

TF, 30.01.23, 4A\_357/2022\*

*Si une travailleuse est employée à plein temps auprès de la même employeuse, une convention prévoyant l'inclusion exceptionnelle du salaire afférent aux vacances dans le salaire global est exclue même lorsque le salaire mensuel de la travailleuse varie.*

#### Faits

Une travailleuse conclut un contrat de travail à plein temps prévoyant notamment une indemnité de vacances calculée en pourcentage du salaire. Après quelques années au service de son employeuse, la travailleuse est licenciée.

A la suite du licenciement, la travailleuse intente une action visant notamment au paiement d'indemnités de vacances et obtient gain de cause devant les autorités cantonales. L'employeuse recourt au Tribunal fédéral, lequel est amené à trancher la question de savoir si l'occupation d'une travailleuse employée à plein temps auprès de la même employeuse et dont le salaire varie mensuellement en raison d'horaires de travail irréguliers permet, en raison de la variation mensuelle du salaire, la conclusion d'un contrat de travail incluant exceptionnellement l'indemnité de vacances au salaire global.

#### Droit

Selon l'art. 329d CO, l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature (al. 1 - norme semi-impérative). En outre, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages tant que durent les rapports de travail (al. 2 - norme impérative).

Le Tribunal fédéral rappelle que le salaire afférent aux vacances doit, en principe, être payé lorsque les vacances sont effectivement prises. En cas d'activité très irrégulière du travailleur, les difficultés liées au calcul du salaire afférent aux vacances rendent le paiement du salaire au moment où les vacances sont effectivement prises pratiquement irréalisable : l'indemnité de vacances peut ainsi exceptionnellement être incluse dans le salaire global. Afin de déroger à l'art. 329dCO, le Tribunal fédéral retient que trois

conditions doivent être réunies : l'occupation du travailleur doit être très irrégulière (1), la part du salaire afférente aux vacances (montant exact ou calculé en pourcentage du salaire) doit être mentionnée clairement et expressément dans le contrat de travail lorsque celui-ci est conclu par écrit (2) et l'indemnité de vacances doit figurer sur chacun des décomptes périodiques de salaire (3). Si ces conditions ne sont pas réalisées, le travailleur a droit au paiement du salaire afférent aux vacances, malgré l'indemnité de vacances incluses dans le salaire global et même s'il a pris ses vacances en nature.

En l'espèce, la condition de l'occupation très irrégulière de la travailleuse fait défaut. S'écartant de certaines jurisprudences rendues par le passé, le Tribunal fédéral retient désormais que même dans un cas d'occupation du travailleur à plein temps dont le salaire varie mensuellement en raison d'horaires de travail irréguliers, l'offre de logiciels et de systèmes de saisie du temps est suffisamment développée pour rendre le calcul et le paiement de l'indemnité de vacances concrètement réalisables. Par conséquent, dans la mesure où la travailleuse était employée à plein temps auprès de la même employeuse et en dépit du fait que son temps de travail variait mensuellement, une convention incluant l'indemnité de vacances au salaire global (en dérogation à l'art. 369d CO) est exclue. Le Tribunal fédéral conclut au versement de l'indemnité de vacances et rejette le recours.

Proposition de citation : VICTOR SELLIER, L'inclusion de l'indemnité de vacances au salaire global de la travailleuse employée à plein temps, in: <https://lawinside.ch/1288/>