

COMMISSION ARBITRALE CCT INFRI FOPIS

Procès verbal du 21 juin 2011

Avis du 17 novembre 2011

Président : Marc Sugnaux
Assesseur(e)s : André Sudan, Ursula Schneider Schüttel, Simon Beaud, Joseph Aebischer

Objet : procédure de conciliation A. – institution B.
Lieu : Centre de perfectionnement interprofessionnel, 1763 Granges-Paccot
Heure : 18.00 heures à 18 heures 45

Parties présentes : - A., collaboratrice de l'institution B.
- pour l'institution B., C.

Les parties ont exposé le contenu du litige et leur position quant à celui-ci. Il en ressort en particulier ce qui suit :

- A. demande à son employeur que des heures supplémentaires effectuées durant l'année 2010 soient compensées par du temps libre. Cette compensation était prévue entre le 18 octobre 2010 et le 31 octobre 2010, mais elle n'a pas pu en bénéficier (en intégralité) car elle se trouvait en incapacité de travail du 22 octobre 2010 au 2 novembre 2010.
- l'institution B. affirme quant à elle que les heures invoquées par A. ne constituent pas des heures supplémentaires. Il s'agit au contraire d'heures effectuées en sus de l'horaire hebdomadaire ordinaire - dans le cadre d'un système d'horaire flexible. Ce surcroît d'heures a déjà été « compensé » par une période sans travail planifiée entre le 22 octobre 2010 et le 2 novembre 2010. Le fait que A. s'est trouvée en incapacité de travail durant cette période ne lui donne pas droit à du temps libre supplémentaire.

Au cours des débats, les parties ainsi que les membres de la Commission se sont déterminés à plusieurs reprises sur les questions de fait et de droit en relation avec le différend soulevé. L'échec de la conciliation a ensuite été constaté.

A l'issue de la séance, le Président a indiqué que, si une partie le souhaitait, la Commission arbitrale était prête à émettre un avis purement consultatif sur le litige. Une telle demande ayant été formulée par A., la Commission arbitrale formule l'avis suivant :

En fait

- A. Par courrier du 25 mars 2011, A. a adressé à la Commission arbitrale une demande de conciliation dans le cadre d'un litige existant avec son employeur et portant sur la compensation d'heures supplémentaires. En substance, elle conclut à ce qu'il lui soit reconnu le droit de compenser par du temps libre des heures supplémentaires effectuées pour lesquelles une compensation par du temps libre avait été planifiée entre le 22 octobre 2010 et le 31 octobre 2010.

A l'appui de sa demande, A. affirme notamment que d'entente avec sa hiérarchie, il avait été planifié qu'elle serait « en reprise d'heures supplémentaires entre le 18 octobre et le 31 octobre 2010 ». Ayant été malade entre le 22 octobre 2010 et le 2 novembre 2010, elle a demandé à son employeur de pouvoir bénéficier des heures supplémentaires perdues sous forme d'une nouvelle reprise d'heures de repos. Par lettre motivée du 20 décembre 2010, cette demande a été refusée. A. conteste ce refus et les motifs par lequel il est justifié. Dans la mesure utile, ses arguments seront repris dans la partie en droit du présent avis.

- B. Par courrier du 28 avril 2011, l'institution B. conclut au rejet des conclusions de la demande de conciliation. Elle se réfère pour l'essentiel au courrier du 20 décembre 2010 par lequel elle a refusé la demande de compensation formulée par A.

En substance, l'institution B. affirme dans son courrier du 20 décembre 2010 que la période de temps libre planifiée du 18 au 31 octobre 2010 doit être considéré comme du congé destiné à compenser des heures effectuées. Dans la mesure où ce congé ne constitue pas des vacances, mais doit plutôt être assimilé à du « temps de repos supplémentaire au travail », le fait que A. a été malade durant une partie de ce congé ne lui donne pas droit à un paiement supplémentaire ou au remplacement de ce congé à une autre date. Pour le reste et dans la mesure utile, les arguments développés par l'institution B. seront repris dans la partie en droit du présent avis.

- C. Le 21 juin 2011, la Commission arbitrale a tenu une séance de conciliation, à l'issue de laquelle aucun accord n'a été trouvé entre les parties. Les parties ont notamment eu l'occasion de préciser leurs positions dans le sens de ce qui figure dans le préambule au présent avis.

En droit

1. Horaire de travail

- 1.1 La législation relative au contrat de travail ne règle pas les formes de temps de travail. Dans la pratique, s'agissant en particulier des contrats à durée indéterminée, on distingue en particulier les modèles suivants :

- l'horaire fixe (ou horaire imposé): le travailleur doit effectuer le nombre d'heures prévu par le contrat (en principe sur une base hebdomadaire) selon un horaire défini par le contrat ou par les directives de l'employeur.
- l'horaire flexible (ou horaire mobile, ou horaire libre): le travailleur doit effectuer le nombre d'heures prévu par le contrat (en principe sur une base hebdomadaire) selon un horaire déterminé seulement en partie ; ce type d'horaire est caractérisé généralement par le fait que, en dehors de périodes de travail déterminées (heures dites « bloquées »), le travail peut être réparti selon le désir du travailleur pendant le reste de la journée (heures dites « libres »), le nombre d'heures convenu devant être atteint durant la journée, la semaine, le mois ou encore durant une période plus longue ;
- l'horaire annualisé: le travailleur doit effectuer le nombre d'heures prévu par le contrat sur une base annuelle; les heures à effectuer ne sont pas réparties par jour ou par semaine, mais sur l'ensemble de l'année; le travailleur peut avoir plus ou moins de liberté dans cette répartition.
- l'absence d'horaire: les parties au contrat de travail n'ont pas convenu du nombre et de la localisation des heures à effectuer par le travailleur.

Indépendamment des quelques modèles susmentionnés, les parties au contrat de travail peuvent convenir d'un horaire particulier, adapté à leurs besoins et souhaits spécifiques. A titre d'exemple tiré du droit public, aux articles 23 à 30 de son

Règlement du 15 juin 2009 sur le temps de travail du personnel de l'Etat (RSF 122.70.12), le Conseil d'Etat du canton de Fribourg a introduit la possibilité de conclure une convention de flexibilisation du temps de travail. Cette possibilité concerne les cas où la flexibilisation répond tant aux besoins du service ou aux objectifs prévus pour le collaborateur qu'aux besoins d'harmonisation de la vie privée du collaborateur ou de la collaboratrice avec ses obligations professionnelles. Un tel horaire particulier peut notamment prévoir qu'un travailleur ou une travailleuse effectuera plus d'heures durant certaines périodes de l'année et que ces heures seront compensées par un congé correspondant par exemple à une période de vacances scolaires.

1.2 Sous le titre « Durée du travail et horaire », l'art. 14 CCT INFRI FOPIS énonce :

- « a) *Le collaborateur ou la collaboratrice consacre à son travail tout le temps prévu par les prescriptions relatives à la durée du travail et à l'horaire fixés dans l'annexe 6 et dans son contrat d'engagement.*
- b) *Les dispositions d'exécution fixent la durée du travail du personnel. Elles peuvent prévoir des durées différentes selon les catégories de personnel.*
- c) *Dans le cadre de la durée du travail fixée par les dispositions contenues à l'annexe 6, la direction peut prévoir divers modèles de temps de travail en fonction des besoins des services et des catégories de personnel. »*

S'agissant des collaborateurs et collaboratrices qui n'entrent pas dans une des catégories spécifiques mentionnées dans les annexes 6 et 6bis CCT INFRI FOPIS, l'article 1 lettre a de l'annexe 6 énonce que la durée générale du travail est de 42 heures par semaine, en principe réparties sur cinq jours et que cela correspond à un horaire annuel moyen de 1'900 heures.

Sous le titre « Horaire imposé », l'art. 17 lettre a CCT INFRI FOPIS précise que pour les fonctions qui l'exigent, l'horaire de travail peut être imposé en entier au collaborateur ou à la collaboratrice, à condition que le cahier des charges le prévoie.

1.3 Le contrat de travail conclu entre les parties prévoit un taux d'activité de 40%. Pour le reste son contenu précis n'est pas connu de la Commission arbitrale.

2. Compensation des heures supplémentaires et du surplus d'horaire variable

2.1 L'article 321c alinéa 1 du code des obligations (CO) – auquel il ne peut être dérogé ni en faveur du travailleur, ni en faveur de l'employeur (voir art. 361 CO) – dispose que si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit notamment le contrat ou une convention collective, le travailleur est tenu d'exécuter ce travail supplémentaire dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander.

Sur la base de cette disposition, la jurisprudence et la doctrine définissent les heures supplémentaires comme les heures de travail effectuées au-delà de la durée normale prévue par le contrat de travail, par un accord ultérieur exprès ou tacite, par une convention collective ou encore par ce qui est usuel dans l'entreprise (voir notamment R. WYLER, Droit du travail, Berne 2008, p. 116, et les références citées).

Pour être considérées comme des heures supplémentaires, les heures au-delà de la durée normale du travail doivent en outre être effectuées dans l'intérêt de l'employeur. Tel est le cas lorsqu'elles sont accomplies à la demande de l'employeur. Lorsqu'elles sont effectuées à l'initiative du travailleur, les heures au-delà de la durée normale du travail ne constituent des heures supplémentaires que si elles sont objectivement accomplies dans l'intérêt de l'employeur, si elles sont justifiées et si l'employeur en a connaissance. Cette connaissance peut résulter d'une communication expresse du

travailleur ou de circonstances telles que l'employeur ne peut ignorer l'accomplissement d'heures au-delà de la durée normale de travail. Les heures effectuées spontanément par le travailleur ne constituent par contre pas des heures supplémentaires lorsqu'elles sont accomplies contrairement à la volonté de l'employeur ou à son insu, sans que des circonstances exceptionnelles ne les justifient dans l'intérêt de l'employeur (voir notamment R. WYLER, Droit du travail, Berne 2008, p. 117, et les références citées).

Sous le titre « Définition et limites des heures supplémentaires », l'art. 16.2 CCT INFRI FOPIS reprend en partie ce qui précède en énonçant :

- « a) *Sont des heures supplémentaires de travail les heures de travail accomplies en sus de l'horaire ordinaire de travail et lorsque les circonstances le justifient.*
- b) *Lorsqu'une heure supplémentaire est spontanément effectuée par le/la collaborateur/trice, elle doit correspondre à un intérêt objectif de l'employeur. Le/la collaborateur/trice en informe l'employeur dans le mois en cours.*
- c) *Le collaborateur ou la collaboratrice ne peut être tenu-e d'accomplir plus de cent vingt heures supplémentaires par année civile.*
- d) *Le travail supplémentaire ne peut être étendu à la nuit, au dimanche ou à un jour chômé qu'avec le consentement du collaborateur ou de la collaboratrice ou si son cahier des charges le prévoit. »*

- 2.2 S'agissant de la compensation des heures supplémentaires effectuées, les règles prévues par la CCT INFRI FOPIS priment sur le système prévu par les art. 321c al. 2 et 3 CO, auquel il peut être dérogé librement (voir art. 361 et 362 CO a contrario).

Sous le titre « Compensation et rémunération », l'art. 16.4 CCT INFRI FOPIS énonce :

- « a) *La compensation des heures supplémentaires se fait à raison d'une heure de congé pour une heure supplémentaire de travail.*
- b) *A défaut de compensation dans les six mois, les heures supplémentaires donnent droit à une rémunération au taux horaire du traitement mensuel, augmenté d'un quart. (...) »*

- 2.3 Selon la jurisprudence, lorsque l'employeur laisse au travailleur le soin d'organiser son horaire de travail dans le cadre d'un horaire flexible, un surplus d'horaire variable ne représente en principe pas des heures supplémentaires au sens de l'art. 321c CO. En effet, l'autonomie qui lui est reconnue lui impose en contrepartie de veiller à ce que les excédents d'heures réalisés ne prennent pas une ampleur telle qu'ils ne puissent être compensés pendant la période correspondant à un délai de congé ordinaire. Ainsi, le travailleur au bénéfice d'un horaire flexible doit en principe compenser en temps utile par un congé les heures qu'il a effectuées en plus de l'horaire contractuel. Une rémunération en espèces n'entre en considération que si des nécessités liées à l'entreprise ou si des directives de l'employeur ne permettent pas de compenser un excédent d'heures par du temps libre; dans un tel cas, les heures effectuées en surnombre ne doivent plus être considérées comme un crédit découlant de l'horaire de travail flexible, mais comme de véritables heures supplémentaires (ATF 123 III 469 ; voir aussi ATF du 3 mai 2007 dans la cause 4C.76/2007).

Pour les mêmes raisons liées à l'autonomie du travailleur dans l'organisation de son temps de travail, le principe susmentionné devrait également s'appliquer dans le cadre d'un horaire annualisé permettant au travailleur de fixer librement les heures à effectuer sur l'ensemble de l'année. Tel ne devrait par contre pas être le cas lorsque c'est l'employeur qui décide, éventuellement après avoir consulté le travailleur, de la répartition des heures de travail à effectuer durant l'année.

- 2.4 Il résulte de ce qui précède, de façon schématique, qu'en fonction des circonstances et du type d'horaire prévu contractuellement, les heures effectuées en plus de celles prévues par le contrat doivent être considérées comme des heures supplémentaires au sens de l'art. 321c al. 1 CO ou comme un surplus d'horaire variable. Les heures supplémentaires donnent droit au travailleur à une compensation en temps, voire à une compensation en argent aux conditions de l'art. 16.4 CCT INFRI FOPIS. Quant au surplus d'horaire variable, il donne droit au travailleur à une compensation en temps, voire à une compensation en argent à des conditions très restrictives.

3. Compensation des heures effectuées en sus de l'horaire contractuel par A.

En l'espèce, eu égard à la nature de la procédure de conciliation, la Commission arbitrale n'a pas administré les preuves qui permettraient notamment d'établir si le contrat de travail conclu entre les parties prévoit un horaire de type fixe, flexible ou annualisé. En l'état des faits portés à la connaissance de la Commission arbitrale, il apparaît par contre qu'indépendamment du modèle convenu, il arrive que A. soit requise d'effectuer durant certaines périodes plus d'heures que celles prévues contractuellement et que ces heures soient ensuite compensées par un congé planifié à l'avance, de façon concertée entre l'employeur et la travailleuse.

Sur la base de ce qui précède, l'autonomie de A. dans l'organisation de son temps de travail paraît limitée par une planification des horaires effectuée en concertation avec sa hiérarchie. En conséquence, il semble que les heures qu'elle a effectuées en 2010 en sus de l'horaire contractuel doivent être qualifiées d'heures supplémentaires au sens de l'art. 321c al. 1 CO. Il en résulterait que, conformément à l'art. 16.4 lettre a CCT INFRI FOPIS, A. a droit à la compensation de ces heures par du temps libre. Ce droit n'a du reste jamais été contesté sur le principe par la l'institution B., puisque une période de congé compensatoire a été planifiée entre le 18 octobre 2010 et le 31 octobre 2010.

4. Conséquences de l'incapacité de travail durant la période de congé compensatoire

- 4.1 Il n'existe pas de règle légale ou conventionnelle énonçant les conséquences d'une incapacité de travail survenant durant un congé destiné à compenser des heures supplémentaires. Un tel congé a pour but de remettre le travailleur dans la même situation que s'il n'avait pas effectué les heures supplémentaires, en lui accordant les heures de temps libre et non travaillées qu'il a perdues à cette occasion. En tant qu'il vise à octroyer du temps libre au travailleur, ce congé s'apparente ainsi aux vacances, de telle sorte que la jurisprudence relative à celles-ci peut être appliquée par analogie.
- 4.2 Selon la jurisprudence, lorsqu'une maladie ou un accident empêche le travailleur de prendre des vacances planifiées, ou lorsque des vacances en cours doivent être interrompues pour ce motif, le temps non travaillé n'est pas considéré comme des vacances et le travailleur peut obtenir la fixation de ses vacances à une date ultérieure. En règle générale, un travailleur empêché de travailler pour cause de maladie ou d'accident n'est pas « apte » à bénéficier des vacances, mais toute incapacité de travail n'entraîne pas forcément l'incapacité de bénéficier des vacances. Il peut donc arriver qu'un travailleur ne puisse pas travailler en raison de son état de santé, mais soit néanmoins en mesure de prendre les vacances qu'il avait prévues. Le critère déterminant réside dans la question du but des vacances, qui est de se reposer. Si le travailleur peut profiter de ses vacances (s'il a le loisir de passer son temps comme il l'avait prévu), le but de ses vacances, à savoir le repos, est atteint sans égard à la question de savoir s'il aurait été ou non en mesure de travailler durant cette période (C. FAVRE/C. MUNOZ/R. A. TOBLER, Le contrat de travail, code annoté, note 1.5 à l'article

329a CO). La doctrine précise encore que, pour des raisons essentiellement pratiques, seule une incapacité de bénéficier des vacances qui excède deux ou trois jours pourra être prise en considération, un simple problème d'acclimatation n'étant à cet égard pas suffisant. De surcroît, l'intensité de l'atteinte doit être suffisamment importante pour entraver le but des vacances, au point d'empêcher la récupération physique ou psychique du travailleur. En résumé, le cumul des conditions de la durée et de l'intensité permet de déterminer si le travailleur est ou non incapable de bénéficier de ses vacances.

Appliqués par analogie à la situation du congé destiné à compenser par du temps libre des heures supplémentaires effectuées préalablement, les principes qui précèdent permettent de retenir que si le travailleur est empêché de bénéficier de son temps libre par une atteinte à sa santé suffisamment durable et intense, le congé compensatoire n'aura pas atteint son but et devra être octroyé à un autre moment.

Même si cela n'est pas déterminant en soi, il est intéressant de constater que le principe qui précède correspond à celui prévu par le guide d'application relatif aux conventions de flexibilisation du temps de travail au sens des art. 23 et suivants du Règlement du 15 juin 2009 sur le temps de travail du personnel de l'Etat de Fribourg (voir ci-dessus, chiffre 1.1; www.fr.ch/spo/fr/pub/doc/juridique/temps_travail.htm). L'art. 7.4 de ce guide énonce ce qui suit: « En cas de maladie ou d'accident empêchant le collaborateur ou la collaboratrice, durant plus de trois jours consécutifs, de jouir de cette période de repos compensatoire, le solde positif des heures n'est plus diminué. La période d'absence compensatoire est reportée d'autant. Le ou la supérieur-e hiérarchique fixe cette nouvelle période d'absence compensatoire, en tenant compte des vœux du collaborateur ou de la collaboratrice. »

- 4.3 En l'espèce, en l'état des faits portés à la connaissance de la Commission arbitrale, il paraît établi que durant la période du 18 octobre 2010 au 31 octobre 2010 correspondant au congé octroyé pour compenser les heures supplémentaires effectuées, A. a été atteinte d'une maladie attestée par certificat médical qui a duré du 22 octobre 2010 au 2 novembre 2010. En application de ce qui précède, pour autant que la maladie subie puisse être considérée comme suffisamment intense pour l'empêcher de profiter de son temps libre, il apparaît en conséquence que le congé compensatoire n'a pas atteint son but pour la période du 22 octobre 2010 au 31 octobre 2010. A. a donc droit à la compensation des heures supplémentaires qui n'ont pas pu être compensées durant cette période.

5. Considérations complémentaires

- 5.1 Pour autant qu'utile, la Commission arbitrale relève encore qu'elle arriverait à la même conclusion dans l'hypothèse où les heures effectuées par A. en plus de l'horaire contractuel n'étaient pas considérées comme des heures supplémentaires au sens de l'art. 321c al. 1 CO, mais comme un simple surplus d'horaire variable à compenser par la travailleuse. En effet, dans ce cas également, un empêchement de travailler suffisamment durable et intense ne permettrait pas à la travailleuse de bénéficier du temps libre destiné à compenser les heures travaillées « en trop », de telle sorte que la compensation devrait intervenir ultérieurement (voir C. BRUNNER/J.-M. BÜHLER/J.-B. WAEBER/C. BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, p. 69, note 13, sur la question de la rémunération du surplus d'horaire variable en cas d'incapacité de travail rendant impossible la compensation en temps durant le délai de congé).

Dans le contexte des horaires annualisés, la solution qui précède est du reste expressément reprise dans les dispositions conventionnelles ou règlementaires connues de la Commission arbitrale. Ainsi, dans son règlement du 13 juin 2007 concernant l'annualisation du temps de travail, la Commission paritaire professionnelle

cantonale instituée par la Convention collective de travail du secteur des établissements spécialisés du canton de Neuchâtel prévoit ce qui suit à l'art. 8, sous le titre « jours de récupération » : « ils représentent les jours de repos, pris en compensation d'un planning plus élevé que l'horaire moyen standard (horaire dépassant l'horaire hebdomadaire moyen, repos compensatoires pour veilles, piquets et camps). En cas de maladie ou d'accident durant ceux-ci, et dès le 4^{ème} jour consécutif, ces jours sont comptabilisés comme temps de travail selon l'horaire journalier moyen de l'employé. » (www.anmea.ch/docs/reglement-annualisation-jurisprudence-4.pdf). De même, les Règlements du temps de travail dans l'administration du canton de Berne relatifs au temps de travail annualisé et au compte épargne-temps prévoient entre autres, à l'article 6, que le temps accumulé sur le compte épargne-temps peut notamment être utilisé pour un congé-payé. En cas de maladie survenant pendant une période d'utilisation, la réglementation sur les vacances est alors applicable par analogie, ce qui signifie que la période de maladie est considérée comme un congé de maladie (<http://www.fin.be.ch/fin/fr/index/personal/anstellungsbedingungen/arbeitszeit.html>).

- 5.2 Quant aux arguments invoqués par l'institution B. dans son courrier du 20 décembre 2010, ils ne remettent pas en cause les développements qui précèdent. Premièrement, le congé compensatoire a pour but de permettre au travailleur de bénéficier à un autre moment du temps libre auquel il a renoncé en effectuant des heures de travail en plus de l'horaire contractuel. Il ne peut dès lors pas être assimilé aux jours de la semaine durant lesquels il est d'emblée prévu que le travailleur ne travaille pas. Deuxièmement, le congé compensatoire ne peut pas être assimilé à du « temps de repos supplémentaire au travail ». Il s'agit effectivement d'une période durant laquelle le travailleur bénéficie de temps libre, mais ce temps libre ne constitue pas un supplément : il correspond au contraire à la seule compensation d'heures qui ont été travaillées au-delà de l'horaire contractuel à un autre moment. Enfin, le fait de reconnaître à A. le droit à la fixation d'une nouvelle période de congé compensatoire ne saurait revenir à indemniser deux fois les mêmes heures. En effet, pour la période du 22 octobre 2010 au 31 octobre 2010, compte tenu de l'incapacité de travail invoquée, le versement du salaire n'est pas lié aux heures supplémentaires à compenser par du temps libre, mais uniquement à l'application des règles sur le paiement du salaire en cas de maladie.

6. Avis

Reprenant ce qui précède et sur la base des faits portés à sa connaissance, la Commission arbitrale est d'avis que A. a droit à la compensation des heures supplémentaires non compensées durant la période du 22 octobre 2010 au 31 octobre 2010.

Le Président :

Marc Sugnaux

Envoyé le 17 novembre 2011 aux parties et, dans une version anonymisée, à la FOPIS et à INFRI