

## **Heures supplémentaires dans le cadre de la modulation : les absents n'ont pas toujours tort !**

**Mickael Philipona**

Élève avocat, chargé d'enseignement Université Jean Moulin Lyon 3

28-06-2012

Les difficultés concrètes soulevées par les accords de modulation n'en finissent pas de tourmenter les praticiens, les stipulations conventionnelles ne prévoyant que très rarement les solutions applicables dans le silence de la loi. À ce titre, l'arrêt rendu par la cour d'appel de Lyon le 22 mars 2012 marque une étape clé dans l'appréhension et dans la gestion des absences dans le cadre d'un système de modulation de la durée du travail.

L'hypothèse sur laquelle les juges ont eu à se prononcer est la suivante : un salarié est employé dans le cadre d'un système de modulation annuelle de la durée du travail et est absent en cours d'année. À la fin de l'année, l'employeur doit déterminer si ce salarié a réalisé des heures supplémentaires. Ce faisant, il calcule le temps de travail effectif du salarié sur l'année, en excluant les périodes d'absence pour maladie.

La durée ainsi déterminée étant inférieure au seuil de déclenchement des heures supplémentaires fixé à 1 600 heures, aucune majoration n'est accordée au salarié.

Or les juges de la cour d'appel de Lyon sanctionnent ce mode de calcul, considérant qu'il crée une discrimination indirecte à l'égard des salariés absents pour maladie. Ce faisant, ils substituent à celle de l'employeur une méthode de calcul originale.

Rendu sur renvoi, cet arrêt a le mérite certain de présenter de manière très didactique le cadre de règles établies au sein duquel les juges ont dû tisser le canevas de la solution étudiée.

En premier lieu, il convient de rappeler qu'en vertu de l'ancien article L. 3122-10, dans le cadre de la modulation il existe deux types d'heures supplémentaires : celles réalisées au-delà de la durée maximale hebdomadaire fixée par l'accord ainsi que celles accomplies au-delà de 1 607 heures dans l'année ou du plafond inférieur fixé par l'accord de modulation. Seules ces dernières étaient ici en cause.

Il est également acquis que les heures d'absences ne peuvent donner lieu à récupération hors les cas limitativement visés à l'article L. 3122-27 du Code du travail. Transposée au système de modulation, cette interdiction commande que les heures d'absence soient décomptées en fonction de l'horaire réel que le salarié aurait dû effectuer, s'agissant de calculer la durée de travail effectuée

par le salarié en cours d'année (Cass. soc., 9 janvier 2007, n° 05-43.962, FS-P+B+R, JurisData n° 2007-036936).

La cour rappelle à ce titre que « les jours de congés payés et d'absence pour maladie ne constituent pas du temps de travail effectif à défaut de disposition légales, conventionnelles ou d'usages contraires ».

Il est par ailleurs établi qu'en vertu de l'article L. 1132-1, aucun salarié ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, en raison de son état de santé.

Nous précisons enfin que si cet arrêt a été rendu sous l'empire des dispositions relatives à l'ancienne modulation, les réponses apportées nous semblent parfaitement transposables dans le cadre du nouveau régime unique d'aménagement du temps de travail issu de la loi du 4 août 2008, le nouvel article L. 3122-4 fixant le seuil de déclenchement des heures supplémentaires en des termes identiques à ceux de l'ancien article L. 3122-10.

Ce cadre étant posé, il convient de s'attarder sur le motif qui a conduit à condamner le système retenu par l'employeur, à savoir que celui-ci créait une discrimination indirecte à l'encontre des salariés malades. Le simple fait de considérer cette situation comme discriminatoire implique de reconsidérer la conception même d'heures supplémentaires dans le cadre de la modulation (I), cette conception permettant d'expliquer le mode de calcul finalement retenu (II).

## I/ Une conception originale des heures supplémentaires réalisées dans le cadre de la modulation annuelle

Afin de bien cerner l'évolution subtile de la notion d'heures supplémentaires dans le cadre de la modulation, il importe de retracer brièvement les différentes décisions rendues dans cette affaire, lesquelles sont autant de jalons dans le cheminement intellectuel des juges.

### A/ L'impératif de non-discrimination

En première instance, les juges du conseil de prud'homme de Montbrison avaient validé la solution retenue par l'employeur, considérant que les jours d'absence indemnisés, compris à l'intérieur de la période de décompte horaire, ne devaient pas être pris en compte pour calculer le nombre d'heures supplémentaires.

Cette solution s'évinçait de la lettre même de l'ancien article L. 3122-10, en vertu duquel constituent des heures supplémentaires les heures accomplies au-delà de 1 607 heures dans l'année ou du plafond inférieur fixé par l'accord de modulation.

La définition légale des heures supplémentaires dans le cadre de la modulation annuelle commandait ainsi d'exclure les heures d'absence non assimilées à du travail effectif du décompte.

Néanmoins, cette décision devait être réformée par la cour d'appel de Lyon dans un arrêt du 25 juillet 2008, un élément important ayant échappé aux juges de première instance.

Les juges d'appel avaient ainsi relevé que le système retenu par l'employeur, et validé par les conseillers prud'homaux, avait « pour effet d'imputer systématiquement les absences pour maladie sur les heures supplémentaires et de priver le salarié qui a été en arrêt maladie du paiement des heures supplémentaires qu'il a réalisées pendant son temps d'activité » (CA Lyon, ch. soc. C, 25 juillet 2008, n° 07/05407).

La cour d'appel en concluait que ce calcul devait être sanctionné en ce qu'il conduisait à une discrimination salariale indirecte à l'encontre des salariés malades.

L'employeur s'étant pourvu en cassation, la chambre sociale, bien qu'ayant invalidé le mode de calcul retenu par les juges lyonnais (*infra*), était néanmoins parvenue à la même conclusion. Si la Cour de cassation ne le rappelait pas formellement, le visa de l'article L. 1132-1 ne laissait aucun doute quant au fait que le calcul de l'employeur devait être regardé comme discriminatoire (Cass. soc., 13 juillet 2010, n° 08-44.550, FS-P+B, JurisData n° 2010-011648).

Or dans les deux cas, le fait de considérer ce mode de calcul comme constituant une discrimination indirecte est une indication fondamentale sur la conception même des heures supplémentaires, permettant d'appréhender la solution retenue concernant le mode de calcul.

## B/ Un détour conceptuel par le référentiel hebdomadaire

La discrimination postule, au-delà du motif discriminatoire lui-même, une inégalité de traitement injustifiée.

Or en l'espèce, il ne s'agissait pas de sanctionner une pratique originale de l'employeur mais bien la mise en œuvre stricte des dispositions légales.

En effet, l'objet même de la modulation est de permettre l'appréciation du seuil de déclenchement des heures supplémentaires en fin de période annuelle. Dès lors que « les jours fériés, les jours de congés payés, et les jours d'arrêt-maladie, ne peuvent, en l'absence de dispositions légales ou conventionnelles, être assimilés à du temps de travail effectif, de sorte qu'ils ne sauraient être pris en compte dans la détermination de l'assiette de calcul des droits à majoration et bonification en repos pour heures supplémentaires » (Cass. soc. 15 novembre 2006, n° 04-48.054, JurisData n° 2006-036097), ces absences n'ont *a priori* pas à être prises en compte pour apprécier si le seuil de déclenchement des heures supplémentaires est atteint.

Il est d'ailleurs important de souligner que dans son arrêt du 2 juin 2010, la chambre sociale rappelait également que « 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 ».

Le seuil de déclenchement des heures supplémentaires étant en l'espèce fixé par l'accord sur une base annuelle de 1 600 heures de travail effectif et les heures d'absence n'étant pas du temps de travail effectif, la définition légale des heures supplémentaires posée par l'ancien article L. 3122-10 ne pouvait que conduire à exclure ces heures d'absence, quel qu'en soit le motif, dans l'appréciation du dépassement de ce seuil.

On sait à ce titre que la Cour de cassation admet des différences de traitement à l'égard du salarié absent pour maladie en matière de rémunération, « à la condition que toutes les absences, hormis celles qui sont légalement assimilées à un temps de travail effectif, entraînent les mêmes conséquences sur son attribution » (Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-23.139, FS-P+B, JurisData n° 2012-000194).

Comme l'a très justement fait remarquer Michel Morand, « l'absence ne devrait pas réduire le seuil de déclenchement des heures supplémentaires ». Au-delà de l'égalité, l'équité même interdit que « le salarié qui effectue 1 607 heures de travail effectif [soit] traité, au plan des 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 » (M. Morand, « L'incidence des absences sur le calcul des heures supplémentaires dans le cadre de la modulation », *JCP S*, 2010, 1355).

Au regard de l'ensemble de ces éléments, le mode de calcul n'aurait pas dû pouvoir être considéré comme discriminatoire.

Pour comprendre comment les juges ont pu considérer ce système comme discriminatoire, il est nécessaire de reprendre dans le détail la motivation de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Lyon.

Dans son arrêt du 22 mars 2012, comme en 2008, celle-ci condamne le mode de calcul de l'employeur en relevant que l'imputation systématique des heures d'absence sur les heures supplémentaires conduit à « priver le salarié qui a été en arrêt maladie du paiement des heures supplémentaires qu'il a réalisées pendant son temps d'activité. »

On ne peut donc comprendre de cette motivation qu'une seule chose, c'est que le salarié a été privé des majorations au titre des heures supplémentaires « réalisées pendant son temps d'activité », c'est-à-dire les heures supplémentaires réalisées et acquises lors de ses semaines de présence.

En effet, c'est bien parce que certaines heures au-delà de 35 heures auront été réalisées sur d'autres semaines, au-delà d'une stricte compensation des variations prévues dans le cadre du programme de modulation, que le salarié absent pour maladie ne peut être privé des majorations acquises à ce titre.

**Bacaly n° 1 - Janvier-Juin 2012**

Un exemple pris dans le cadre d'une organisation sur 4 semaines permet de s'en rendre compte facilement :

Un aménagement du temps de travail est prévu sur 4 semaines comme suit : 30 heures les deux premières semaines et 40 heures les deux suivantes.

Le salarié réalise finalement les horaires suivants :

Semaine 1 : 31 heures (30 h prévues + 1 h)

Semaine 2 : 33 heures (30 h prévues + 3 h)

Semaine 3 : absence totale

Semaine 4 : 40 heures.

En principe, constituent des heures supplémentaires les heures effectuées au-delà de la moyenne de 35 heures calculée sur la période de référence (article L. 3122-4).

En l'espèce le salarié effectue au total 104 heures de travail effectif, soit 26 heures en moyenne par semaine sur la période. Il n'aurait donc droit en principe à aucune majoration pour heure supplémentaire.

Lorsque la cour d'appel de Lyon indique que le salarié ne doit pas être « privé des majorations au titre des heures supplémentaires réalisées pendant son temps d'activité », elle vise dans notre exemple l'heure réalisée en semaine 1 ainsi que les 3 heures réalisées en semaine 2, au-delà de l'horaire prévu dans le cadre de la modulation.

L'analyse de la cour d'appel de Lyon, telle que reprise par la Cour de cassation, renoue donc *in fine* avec le référentiel hebdomadaire des heures supplémentaires, et non plus comme le prévoient les textes dans le cadre strict de la modulation annuelle.

Ce retour à une conception hebdomadaire, au-delà d'aller contre la lettre et l'esprit du texte, permet d'expliquer le mode de calcul finalement retenu.

## II/ La méthode de calcul imposée

Une fois admis que le système mis en place par l'employeur était discriminatoire, encore fallait-il détailler le mode de calcul que ce dernier aurait dû mettre en place.

## A/ Neutralisation des absences sur la base de la durée moyenne de 35 heures

Dans son arrêt du 25 juillet 2008, la cour d'appel de Lyon avait retenu un système extrêmement avantageux pour le salarié consistant à additionner les heures d'absence pour maladie au temps de travail effectivement accompli par le salarié, l'intégralité des heures dépassant le seuil de déclenchement annuel ouvrant droit à majoration. Les heures d'absence étaient ensuite imputées sur la base du taux horaire normal.

Ce mode de calcul, à l'exact opposé de celui retenu par l'employeur, avait logiquement été censuré par la Cour de cassation dans son arrêt du 2 juin 2010, un tel système conduisant en réalité à « assimiler les heures d'absence pour maladie à un temps de travail effectif ».

La chambre sociale avait alors demandé à la cour d'appel de Lyon, autrement composée, de revoir sa copie en appliquant une méthode de calcul originale, intermédiaire entre les deux solutions extrêmes retenues par les juges du fond.

Dans leur arrêt du 22 mars 2012, les juges lyonnais se sont appliqués à mettre en œuvre la solution dégagée par la Cour de cassation. Après avoir rappelé, avec une pédagogie certaine, les principes de non-discrimination, de non récupération, et de non assimilation des absences à du temps de travail effectif, les juges lyonnais asseyent l'attendu de principe de l'arrêt de cassation :

« 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. Il convient ensuite de comparer le nombre d'heures effectivement accomplies par le salarié pendant l'année au seuil de déclenchement des heures supplémentaires ainsi déterminé. »

Le premier enseignement de cet arrêt est que le seuil de déclenchement des heures supplémentaires, pourtant clairement défini par l'ancien article L. 3122-10 et l'article L. 3122-4, doit être réduit par les absences du salarié en période haute.

Quant au volume de cette réduction, celle-ci ne doit pas se faire sur la base de l'horaire que le salarié aurait dû réaliser (système retenu par l'employeur), mais sur la base de la durée hebdomadaire moyenne de modulation.

Il convient à ce stade de préciser que par « durée moyenne de la modulation », il faut comprendre la durée hebdomadaire applicable en l'absence de modulation, soit à défaut de précisions la durée légale de 35 heures. C'est en effet la durée moyenne correspondant au seuil de déclenchement annuel des heures supplémentaires, mais c'est également selon nous la seule lecture qui rende intelligible le

calcul retenu. Il serait en effet totalement incohérent de déduire pour déterminer le seuil de déclenchement des heures supplémentaires une durée moyenne de 36 ou 38 heures, puisque celle-ci inclurait déjà par définition des heures supplémentaires.

En pratique, pour une absence de six semaines en période haute, le seuil de déclenchement des heures supplémentaire devra être réduit de  $6 \times 35 = 210$  heures. Ainsi sur la base du seuil légal de 1 607 heures annuelles, toute heure réalisée au-delà de la 1 397<sup>e</sup> constituerait une heure supplémentaire majorée.

Michel Morand (article précité) avait bien mis en évidence que cette méthode de calcul conduisait à une discordance entre la durée de travail devant être effectuée par le salarié et le seuil de déclenchement des heures supplémentaires.

En effet, le principe de non récupération impose de déduire les heures d'absences sur la base de l'horaire réel s'agissant de calculer la durée de travail effectif due par le salarié.

En reprenant l'exemple d'une durée annuelle de travail de 1 607 heures et d'une absence de deux semaines en période haute de 40 heures chaque semaine, la méthode de calcul retenue conduit à retenir :

- Une durée de travail à effectuer par le salarié de :  $1\ 607 \text{ heures} - (2 \times 40 \text{ heures})$ , soit 1 527 heures
- Un seuil de déclenchement des heures supplémentaires fixé à :  $1\ 607 \text{ heures} - (2 \times 35 \text{ heures})$ , soit 1 537 heures.

Selon Michel Morand, cette différence entre la durée de travail effectif due par le salarié et le seuil de déclenchement des heures supplémentaires rendrait impossible la cohabitation de ces deux méthodes d'évaluation de l'absence, le delta de 10 heures constituant nécessairement des heures supplémentaires.

Il nous semble au contraire que cette différence entre les deux méthodes d'appréciation est parfaitement justifiée et cohérente, si l'on admet l'évolution développée plus tôt du concept d'heures supplémentaires dans le cadre de la modulation.

## **B/ La recherche d'une compensation intégrale des heures réalisées en période haute**

En retenant un référentiel hebdomadaire et non pas annuel des heures supplémentaires dans le cadre de la modulation, on peut considérer que les heures réalisées au-delà de 35 heures en période haute ne sont pas considérées comme heures supplémentaires que tant qu'elles sont intégralement compensées par des heures de « repos » en période basse. Le seuil de déclenchement des heures sup-

plémentaires serait alors déterminé par cet équilibre entre d'une part les heures de « repos » de la période basse, et les heures « extra » 35 heures de la période haute.

Or lorsque le salarié est absent en période haute, cette compensation intégrale est affectée. N'ayant pas effectué un certain nombre d'heures en période haute, le salarié se retrouve avec un crédit d'heures de « repos » de la période basse.

Les heures réalisées au-delà de la durée de travail effectif due par le salarié, autrement dit le delta entre la durée de travail et le seuil de déclenchement des heures supplémentaires, devront ainsi s'imputer d'abord sur ce crédit d'heures de « repos » disponible, avant de pouvoir constituer des heures supplémentaires majorées.

Pour reprendre l'exemple simple d'une organisation sur 4 semaines comme suit : 30 heures les deux premières semaines et 40 heures les deux suivantes.

Le salarié réalise finalement les horaires suivants :

Semaine 1 : 34 heures (30 h prévues + 4 h)

Semaine 2 : 33 heures (30 h prévues + 3 h)

Semaine 3 : absence totale

Semaine 4 : 40 heures

La durée de travail normalement due par le salarié est de 100 heures (40 + 30 + 30), et la durée de travail effectif de 107 heures (40 + 34 + 33).

Conformément au calcul appliqué par les juges lyonnais, le seuil de déclenchement des heures supplémentaires est fixé à 105 heures (140 – 35).

Dès lors que le salarié a réalisé 107 heures de travail effectif, il a droit à 2 heures supplémentaires majorées.

Comme on le voit, il existe une différence de 5 heures entre le calcul de la durée de travail due par le salarié (100 heures) et celui du seuil de déclenchement des heures supplémentaires (105 heures).

Ce delta de 5 heures correspond à une semaine de période basse à 30 heures non compensée par une semaine haute à 40 heures. Le salarié réalise 107 heures de travail effectif, soit 7 heures au-delà de l'horaire prévu dont 5 vont s'imputer sur ce crédit d'heures de « repos » disponible, seules les 2 heures restantes constituant des heures supplémentaires majorées.

Cette méthode de calcul n'est ni plus ni moins que celle préconisée, certes sous une forme légèrement différente, par le professeur Gérard Vachet suite à l'arrêt de la cour d'appel de Lyon du 25 juillet 2008 (G. Vachet, « Accord de modulation et décompte des heures supplémentaires », *JCP S*, 1452).

Ce dernier préconisait qu'en cas d'absence du salarié en période haute, il convenait 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. »

Déduire en fin d'année, pour l'appréciation des heures ouvrant droit à majoration, les majorations auxquelles le salarié aurait eu droit s'il avait travaillé en période haute, revient bien *in fine* à neutraliser ces périodes sur la base de la durée moyenne de 35 heures.

Dans les deux cas, la méthode de calcul implique donc bien un détour conceptuel par une appréhension hebdomadaire des heures supplémentaires. Le référentiel hebdomadaire apparaît ainsi comme la grille de lecture permettant de comprendre la méthode de calcul validée par les juges.

Celle-ci s'éloigne, comme on le voit, de la lettre comme de l'esprit du texte qui posait un principe d'appréciation des heures supplémentaires dans un cadre annuel. Elle a cependant le mérite certain de donner une réponse opérationnelle et ferme aux responsables des services de paie.

Pour autant, cet arrêt laisse un certain nombre de questions en suspens, notamment sur le point de savoir si ce mode de calcul peut être étendu aux autres cas d'absence. La solution retenue découlant directement d'un impératif de non-discrimination, il ne nous semble pas possible de l'étendre aux cas où l'absence ne serait pas liée à une situation visée à l'article L. 1132-1 du Code du travail (ex : absence pour grève).

La Cour de cassation semble aller dans ce sens, ayant récemment considéré que les heures de congé sans solde devaient être neutralisées en totalité s'agissant d'apprécier le seuil de déclenchement des heures supplémentaires (Cass. soc., 9 févr. 2011, n° 09-42939, FS-P+B+R, n° 2011-001299).

Les termes restrictifs de l'arrêt commenté ne visant que l'absence en période haute, se pose également la question du traitement des absences du salarié en période basse. Par une lecture *a contrario*, on pourrait conclure que celles-ci doivent être neutralisées sur la base de l'horaire réel que le salarié aurait dû effectuer.

Néanmoins, il nous semble qu'il serait tout à fait possible de pousser la logique de non-discrimination jusqu'au bout.

Si l'on considère que les heures « extra » réalisées en période haute ne sont pas considérées comme des heures supplémentaires qu'à la seule condition d'être compensées par des heures de « repos »

en période basse, il convient en toute logique de déduire les absences en période basse sur la base de la durée moyenne de la modulation.

En effet, les heures « extra » réalisées en période haute se trouvant privées de leur équivalent en heures de « repos » du fait de l'absence, elles pourraient être considérées comme constituant des heures supplémentaires.

Ce faisant, le seuil de déclenchement des heures supplémentaires s'abaisserait plus vite que le nombre d'heures à effectuer par le salarié, générant automatiquement des majorations au titre des heures réalisées en période haute mais non compensées par des heures de « repos » en période basse.

Ce serait en définitive le seul moyen pour que le salarié ne soit pas « privé des majorations au titre des heures supplémentaires réalisées pendant son temps d'activité ».

Arrêt commenté :

CA Lyon, chambre sociale B, 22 mars 2012, n° 10/06523