

Proposition de citation :

Jean-Philippe Dunand, Paiement des heures supplémentaires et théorie de l'imprévision ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_485/2019, Newsletter DroitDuTravail.ch avril 2020

**Art. 321c al. 3,
337c al. 3 CO**

Paiement des heures supplémentaires et théorie de l'imprévision ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_485/2019

Jean-Philippe Dunand, avocat, docteur en droit, professeur à l'Université de Neuchâtel

I. Objet de l'arrêt

Lorsqu'une personne employée effectue un nombre d'heures supplémentaires qui excède notablement ce qui était prévisible au moment de la conclusion du contrat, la théorie de l'imprévision permet au juge d'écarter une clause convenue entre les parties prévoyant que les heures supplémentaires ne sont pas rémunérées.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Le 1^{er} février 2009, la société E. SA (ci-après : E. ou la recourante) et T. (ci-après : T. ou l'intimée) ont conclu un contrat de travail à durée indéterminée. T. était responsable du nettoyage et du matériel au sein de la société, le contrat de travail précisant toutefois que d'autres tâches pouvaient lui être confiées. Ce contrat fixait la durée hebdomadaire de travail à 40 heures par semaine et précisait que les heures supplémentaires étaient compensées par le salaire et les 6 semaines de vacances annuelles. Il prévoyait également qu'en cas d'absence pour cause de maladie, T. était tenue de se manifester immédiatement auprès de E. T. n'était soumise à aucun système de contrôle automatisé des présences.

Du 14 juillet au 5 août 2012, T. était en vacances au Portugal. Une attestation établie le 15 octobre 2012 par un médecin portugais indique que T. n'a pas pu profiter de ses vacances puisqu'elle souffrait de calculs biliaires. Dans la nuit du 5 au 6 août 2012, T. s'est rendue aux urgences de l'Hôpital de Fribourg en raison de céphalées et y a subi des examens. Le 6 août, elle ne s'est pas présentée sur son lieu de travail. E. lui a alors fait parvenir une lettre de licenciement avec effet immédiat. Le 7 août, un médecin a établi un certificat médical attestant d'une incapacité de travail de T. du 6 au 17 août 2012.

Le 19 août 2013, T. a actionné E. devant le Tribunal des prud'hommes du district de la Sarine. Par décision du 30 octobre 2018, le Tribunal a partiellement admis la demande (congé immédiat injustifié et paiement des heures supplémentaires). Par mémoire du 6 décembre 2018, E. a interjeté appel contre cette décision. T. a formé un appel joint. Par arrêt du 26 août 2019, le Tribunal cantonal du canton de Fribourg a rejeté tant l'appel que l'appel joint. E. a formé un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral aux fins d'obtenir l'annulation de l'arrêt cantonal. T. a déposé un « recours joint ».

B. Le droit

Dans son recours auprès du Tribunal fédéral, E. ne semble pas avoir nié que le congé immédiat qu'elle avait notifié à T. était injustifié. Elle a en revanche contesté les montants auxquels elle a été condamnée au titre des art. 337c al. 1 (indemnité pour gain manqué) et al. 3 (indemnité punitive et réparatrice) CO. E. a également estimé ne pas devoir verser à T. une rétribution pour d'éventuelles heures supplémentaires et a critiqué la répartition des frais fixée par l'autorité précédente. Ecartant l'ensemble de ces griefs, le Tribunal fédéral a rejeté le recours en réforme de E.

Nous nous concentrerons ici sur la question de la rémunération des heures supplémentaires effectuées par T, objet du considérant 6, reproduit ci-dessous :

« 6. En lien avec les heures supplémentaires prétendument effectuées par l'intimée, la recourante dénonce une violation des art. 321c al. 1 et al. 3 CO et l'art. 9 Cst. ainsi que son droit d'être entendu.

6.1. Selon elle, l'autorité précédente a omis de prendre en compte que l'intimée percevait un salaire supérieur de 25% au salaire minimal applicable, qu'elle percevait en plus de ce salaire une gratification, qu'elle disposait d'un droit à six semaines de vacances et se voyait octroyer en pratique presque 8 semaines de vacances par année. Elle estime que conformément à l'accord express des parties, les heures supplémentaires effectuées par l'intimée étaient compensées par le salaire et les vacances et qu'une application de la *clausula rebus sic stantibus* devait être exclue. Même si cette règle devait être appliquée, l'intimée n'aurait pas le droit à la prime de 25%. Elle n'estime pas devoir verser à l'intimée une rétribution pour d'éventuelles heures supplémentaires, cette dernière ayant manqué de l'informer que des heures supplémentaires étaient nécessaires. Contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal cantonal, rien ne permettait à la recourante de savoir que l'intimée effectuait des travaux supplémentaires. Elle précise à ce titre que l'intimée était entièrement libre dans l'organisation de ses tâches et effectuait certaines d'entre elles hors de son lieu de travail. Elle dénonce également une violation de son droit d'être entendu, estimant que l'autorité précédente n'a en rien tenu compte des développements de sa réplique démontrant la mauvaise foi de l'intimée et a fondé son raisonnement exclusivement sur les allégations de cette dernière. Elle reproche enfin à l'autorité précédente d'avoir constaté les faits de manière arbitraire en lien avec les heures supplémentaires prétendument effectuées par l'intimée. Elle s'en prend notamment à la constatation selon laquelle les tâches effectuées par l'intimée étaient variables et dépendaient notamment du nombre d'opérations prévues dans la journée et qualifie l'appréciation du Tribunal cantonal des tâches effectuées par l'intimée d'arbitraire à différents égards. Si elle ne remet pas en question que l'agrandissement du centre a pu occasionner une légère augmentation du temps de travail, elle estime cependant que cette

augmentation n'a fait que légèrement diminuer les privilèges qu'elle avait octroyés à l'intimée de son plein gré.

6.2.

6.2.1. S'agissant de l'établissement des faits tout d'abord, la discussion détaillée à laquelle se livre la recourante portant, entre autres, sur les conséquences de l'agrandissement du centre médical sur les tâches de l'intimée, sur l'efficacité d'un appareil de nettoyage dont elle a fait l'acquisition ou sur l'état de santé de l'intimée, n'est pas admissible dans la présente procédure. Il n'en va pas autrement des développements portant sur les éléments censés démontrer la mauvaise foi de l'intimée sous le titre d'une prétendue violation du droit d'être entendu. La recourante ne peut se contenter de remettre en question la valeur probante d'éléments sur lesquels l'autorité précédente s'est appuyée ou mettre en exergue des éléments que cette autorité n'a pas suffisamment pris en compte à ses yeux. Si elle soutient que l'établissement des faits est arbitraire, la recourante ne parvient jamais à démontrer en quoi les constatations factuelles de l'autorité précédente seraient manifestement insoutenables. Estimer le temps de travail d'un employé sur une relativement longue période n'est pas chose aisée, particulièrement lorsque celui-ci n'est pas soumis à un contrôle automatisé des présences. Si l'appréciation de l'autorité précédente peut être contestée, rien en l'espèce ne permet d'affirmer que celle-ci s'est appuyée sur des faits qui ne devaient jouer aucun rôle ou, à l'inverse, a méconnu des éléments qui auraient absolument dû être pris en considération. Contrairement à ce que semble considérer la recourante, le respect de son droit d'être entendue ne requiert pas que le tribunal mentionne expressément tous les indices sur lesquels il aurait pu se fonder au moment de se prononcer sur les tâches effectuées par l'intimée. Les griefs sont irrecevables.

6.2.2.

6.2.2.1. Ne reste plus qu'à traiter la question de savoir si le Tribunal cantonal a considéré à juste titre que les heures supplémentaires effectuées par l'intimée devaient être payées malgré la clause prévue dans le contrat de travail excluant toute rétribution. Cette question doit être tranchée sur la base des faits constatés par l'autorité précédente. Ainsi, la recourante ne peut être suivie lorsqu'elle fonde son argumentation sur le postulat selon lequel l'intimée bénéficiait de 8 semaines de vacances annuelles, ce fait n'ayant pas été constaté.

6.2.2.2. Selon l'art. 321c al. 3 CO, l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective. Les parties peuvent prévoir que les heures supplémentaires seront rémunérées sans supplément ou ne seront pas rémunérées, à tout le moins lorsque la rémunération des heures supplémentaires est forfaitairement comprise dans le salaire de l'intéressé (ATF 124 III 469 cons. 3a). Le cas échéant, la théorie de l'imprévision intervient en ce sens que si le travailleur est amené à accomplir des heures supplémentaires en nombre excédant notablement ce qui était prévisible lors de la conclusion de l'accord, l'employeur ne peut pas se prévaloir dudit accord pour refuser une rémunération spécifique (cf. arrêts 4A_178/2017 du 14 juin 2018, cons. 6 ; 4A_73/2011 du 2 mai 2011, cons. 4).

6.2.2.3. Il ressort de l'arrêt entrepris que l'intimée a été amenée à travailler un nombre d'heures excédant notablement ce qui était prévisible au moment de la conclusion du contrat.

En détaillant l'étendue des tâches confiées à l'intimée, sources d'une surcharge jugée excessive pour celle-ci, et le caractère imprévisible de cette surcharge, l'autorité précédente a correctement appliqué les conditions de la théorie de l'imprévision. Nul besoin dès lors de s'interroger sur le point de savoir si la condition retenue par une partie de la doctrine selon laquelle le salaire doit être « suffisamment élevé » pour inclure une rémunération équitable des heures supplémentaires (cf. arrêt 4A_73/2011 du 2 mai 2011 cons. 4) est réalisée en l'espèce.

La recourante s'offusque d'avoir été condamnée à rétribuer d'éventuelles heures supplémentaires de l'intimée en raison du fait que celle-ci ne l'aurait jamais prévenue de la nécessité d'effectuer ces heures. S'il est vrai que les travaux supplémentaires donnant droit à une rémunération spéciale ne sauraient s'étendre sur une longue durée sans que l'employeur donne son approbation, la recourante méconnaît que pareil accord peut résulter d'actes concluants (ATF 86 II 155 cons. 2). En l'occurrence, l'autorité précédente a estimé que la recourante ne pouvait ignorer le fait que l'intimée accomplissait des heures supplémentaires. Rien de ce qu'avance la recourante ne permet de mettre en doute son raisonnement. S'agissant de la prime octroyée à l'intimée pour les heures supplémentaires effectuées, on ne voit pas pourquoi elle ne serait pas due. La recourante ne peut rien tirer à cet égard de la clause contractuelle selon laquelle les heures supplémentaires sont compensées par le salaire et les vacances, la *clausula rebus sic stantibus* permettant précisément au juge d'adapter le contrat. »

III. Analyse

Les heures supplémentaires doivent, en principe, être compensées en espèces. A défaut d'un accord contraire, l'employeur est en effet tenu de les rétribuer « en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins » (art. 321c al. 3 CO). Les parties peuvent cependant convenir, sans forme particulière, que les heures supplémentaires seront compensées en nature, soit par « un congé d'une durée au moins égale qui doit être accordé au cours d'une période appropriée » (art. 321c al. 2 CO). Il est même possible de convenir en la forme écrite, pour autant que cette exclusion ne contrevienne pas à une clause d'une convention collective applicable, que les heures supplémentaires seront rémunérées sans supplément voire qu'elles ne seront pas rémunérées du tout (art. 321c al. 3 CO). A juste titre, le Tribunal fédéral a toutefois fortement limité la possibilité de supprimer toute compensation (en espèces ou en nature)¹.

On peut déduire de la jurisprudence qu'il faut vérifier l'existence de cinq conditions cumulatives pour déterminer si une telle suppression est valable dans un cas d'espèce : forme écrite, heures supplémentaires au sens strict, heures futures, rémunération forfaitaire et caractère prévisible. Nous reprendrons ces cinq critères et les confronterons au cas d'espèce tranché dans l'arrêt ici commenté (arrêt du 4 février 2020). Nous verrons que le dernier critère, celui du caractère prévisible, a été déterminant. Notons encore que, selon la jurisprudence, en l'absence d'une réglementation expresse du temps de travail, les cadres

¹ Cf. DUNAND, NN 40-45 ad art. 321c CO, in : Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.

supérieurs ne peuvent en principe pas prétendre à une indemnisation pour les heures supplémentaires effectuées².

1. Forme écrite

L'art. 321c al. 3 CO est en partie impératif en ce sens que les parties ne peuvent y déroger que dans le cadre d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective de travail. Peu importe que cette disposition légale ne figure pas dans les catalogues des art. 361 et 362 CO, comportant les listes des dispositions absolument ou relativement impératives, car ces listes ne sont pas exhaustives. Les normes, tel l'art. 321c al. 3 CO, prévoyant clairement à quelles conditions formelles et dans quelles limites matérielles des dérogations sont licites ne figurent pas dans cet inventaire³.

Selon les règles générales, le respect de la forme écrite suppose que les deux parties aient signé le texte contenant la clause dérogatoire (*cf.* art. 13 al. 1 CO). Des exceptions ont cependant été admises par la jurisprudence. Le Tribunal fédéral a ainsi considéré, dans un arrêt de 2005, que lorsque la suppression de l'indemnisation résulte d'un règlement d'entreprise, la signature par le travailleur du contrat de travail qui renvoie de manière générale au règlement, sans mention expresse de l'existence d'une règle dérogatoire relative aux heures supplémentaires, suffisait au respect de la forme écrite⁴. Plus récemment, dans un arrêt de 2016, notre Haute Cour a admis que la forme écrite était respectée dans le cas de renvois successifs (du contrat de travail à un règlement interne et de ce règlement à un document intitulé « Procédure horaire de travail »)⁵. On peut se demander si cette jurisprudence extensive ne revient pas à autoriser des pratiques qui pourraient s'avérer abusives. Des auteurs ont notamment rappelé l'existence des principes généraux régissant les clauses insolites⁶.

De manière générale, lorsque le travailleur conteste la validité d'un accord en invoquant la violation d'une règle impérative, il ne commet pas d'abus de droit, sauf circonstances particulières⁷. Ainsi, une dénonciation abusive du vice de forme sera rarement retenue. Un tel abus a toutefois été admis s'agissant d'un employé qui avait expressément refusé le renfort proposé par son employeur au motif qu'il préférerait toucher un revenu supplémentaire. L'employeur avait accepté cette solution uniquement moyennant renonciation de l'employé au supplément de 25% prévu pour les heures supplémentaires ; un accord verbal en ce sens avait été clairement conclu⁸.

² ATF 129 III 171, cons. 2.1 ; TF 4A_172/2012 du 22 août 2012, cons. 4.3.1. S'agissant du régime applicable aux cadres supérieurs, *cf.* DUNAND (n. 1), NN 64-70 ad art. 321c CO ; WYLER/HEINZER, Droit du travail, Berne 2019, pp. 144 ss.

³ ATF 124 III 469, cons. 2a ; TF 4A_172/2012 du 22 août 2012, cons. 6.1.

⁴ TF 4C.407/2004 du 7 janvier 2005, cons. 3.1.

⁵ TF 4A_227/2016 du 24 octobre 2016, cons. 4.3.

⁶ REHBINDER/STÖCKLI, N 11 ad art. 321c CO, *in* : Commentaire bernois, Berne 2010 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Zurich/Bâle/Genève 2012, N 7 ad art. 321c CO ; WYLER/HEINZER (n. 2), p. 150.

⁷ ATF 129 III 493, cons. 5.1.

⁸ Jugement bâlois, *in* : JAR 1982 100, cité dans le TF 4A_172/2012 du 22 août 2012, cons. 6.1.

Dans le cas d'espèce (arrêt du 4 février 2020), la condition de la forme écrite était respectée puisque le contrat écrit conclu entre les parties prévoyait expressément que les heures supplémentaires étaient compensées par le salaire et les 6 semaines de vacances annuelles.

2. Heures supplémentaires au sens strict

Seules les heures supplémentaires au sens strict, et non le travail supplémentaire, peuvent faire l'objet d'une clause d'exclusion de rémunération⁹. Les heures supplémentaires sont les heures de travail qui excèdent la durée du travail normalement convenue et qui sont nécessaires à l'accomplissement du travail demandé (art. 321c al. 1 CO). Sont, en revanche, considérées comme du travail supplémentaire (*cf.* art. 12 LTr) les heures de travail qui excèdent la durée maximale de travail définie à l'art. 9 LTr.

Lorsque les parties sont soumises à la législation sur le travail, elles ne peuvent déroger à la législation protectrice du travailleur sur le travail supplémentaire. Hormis les soixante premières heures pour les employés de bureau, les techniciens et autres employés, le travail supplémentaire doit impérativement faire l'objet de l'un des deux modes de compensation prévus à l'art. 13 LTr, c'est-à-dire soit le versement d'un supplément de salaire d'au moins 25% (al. 1), soit, avec l'accord du travailleur, l'octroi d'un congé de même durée (al. 2). Ainsi, une renonciation du travailleur au paiement des heures supplémentaires, selon l'art. 321c al. 3 CO, ne peut valoir renonciation à la rémunération du travail supplémentaire fondée sur l'art. 13 LTr¹⁰.

Cette question n'est pas traitée dans l'arrêt du 4 février 2020. On ignore si l'employée a effectué ou non des heures de travail supplémentaires au sens de la LTr.

3. Heures futures

Le Tribunal fédéral a déduit de l'art. 321c al. 3 CO, combiné avec l'art. 341 al. 1 CO, que le travailleur ne peut renoncer qu'à la rémunération des heures supplémentaires futures, mais non aux heures supplémentaires déjà accomplies¹¹. Un employé n'abuse nullement de son droit en invoquant l'art. 341 al. 1 CO. Il serait en effet contraire à l'esprit de la loi de priver le travailleur, par le biais de l'art. 2 CC, de la protection accordée par cette disposition, sauf circonstances tout à fait particulières¹².

Dans le cas d'espèce (arrêt du 4 février 2020), cette condition était réalisée puisque, comme nous l'avons vu, la clause d'exclusion de la rémunération des heures supplémentaires figurait dans le contrat de travail conclu lors de la prise d'emploi. Les heures supplémentaires effectuées par l'employée étaient donc bien des « heures futures ».

4. Rémunération forfaitaire

Pour qu'une clause excluant toute compensation des heures supplémentaires soit valable, il faut que l'on puisse considérer que la rémunération des heures supplémentaires est incluse

⁹ Sur la distinction entre heures supplémentaires et travail supplémentaire, *cf.* WYLER/HEINZER (n. 2), pp. 131 ss.

¹⁰ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2019, N 10 ad art. 321c CO ; DUNAND (n. 1), N 62 ad art. 321c CO ; WYLER/HEINZER (n. 2), pp. 136 ss.

¹¹ ATF 126 III 337, cons. 7b ; ATF 124 III 469, cons. 3a.

¹² ATF 126 III 337, cons. 7b.

forfaitairement dans la rémunération versée par l'employeur¹³. Il en résulte que la validité d'une telle clause doit être appréciée dans chaque cas d'espèce en tenant compte de la quotité du salaire réellement perçu et du nombre d'heures supplémentaires effectuées. Pour déterminer si le principe de la rémunération forfaitaire est respecté, il faut nécessairement se demander si le salaire versé est suffisamment élevé pour couvrir (de manière forfaitaire) les heures supplémentaires¹⁴. La rémunération versée doit donc en tous cas être supérieure au salaire minimum horaire applicable ou à la rémunération usuelle dans le domaine d'activité et dans le lieu concernés¹⁵.

Dans un arrêt de 2011, le Tribunal fédéral paraît avoir admis un tel raisonnement : « Le demandeur avait droit à un salaire mensuel fixé à 7'500 fr., douze fois par an, pour un emploi de comptable à temps complet, et à un bonus qui était de toute évidence, au regard de l'art. 322d al. 1CO, une gratification convenue [...]. Il n'apparaît pas que ces prestations fussent insuffisantes à couvrir de manière forfaitaire aussi les heures de travail supplémentaires normalement prévisibles... »¹⁶. Curieusement, dans d'autres arrêts, comme dans celui de 2020, notre Haute Cour a laissé la question ouverte : « Nul n'est besoin dès lors de s'interroger sur le point de savoir si la condition retenue par une partie de la doctrine selon laquelle le salaire doit être "suffisamment élevé" pour inclure une rémunération équitable des heures supplémentaires (cf. arrêt 4A_73/2011 du 2 mai 2011 consid. 4) est réalisée en l'espèce. »¹⁷

A notre avis, la clause écrite d'exclusion doit expressément mentionner, sous peine de nullité, que les heures supplémentaires sont rémunérées forfaitairement¹⁸. Il faut rappeler que l'exigence de la forme écrite, pour la validité de la clause d'exclusion, vise à sauvegarder le principe du paiement du salaire, qui risquerait d'être largement abandonné si les accords verbaux étaient tolérés, et à créer un régime clair pour l'exception¹⁹. Pour respecter ces objectifs, nous considérons que la forme écrite ne concerne pas seulement la clause d'exclusion mais aussi la mention de la rémunération forfaitaire des heures supplémentaires.

Dans le cas d'espèce (arrêt du 4 février 2020), l'employeuse a fait valoir que l'employée percevait un salaire supérieur de 25% au salaire minimal applicable, qu'elle percevait en plus de ce salaire une gratification, qu'elle disposait d'un droit à six semaines de vacances et se voyait octroyer en pratique presque 8 semaines de vacances par année. Ces éléments n'ont pas été retenus par le Tribunal fédéral puisque de toute manière la condition du caractère prévisible n'était pas réalisée (cf. ci-dessous).

5. Caractère prévisible (et théorie de l'imprévision)

Selon la théorie de l'imprévision, une partie liée par un contrat peut se dégager partiellement ou totalement de ses obligations en cas de changement important et imprévisible des

¹³ ATF 126 III 337, c.7b ; ATF 124 III 469, cons. 3a.

¹⁴ AUBERT, N 19 ad art. 321c CO, *in* : Commentaire romand CO I, Bâle 2012 ; WYLER/HEINZER (n. 2), p. 148. *Contra* : STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 6), N 5 ad art. 321c CO.

¹⁵ WITZIG, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, N 1119.

¹⁶ TF 4A_73/2011 du 2 mai 2011, cons. 4.

¹⁷ TF 4A_485/2019 du 9 février 2020, cons. 6.2.2.3.

¹⁸ DUNAND (n. 1), N 44 ad art. 321c CO. *Contra* : WYLER/HEINZER (n. 2), pp. 148 s.

¹⁹ TF 4A_172/2012 du 22 août 2012, cons. 6.1, dans lequel notre Haute Cour cite le Message du Conseil fédéral, *in* : FF 1967 II 314.

circonstances, ayant pour effet de créer une disproportion si grave entre prestation et contre-prestation de l'autre partie, que le maintien du contrat se révélerait abusif (ATF 135 III 1, cons. 2.4 ; ATF 127 III 300, cons. 5b). L'idée est que tout contrat est conclu avec une clause implicite (*clausula*) selon laquelle un engagement ne vaut qu'à condition que les circonstances restent en l'état (*rebus sic stantibus*)²⁰. Codifiée pour le contrat d'entreprise à l'art. 373 al. 2 CO²¹, la théorie de l'imprévision s'applique à toute espèce de relation contractuelle²².

Le Tribunal fédéral a traité à trois reprises de la théorie de l'imprévision en relation avec la rémunération des heures supplémentaires. Cette théorie intervient en ce sens que si le travailleur est amené à accomplir des heures supplémentaires en nombre excédant notablement ce qui était prévisible lors de la conclusion de l'accord dérogatoire, l'employeur ne peut se prévaloir dudit accord pour refuser une rémunération spécifique (adaptation du contrat par le juge)²³.

Dans un arrêt de 2011, notre Haute Cour a mentionné, semble-t-il pour la première fois, cette théorie dans ce contexte sans toutefois en tirer des conséquences puisqu'il n'était pas établi que le travailleur « ait dû fournir des heures supplémentaires en quantité extraordinaire et imprévisible »²⁴. Dans un deuxième arrêt, de 2018, le Tribunal fédéral a une nouvelle fois cité la théorie de l'imprévision, tout en constatant qu'elle était inapplicable dans le cas traité : « En l'espèce, les parties n'ont en aucune manière convenu d'une rémunération forfaitaire des éventuelles heures supplémentaires, ni exclu la rémunération spécifique ordinairement prévue par l'art. 321c al. 3 CO. Il n'existe donc aucun accord dérogatoire dont les demandeurs, par hypothèse, puissent se départir en vertu de la théorie de l'imprévision. En conséquence, celle-ci n'est pas en cause. »²⁵.

C'est donc dans l'arrêt ici commenté, celui du 4 février 2020, que le Tribunal fédéral a appliqué concrètement pour la première fois la théorie de l'imprévision : « Il ressort de l'arrêt entrepris que l'intimée a été amenée à travailler un nombre d'heures excédant notablement ce qui était prévisible au moment de la conclusion du contrat. En détaillant l'étendue des tâches confiées à l'intimée, sources d'une surcharge jugée excessive pour celle-ci, et le caractère imprévisible de cette surcharge, l'autorité précédente a correctement appliqué les conditions de la théorie de l'imprévision »²⁶.

Malheureusement, la lecture de l'arrêt ne nous informe pas sur le nombre et le moment des heures supplémentaires effectuées par l'employée, ni sur les critères objectifs permettant de déterminer dans un cas concret dans quelle mesure les heures supplémentaires doivent être considérées comme « excédant notablement ce qui était prévisible ». Il en découle une insécurité juridique certaine qui devra être dissipée à l'occasion de litiges ultérieurs.

²⁰ TERCIER/PICHONNAZ, Le droit des obligations, Zurich 2012, N 972.

²¹ Cf. MÜLLER, Contrats de droit suisse, Berne 2012, N 1741.

²² TF 4A_73/2011 du 2 mai 2011, cons. 4.

²³ Cf. TF 4A_485/2019 du 4 février 2020, cons. 6.2.2.2.

²⁴ TF 4A_73/2011 du 2 mai 2011, cons. 4.

²⁵ TF 4A_178/2017 du 14 juin 2018, cons. 6.

²⁶ TF 4A_485/2019 du 4 février 2020, cons. 6.2.2.3.

Conclusion

Au vu des conditions légales et jurisprudentielles restrictives rappelées ci-dessus, la possibilité pour les parties de convenir d'une clause qui exclut toute forme de compensation des heures supplémentaires est très réduite. Reste qu'il appartient au travailleur de prouver, d'une part, qu'il a accompli des heures supplémentaires et, d'autre part, que celles-ci ont été ordonnées ou acceptées par l'employeur, même par actes concluants, ou qu'elles étaient nécessaires à la sauvegarde des intérêts légitimes de ce dernier²⁷. Cette preuve peut être difficile à apporter, surtout quand le litige survient après la fin des rapports de travail²⁸.

Dans la situation de crise que nous vivons, liée à la propagation de Covid-19, plusieurs secteurs sont aujourd'hui soumis à la nécessité du recours aux heures supplémentaires (alimentation, santé et télécommunications notamment). Avec les mesures progressives de déconfinement, d'autres secteurs suivront. La question de la compensation des heures supplémentaires sera posée. L'application de la théorie de l'imprévision devrait prohiber que des employés doivent fournir, sans compensation, un nombre d'heures supplémentaires excédant notablement ce qui était prévisible. Bien souvent, les dispositions du contrat de travail, d'un règlement d'entreprise ou d'une CCT privilégient la compensation en temps. Un tel mode de compensation peut être convenu sans exigence de forme. Le refus par le travailleur d'une compensation en temps peut s'avérer abusif, lorsque celle-ci est justifiée par des intérêts légitimes de l'employeur. Tel pourra être le cas, dans les prochaines semaines et les prochains mois, lorsque les difficultés économiques de l'employeur justifieront une compensation en nature plutôt qu'en argent²⁹.

²⁷ TF 4A_40/2008 du 19 août 2008, cons. 3.3.1. Cf. aussi BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB (n. 10), N 15 ad art. 321c CO ; DUNAND (n. 1), NN 46-54 ad art. 321c CO.

²⁸ AUBERT (n. 14), N 16 ad art. 321c CO.

²⁹ DUNAND/WYLER, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, *in* : Newsletter DroitDuTravail.ch du 9 avril 2020, p. 22 ; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, *in* : Jusletter du 23 mars 2020, N 62.