2010, n° 08-44.550. Concrètement, dans le cas d'un salarié soumis à la modulation sur une durée de travail annuelle de 1 607 heures, soit une durée moyenne hebdomadaire de 35 heures, avec des semaines dites "basses" de 28 heures, des semaines dites "normales" de 35 heures et des semaines dites "hautes" de 42 heures, un arrêt maladie de quatre semaines en période normale obligerait le salarié, à défaut de prise en compte de son absence, à travailler 140 heures (soit 35 h x 4 semaines) de plus qu'un collègue n'ayant connu aucune absence pour atteindre le seuil annuel de 1 607 heures, d'avantage pour le dépasser et commencer à bénéficier des contreparties pour heures supplémentaires.

²⁵ Cet exemple est repris du dossier Lamy Paye, Etude 504, Modulation, § 504-7, précité.

²⁶ Voir en ce sens J.-J. Jarry, *Hommes & professions - Organisation du travail - Modulation du temps de travail : l'impact des absences*, Juris tourisme 2011, n° 127, p. 41 : " Il est difficile d'admettre une méthode d'évaluation "au forfait" pour définir le seuil de déclenchement des heures supplémentaires et une méthode dite "au réel" pour apprécier la durée annuelle de travail effectif accompli par le salarié, et ce pour plusieurs raisons. D'une part, dans l'hypothèse d'une durée collective de travail de 1 607 heures, les salariés qui ont travaillé, sur l'ensemble de la période de modulation, ne peuvent bénéficier d'aucune heure supplémentaire. En revanche, un salarié absent une semaine, en période de haute activité, dont la durée hebdomadaire de travail est de 40 heures, conduit à l'évaluation :

- d'un temps de travail effectif de 1 567 heures (1 607 heures - 40 heures) ;

- d'un seuil de déclenchement des heures supplémentaires à partir de 1 572 heures (1 607 heures - 35 heures).

Dans ce cas, les heures qui seraient réalisées entre 1 567 heures et 1 572 heures devraient être payées à taux normal ? Cela n'est pas possible puisqu'il s'agirait nécessairement d'heures supplémentaires ". Dans le même sens : M. Morand, *Durée du travail - L'incidence des absences sur le calcul des heures supplémentaires dans le cadre de la modulation*, JCP S, n° 37, 14 septembre 2010, 1355.

²⁷ M. Morand, *op. cit.* : "Enfin, dernière difficulté, la méthode de calcul des heures supplémentaires serait également à transposer à toutes les séquences d'organisation du temps de travail, qu'elles soient hebdomadaires ou pluri-hebdomadaires . Ainsi, l'absence d'une journée dans la semaine devrait permettre de ramener le seuil de déclenchement des heures supplémentaires à 28 heures (35 heures - 7 heures), en considérant également que la durée journalière du travail peut varier au-delà et en deçà de 7 heures d'un jour sur l'autre. Dans le cadre d'une période de deux semaines consécutives, la première semaine de 39 heures et la seconde de 31 heures, en cas d'absence la première semaine, les heures supplémentaires existeraient non pas au-delà de 70 heures de travail effectif mais au-delà de 66 heures (35 heures selon l'évaluation moyenne et 31 heures) " .

²⁸ Les auteurs du Lamy "Temps de travail" (partie III, § 353-12) mettent en avant l'exemple d'une durée annuelle de travail est fixée à 1 607 heures, soit une durée moyenne hebdomadaire de 35 heures, et d'un accord de modulation prévoyant la possibilité d'effectuer des semaines dites "basses" de 28 heures, des semaines dites "normales" de 35 heures et des semaines dites "hautes" de 42 heures. Une absence maladie au cours de quatre semaines hautes de 42 heures conduirait ainsi à ne la valoriser qu'à hauteur de 140

heures (soit 35 h x 4 semaines) et non de 168 heures (42 h x 4 semaines). Ainsi, le salarié devrait, par rapport à un salarié n'ayant eu aucune absence, effectuer 28 heures de plus pour commencer à bénéficier des contreparties pour heures supplémentaires.

²⁹ G. Vachet, dans *Durée du travail - Accord de modulation et décompte des heures supplémentaires*, JCP E, n° 50, 16 décembre 2010, 2113, conclut à l'inverse à la neutralité de la méthode issue de l'arrêt du 13 juillet 2010, estimant que le différentiel d'heures supplémentaires par rapport aux salariés présents correspondrait à la période d'absence : " L'application de ces principes ne pénalise ni n'avantage le salarié malade . Un exemple chiffré permettra de le démontrer. Un salarié tombe malade au cours d'une période de haute activité à 42 heures. Dans l'année, ont été effectués dans l'entreprise 1650 heures, soit 43 heures supplémentaires. Pour ce salarié, le seuil de déclenchement des heures supplémentaires n'est plus fixé à 1 607 heures, mais à 1 572 heures (1607 h - 35 h). Il a effectué 1 608 heures (1650 - 42 h), soit 36 heures supplémentaires (1608 h - 1572 h), sont déduits de son nombre d'heures supplémentaires, 7 heures (43 h - 36 h), c'est-à-dire les 7 heures supplémentaires de la semaine où il a été malade ".

³⁰ G. Vachet, *op. cit.* Dans le même sens, les auteurs du Lamy "Temps de travail" (partie III, § 353-12) citent l'exemple d'un salarié absent pendant quatre semaines basses de 28 heures, qui serait "crédité" de 140 heures de travail (soit 35 h x 4 semaines), alors que ses collègues n'en auront effectué que 112 (soit 28 h x 4 semaines), de sorte que l'absence maladie aurait donc pour effet de générer automatiquement 28 heures supplémentaires.

Idem pour J.-J. Jarry, *op. cit.*, donnant l'exemple d'une entreprise ayant mis en place une modulation du temps de travail dont l'horaire hebdomadaire moyen est de 35 heures, avec une durée collective de travail de 1 627 heures au terme de la période de modulation (soit 20 heures supplémentaires). Pour un salarié absent deux semaines, seront considérées comme heures supplémentaires celles réalisées au-delà du seuil spécifique de 1 537 heures (1 607 heures - 70 heures). Si cette absence intervient en période basse de modulation (soit deux semaines de 20 heures de travail), il aura travaillé de manière effective 1 587 heures (1 627 heures - 40 heures) et aura donc réalisé 50 heures supplémentaires (1 587 heures - 1 537 heures). Or, les autres salariés n'auront réalisé que 20 heures supplémentaires.

³¹ M. Morand, *op. cit.*

Dans le même sens, voir M. Véricel, *Modulation du temps de travail : calcul des heures supplémentaires en cas d'absence du salarié*, RDT 2011, p. 48 : " Ceci étant, l'arrêt rendu par la Cour de cassation ne résout pas l'ensemble des problèmes posés en cas d'absence pour maladie de salariés d'une entreprise ayant mis en place une modulation du temps de travail. Il ne précise pas, notamment, si la méthode de calcul applicable en cas d'absence durant les périodes hautes de la modulation, l'est également dans le cas de l'absence maladie en périodes basses. On ne voit pas pourquoi le raisonnement serait alors différent car la neutralisation du temps d'absence pour le calcul de la durée du travail annualisée apparaît, de manière générale, comme la règle la plus logique et la plus juste pour résoudre les problèmes posés, tant dans le cas de la maladie, que dans celui de toutes autres absences justifiées . Mais le doute est permis sur l'adoption d'une telle règle générale par la Cour de cassation dans la mesure où la motivation de l'arrêt du 13 juillet 2010 relève à plusieurs reprises que la solution donnée concerne l'hypothèse de l'absence en période haute ".

Idem pour J.-J. Jarry, *op. cit.* : " À notre avis, la méthode la plus adaptée pour comptabiliser ou évaluer le temps d'absence est, comme l'a d'ailleurs à plusieurs reprises approuvé la Cour de cassation, de prendre en considération le temps de travail qu'aurait dû accomplir le salarié s'il avait travaillé pendant la période d'absence. Dans le cadre d'un système de modulation, cela aboutit à une situation uniforme, qu'il s'agisse de calculer les incidences de l'absence rémunérée, ou non, sur la rémunération du salarié, ou de définir le temps restant à travailler sur la période de référence . Pour ce faire, il convient de tenir trois compteurs comme le préconise Dominique Jourdan, celui du temps de travail à réaliser par le salarié, celui du temps de travail effectif et celui du temps rémunéré ".

De même, pour les auteurs du Lamy "Temps de travail" (partie III, § 353-12) , " La solution la plus juste, pour valoriser en heures les absences maladie, consiste donc, selon nous, à retenir le nombre d'heures de travail qu'aurait effectué le salarié s'il avait été présent . C'est d'ailleurs souvent ce que prévoient les accords collectifs qui traitent de cette problématique ".

³² Par exemple : convention collective de la production cinématographique du 19 janvier 2012 (article 4.6 : “ Dispositions communes : le décompte des heures supplémentaires se fait par prise en compte de la durée hebdomadaire réelle de travail effectif ou assimilé comme tel , arrondie à la demi-heure supérieure ”) ; convention collective nationale du 10 octobre 2008 des entreprises du paysage, pour les périodes basses (Article 60 Conditions de prise en compte des absences pour maladie ou accident : “ Toute absence en période basse sera décomptée sur la base de la durée hebdomadaire programmée ”).

Par ailleurs, certaines conventions prévoient que lorsque le salarié n'a pas accompli toute la période de modulation, ses absences sont indemnisées au réel : (convention collective des fleuristes, vente et services des animaux familiers, article 4.2 : “ Rémunération : lissage sur la base de 35 heures et servant de base au calcul des absences indemnisées. En cas d'absences non indemnisées, ou lorsqu'un salarié n'aura pas accompli la totalité de la période de modulation, sa rémunération sera régularisée sur la base de son temps réel de travail . En cas de trop-perçu, les salariés en conserveront le bénéfice, sauf en cas de démission ou de licenciement pour faute grave ou lourde ”; convention collective nationale du rouissage-teillage de lin du 28 janvier 1992, article 72, § 10 : “ Lorsqu'un salarié n'aura pas accompli la totalité de la période de modulation des horaires ainsi que dans le cas où son contrat aura été rompu au cours de cette période, sa rémunération, et le cas échéant, ses droits au repos compensateur devront être régularisés sur la base de son temps réel de travail sous réserve de l'article L. 145-2 du Code du travail relatif à la fraction insaisissable de la rémunération ”).

³³ Mémoire ampliatif, § V, p. 13, § 7.

³⁴ Conclusions d'appel de la salariée, p. 14, trois derniers paragraphes.