

*Jugement*

## Heures supplémentaires ou solde positif d'un horaire de travail flexible

Il faut opérer une distinction entre les heures supplémentaires et le solde positif accumulé dans le contexte d'un horaire de travail flexible (*gleitende Arbeitszeit*). Si le travailleur détermine librement la durée de son temps de travail journalier il a en contrepartie de cette autonomie la responsabilité de récupérer à temps le solde de travail excédentaire qu'il a librement accumulé.

**Faits**

X. SA, a engagé A. en qualité de contrôleur de gestion dès le 12 février 2007. De durée indéterminée, le contrat de travail comportait notamment les clauses suivantes: l'horaire de travail était fixé en accord avec la direction générale, en fonction des besoins établis par cette dernière. L'horaire cadre était en principe de 9h00 à 12h00 et de 13h00 à 18h00. Le salaire alloué couvrait l'ensemble des prestations de A., ainsi que ses déplacements professionnels en Suisse et à l'étranger; la compensation par un congé et la rétribution spéciale d'heures supplémentaires étaient en principe exclues, sous réserve d'accords particuliers. A. voyait son attention attirée sur les nombreux voyages professionnels qu'il serait amené à effectuer dans le cadre de son travail.

X. SA détenait des sociétés domiciliées au Maroc. A. passait beaucoup de temps dans ce pays, où il travaillait sous les ordres de D., directeur de deux sociétés du groupe. Dès le 1<sup>er</sup> mai 2007, A. a bénéficié de l'assistance d'un contrôleur de gestion junior.

Le 30 janvier 2008, X. SA a résilié le contrat de travail pour le 31 mars 2008. Dès le 25 février 2008, A. a formulé diverses réquisitions; elle a réclamé le paiement de 550 heures supplémentaires. A. a produit un décompte établi par ses soins; il n'en avait jusque-là jamais soumis à son employeuse. Ce décompte recense 787,5 heures supplémentaires pour la période s'étendant d'avril 2007 à janvier 2008.

**Extraits des considérants**

**2.2** Il incombe au travailleur de prouver qu'il a effectué les heures supplémen-

taires dont il demande la rétribution. S'il n'est pas possible d'établir le nombre exact d'heures effectuées, le juge peut, par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO, en estimer la quotité. L'évaluation se fonde sur le pouvoir d'appréciation des preuves et relève donc de la constatation des faits, que le Tribunal fédéral revoit uniquement sous l'angle de l'arbitraire. Si l'art. 42 al. 2 CO allège le fardeau de la preuve, il ne dispense pas le travailleur de fournir au juge, dans la mesure raisonnablement exigible, tous les éléments constituant des indices du nombre d'heures accomplies. La conclusion selon laquelle les heures supplémentaires ont été réellement effectuées dans la mesure alléguée doit s'imposer au juge avec une certaine force.

Lorsque l'employeur n'a mis sur pied aucun système de contrôle des horaires et n'exige pas des travailleurs qu'ils établissent des décomptes, il est plus difficile d'apporter la preuve requise; L'employé qui, dans une telle situation, recourt aux témoignages pour établir son horaire effectif utilise un moyen de preuve adéquat.

**2.3** Il est constant que A. a attendu 7 semaines à compter de la déclaration de licenciement pour demander le paiement de ses heures supplémentaires; il s'est tout d'abord abstenu d'évoquer cette question dans les discussions qui ont suivi l'annonce du congé. A l'appui de sa prétention, il a produit un décompte personnel recensant 787,5 heures supplémentaires, qu'il n'avait jusque-là jamais présenté à X. SA.

La cour cantonale a précisé que l'expertise judiciaire n'apportait aucun élément probant supplémentaire par rap-



port au décompte unilatéral du travailleur. Elle s'est ensuite référée à une pièce et aux témoignages recueillis, dont elle a retiré les éléments suivants:

Dans un rapport de gestion établi à la fin du mois de novembre 2007, D., supérieur hiérarchique de A. pour les activités déployées au Maroc, avait précisé avoir régulièrement travaillé 14 à 16 heures par jour avec A. Lors de son audition en qualité de témoin, le supérieur hiérarchique avait confirmé que pour mener à bien ses différentes activités, A. avait travaillé plus de 12 heures par jour, ainsi que le samedi matin et parfois le dimanche; sa conscience professionnelle lui avait toujours dicté de répondre aux attentes de ses supérieurs sans comptabiliser le temps nécessaire à leur bonne exécution.

L'assistant de A. avait déclaré que celui-ci consacrait tout son temps à travailler, souvent avec D., y compris une bonne partie des soirées et des week-ends. Quant à l'ancien directeur général de X. SA, il avait affirmé que A. n'avait jamais reçu l'ordre d'effectuer des heures supplémentaires, tout en admettant que les journées étaient longues à l'étranger, le témoin lui-même ayant régulièrement travaillé entre 12 et 14 heures par jour. Un autre supérieur hiérarchique, tout en disant ignorer si le décompte correspondait à la réalité, avait concédé que les subordonnés pouvaient être interpellés le dimanche, le samedi ou tard le soir. Enfin, un cin-



Illustration: Christine Barf

quième témoin avait déclaré que A. traitait beaucoup de dossiers, et que le fait de devoir y travailler avec un seul assistant pouvait engendrer des heures supplémentaires.

La Cour d'appel a conclu que les témoignages permettaient de conclure, avec une «certaine force» au sens exigé par la jurisprudence, que 700 heures supplémentaires avaient réellement été effectuées, ce qui équivalait à 58 heures par mois tout au long des rapports de travail ayant duré de mi-février 2007 à mi-février 2008.

**2.5.** Au niveau des faits, X. SA conteste le nombre d'heures supplémentaires retenues par une argumentation de type essentiellement appellatoire, en se fondant partiellement sur des faits qui ne ressortent pas de l'arrêt attaqué; il en est ainsi des explications concernant la journée du vendredi. Quant au grief visant l'interprétation du rapport de gestion, il est infondé. Compte tenu des témoignages recueillis, dont celui de l'auteur du rapport, l'on ne voit pas en quoi il serait arbitraire de considérer que les 14 à 16 heures «passées ensemble» étaient des heures de travail, même si A. et son supérieur partageaient l'appartement de fonction de X. SA.

Pour le surplus, X. SA ne discute pas la crédibilité des témoins. Elle ne reproche pas à la cour d'avoir arbitrairement méconnu d'autres aspects des

témoignages recueillis, ou d'autres éléments de preuve.

**3.1** X. SA dénonce en outre une violation de l'art. 321c al. 3 CO. En se référant à une jurisprudence sur l'horaire flexible, elle reproche à la cour cantonale d'avoir ignoré le fait que A. disposait d'une grande liberté dans l'organisation de son travail et avait tout loisir de compenser les heures supplémentaires effectuées lors de missions particulières ou dans des situations d'urgence caractérisée. S'il n'était pas en mesure de compenser les heures effectuées, A. aurait dû le signaler à X. SA et la rendre attentive à son surcroît de travail.

**3.2** L'art. 321c CO prévoit que les heures supplémentaires sont compensées en nature ou en espèces; plus précisément, l'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale, qui doit être accordé au cours d'une période appropriée (al. 2). L'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé (al. 3).

L'employeur ne peut pas imposer unilatéralement la compensation en nature. Un accord du travailleur est nécessaire. Il incombe à l'employeur de prouver l'existence d'une telle convention, qui peut être tacite.

Par ailleurs, il faut opérer une distinction entre les heures supplémentaires et le solde positif accumulé dans le contexte d'un horaire de travail flexible (*gleitende Arbeitszeit*). Les parties peuvent convenir que le travailleur, dans un cadre prédéfini, détermine librement la durée de son temps de travail journalier, pourvu qu'à l'issue d'une période de référence, il ait accompli le nombre d'heures contractuellement dues. Généralement, des heures de présence obligatoire (plages «bloquées») doivent être respectées, le travailleur pouvant s'organiser librement le reste du temps. En contrepartie de cette autonomie, le travailleur a la responsabilité de récupérer à temps le solde de travail excédentaire qu'il a librement accumulé. S'il laisse croître ce solde positif dans une mesure importante, il assume le risque

de ne pas pouvoir le compenser en cas de résiliation du contrat, laquelle peut survenir en tout temps. Une indemnisation du travail effectué en plus n'entre en considération que si les besoins de l'entreprise ou des directives de l'employeur empêchent le travailleur de récupérer ses heures en dehors des plages bloquées. Il ne s'agit alors plus de solde positif dans l'horaire flexible, mais de véritables heures supplémentaires. En pratique, il est souvent délicat de tracer la frontière entre les heures supplémentaires et le solde bénéficiaire dans le cadre d'un horaire flexible; il faut garder à l'esprit que les premières sont imposées par les besoins de l'entreprise ou les directives de l'employeur, tandis que le solde excédentaire est librement accumulé par la volonté du travailleur.

**3.3** La décision attaquée ne constate pas, expressément ou implicitement, que les parties auraient pratiqué l'horaire de travail flexible, en dérogation à l'horaire cadre prévu dans le contrat; elle n'indique pas non plus que les dépassements d'horaire auraient concerné des missions particulières ou des cas d'urgence générant une surcharge passagère susceptible d'être compensée ultérieurement. X. SA ne soulève pas le grief d'arbitraire quant à l'établissement des faits; elle se contente de mettre en exergue des éléments de témoignage qui étayeraient sa propre version des faits. Un tel procédé ne justifie pas de s'écarter de l'état de fait retenu dans l'arrêt cantonal. Au demeurant, la cour d'appel a établi sans arbitraire que A. avait accumulé un nombre important d'heures de travail supplémentaires (*supra*, consid. 2). Il n'a pas été établi que X. SA aurait donné des directives à ce sujet; en d'autres termes, ces heures étaient dictées par les besoins de l'entreprise. Il appert en outre que X. SA ne pouvait ignorer les heures accomplies, et que la preuve d'une compensation de celles-ci n'a pas été rapportée. Dans ces circonstances, X. SA ne saurait se prévaloir de la jurisprudence sur l'horaire flexible. Le grief est mal fondé.

*Arrêt du Tribunal fédéral suisse, 19 février 2013 (4A\_611/2012)*