

# NEWS

## SALAIRE AFFÉRENT AUX VACANCES DANS LE SALAIRE GLOBAL EN CAS D'EMPLOI DE COURTE DURÉE, PLURALITÉ D'EMPLOYEURS OU HORAIRES DE TRAVAIL IRRÉGULIERS

### RÉSUMÉ DES FAITS

Une employée avait été engagée comme ouvrière d'exploitation dans l'emballage à un taux d'occupation de 100% à compter du 1er septembre 2003. A teneur du contrat de travail conclu entre les parties, l'horaire de travail était de 45 heures par semaine. Un salaire horaire brut avait été convenu, auquel s'ajoutait une indemnité de vacances de 8,33% (correspondant à 4 semaines de vacances par année), respectivement 10,64% (correspondant à 5 semaines de vacances par année) à partir du 1er janvier 2019. Durant la période de crise sanitaire liée au Covid-19, l'employeur avait ordonné à ses employés la prise de vacances forcées. Par la suite, l'employeur avait résilié le contrat de travail de l'employée pour des raisons de réorganisation interne et de réorientation des services fournis par l'entreprise.

A la fin des rapports de travail, l'employée a notamment réclamé à son employeur le paiement d'une indemnité afférente aux vacances non prises en nature. Sur ce point, elle a obtenu gain de cause devant la juridiction de première instance, décision qui a par la suite été confirmée en seconde instance. L'employeur recourt au Tribunal fédéral afin de demander l'annulation de cette décision et le rejet de la demande de l'employée tendant au paiement de l'indemnité afférente aux vacances.

### RÉSUMÉ DES CONSIDÉRATIONS JURIDIQUES

En substance, l'employeur reprochait à l'instance inférieure d'avoir violé l'art. 329d CO en ne qualifiant pas l'activité exercée par son employée d'irrégulière, alors que ses heures de travail mensuelles avaient varié à 49 reprises entre 2016 et 2020, dont parfois de plus de 20%. Selon l'employeur, l'irrégularité de l'activité justifiait d'inclure le salaire afférent aux vacances dans le salaire horaire de l'employée.

En vertu de l'art. 329d al. 1 CO, l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du sa-

**Dans un arrêt 4A\_357/2022 du 30 janvier 2023 destiné à publication, le Tribunal fédéral clarifie sa jurisprudence au sujet de l'inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire global et revient sur les conditions strictes à remplir pour que les vacances puissent être valablement rémunérées par le paiement d'une indemnité versée en plus du salaire dû pour les périodes effectivement travaillées.**

laire en nature. Tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages (al. 2). Cette disposition, de nature impérative, vise à garantir que l'employé puisse bénéficier du repos nécessaire sans en être empêché en raison d'une perte de salaire. Selon la jurisprudence, cette disposition prohibe en particulier les clauses stipulant que le salaire relatif aux vacances n'est pas versé au moment où celles-ci sont prises mais qu'il est compris dans le salaire global. Le paiement d'une indemnité de vacances incluse dans le salaire global présente en effet le risque qu'un employé rencontrant des difficultés financières dépense l'indemnité vacances immédiatement et renonce par conséquent à prendre congé par la suite, se privant ainsi du repos nécessaire.

Dans certains cas, le Tribunal fédéral a toutefois admis qu'il était exceptionnellement possible de prévoir l'inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire mensuel, moyennant la réalisation de conditions strictes, à savoir : l'activité exercée est irrégulière et la part de salaire destinée aux vacances doit être clairement indiquée tant dans le contrat de travail que sur chaque fiche de salaire.

Si ces conditions ne sont pas réalisées, l'employeur doit payer le salaire afférent aux vacances à la fin des rapports de travail, que l'employé ait pris ses vacances en nature ou non n'y changeant rien.

Rappelant ces principes, le Tribunal fédéral examine plus précisément la condition matérielle de l'irrégularité de l'activité. Celle-ci est généralement admise en présence d'un travailleur à temps partiel dont le taux d'activité varie fortement. Dans certains arrêts, le Tribunal fédéral avait admis qu'une activité exercée à temps complet pouvait également présenter un caractère irrégulier lorsque l'horaire de travail varie d'un mois à l'autre et justifie l'inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire global, en raison des difficultés pratiques pour l'employeur résultant du calcul du salaire afférent aux vacances.

**Revenant sur sa jurisprudence, le Tribunal fédéral retient désormais qu'en présence d'une activité à 100% exercée auprès d'un même employeur, il n'y a pas de difficultés pratiques insurmontables relatives à la variation mensuelle du temps de travail qui pourraient justifier l'inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire global.**

Selon le Tribunal fédéral, compte tenu de l'offre de logiciels et de systèmes d'enregistrement du temps de travail disponibles sur le marché, les difficultés pratiques invoquées précédemment par la jurisprudence ne constituent pas une justification matérielle suffisante pour déroger à l'art. 329d CO.

Le Tribunal fédéral retient donc que c'est à bon droit que l'autorité inférieure a condamné l'employeur à verser à l'employée une indemnité pour les jours de vacances dont elle n'avait pas pu profiter en nature à l'issue des rapports de travail et rejette le recours de l'employeur.

#### CONSÉQUENCES PRATIQUES

Cette jurisprudence clarifie ainsi la question de savoir si un engagement à temps complet auprès d'un même employeur permet de prévoir un système d'inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire global. La réponse est désormais négative.

Au vu du durcissement de la jurisprudence, l'employeur qui souhaiterait mettre en place - ou maintenir - un tel système exceptionnel devra donc s'assurer que les conditions suivantes sont réalisées de manière cumulative :

- a) L'activité est exercée à temps très partiel avec de fortes fluctuations d'horaire ; il s'agit d'un emploi de très courte durée (de type intérimaire) ou encore d'un employé qui travaille au service de plusieurs employeurs simultanément ;
- b) Le pourcentage du salaire de base que représente l'indemnité vacances ainsi que le montant de l'indemnité doivent être mentionnés clairement et expressément dans le contrat de travail lorsqu'il est conclu par écrit. La mention du salaire mensuel avec la seule indication « y compris salaire vacances » n'est pas suffisante ;
- c) Le montant du salaire afférent aux vacances doit figurer clairement sur chaque fiche de salaire mensuelle afin que l'employé sache quelle est la partie de son salaire qu'il doit mettre de côté pour les périodes de vacances.

Une analyse de chaque situation, de même qu'une documentation claire et précise sont ainsi nécessaires. Plus que jamais, la prudence est donc de mise pour les employeurs qui s'exposent, si les conditions d'une telle inclusion ne sont pas remplies, au risque de devoir payer une deuxième fois le salaire afférent aux vacances à la fin des rapports de travail.

*Pour toutes questions ou besoin d'assistance, n'hésitez pas à vous adresser à votre personne de contact au sein de BianchiSchwald.*

Contact :



**ELODIE LE GUEN**  
Avocate  
Spécialiste FSA droit du travail  
Managing Associate

**BIANCHISCHWALD SÀRL**  
mail@bianchischwald.ch  
bianchischwald.ch

**LAUSANNE**  
12, avenue des Toises  
Case postale 5410  
CH-1002 Lausanne  
T +41 58 220 36 70  
F +41 58 220 36 71

**GENÈVE**  
5, rue Jacques-Balmat  
Case postale 1203  
CH-1211 Genève 1  
T +41 58 220 36 00  
F +41 58 220 36 01

**ZURICH**  
St. Annagasse 9  
Case postale 1162  
CH-8021 Zurich  
T +41 58 220 37 00  
F +41 58 220 37 01

**BERNE**  
Elfenstrasse 19  
Case postale 1208  
3000 Berne 16  
T +41 58 220 37 70  
F +41 58 220 37 71