



INFORMATION relative au rapport du conseiller rapporteur

Le présent rapport a été établi par un magistrat de la Cour de cassation, désigné conseiller rapporteur, en vue d'instruire une affaire (le « pourvoi en cassation ») soumise à la Cour de cassation. Au vu de ce rapport et des autres documents de la procédure, et après en avoir délibéré dans une formation de jugement comportant plusieurs juges, la Cour de cassation a tranché l'affaire par un arrêt, également diffusé sur Judilibre. Ce rapport est un document de travail préparatoire établi, d'abord, à l'intention des magistrats du siège de la Cour appelés à trancher l'affaire. Ces magistrats sont des spécialistes de la question de droit examinée dans le rapport, qui n'a dès lors pas vocation à faire une présentation doctrinale de l'état du droit, mais à procéder à l'analyse de la procédure, des éléments de droit pertinents et des éventuels enjeux juridiques de l'affaire. Conformément au principe du contradictoire, ce document est également communiqué aux parties ou à leurs avocats, ainsi qu'à l'avocat général. Enfin, ce rapport fournit une analyse à l'issue de laquelle le conseiller rapporteur ne donne pas son avis, lequel est soumis au secret du délibéré. Le rapport est donc toujours complété par deux autres documents établis par le rapporteur à l'intention des autres magistrats de la formation de jugement : une note d'avis et le ou les projets d'arrêts qu'il a préparés. Ces documents ne sont pas accessibles sur Judilibre.

N° R2419545	
Décision attaquée : 02 juillet 2024 de la cour d'appel de Nîmes	

la société PSI Grand Sud C/ Mme [Q] [L]	
Rapporteur : Marie-Luce Cavois	RAPPORT complémentaire

Ce rapport complémentaire est établi pour permettre l'approfondissement des réponses à apporter au premier moyen, notamment sur la question des modalités de calcul de l'abaissement du seuil de déclenchement des heures supplémentaires en cas d'absence pour maladie de la salariée soumise à un régime d'annualisation du temps de travail.

Ce rapport complémentaire n'abordera donc que le premier moyen, pour les développements sur le second moyen il est renvoyé au rapport initial qui propose un rejet non spécialement motivé de ce moyen.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Mme [L] a été engagée, en qualité d'agent de sécurité, le 28 juin 2014, par la société Isopro sécurité privée Sud Ouest.

Le contrat de travail était cédé à la société Isoprotect Rhône Alpes puis par avenant du 22 avril 2016, il était transféré à la société Protection sécurité industrie.

Le 9 août 2018 la salariée a saisi le conseil de prud'hommes de Nîmes en résiliation de son contrat de travail et de diverses demandes relatives à l'exécution du contrat.

Le 5 février 2019, la salariée était licenciée pour inaptitude et impossibilité de reclassement.

Par **jugement du 21 janvier 2020**, le conseil de prud'hommes de Nîmes a, notamment :

- rejeté la demande de la salariée formée au titre des heures supplémentaires
- annulé l'avertissement du 12 avril 2018.

Par **arrêt du 02 juillet 2024**, la cour d'appel de Nîmes a, entre autres dispositions :

- condamné l'employeur à payer à la salariée une certaine somme au titre des heures supplémentaires
- confirmé le jugement en ce qu'il a annulé l'avertissement du 12 avril 2018 et condamné l'employeur à verser la somme de 1 000 euros à la salariée. .

C'est la décision attaquée par un **pourvoi de l'employeur**.

2 - Rappel du premier moyen

La société PSI Grand Sud fait grief à l'arrêt de la condamner à payer à la salariée une certaine somme à titre d'heures supplémentaires outre congés payés afférents, alors :

1 °) que tout jugement doit être motivé ; qu'un motif inintelligible équivaut à une absence de motifs ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a énoncé que « l'accord sur l'aménagement du temps de travail applicable dans l'entreprise prévoit en son article 4.3 "Durée du travail" que "la durée annuelle de 1607 heures s'applique aux salariés ayant effectué la période complète d'aménagement et pouvant prétendre, compte tenu de leur temps de présence dans l'entreprise, à des droits complets en matière de congés payés légaux et conventionnels". L'article 4.9 "Rémunération" ajoute que "lorsque un salarié n'a pas accompli la totalité de la période de modulation (embauche ou départ en cours de période par démission, rupture conventionnelle ou licenciement), sa rémunération sera régularisée sur la base de son temps réel de travail :

- si le décompte fait apparaître un trop versé, celui-ci sera régularisé sur la dernière fiche de paie (sauf en cas de licenciement économique).

- si le décompte laisse apparaître un solde en sa faveur, celui-ci sera régularisé sur la dernière fiche de paie sur la base du taux horaire légal.” Il s’évince de ces dispositions contradictoires que l’annualisation du temps de travail ne s’applique que pour les salariés ayant effectué la période complète d’aménagement alors que ces mêmes salariés bénéficient d’une régularisation de leur rémunération en cas d’embauche ou de départ en cours de période (par démission, rupture conventionnelle ou licenciement), celle-là devant dans ces circonstances inclure les éventuelles heures supplémentaires réalisées. À cette fin, et afin de ne pas léser le salarié, il conviendra de procéder à une proratisation du seuil de déclenchement des heures supplémentaires », pour ensuite tenir compte des absences pour maladie de la salariée pour abaisser le seuil du déclenchement des heures supplémentaires (arrêt, p. 12, § 6 et p. 13, § 1) ; qu’en statuant ainsi, par des motifs inintelligibles, la cour d’appel a violé l’article 455 du code de procédure civile ;

2°) subsidiairement qu’une convention collective doit être interprétée comme la loi, c’est à dire d’abord en respectant la lettre du texte, ensuite en tenant compte d’un éventuel texte législatif ayant le même objet et, en dernier recours, en utilisant la méthode téléologique consistant à rechercher l’objectif social du texte ; qu’en l’espèce, en affirmant que pour ne pas léser le salarié, il convenait de procéder à une proratisation du seuil de déclenchement des heures supplémentaires et que l’accord d’entreprise portant aménagement du temps de travail sur l’année du 18 décembre 2009 devait s’interpréter dans l’intérêt des salariés avec une proratisation quelle que soit la date d’embauche ou de départ du salarié par démission, rupture conventionnelle ou licenciement, en cours de période (arrêt, p. 12, § 2 al. 2 et § 3), pour en déduire qu’il y avait lieu d’effectuer une proratisation du seuil de déclenchement des heures supplémentaires du fait des absences pour maladie de la salariée (arrêt, p. 12, § 6 et p. 13, § 1), la cour d’appel a violé ledit accord ;

3°) qu’une convention collective doit être interprétée comme la loi, c’est à dire d’abord en respectant la lettre du texte, ensuite en tenant compte d’un éventuel texte législatif ayant le même objet et, en dernier recours, en utilisant la méthode téléologique consistant à rechercher l’objectif social du texte ; qu’en l’espèce, l’accord d’entreprise portant aménagement du temps de travail sur l’année du 18 décembre 2009 prévoit en son article 4.3 « A compter du 1er janvier 2010, le temps de travail sera effectué selon une modulation annuelle, adaptée à l’activité, et sur la base d’une durée annuelle de travail de 1 607 heures. » ; que son article 4.10 « heures supplémentaires » fixe les seuils de déclenchement des heures supplémentaires : « 4.10.1 Définition : Constituent des heures supplémentaires les heures effectuées :- au-delà de la durée maximale hebdomadaire fixée à l’article 4.5 [soit 48 heures] ; - au-delà de la durée annuelle de travail effectif fixée à l’article 4.3. » soit 1 607 heures ; que ni cet article, ni aucune autre stipulation de l’accord, ne prévoient une réduction de ce seuil si une partie seulement de l’année est travaillée par le salarié, que ce soit en cas d’arrivée ou de départ en cours d’année ou en cas d’absence pour maladie du salarié ; qu’en affirmant que le seuil de déclenchement des heures supplémentaires devait être abaissé du fait notamment des absences pour maladie de la salariée (arrêt, p. 12, § 6 et p. 13, § 1), la cour d’appel a violé l’accord susvisé.

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

- accord d’entreprise et prise en compte des congés maladie pour déterminer le seuil de déclenchement des heures supplémentaires lorsque le salarié travaille sous le régime de l’annualisation.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4-1 Eléments de jurisprudence et de doctrine

Ce rapport fait des emprunts au rapport de M. le conseiller Florès pour l'arrêt Soc., 14 février 2025, pourvoi n° 24-40.032 et s, ainsi qu'à celui de M. le conseiller Blatman pour l'arrêt Soc., 13 juillet 2010, pourvoi n° 08-44.550, Bull. 2010, V, n° 177 .

La modulation puis l'annualisation sont des dispositifs consistant à faire varier la durée du temps de travail dans le cadre de périodes de haute et de basse activité, le tout dans la limite de 1607 heures par an (soit une moyenne de 35 heures hebdomadaire à laquelle s'ajoute la journée de solidarité instituée en 2004) sauf convention ou accord plus favorable. Les heures réalisées au cours de chaque période sont comptabilisées et lorsqu'en fin d'année il apparaît que des heures de travail au delà de 1607 heures sont été effectuées, celles-ci, qui constituent des heures supplémentaires, sont payées comme telles. Les variations horaires étant lissées sur l'année un tel système constitue une dérogation aux règles de droit commun du calcul sur une base hebdomadaire.

Avant la loi du 20 août 2008, le système de modulation de la durée du travail était prévu par l'article L. 3122-9 du code du travail, qui disposait :

Une convention ou un accord collectif de travail 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 un plafond de 1 607 heures.

La convention ou l'accord peut fixer un plafond inférieur.

La convention ou l'accord précise les données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation.

La convention ou l'accord doit respecter les durées maximales quotidiennes et hebdomadaires de travail définies au chapitre Ier.

La loi du 20 août 2008 a eu pour objet de fusionner l'ensemble des dispositifs d'organisation de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine (modulation, annualisation, cycles, temps partiel modulé, ...).

Dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, l'article L. 3122-4 du code du travail disposait :

« 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. »

L'article L. 3122-4 du code du travail indique clairement que l'accord collectif peut prévoir une limite inférieure à 1607 heures, mais ne précise pas que cette limite peut être augmentée .

Depuis la loi n° 201661088 du 8 août 2016, le seuil de déclenchement des heures supplémentaires en cas d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine fait partie des dispositions d'ordre public, ainsi qu'il résulte de l'article L. 3121-41 du code du travail :

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.

Et l'article D.3121-25 en son quatrième alinéa dispose

Selon le deuxième 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.

Nous jugeons de manière constante que le seuil de déclenchement des heures supplémentaires ne peut être supérieur au plafond de 1 607 heures de travail par an .

Voir les arrêts suivants :

Soc., 7 mars 2018, pourvoi n° 16-21.501, 16-21.502, 16-21.503, 16-21.504, 16-21.505

Soc., 11 mai 2016, pourvoi n° 14-29.512, Bull. 2016, V, n° 96 dont le sommaire est :

Il résulte des dispositions de l'article L. 3122-4 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, que le seuil de déclenchement des heures supplémentaires ne peut être supérieur au plafond de 1 607 heures de travail par an, quand bien même le salarié n'aurait pas acquis l'intégralité de ses droits à congés payés au titre de la période de référence prévue par l'accord.

Soc., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-13.502, 13-13.503, 13-13.504, 13-13.505, Bull. 2014, V, n° 305 dont le sommaire est :

Il résulte de la combinaison des articles L. 3122-9 et L. 3122-10 du code du travail, dans leur rédaction alors applicable, qu'un accord d'entreprise ne peut fixer, comme seuil de déclenchement des heures supplémentaires, un plafond supérieur à 1 607 heures par an.

Doivent en conséquence être qualifiées d'heures supplémentaires les heures effectuées au-delà de la 1 607e heure annuelle, la fixation d'un seuil de déclenchement supérieur à 1 607 heures n'affectant pas, à elle seule, la validité de l'accord.

Une autre question est celle de l'abaissement du seuil annuel de déclenchement des heures supplémentaires qui peut se poser en cas d'absence du salarié pendant la période de référence .

L'article L.3121-44 du code du travail énonce que l'accord prévoit les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ; il énonce aussi que l'accord peut prévoir une limite annuelle inférieure à 1607 heures.

Mais en l'absence de dispositions conventionnelles, nous avons admis un abaissement de ce seuil dans le cas du salarié en arrêt maladie en période de haute activité. Et ce pour éviter une discrimination du salarié malade. En effet, si à raison d'un arrêt maladie en période haute, l'employeur soustrait les heures qui auraient dû être effectuées pendant son arrêt maladie par le salarié, ce dernier, à la fin de la période de référence, perd une partie de la rémunération prévue par l'accord d'aménagement, qui incluait des heures supplémentaires, voire peut se trouver débiteur à l'égard de son employeur.

Par un arrêt publié, Soc., 9 janvier 2007, pourvoi n° 05-43.962, Bull. 2007, V, n° 1, nous avons jugé *« qu'un accord collectif ou une décision unilatérale de l'employeur ne peuvent retenir, afin de régulariser la rémunération, indépendante des heures réellement effectuées chaque mois, du salarié en fin d'année, la durée hebdomadaire moyenne de la modulation, comme mode de décompte des jours d'absence pour maladie pendant la période de haute activité, une telle modalité de calcul constituant, malgré son caractère apparemment neutre, une mesure discriminatoire indirecte en raison de l'état de santé du salarié ; »*

Par cet arrêt notre chambre a écarté le mode de calcul d'un employeur consistant, pour l'établissement du décompte individuel du temps travaillé dans l'année servant à la régularisation de la rémunération en fin d'année, à décompter les heures d'absence pour maladie professionnelle sur la base de la durée hebdomadaire moyenne de la modulation, soit 35 heures, et non sur celle de l'horaire de travail réellement effectué par les salariés pendant la durée des absences.

Ce procédé conduisait, en effet, à ce que la salariée absente se trouve en fin d'année 2000 débitrice de 29 heures, alors que les salariés restés présents bénéficiaient de 38 heures de crédit, payées en heures supplémentaires.

La chambre a considéré qu'une telle modalité de calcul, qui décomptait des jours d'absence pour maladie pendant la période de haute activité, constituait, malgré son caractère apparemment neutre, une mesure discriminatoire indirecte en raison de l'état de santé du salarié.

C'est donc une considération d'égalité en faveur des salariés absents pour maladie qui a été déterminante du choix à opérer entre les méthodes de comptabilisation des jours d'absence, et qui a conduit la Cour de cassation à opter non pas pour une méthode "forfaitaire" mais pour une méthode dite "réelle" : pendant la période haute, le mode de décompte des jours d'absence pour maladie ne doit donc pas être basé sur la durée hebdomadaire moyenne de la modulation mais sur le nombre des heures réellement effectuées .

On mentionnera que dans le cas d'une modulation annuelle des horaires comprenant des périodes de haute activité et des périodes de basse activité, la question de l'abaissement du seuil de déclenchement des heures supplémentaires ne concerne évidemment que les cas de salariés malade pendant les périodes hautes, en effet, l'absence du salarié pendant les périodes basses ne lui fait évidemment « perdre » aucune heure supplémentaire .

L'arrêt de 2007 a été bien reçu par la doctrine qui a mis en évidence que juger autrement aurait conduit à une discrimination du salarié malade. Et elle a souligné qu'il restait à définir les modalités d'abaissement du seuil des heures supplémentaires.

Ainsi commentant cet arrêt, Jean-François Cesaro [JCP S n° 9, 27 février 2007, 1137] indiquait « La comparaison de la situation du salarié qui est malade et de celui qui travaille dans l'entreprise permet d'expliquer la solution retenue. Le salarié malade bénéficie d'une indemnisation calculée en fonction du temps de travail moyen prévu par l'accord, en l'occurrence 35 heures. Dans le même temps, le salarié actif perçoit un salaire lissé correspondant aux 35 heures de travail et ce, même si, en réalité, il a travaillé pendant un temps plus élevé.

Jusqu'à ce point les situations sont comparables. Cependant, le temps de travail effectif du salarié présent aura vocation en fin d'année à être comptabilisé. Si ces périodes de forte activité ne sont pas suffisamment compensées par les périodes de faible activité, des heures supplémentaires peuvent lui être dues. Sa situation devient plus avantageuse que celle du malade. Leurs situations respectives sont en effet les suivantes :

- Celui qui travaille perçoit le salaire lissé correspondant à 35 heures hebdomadaires ; mais en fin d'année la période de forte activité qui a été prise en compte peut lui permettre, si les plafonds légaux définis par l'article L. 218-8 du code du travail sont franchis, de bénéficier d'heures supplémentaires ;
- Celui qui est indemnisé pour maladie perçoit une indemnisation calculée en fonction du salaire lissé de 35 heures hebdomadaires, mais ses chances, si c'est cette durée qui est prise en compte pour l'évaluation des heures supplémentaires, d'obtenir des heures supplémentaires sont sensiblement amoindries ; il peut même être exposé à manquer d'heures s'il ne travaille que pendant les périodes de faible activité dans l'entreprise et que celles-ci sont d'une durée inférieure à la moyenne hebdomadaire de modulation de 35 heures.

Le mode de calcul retenu qui, en pratique aboutit à défavoriser les salariés absents pour maladie dans les périodes de forte activité doit donc être écarté.

L'approche adoptée est négative ; la Cour de cassation ne précise pas, en revanche, comment il convient positivement de procéder au calcul. A priori, le plus simple consisterait, pour l'octroi éventuel des heures supplémentaires, à décompter le temps de travail du salarié malade en fonction de celui effectivement pratiqué dans l'entreprise. Cependant, il semble contestable d'assimiler, purement et simplement, le temps indemnisé pour maladie à un temps de travail effectif susceptible d'ouvrir droit à des heures supplémentaires. Une alternative, prenant la forme d'un mécanisme permettant de régulariser en fin d'année l'indemnisation due au salarié dont le contrat a été suspendu pour maladie pourrait donc aussi être envisagée. Il appartient aux juges, désormais de le préciser. »

On peut ajouter à ces observations celles de Michel Morand et Dominique Jourdan

(JurisClasseur Travail Traité, fasc. 21-12 : Temps de travail, Organisation, II - Modalités d'aménagement, C, répartition dans un cadre annuel, 20 Modulation de la loi du 19 janvier 2000) :

126. - Déduction des absences - Dans le cadre d'une modulation du temps de travail, les accords collectifs mettant en place un tel dispositif prévoient généralement en matière de rémunération, le lissage des salaires, c'est-à-dire le versement d'une rémunération mensuelle calculée sur la base de la durée moyenne de travail quel que soit le nombre d'heures réellement travaillées tous les mois.

En cas d'absence, se pose la question du décompte des heures. Deux méthodes paraissaient possibles :

- la méthode au réel : sont déduites les heures réelles d'absence. Ainsi, si le salarié est absent toute une semaine programmée pour 40 heures, 40 heures seront déduites ; à l'inverse, si la durée du travail programmée de la semaine n'était que de 20 heures, la retenue ne porte que sur 20 heures ;

- la méthode forfaitaire : la retenue s'effectue par rapport à la durée moyenne de travail. Ainsi, si celle-ci est de 35 heures, une semaine d'absence entraîne une retenue de 35 heures quel que soit le nombre d'heures de travail programmées de ladite semaine. De ce fait, le salarié peut estimer être défavorisé lorsqu'il est pratiqué une retenue sur salaire sur la base de 35 heures alors qu'il n'a été effectivement absent que 20 heures, et inversement lorsqu'il s'agit de décompter les heures faites au cours de l'année, la méthode forfaitaire s'avère alors plus défavorable lorsque l'absence intervient en période de forte activité.

C'est cette seconde méthode que la Cour de cassation condamne pour partie seulement. Dans l'espèce, une salariée avait été malade pour l'essentiel pendant des périodes de haute activité, en ne retenant les semaines que sur la base de 35 heures et non sur la base de l'horaire programmé, l'intéressée se trouvait en fin d'année avec un compte horaire débiteur, d'où une régularisation de rémunération en application des dispositions conventionnelles applicables.

La Cour souligne que malgré son caractère apparemment neutre, cette modalité de calcul constitue une mesure discriminatoire indirecte en raison de l'état de santé (Cass. soc., 9 janv. 2007 : JurisData n° 2007-036936).

Dans son commentaire de l'arrêt de notre chambre du 9 janvier 2007, intitulé "Accord de modulation et décompte des heures supplémentaires", le professeur Gérard Vachet critique la solution retenue par le conseil de prud'hommes, qui avait considéré que les heures supplémentaires étant accomplies au-delà de la durée légale de travail, les jours d'absence indemnisés compris à l'intérieur de la période de décompte de l'horaire ne devaient pas être pris en compte pour calculer le nombre et le paiement des heures de travail en heures supplémentaires. Elle revient en effet à réduire, voire à supprimer le nombre d'heures supplémentaires alors qu'il y en aurait cependant.

Mais le système mis en oeuvre par la cour d'appel lui semble également encourir la critique en ce qu'il se montre discriminatoire dans un sens très favorable aux salariés malades, puisqu'il aboutit à leur payer comme heures supplémentaires des heures qui n'ont pas été effectuées, alors qu'en droit positif les heures supplémentaires sont des heures effectivement travaillées, ce qui n'est pas le cas des absences maladie.

Il propose en conséquence qu'à l'instar de ce que la chambre a jugé le 1^{er} décembre 2004 en décidant que les jours fériés et chômés ne doivent pas, sauf dispositions légales ou conventionnelles, être assimilés à du temps de travail effectif et pris en compte dans la

détermination de l'assiette de calcul des droits à majorations pour heures supplémentaires, il soit tenu compte, en cas de modulation, de l'horaire réel du salarié :

« Dans le cas de la modulation, si le salarié est absent une semaine au cours d'une période de haute activité, il conviendra de tenir compte de son horaire réel pour savoir s'il a droit à des majorations. Si un salarié est absent une semaine durant une période où il devait effectuer 42 heures, sept majorations pourraient être retenues. Ainsi, il n'est ni pénalisé comme dans le mode de calcul du conseil de prud'hommes qui impute sur les heures supplémentaires de fin d'année les 42 heures non effectuées, ni avantagé, comme dans le mode de calcul de la cour d'appel qui ne tient pas compte du fait qu'il n'a pas effectivement travaillé 42 heures au cours d'une semaine. »

C'est par l'arrêt Soc., 13 juillet 2010, pourvoi n° 08-44.550, Bull. 2010, V, n° 177, que notre chambre a été amenée à définir la méthode de calcul permettant d'abaisser le seuil des heures supplémentaires pour les salariés en maladie lors des périodes hautes. Le sommaire en est :

« D'abord, selon l'article L. 3122-10 II du code du travail alors applicable, 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.

Ensuite, les jours de congés payés et d'absence, à défaut de dispositions légales ou conventionnelles ou d'un usage contraires en vigueur dans l'entreprise, ne peuvent être assimilés à du temps de travail effectif.

*Enfin, 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.***

Viole dès lors l'article susvisé ainsi que les articles L. 1132-1, L. 3121-1 et L. 3122-9 alors applicables, l'arrêt qui, pour accueillir la demande de salariés en paiement d'heures supplémentaires, assimile les heures d'absence pour maladie à un travail effectif, alors qu'il lui appartenait, après avoir vérifié que ces absences 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. »

Le commentaire à la RJS était le suivant :

Aux termes de l'article L 3122-10, II du Code du travail, avant son abrogation par la loi 2008-789 du 20 août 2008, en cas de modulation de la durée du travail, constituent des heures supplémentaires, en fin de période de modulation, les heures effectuées au-delà de 1 607 heures ou d'un plafond inférieur fixé par accord collectif, déduction faite des heures supplémentaires déjà comptabilisées en cours d'année (c'est-à-dire des heures ayant dépassé le plafond hebdomadaire fixé par l'accord). Calculé pour les salariés présents toute l'année, ce seuil de déclenchement de 1 607 heures est-il applicable en cas d'absence ? Dans la négative, quel autre seuil utiliser ? Telle était la question soumise à la Cour de cassation, pour des salariés absents pour maladie pendant la période haute de la modulation.

En l'espèce, l'employeur retranchait purement et simplement les heures d'absence indemnisées de la durée annuelle de travail des salariés, puis comparait le résultat obtenu au seuil de l'article L 3122-10, II du Code du travail. Le conseil de prud'hommes lui avait donné raison, mais la cour d'appel avait estimé que cette méthode, aboutissant à opérer sur la rémunération des salariés une retenue plus que proportionnelle à la durée de leur absence, constituait à leur encontre une discrimination indirecte en raison de leur état de santé, en violation de l'article L 1132-1 du Code

du travail. Elle lui en avait donc substitué une autre... qui revenait à assimiler les absences pour maladie à du travail effectif.

La Cour de cassation censure l'arrêt d'appel et fournit la formule à appliquer, qui est la suivante.

L'employeur doit, tout d'abord, évaluer la durée de l'absence du salarié, à partir de la durée hebdomadaire moyenne de modulation applicable dans l'entreprise (et non du nombre d'heures effectuées par les salariés présents, que le salarié n'a pas accomplies à cause de son absence).

Puis il doit retrancher cette durée du seuil de déclenchement des heures supplémentaires applicable dans l'entreprise (1 607 heures ou moins, si l'accord le prévoit).

Il obtient ainsi un seuil de déclenchement spécifique au salarié absent. L'employeur doit alors décompter le nombre d'heures travaillées par le salarié et le comparer à ce seuil de déclenchement spécifique : les heures accomplies au-delà de ce seuil sont des heures supplémentaires.

La Cour de cassation souligne à deux reprises que cette méthode est applicable en cas de maladie du salarié pendant la période haute de la modulation. Doit-on en conclure, a contrario, qu'elle ne l'est pas s'il est malade en période basse ? Bien que l'insistance de la Cour semble aller dans ce sens, il n'est pas évident que son raisonnement, fondé sur la proratisation du seuil de déclenchement des heures supplémentaires en fonction des absences du salarié, doive, dans cette hypothèse, être écarté. On attend donc avec intérêt sa position sur le sujet .

La Cour continue ainsi à dessiner, par touches successives, le statut du salarié malade dont les horaires sont modulés. Elle a ainsi jugé qu'en cas de lissage de la rémunération, ce qui est presque toujours le cas en pratique, l'horaire à prendre en considération pour calculer l'indemnité due au salarié absent pour maladie ou accident est l'horaire moyen hebdomadaire fixé par l'accord de modulation, que l'absence ait eu lieu en période de forte ou de faible activité (Cass. soc. 19 juillet 1994 : RJS 10/94 n° 1139). Toujours en cas de lissage, elle a également décidé que, lorsque l'employeur régularise la rémunération du salarié en fin de période de modulation, il doit retenir l'horaire réel - et non la durée hebdomadaire fixée par l'accord de modulation - comme mode de décompte des jours d'absence pendant la période de haute activité (Cass. soc. 9 janvier 2007 : RJS 3/07 n° 346).

La méthode dégagée dans cet arrêt pour la modulation peut-elle être appliquée en cas de mise en œuvre du dispositif d'aménagement des horaires sur l'année instauré par la loi du 20 août 2008 et destiné à se substituer à la modulation ? Les textes relatifs au seuil de déclenchement des heures supplémentaires, ainsi qu'à la définition des heures supplémentaires, étant similaires dans les deux dispositifs, la réponse est, à notre sens, positive .

Cet arrêt a aussi été majoritairement approuvé par la doctrine, et on peut renvoyer utilement au commentaire de M. le professeur Gérard Vachet intitulé Durée du travail- Accord de modulation et décompte des heures supplémentaires

(La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 50, 16 décembre 2010, 2113)

« Dans l'arrêt du 13 juillet 2010, la Cour de cassation considère que constituent, en cas de modulation de la durée de travail, des heures supplémentaires, les heures effectuées au-delà de 1 607 heures ou d'un plafond inférieur fixé par la convention ou l'accord. Les jours de congés payés et d'absence pour maladie, à défaut de dispositions légales ou conventionnelles ou d'un usage contraire en vigueur dans l'entreprise ne peuvent être assimilés à des temps de travail effectif.

Sauf dispositions conventionnelles plus favorables, le seuil de déclenchement des heures supplémentaires, applicable en cas de modulation annuelle de 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.

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.

Le salarié n'est donc ni avantagé, ni désavantagé. 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 ($1607 h - 35 h$) 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.

En définitive, les absences dans le cadre d'une modulation nécessitent des règles différentes selon qu'il s'agit d'indemniser le salarié malade, de décompter le nombre d'heures effectuées dans l'année, de décompter les heures supplémentaires. Ainsi que l'a conseillé fort justement un auteur, il conviendrait de tenir trois décomptes (*D. Jourdan, Modulation et nécessité de tenir trois compteurs : JCP E 2000, p. 650*). Il est souhaitable également que les partenaires sociaux fixent eux-mêmes les règles applicables comme l'indique l'article L. 3122-2, 3° aux termes duquel l'accord collectif prévoit les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période. C'est au demeurant ce qu'a fait l'accord du 3 mars 2006 étendu de la Métallurgie qui stipule que les jours d'absence indemnisés, compris à l'intérieur de la période de décompte de l'horaire, ne sont pas, sauf exceptions dans les cas et les conditions prévus par la loi ou les dispositions conventionnelles applicables, pris en compte pour calculer le nombre et le paiement des heures de travail en heures supplémentaires. »

Et commentant notre arrêt du 13 juillet 2010, les éditions Francis Lefebvre (Documentation pratique Sociale - Série OA - Durée du travail - n°5965- mise à jour 19/02/2026) mentionnent que la Cour de cassation fournit la formule à appliquer.

« L'employeur doit tout d'abord évaluer la durée de l'absence du salarié, à partir de la durée hebdomadaire moyenne de modulation applicable dans l'entreprise (et non du nombre d'heures effectuées par les salariés présents, heures que le salarié n'a pas accomplies à cause de son absence).

Il doit alors retrancher cette durée du seuil de déclenchement des heures supplémentaires applicable dans l'entreprise (1 607 heures ou moins, si l'accord le prévoit).

Il obtient ainsi un seuil de déclenchement spécifique au salarié absent.

L'employeur doit enfin décompter le nombre d'heures travaillées par le salarié et le comparer à ce seuil de déclenchement spécifique : les heures accomplies au-delà de ce seuil sont des heures supplémentaires.

Soit, par exemple, une entreprise qui applique une durée hebdomadaire moyenne de modulation de 35 heures et où le seuil de déclenchement des heures supplémentaires est fixé à 1 607 heures.

Les salariés présents toute l'année ont travaillé 1 627 heures, soit 20 heures supplémentaires.

Un salarié a été absent pour maladie deux semaines en période haute : pendant son absence, les présents ont travaillé $2 \times 40 = 80$ heures.

Pendant l'année, ce salarié a donc travaillé $1\,627 - 80 = 1\,547$ heures (il n'a eu aucune autre absence).

Selon la méthode de la Cour de cassation :

- la durée de l'absence du salarié, évaluée sur la base de la durée hebdomadaire moyenne de modulation est de $2 \times 35 = 70$ heures ;

- le seuil de déclenchement des heures supplémentaires qui lui est spécifique s'établit donc à $1\,607 - 70 = 1\,537$ heures.

Le salarié a accompli $1\,547 - 1\,537 = 10$ heures supplémentaires.

A notre sens, la méthode dégagée ici pour la modulation est applicable en cas de mise en œuvre du dispositif d'aménagement des horaires sur l'année instauré par la loi du 20 août 2008, les textes relatifs au seuil de déclenchement des heures supplémentaires, ainsi qu'à la définition des heures supplémentaires, étant similaires dans les deux dispositifs. »

Si la solution retenue par l'arrêt du 13 juillet 2010 a été critiquée par M. Morand, essentiellement à raison de sa complexité et du fait que selon lui elle avantage les salariés malade au détriment des salariés ayant effectivement travaillé (La Semaine Juridique Social n° 37, 14 septembre 2010, 1355) , il convient toutefois de relever que depuis cette date notre Cour n'a pas eu à statuer de nouveau sur la question de l'abaissement du seuil de déclenchement des heures supplémentaires en cas d'arrêt maladie d'un salarié soumis à un régime d'annualisation du temps de travail.

4-2 Au cas présent :

Par jugement du 21 janvier 2020, le conseil de prud'hommes a constaté qu'aucune proratisation du seuil de déclenchement des heures supplémentaires prévue. Il a appliqué un seuil de déclenchement de 1607 heures annuelles et a débouté la salariée de toutes ses demandes au titre des heures supplémentaires.

Par arrêt du 2 juillet 2024, la cour d'appel de Nîmes a jugé

« l'accord sur l'aménagement du temps de travail applicable dans l'entreprise prévoit en son article 4.3 "Durée du travail" que "la durée annuelle de 1607 heures s'applique aux salariés ayant effectué la période complète d'aménagement et pouvant prétendre, compte tenu de leur temps de présence dans l'entreprise, à des droits complets en matière de congés payés légaux et conventionnels".

L'article 4.9 "Rémunération" ajoute que "lorsque un salarié n'a pas accompli la totalité de la période de modulation (embauche ou départ en cours de période par démission, rupture conventionnelle ou licenciement), sa rémunération sera régularisée sur la base de son temps réel de travail :

- si le décompte fait apparaître un trop versé, celui-ci sera régularisé sur la dernière fiche de paie (sauf en cas de licenciement économique).

- si le décompte laisse apparaître un solde en sa faveur, celui-ci sera régularisé sur la dernière fiche de paie sur la base du taux horaire légale."

Il s'évince de ces dispositions contradictoires que l'annualisation du temps de travail ne s'applique que pour les salariés ayant effectué la période complète d'aménagement alors que ces mêmes salariés bénéficient d'une régularisation de leur rémunération en cas d'embauche ou de départ en cours de période (par démission, rupture conventionnelle ou licenciement), celle-là devant dans ces circonstances inclure les éventuelles heures supplémentaires réalisées.

À cette fin, et afin de ne pas léser le salarié, il conviendra de procéder à une proratisation du seuil de déclenchement des heures supplémentaires .

Dès lors, l'accord doit s'interpréter dans l'intérêt des salariés, avec uen proratisation quelle que soit la date d'embauche ou de départ du salarié, par démission, rupture conventionnelle ou licenciement en cours de période.

.../...

Pour l'année 2017, Mme [L] a été absente pour cause de maladie du 27 septembre au 15 octobre 2017, 93,33 heures ayant été déduites sur ladite période, lesquelles doivent également venir en déduction du seuil de déclenchement des heures supplémentaires de 1607 heures de sorte que les heures effectuées au-delà de 1513,67 heures doivent être considérées comme des heures supplémentaires.

Il résulte des pièces produites par les parties que Mme [L] a effectué un total d'heures de travail de 1683,50 heures en tenant compte du travail effectif, des heures de formation et des heures de délégation dans le cadre de son mandat électif.

Ce faisant elle a effectué 169,83 heures supplémentaires.

Les parties conviennent qu'une régularisation est intervenue sur le bulletin de salaire du mois de février 2018, pour un montant de 808,73 euros bruts, correspondant à 79,29 heures de travail normal sans majoration.

La somme devant ainsi revenir à la salariée s'élève à 3897,48 euros bruts calculée sur 169,83 heures supplémentaires, avec déduction de 808,74 euros brut versés en février 2018, soit un reste à charge de l'employeur de 3 088,75 euros bruts.

Concernant l'année 2018, Mme [L] a été absente pour cause de maladie du 1 avril 2018 au 31 décembre 2018, 1277,03 heures ayant été déduites sur ladite période, lesquelles doivent également venir en déduction du seuil de déclenchement des heures supplémentaires de 1607 heures, de sorte que les heures effectuées au delà de 329,97 heures doivent être considérées comme des heures supplémentaires.

Il résulte des pièces produites par les parties que Mme [L] a effectué un total d'heures de travail de 529,75heures en tenant compte du travail effectif, des heures de formation et des heures de délégation dans le cadre de son mandat électif et a été payée pour un total de 543,01 heures, outre 40 heures majorées pour le travail du dimanche, soit un total de 581,01 heures, pour lesquelles elle a perçu la somme totale de 6610 euros bruts.

Ce faisant elle a effectué 199,78 heures supplémentaires.

En retenant le salaire devant être perçu pour 329,97 heures de travail (3365,59 euros bruts) ainsi que celui correspondant aux 199,78 heures supplémentaires (4584, 81 euros bruts) Mme [L] aurait dû percevoir un salaire total de 7950,40 euros bruts.

Ayant perçu la somme de 6610 euros sur la période, le rappel d'heures supplémentaires s'élève à la somme de 1340, 40 euros bruts.

En définitive les heures supplémentaires restant dues à Mme [L] s'élèvent à la somme brute totale de 4429,15 euros, outre celle de 442,91 euros bruts pour les congés payés afférents. »

Il ressort de cette motivation que la cour d'appel a considéré qu'il convenait d'abaisser le seuil de déclenchement des heures supplémentaires à hauteur du nombre d'heures d'absence pour maladie de la salariée.

Le premier moyen : pose la question de savoir si un salarié qui n'est pas présent dans l'entreprise une partie de l'année, pour cause de maladie, peut prétendre à une proratisation du temps de travail effectif pour voir calculer ses heures supplémentaires ou encore à un abaissement du seuil de déclenchement des heures supplémentaires, alors qu'aucune disposition de l'accord d'entreprise ne prévoit d'abaissement de ce seuil.

Ce moyen fait d'abord valoir que la cour d'appel a statué par des motifs inintelligibles (1^{ère} branche) et ensuite qu'elle a violé l'accord d'entreprise du 18 décembre 2009 ; il soutient qu'elle ne pouvait juger que l'accord devait s'interpréter dans l'intérêt des salariés avec une proratisation quelle que soit la date d'embauche ou de départ du salarié, pour en déduire qu'il y avait lieu d'effectuer une proratisation du seuil de déclenchement des heures supplémentaires du fait des absences pour maladie de la salariée (2^{ème} branche) et qu'aucune disposition de l'accord ne prévoyant une réduction du seuil de déclenchement des heures supplémentaires , la cour d'appel en abaissant ce seuil du fait des absences pour maladie de la salariée a violé cet accord (3^{ème} branche).

S'agissant de la première branche

La cour d'appel a statué comme suit :

« l'accord sur l'aménagement du temps de travail applicable dans l'entreprise prévoit en son article 4.3 "Durée du travail" que "la durée annuelle de 1607 heures s'applique aux salariés ayant effectué la période complète d'aménagement et pouvant prétendre, compte tenu de leur temps de présence dans l'entreprise, à des droits complets en matière de congés payés légaux et conventionnels".

L'article 4.9 "Rémunération" ajoute que "lorsque un salarié n'a pas accompli la totalité de la période de modulation (embauche ou départ en cours de période par démission, rupture conventionnelle ou licenciement), sa rémunération sera régularisée sur la base de son temps réel de travail :

- si le décompte fait apparaître un trop versé, celui-ci sera régularisé sur la dernière fiche de paie (sauf en cas de licenciement économique).

- si le décompte laisse apparaître un solde en sa faveur, celui-ci sera régularisé sur la dernière fiche de paie sur la base du taux horaire légale."

Il s'évince de ces dispositions contradictoires que l'annualisation du temps de travail ne s'applique que pour les salariés ayant effectué la période complète d'aménagement alors que ces mêmes salariés bénéficient d'une régularisation de leur rémunération en cas d'embauche ou de départ en

cours de période (par démission, rupture conventionnelle ou licenciement), celle-là devant dans ces circonstances inclure les éventuelles heures supplémentaires réalisées.

À cette fin, et afin de ne pas léser le salarié, il conviendra de procéder à une proratisation du seuil de déclenchement des heures supplémentaires »

Cette branche prise d'un grief disciplinaire, reproche à l'arrêt une motivation inintelligible.

Elle n'appelle pas de développements particuliers au rapport si ce n'est pour rappeler que le mémoire ampliatif souligne que l'on ne comprend pas en quoi seraient contradictoires les dispositions de l'accord dont il résulterait que l'annualisation du temps de travail ne s'applique que pour les salariés ayant effectué la période complète d'aménagement alors que ces mêmes salariés bénéficient d'une régularisation de leur rémunération en cas d'embauche ou de départ en cours de période. Le mémoire ajoute qu'après avoir affirmé que l'accord devait s'interpréter dans l'intérêt des salariés, avec une proratisation quelle que soit la date d'embauche ou de départ du salarié, la cour a procédé en réalité à une proratisation du seuil de déclenchement des heures supplémentaires en raison des absences pour maladie de la salariée alors qu'il s'agit de deux questions différentes.

Il nous appartiendra d'apprécier si les motifs retenus par la cour d'appel sont compréhensibles et si la cour d'appel a ou non motivé par des motifs intelligibles sa décision d'appliquer l'article 4-9 de l'accord à la situation de la salariée en arrêt maladie.

Les deuxième et troisième branches sont prises d'une violation de l'accord d'entreprise du 18 décembre 2009.

Le mémoire ampliatif fait valoir que c'est à tort que la cour d'appel a déduit de l'accord d'entreprise qu'il convenait de procéder à une proratisation du seuil de déclenchement des heures supplémentaires, en raison des absences pour arrêt maladie.

Il souligne que c'est la lecture du texte de l'accord qui doit primer et que les juges ne peuvent ajouter à la lettre du texte, il en déduit qu'il n'y avait pas lieu de retenir par principe une interprétation favorable au salarié.

Il rappelle les dispositions de l'accord et souligne qu'aucune des dispositions ne prévoit une réduction du seuil de déclenchement des heures supplémentaires et que le seuil à retenir est donc de 1607 heures annuelles. Il ajoute que le fait relevé par la cour d'appel que l'annualisation du temps de travail ne s'applique pas aux salariés dont le contrat de travail a débuté ou pris fin en cours d'année n'implique aucunement un abaissement du seuil de déclenchement des heures supplémentaires pour ces salariés et a fortiori pour ceux qui étaient présents dans l'effectif toute l'année et ont été absents pour maladie une partie de l'année.

Il ajoute que l'article L.3122-4 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 ne prévoit aucune proratisation du seuil de déclenchement des heures supplémentaires, également fixé à 1607 heures.

Il en déduit qu'en abaissant le seuil de déclenchement des heures supplémentaires au bénéfice de la salariée, l'arrêt a violé l'accord d'entreprise.

La salariée n'est pas représentée devant notre Cour. Toutefois, on relèvera que dans ses conclusions d'appel (p.14 et 15), elle rappelait que par arrêt (Cass. Soc. 13-7-2010 n° 08-44.550 (n° 1215 FS-PB), Sté Marrel c/ B. : RJS 11/10 n° 852) notre chambre a jugé : «

sauf stipulations conventionnelles plus favorables, le seuil de déclenchement des heures supplémentaires applicable en cas de modulation annuelle de la durée 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 » Il y a lieu, dans un tel cas, après avoir vérifié que les absences pour maladie se sont bien situées 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 ainsi déterminé .

Nous aurons à apprécier les mérites de ces deux branches au regard des termes de l'accord et de la jurisprudence précédemment citée.