

TABLE DES
MATIÈRES

INTRODUCTION

1 LA NOTION DE VACANCES

2 LA FIXATION DE VACANCES EN GÉNÉRAL

3 LA FIXATION DE VACANCES DANS LE CONTEXTE DE LA CRISE SANITAIRE ACTUELLE

INTRODUCTION

La crise sanitaire actuelle a rarement autant déchaîné les débats doctrinaux qu'à ce jour. Pour donner du crédit à leurs opinions, certains auteurs tentent de déstabiliser des institutions qui permettent de conserver un équilibre fragile dans les relations entre employés et employeurs.

Il n'est pas question ici de mettre en doute la nécessité de la protection des droits fondamentaux dont bénéficie le salarié, puisque par définition ceux-ci sont essentiels à l'équilibre socio-économique de notre Pays. Alors que la crise sanitaire provoque une déstabilisation généralisée de nos institutions et fait apparaître le spectre d'une récession, l'inquiétude des auteurs de la présente publication est dirigée vers la mise en péril des institutions qui offrent à l'employeur des outils essentiels pour préserver l'entreprise et donc les emplois.

Le droit d'imposer des vacances par l'employeur en cas de crise est dans le viseur

1. La notion de vacances

Les auteurs et le temps n'ont que peu d'influence sur la définition des vacances. Il est communément admis qu'il s'agit d'« *une cessation des occupations ou du travail ordinaire pour prendre du repos.* [Les vacances] *correspondent donc à une période durant laquelle l'activité professionnelle est interrompue, pour que le travailleur puisse se reposer ou se distraire* » (CEROTTINI Eric, *Le droit aux vacances – étude des articles 329a à d CO*, Thèse, Lausanne 2001, p. 44 et ref. citées).

L'interruption de travail offre à l'employé la faculté de se déplacer et de séjourner dans des lieux situés en dehors de son cadre de vie et de travail (*Ibid.*).

Plus actuel, WYLER, citant CEROTTINI, considère les vacances comme « *le droit du travailleur à une période d'interruption du temps de travail prolongée, continue et rémunérée, ne nécessitant pas de travail compensatoire,*

de nombreuses têtes bien-pensantes. Toutefois, l'éloignement de la pratique semble empêcher ces dernières de réaliser que la majorité des entrepreneurs et chefs d'entreprise luttent quotidiennement pour la conservation d'emplois et planifient des solutions d'urgence pour éviter les licenciements collectifs. Leur ôter un tel droit se ferait inévitablement au détriment de postes de travail.

Nous débuterons l'exposé par la définition de la notion de vacances qui est au centre de la présente analyse (*Infra 1*). Nous exposerons ensuite les modalités qui permettent à l'employeur d'imposer des vacances aux employés et les cautions qu'il doit respecter (*Infra 2*). Nous apporterons finalement une critique des développements récents sur la protection de l'entreprise qu'il convient d'assurer en ce temps de crise et par la suite (*Infra 3*).

dont la durée et les dates sont déterminées à l'avance, durant laquelle le travailleur doit pouvoir effectivement se remettre de la fatigue accumulée en cours d'année et pendant laquelle il dispose d'un libre choix de son emploi du temps dans la limite et le respect de son devoir de fidélité » (WYLER Rémy / HEINZER Boris, *Droit du travail*, 4^e éd., Berne 2019, p. 489).

La conclusion intermédiaire suivante s'impose à cette étape de notre analyse : le but des vacances consiste en un temps de repos pour l'employé, afin que ce dernier puisse se remettre de la fatigue accumulée en cours d'année.

Il convient donc de distinguer l'aménagement du droit aux vacances qui peut consister à voyager ou à accomplir des projets personnels, du fondement même du droit aux vacances qui est le repos de l'employé.

2. La fixation de vacances en général

Conformément à l'art. 329c al. 2 CO, « [l']employeur fixe la date des vacances en tenant compte des désirs du travailleur dans la mesure compatible avec les intérêts de l'entreprise ou du ménage. »

La doctrine confirme la lettre claire de la loi : l'employeur peut fixer les dates de vacances de ses employés. Selon les auteurs, « [l]es dates sont fixées par l'employeur en tenant compte des désirs du travailleur, dans une mesure compatible avec les intérêts de l'entreprise ou du ménage (art. 329c CO) [(...)]. En cas d'impossibilité de faire coïncider les souhaits de l'employeur et de l'employé, ce dernier doit se conformer aux vacances fixées par le premier » (WYLER Rémy / HEINZER Boris, *Droit du travail*, 4^e éd., Berne 2019, p. 497).

Il est reconnu en pratique que « [d]ans la fixation des dates des vacances, l'employeur tiendra compte de la situation familiale du travailleur et de ses impératifs, en faisant correspondre les dates des vacances avec celles du conjoint et, s'il a des enfants en âge de scolarité, avec les dates des vacances scolaires. D'autres facteurs pourront être pris en considération, tels que l'âge, l'ancienneté, les goûts et intérêts personnels du travailleur, le développement de sa personnalité » (*Ibid.*).

Lors de la fixation des vacances du personnel, l'employeur doit respecter un délai de préavis suffisant pour permettre à ses travailleurs de s'organiser et de préparer leurs éventuels projets de vacances. En règle générale, l'employeur doit communiquer les dates des vacances au travailleur au moins trois mois avant qu'elles ne soient prises (*Idem*, p. 498).

Toutefois, dans certaines circonstances exceptionnelles, « des délais plus courts peuvent être admis » (*Ibid.*).

Dans une telle hypothèse, « [l]orsque la demeure de l'employeur est liée à des circonstances indépendantes de sa volonté (problème d'approvisionnement en matières premières, par exemple), l'employeur peut éviter les conséquences de la demeure en ordonnant des vacances d'entreprise. Cas échéant, le devoir de fidélité peut contraindre

un travailleur à admettre la modification de vacances éventuellement planifiées à une autre date. Ne s'agissant pas d'une modification chicanière, il est possible d'imposer une date au sens de l'article 329c al. 2 CO sans même respecter les délais usuels d'annonce » (SUBILIA Olivier, *Panorama en droit du travail – Les divers empêchements de travailler*, IDAT n°35, p. 78 et réf. citées.).

La notion de « vacances forcées », concerne un ensemble plus large de personnes. Il s'agit d'une « période de vacances rémunérées prises par l'ensemble ou une certaine catégorie du personnel, sur prescription unilatérale de l'employeur, pendant une période fixée par ce dernier » (WYLER Rémy / HEINZER Boris, *Droit du travail*, 4^e éd., Berne 2019, p. 502 ; ég. CEROTTINI Eric, *Le droit aux vacances – étude des articles 329a à d CO*, Thèse, Lausanne 2001, p. 233 et ref. citées).

L'employeur peut imposer de telles vacances lorsque celles-ci apparaissent comme « absolument nécessaires en raison de circonstances extraordinaires mettant l'entreprise en sérieuse difficulté » (WYLER Rémy / HEINZER Boris, *Droit du travail*, 4^e éd., Berne 2019, p. 502).

Il est évident que l'appréciation des conditions de « gravité » et d'« imprévisibilité » doit se faire de manière stricte, car elle constitue un moyen pour l'employeur de fixer des vacances de manière soudaine, en évitant de devoir respecter le délai de préavis et pourrait représenter un risque pour le travailleur de ne pas pouvoir organiser sa période de repos convenablement (CEROTTINI Eric, *Le droit aux vacances – étude des articles 329a à d CO*, Thèse, Lausanne 2001, p. 234 et ref. citées.).

Quant à la quotité des vacances imposées, « l'employeur peut être fondé à fixer des vacances forcées couvrant la totalité du droit aux vacances annuel » et même au-delà, lorsque leur durée est supérieure à celle du droit aux vacances auquel le travailleur peut prétendre par année (Eric CEROTTINI, n° 23 *ad art. 329c CO*, in : Dunand / Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013).

Qu'il s'agisse d'imposer des vacances individuellement à un employé ou à l'ensemble des salariés d'une entreprise, il ressort de ce qui précède que la doctrine majoritaire est d'avis que cette faculté appartient à l'employeur et qu'elle est conditionnée à des circonstances extraordinaires.

Bien entendu, dans la mesure du possible l'employeur doit fixer la date des vacances de ses employés en tenant

compte de leurs désirs. Toutefois, la crise sanitaire actuelle, dont la gravité et l'imprévisibilité sont notoires semble justifier, plus que jamais, la concrétisation de cette faculté octroyée à l'employeur, qui est certes brutale, mais économiquement nécessaire.

Cette conclusion pratique, qui est en accord avec la position de la doctrine dominante, ne semble pourtant pas être évidente pour tous.

3. La fixation de vacances dans le contexte de la crise sanitaire actuelle

Dans une récente parution, certains auteurs confirment en partie la position exprimée aux chapitres précédents : « *la doctrine dominante estime qu'il est possible de réduire ou supprimer ce délai et d'ordonner des vacances forcées, lorsque ces dernières apparaissent comme absolument nécessaires, en raison de circonstances extraordinaires et imprévisibles qui sont susceptibles de mettre l'entreprise en sérieuses difficultés. La situation actuelle liée au Covid-19 nous paraît manifestement remplir ces conditions* » (DUNAND Jean-Philippe / WYLER Rémy, *Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail - Newsletter Coronavirus*, Centre d'étude des relations de travail, Neuchâtel 2020, p. 25).

Si les auteurs précités reconnaissent que la situation est extraordinaire – et qu'elle permettrait ainsi le recours aux vacances forcées et à une diminution du délai de préavis –, ils affirment qu'« *il ne peut toutefois être fait abstraction du second paramètre, celui de la possibilité pour le travailleur de bénéficier de jours de repos qui correspondent au but des vacances* » (Ibid.).

La justification de cette position surprenante est la suivante : « *les règles de confinement imposées par le Conseil fédéral, la situation économique, sociale et sanitaire et le climat anxieux ne sont guère propices à la détente et au repos psychique, et ils ne permettent pas au travailleur de se consacrer aux activités de son choix. On peut comparer cette situation à celle du travailleur malade. Une incapacité de travail implique généralement une incapacité*

de prendre des vacances, car l'objectif de détente ne peut être atteint. Lorsque l'affection dont souffre le travailleur est durable (elle excède deux à trois jours) et suffisamment sérieuse au point d'entraver sa récupération physique ou psychique, elle empêche en principe la réalisation du but des vacances. Ainsi, les jours d'incapacité à bénéficier des vacances ne seront pas décomptés au titre de vacances prises et pourront être repris à une date ultérieure. On verrait mal un employeur imposer des vacances forcées à un travailleur malade » (Ibid.).

Si la comparaison de la situation d'un employé forcé de prendre des vacances aujourd'hui à celle d'un travailleur malade en incapacité de prendre ses vacances peut paraître séduisante, elle est incohérente sur le fond. Pour juger de la justesse des propos qui précèdent, il convient donc de débattre de la question de l'intensité de l'atteinte.

Pour qu'un employé soit privé de la possibilité de bénéficier des vacances, la doctrine est d'avis que « *l'atteinte à sa santé doit présenter une intensité telle qu'elle entrave le but des vacances en empêchant la récupération physique ou psychique du travailleur. Une indisposition, une indigestion, une blessure de faible gravité, un coup de soleil, une cheville foulée, un rhume, un malaise, des maux de tête ou de dents (pour autant qu'ils ne soient que passagers) ne constituent pas des cas d'empêchement de bénéficier des vacances* » (WYLER Rémy / HEINZER Boris, *Droit du travail*, 4^e éd., Berne 2019, p. 492).

Les auteurs de la publication controversée soutiennent que « les règles de confinement imposées par le Conseil fédéral » constituent une atteinte suffisamment intense pour considérer que les vacances ne peuvent être prises. Il convient de relever que ces règles ont ceci de particulier qu'elles n'imposent pas le confinement. En effet, même si la sédentarité est recommandée, le déplacement n'est en aucun cas sanctionné. Pour ne prendre qu'un exemple, le fonctionnement de l'ensemble des transports publics témoigne de la volonté du Conseil fédéral de ne pas priver les citoyens de leur liberté de mouvement.

Quant au critère du « climat anxieux », les auteurs ne semblent pas mesurer la portée du propos. Si la situation actuelle présente la particularité que certaines activités de détente sont limitées et que les déplacements à l'étranger sont rendus difficiles, le but principal des vacances, à savoir le repos, peut dans tous les cas être atteint. En effet, les auteurs semblent confondre l'aménagement du droit aux vacances qui peut consister à voyager ou à accomplir des projets personnels à celui du fondement même du droit aux vacances, à savoir le repos.

De plus, suggérer qu'une situation anxieuse permette à l'employé de justifier que des vacances prises ne peuvent l'être est une

pente glissante et dangereuse. Il convient de s'interroger sur la dimension de cette notion. Si celle-ci devait être reprise par la jurisprudence, cela créerait une insécurité juridique manifeste. L'exemple pratique suivant permet d'illustrer l'incohérence du raisonnement : un employé en vacances qui ferait face à des problèmes de réservation hôtelière, et dont la situation engendrerait selon lui une situation anxieuse, pourrait-il finalement être en droit de justifier devant son employeur qu'il n'a pas eu droit à du repos ?

Finalement, devra-t-on généralement considérer que les personnes fragiles émotionnellement peuvent se garder le droit d'invoquer leur anxiété pour qu'il leur soit octroyé le solde de vacances pris, mais au cours duquel elles n'ont pas pu se reposer ? Le caractère non quantifiable de la notion donnerait lieu à d'interminables discussions devant les tribunaux et encouragerait l'absentéisme généralisé.

Le lecteur aura certainement compris que les auteurs de l'argumentaire débattu, qu'ils en soient conscients ou non, sous prétexte de défendre la noble cause des salariés, accentuent en réalité un chaos existant et fragilisent encore plus les institutions d'une société en difficulté.

En guise de conclusion, il convient d'affirmer que l'employeur, compte tenu de la crise sanitaire actuelle, demeure en droit d'imposer des vacances à ses employés lorsque la situation économique de son entreprise ne lui laisse pas d'autre alternative. Les Tribunaux trancheront certainement cette question dans un futur proche, avec l'espoir que les arguments soulevés dans la présente publication trouvent application.



Serge Fasel

Associé

sfasel@fbt.ch



Théo Goetschin

Avocat

tgoetschin@fbt.ch



Charlotte Andrey

Avocate stagiaire

candrey@fbt.ch



FBT
A V O C A T S

Genève

Rue du 31-Décembre 47
Case postale 6120
CH – 1211 Genève 6
+41 22 849 60 40
info@fbt.ch

Paris

4, avenue Hoche
F – 75008 Paris
+33 1 45 61 18 00
info@fbt-avocats.fr