

Wilhelm Gilliéron

AVOCATS



Auteur: Sandra Gerber | Le : 14 mai 2023

LE SALAIRE AFFÉRANT AUX VACANCES : UN VRAI CASSE-TÊTE POUR LES EMPLOYEURS ?

A l'approche des vacances d'été, il est intéressant de se pencher sur la question des vacances mais surtout du salaire afférent aux vacances qui peut s'avérer un vrai casse-tête pour les employeurs et les responsables des ressources humaines.

Selon l'article [329d alinéa 1 CO](#), « l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature »..

Cette disposition signifie que l'employé ne doit pas être moins bien traité, sur le plan salarial, pendant les vacances que s'il avait travaillé pendant cette période. En d'autres termes, l'employé doit pouvoir disposer, au moment où il prend effectivement ses vacances, de l'argent nécessaire pour les passer sans souci et il doit pouvoir se reposer sans en être empêché par la perte de salaire ([Arrêt du Tribunal fédéral du 30 janvier 2023 4A_357/2022](#) et jurisprudences citées dans cet arrêt).

Le principe en matière de salaire relatif aux vacances est donc qu'il doit être versé au moment où celles-ci sont prises et il n'est pas admissible en principe d'inclure l'indemnité de vacances dans le salaire total.

En d'autres termes, dans la situation ordinaire d'un employé travaillant à 100% pour le même employeur et percevant un salaire mensuel fixe tous les mois, celui-ci reçoit son salaire mensuel fixe même pendant les mois pendant lesquels il a pris des vacances.

Cette situation ordinaire n'existe cependant pas toujours. Un employé peut par exemple travailler de manière irrégulière ou peut travailler à l'heure ou à la tâche ou il peut être rémunéré en fonction d'un chiffre d'affaires.

Pour tenir compte de ces cas « sortant de l'ordinaire », le Tribunal fédéral a admis que l'indemnité de vacances puisse exceptionnellement être incluse dans le salaire total, dans des situations particulières et lorsque le calcul par avance du droit aux vacances se révèle difficile.

Il a donc admis qu'une indemnité pour les vacances dans le salaire périodique (en principe de 8,33 % pour 4 semaines de vacances, ou 10,64% pour 5 semaines de vacances ou 13,04% pour 6 semaines de vacances) était possible exceptionnellement.

Cette exception est admise par le Tribunal fédéral si trois conditions cumulatives sont remplies.

- La première condition est une **activité irrégulière** ;
- La seconde condition est que la part du salaire global destinée à l'indemnisation des vacances soit **mentionnée clairement et expressément dans le contrat de travail** ;
- La troisième condition est que l'indemnisation des vacances soit **mentionnée clairement dans les décomptes de salaire**.

S'agissant de la seconde condition et la troisième condition, cela signifie que le salaire relatif aux vacances doit apparaître en tant que tel par l'indication d'un montant ou d'un pourcentage déterminé aussi bien dans le contrat de travail que sur les fiches de salaires.

Si ces trois conditions ne sont pas remplies, le salaire afférent aux vacances doit être payé au moment où les vacances sont prises.

Dans l'arrêt précité du 30 janvier 2023, le **Tribunal fédéral a durci sa position s'agissant de la condition de l'activité irrégulière.**

Ainsi, pour le Tribunal fédéral, si un employé travaille à 100 % pour le même employeur, il n'existe pas de difficultés insurmontables, en raison de variations mensuelles du temps de travail, pour un paiement du salaire pendant les vacances.

Toujours pour le Tribunal fédéral, au vu des offres de logiciels et des systèmes de saisie du temps de travail disponibles aujourd'hui, un calcul du salaire afférent aux vacances conforme à la loi n'apparaît plus comme inacceptable, même en cas de fluctuations mensuelles du salaire.

En d'autres termes, si l'employé a certes une fluctuation mensuelle du salaire mais travaille à 100% pour le même employeur, le salaire relatif aux vacances doit pouvoir être calculé et il doit être payé au moment où l'employé prend ses vacances.

Dans le cas jugé par le Tribunal fédéral, l'employée travaillait à 100% pour le même employeur et percevait un salaire horaire de CHF 18.- plus une indemnité de 8,33% pour les vacances (puis ensuite de 10,64%).

Dans l'arrêt, le Tribunal fédéral donne également les deux exemples suivants :

- 1er exemple : le cas d'une assistante en ostéopathie engagée à plein temps et rémunérée au prorata des heures effectivement facturées aux clients. Dans ce cas, le Tribunal fédéral a nié l'existence d'une activité irrégulière.
- 2ème exemple : le cas d'une employée travaillant comme enseignante dans une école privée, qui donnait au moins 35 heures de cours par semaine et était rémunérée par leçon. Dans ce cas également, le Tribunal fédéral a nié l'existence d'une activité irrégulière.

Dans ces cas donc, comme il n'y a pas d'activité irrégulière pour le Tribunal fédéral, il n'est pas licite de prévoir une indemnité de vacances sous forme de pourcentage et l'employeur qui a prévu une telle indemnité prend le risque de payer en réalité deux fois les vacances.

Cela étant, dans un arrêt plus ancien du 8 avril 2009 ([ATF 4A_66/2009](#)), le Tribunal fédéral avait rejeté la demande d'un médecin au paiement du salaire afférent à ses vacances. Dans ce cas, le médecin était rémunéré à l'acte mais percevait mensuellement des acomptes sous réserve d'un décompte final à la fin de l'exercice. Il avait en outre effectivement pu prendre ses vacances en nature.

Le Tribunal fédéral a considéré que le mode de paiement, qui avait été prévu, « est très incertain lorsqu'il est effectué, comme en l'espèce, sous forme d'acomptes d'un montant variable. Il peut être problématique pour l'employé, notamment lorsqu'un acompte ne suffit pas à couvrir les dépenses mensuelles.

Or, dans le cas du recourant, ce n'était manifestement pas le cas au vu du montant des acomptes et des économies qu'il a pu constituer. Comme le recourant recevait également les acomptes lorsqu'il prenait des vacances, il n'était pas moins bien loti durant ces périodes que s'il avait travaillé. Il n'était pas obligé de constituer des provisions pour les vacances à partir de ses revenus, mais pouvait utiliser l'acompte à cet effet, sachant qu'il pouvait compter sur un nouveau versement le mois suivant, qui suffirait à couvrir l'entretien. Il n'y avait donc pas de risque que l'argent nécessaire pour les vacances soit utilisé prématurément et que le but des vacances soit ainsi compromis. En cela, la situation du recourant se distingue de celle d'un employé qui ne reçoit des versements de salaire que lorsqu'il a effectivement travaillé.

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a donc considéré que le médecin avait pu prendre ses vacances et qu'il disposait des moyens nécessaires à cet effet. Il aurait certainement été d'un autre avis si

l'acompte ne suffisait pas à couvrir les dépenses mensuelles.

Ainsi, en se fondant sur l'arrêt du 30 janvier 2023 et la jurisprudence antérieure il semble donc que, dans les cas « sortant de l'ordinaire », trois solutions sont possibles pour l'employeur.

- Une indemnité de vacances sous la forme d'une prise en considération d'un pourcentage de vacances dans le salaire mentionnée clairement dans les décomptes de salaire et dans le contrat ; cette solution doit cependant être choisie avec prudence et ne peut s'appliquer que si l'activité est réellement irrégulière. Cela ne sera pas le cas si l'employé travaille à 100% pour le même employeur même si son salaire fluctue d'un mois à l'autre ;
- Un système d'acomptes versés tous les mois mais d'un montant suffisant pour couvrir les dépenses mensuelles et permettre la prise de vacances sans que des provisions ne doivent être faites par l'employé.
- Une indemnité de vacances sous la forme d'une prise en considération d'un pourcentage de vacances comme dans la solution ci-dessus calculée et déclarée périodiquement avec le salaire de base mais versée lorsque les vacances sont effectivement prises.

Dans tous les cas « sortant de l'ordinaire », il est vivement conseillé à l'employeur de faire preuve de prudence lors de la fixation du salaire afférent aux vacances et de [prendre conseil au préalable afin d'éviter le risque](#), en cas de procédure ouverte par les employés, de devoir effectuer un double versement du salaire.

Source :

<https://www.wg-avocats.ch/actualites/communications/le-salaire-afferant-aux-vacances-un-vrai-casse-tete-pour-les-employeurs/>