

## **GE\_GERICHTE C/25405/2003 vom 29. August 2005**

GE Cour de justice, 2005-08-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_C\\_25405\\_2003](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_25405_2003)

FR: GE\_GERICHTE C/25405/2003 du 29 août 2005

IT: GE\_GERICHTE C/25405/2003 del 29 agosto 2005

### **Regeste**

CONTRAT INDIVIDUEL DE TRAVAIL; BANQUE; AGENT DE CHANGE; VACANCES; DROIT IMPÉRATIF; PÉREMPTION; ABUS DE DROIT; SOMMATION; DÉLAI DE RÉSILIATION; LIBÉRATION DE L'OBLIGATION DE TRAVAILLER; RENONCIATION À DES PRÉTENTIONS DE SALAIRE; QUITTANCE POUR SOLDE DE TOUT COMPTE | Les vacances doivent en général être accordées pendant l'année de service correspondante (art. 329c al. 1 CO). La locution "en général" exclut la péremption du droit aux vacances au seul motif que celles-ci n'ont pas été prises durant l'exercice concerné. Les seules limites dans le temps sont la prescription de l'art. 128 ch. 3 CO et l'abus de droit, consistant par exemple à procéder à un cumul volontaire, malgré la mise en demeure de son employeur. Toute clause prévoyant une perte automatique des vacances par le seul écoulement du temps est nulle. Il revient à E de demander aux travailleurs, voire d'exiger d'eux, qu'ils prennent leurs vacances. Si l'un d'entre eux ne s'exécute pas pendant l'exercice, E doit lui fixer un délai, d'au minimum trois mois, pour prendre ses vacances, étant expressément précisé qu'à défaut de détermination de T, la fin dudit délai sera réputé coïncider avec le solde de vacances. La Cour exclut en l'espèce que E ait empêché pratiquement T de prendre ses vacances en imposant des objectifs trop ambitieux. E a en outre sommé à deux reprises les travailleurs présentant un solde de vacances trop important de les prendre dans les trois mois suivant la fin de l'exercice, sous peine de les perdre. T n'a pas réagi et a même signé deux décomptes mentionnant l'annulation de son solde de vacances. Il a donc perdu son droit aux vacances, sauf en ce qui concerne sa dernière année de service. Pour celle-ci, E ne pouvait exiger de T qu'il prenne toutes ses vacances dans les trois premiers mois de l'exercice suivant, qui correspondaient à son délai de congé. Citant différentes jurisprudences cantonales relatives à la prise de vacances en nature pendant le délai de congé, la Cour considère que T, libéré de l'obligation de travailler pendant son délai de congé de trois mois, doit se laisser imputer 13,5 jours de vacances en nature, les 30 jours restant devant être indemnisés. Interprétant la convention signée par les parties pour solde de tout compte, la Cour retient qu'elle prévoyait expressément que le règlement des vacances était renvoyé à la fin des rapports de travail, de sorte qu'elle n'a pas eu à examiner la validité de ladite convention au regard de l'art. 341 CO. | CO.329c; CO.329d.al2; CO.128.ch3; CC.2.al2; CO.341;

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

. Interjeté dans le délai et la forme prescrits par la loi, l'appel de T \_\_\_\_\_ est recevable (art. 59 LJP).

#### **E. 2**

. a ) Les vacances sont définies comme le droit du travailleur à une période d'interruption du temps de travail, prolongée, continue et rémunérée, ne nécessitant pas de travail compensatoire, 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 ( Cerottini , *Le droit aux vacances*, Iral, Lausanne 2001, p. 80 ; Wyler , *Droit du travail*, Berne 2002, p. 250). En règle générale, les vacances sont accordées pendant l'année de service correspondante et doivent comprendre au moins deux semaines consécutives. Les dates sont fixées par l'employeur en tenant compte des désirs du travailleur, dans la mesure compatible avec les intérêts de l'entreprise et du ménage (art. 329c CO). Dans la fixation des dates de vacances, l'employeur tiendra compte de la situation familiale du travailleur et de ses impératifs en faisant correspondre les dates de vacances avec celles du conjoint et, s'il a des enfants en âge de scolarité, avec les dates des vacances scolaires. D'autres facteurs peuvent être pris en considération tels l'âge, l'ancienneté, les goûts et l'intérêt personnel du travailleur, le développement de sa personnalité ( Wyler , loc. cit. p. 254). b ) L'ancien art. 329c CO prévoyait que les vacances étaient accordées « pendant l'année de service correspondante, mais au plus tard au cours de l'année suivante ». L'employeur devait faire en sorte que le travailleur bénéficie de son droit aux vacances au plus tard dans le courant de l'exercice-vacances suivant celui qui donnait droit à cette prétention. Se fondant sur cette disposition, le Tribunal fédéral s'était prononcé en faveur de la perte définitive du droit aux vacances lorsque le travailleur n'en faisait pas usage jusqu'au terme de l'année suivante (ATF 107 II 430 = SJ 1982 p. 241 ; ATF 101 II 283 ). Cette jurisprudence a fait l'objet de critiques de la part de la doctrine ( Cerottini , loc. cit. p. 369 et les références citées). Cette situation a été modifiée par l'entrée en vigueur du nouvel art. 329c CO précisant que « en règle générale, les vacances sont accordées pendant l'année de service correspondante ». Le législateur a souhaité mettre fin à la querelle née de l'application de l'ancienne disposition en établissant clairement dans la loi que les vacances ne se périmaient pas d'une période de référence à une autre. Cette décision est d'ailleurs conforme au principe selon lequel il appartient à l'employeur d'octroyer du temps de vacances et de veiller à ce que chaque travailleur prenne effectivement son droit intégral aux vacances dans la période de référence correspondante. Or, le travailleur n'a pas à pâtir du fait que l'employeur n'observerait pas cette obligation légale. Par conséquent, pour le cas où les vacances n'ont pas été accordées en temps voulu, le droit aux vacances se cumule d'une période de référence à l'autre. La seule limite dans le temps est celle de l'art. 128 CO, soit un délai de prescription de 5 ans ( Cerottini , loc. cit. p. 340). c ) Le message du Conseil fédéral a toutefois réservé la perte du droit aux vacances avant ce terme quinquennal dans l'hypothèse où le retard invoqué par le travailleur à faire valoir le droit en question relève d'un abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC (Message du Conseil fédéral du 27 septembre 1982, Feuille Fédérale 1982 III 177 ss, 214). La doctrine suisse suit cette opinion en précisant que l'abus de droit sera retenu lorsque le travailleur ne prend pas ses vacances pour opérer sciemment un cumul subséquent, et ce malgré la mise en demeure de l'employeur ( Brühwiler , *Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, n° 1, ad. art. 329c CO ; Brunner / Bühler / Waeber , *Commentaire du contrat de travail*, 3<sup>ème</sup> édition, n° 6 ad. art. 329c CO ; Engel , *Contrats de droit suisse*, 2<sup>ème</sup> édition, p. 344 ; Rehbindler , *Commentaire bernois*, n° 7 ad. art. 329c). d ) En général, est nulle toute stipulation de l'employeur précisant que le droit aux vacances qui n'a pas été utilisé dans un certain délai est définitivement perdu ( Brühwiler , loc. cit. n° 1 ad. art. 329c CO ; Cerottini

, loc. cit., p. 341). Cette clause ne déploie en principe aucun effet dès lors que les dispositions sur la prescription sont de nature impérative. En outre, l'employeur a le devoir de veiller à ce que le travailleur prenne ses vacances en nature pendant l'exercice-vacances. Dès lors, si un solde de vacances subsiste à l'issue de cette période, l'employeur en est le premier responsable en sa qualité de gestionnaire de l'entreprise. Pour que cette responsabilité passe au travailleur, la doctrine relève que l'employeur doit avoir expressément demandé à son employé de prendre ses vacances dans l'exercice-vacances et que, une fois le terme de cette période dépassé, il doit procéder à une sommation spécifique enjoignant clairement l'employé de prendre son solde de vacances dans un délai qui ne saurait être inférieur à 3 mois et l'avertir que, en cas de refus ou d'absence de décision de sa part, les dernières semaines du délai accordé seront considérées comme choisies et les vacances prises à ce moment ( Cerottini , loc. cit., p. 341). Un tel procédé avec mise en demeure est considéré comme licite par la doctrine dès lors que le travailleur a violé dans cette hypothèse le droit de l'employeur à donner des instructions ( Cerottini , loc. cit., p. 341).

### **E. 3**

. Il s'agit d'examiner, sur la base des principes précités, si l'employeur pouvait procéder à l'annulation des vacances cumulées au 31 décembre 2001, respectivement au 31 décembre 2002. a ) Conseiller financier auprès de E\_\_\_\_\_, T\_\_\_\_\_ bénéficiait d'une grande autonomie dans la manière d'organiser son travail lui permettant de gérer lui-même son temps de travail et de repos. T\_\_\_\_\_ était attaché au Département institutionnel de E\_\_\_\_\_ qui comportait une quinzaine de collaborateurs et travaillait en team avec ses collègues. Agé de 54 ans à l'époque des faits, divorcé et bénéficiant d'enfants majeurs, T\_\_\_\_\_ n'avait pas de contraintes familiales pour déterminer la date de ses vacances. La Cour d'appel ne peut pas sous-estimer la réalisation des objectifs assignés par l'entreprise aux conseillers financiers mais ne peut retenir que ces objectifs rendaient impossible la prise de vacances par le personnel opérationnel. La Cour d'appel relève à ce sujet que la situation du cumul des vacances n'a concerné que T\_\_\_\_\_ et un deuxième collègue, les autres brookers de E\_\_\_\_\_, pourtant soumis aux mêmes impératifs de rentabilité, ayant pu bénéficier de leurs vacances. La Cour d'appel retiendra ainsi que, en dépit des objectifs assignés par l'entreprise, la prise de vacances s'avérait compatible avec ces objectifs. De plus, la procédure a montré que les ordres pour les clients des brookers pouvaient être transmis en leur absence par leurs collègues ou leurs assistants, les commissions leur étant alors intégralement versées de telle sorte qu'ils ne subissaient aucune perte de ce fait. b ) La situation du cumul des vacances a amené l'entreprise à réagir à cette situation en mettant en demeure les collaborateurs concernés, par memorandum du 2 août 2001, de prendre leur solde de vacances accumulées et devenues hors de proportion à la fin mars 2002, ceci sous peine d'annulation. Il n'est pas contesté que T\_\_\_\_\_ n'a pas réagi à cette communication et qu'il n'a pas contacté les responsables du personnel comme la notice le suggérait à ceux qui avaient accumulé un solde de vacances disproportionné. Cette situation a été réitérée le 4 décembre 2001 et n'a pas suscité davantage de réaction ou manifestation de T\_\_\_\_\_. En cours d'instruction, ce dernier a indiqué qu'il ne se sentait pas concerné par cette notice dès lors qu'il lui était impossible d'amortir son solde de vacances important dans le délai imparti par son employeur. Il oublie que la mise en demeure de son employeur, faisant état d'un cumul disproportionné, s'appliquait spécifiquement à son cas et qu'il était invité à prendre contact avec le service du personnel pour régler cette situation. En renonçant à prendre contact avec

le service du personnel, en dépit de l'injonction contenue dans les notices d'août et de décembre 2001, T\_\_\_\_\_ n'a pas respecté les instructions et les directives de son employeur et a contrevenu à l'art. 321a al. 1 CO. Il appartenait à l'employé de donner suite à l'injonction de son employeur ou à tout le moins de solliciter une prolongation du terme fixé pour la prise des vacances en nature. c) Au surplus, l'annulation du cumul de vacances a fait l'objet de décomptes qui ont été approuvés par l'appelant. Ainsi, les décomptes des 30 mai et 31 juillet 2002, mentionnant l'annulation du cumul des vacances, ont-ils été contresignés par T\_\_\_\_\_ les 14 juin 2002 et 31 juillet 2002. Il ressort de cette situation que T\_\_\_\_\_ a acquiescé à la pratique de E\_\_\_\_\_ en matière de jours de vacances cumulés et a accepté l'annulation de ses vacances cumulées au 31 décembre 2001 en ne contestant pas les décomptes établis qui lui ont été remis. A l'audience de ce jour, T\_\_\_\_\_ a reconnu avoir signé ces documents sans être d'accord avec leur contenu en déclarant qu'il ne souhaitait pas que la question des vacances le pénalise au sein de l'entreprise. La Cour d'appel comprend mal cette justification d'autant plus qu'à l'époque concernée (été 2002), la procédure de licenciement collectif n'avait pas encore été annoncée aux employés. La Cour d'appel ne comprend dès lors pas que T\_\_\_\_\_ n'ait pas réagi à l'annulation du cumul des vacances qui avait pourtant fait l'objet de mise en demeure de l'employeur. d) La Cour d'appel retiendra que, dans le cas d'espèce, la stipulation de E\_\_\_\_\_ concernant l'annulation du cumul des vacances au 31 décembre 2001 est valable et déploie ses effets. En effet, dans le cas soumis à la Cour, l'employeur, en sa qualité de gestionnaire de l'entreprise, n'est pas responsable du solde de vacances qui subsiste à l'issue de la période d'exercice-vacances. Cette responsabilité est en effet passée à l'employé. Tout d'abord, l'employeur a procédé à une sommation spécifique enjoignant l'employé de prendre son solde de vacances dans un certain délai, voire de prendre contact avec le service du personnel pour régler cette question. En s'abstenant de déférer à l'injonction du service du personnel, T\_\_\_\_\_ a violé des instructions et directives données par sa hiérarchie. De plus, l'employeur a clairement informé l'employé de son exigence de devoir régulariser cette situation au plus tard le 31 mars 2002, situation qui a été agréée par l'employé. Enfin, il découle des nouveaux décomptes de vacances que T\_\_\_\_\_ a expressément accepté l'annulation du cumul de vacances préalablement notifié par son employeur. Pour toutes ces raisons, la Cour d'appel considère que l'accord lié à l'annulation du cumul de vacances au 31 décembre 2001 est en l'espèce valable.

#### **E. 4**

Aux yeux de la Cour d'appel, la situation se présente toutefois de façon différente pour la question de l'annulation des vacances cumulées au 31 décembre 2002. a) Les décomptes de vacances produits à la procédure indiquent que le solde des vacances au bénéfice de T\_\_\_\_\_ se montait, après l'annulation des cumuls au 31 décembre 2001, à 32.5 jours au 16 janvier 2003. Au 23 janvier 2003, soit le jour de la résiliation des rapports de service, le solde des vacances s'élevait à 43.5 jours, prenant également en compte les jours de vacances pour l'année 2003. Enfin, au 22 août 2003, soit plusieurs mois après la fin des rapports de service, le solde des vacances de T\_\_\_\_\_ s'élevait à 13 jours compte tenu de l'annulation du cumul de vacances au 31 décembre 2002. E\_\_\_\_\_ soutient que le solde des vacances de l'année 2002, soit 25 jours, a fait l'objet d'une annulation dès lors que ces vacances n'ont pas été prises à la fin du premier trimestre de l'année 2003 en dépit de la notice du 10 septembre 2002 enjoignant les employés de prendre leur solde de vacances 2002 au 31 mars 2003 au plus tard. L'employeur applique pour ce cumul de vacances de l'année 2002 les mêmes critères que ceux ayant présidé à l'annulation du

cumul des vacances de l'exercice 2001. La Cour d'appel ne peut toutefois suivre l'intimée sur ce point. Selon les principes rappelés ci-dessus, la validité d'une telle stipulation doit rester exceptionnelle et est admise, selon le cas particulier, lorsque l'employé, en dépit de la sommation notifiée, refuse sans motif de prendre ses vacances dans le délai imparti. Il ressort en l'espèce du dossier que, à la fin de l'année 2002, une procédure de licenciement collectif a été ouverte à l'encontre des employés de l'intimée. Dans le courant décembre 2002, ces derniers furent informés oralement que leur contrat de travail allait être dénoncé suivant des échéances individualisées pour chaque intéressé. S'agissant de T\_\_\_\_\_, son employeur a dénoncé son contrat de travail le 22 janvier 2003 pour le 30 avril 2003. Compte tenu de ces circonstances, la Cour d'appel considère que E\_\_\_\_\_ ne pouvait demander à ses employés de prendre leur solde de vacances 2002 au plus tard à la fin du premier trimestre 2003 puisque, à la fin de l'année 2002, elle les informait déjà que leur contrat de travail serait prochainement résilié. La Cour d'appel retient que E\_\_\_\_\_ ne peut, d'un côté, inviter ses employés à éponger leur solde de vacances dans un délai et, d'un autre côté, rendre inopérant ce délai en procédant à la résiliation d'un rapport de service. Ainsi, la stipulation de E\_\_\_\_\_ du 10 septembre 2002 enjoignant ses employés d'amortir leur solde de vacances 2002 au 31 mars 2003 sous peine d'annulation du solde de vacances n'est-elle pas opposable aux employés dès lors que les relations de service ont été dénoncées avant la date fixée pour l'amortissement des vacances 2002. Dans ces conditions, la Cour d'appel considère que la stipulation de E\_\_\_\_\_ concernant l'annulation du solde des vacances de l'année 2002 n'est pas opposable à T\_\_\_\_\_ et que, contrairement à la situation de l'exercice 2001, on ne peut considérer que la responsabilité du solde des vacances serait passée au travailleur. Selon les décomptes produits à la procédure, T\_\_\_\_\_ pouvait ainsi invoquer au 23 janvier 2003, date de la résiliation des rapports de service, un solde de vacances de 43.5 jours.

## **E. 5**

. Invoquant l'application de l'art. 2 al. 4 de la convention du 10 février 2003 précisant que « à moins qu'un autre engagement ne soit prévu avec le directeur de la section, l'employé accepte de prendre toutes ses vacances restantes pendant la période du délai de congé », l'intimée soutient que tout solde éventuel de vacances aurait dû être pris pendant le délai de congé. Il convient ainsi d'examiner si l'intimée pouvait exiger de T\_\_\_\_\_ qu'il prenne l'intégralité de son solde de vacances pendant la durée du préavis, soit 43.5 jours pendant la période du 1<sup>er</sup> février au 30 avril 2003. a) En cas de résiliation ordinaire du contrat de travail par l'employeur, les vacances devraient être prises lors du délai de congé ; l'employeur ne peut contraindre le salarié à les reporter après l'échéance du contrat (art. 329d al. 2 CO). Ce principe n'est cependant pas absolu. En effet, une fois le contrat dénoncé, le travailleur doit rechercher un autre emploi et l'employeur doit lui accorder le temps nécessaire pour cette recherche. Cette dernière étant incompatible avec la prise effective de vacances, il faudra examiner dans chaque cas, au vu de l'ensemble des circonstances telles la durée du délai de congé, la difficulté à trouver un autre travail et le solde de jours de vacances à prendre, si l'employeur pouvait exiger que les vacances fussent prises pendant le délai de congé ou s'il devait les payer en espèces à la fin des rapports de travail (SJ 1993 P. 354 ; Brunner / Bühler / Waeber , loc. cit. n° 4 ad. art. 329d CO ; Aubert , Le droit aux vacances, quelques problèmes pratiques in Journée 1990 du droit du travail et de la sécurité sociale, p. 129 – 130 ; Streiff / von Kaenel , Arbeitsvertrag, n° 11 ad. art. 329c). Une partie de la doctrine ( Cerottini , loc. cit. p. 299 – 300) considère que l'employeur ne peut imposer au travailleur la prise de vacances en nature lorsque la durée

du délai de congé est inférieure à 3 mois et que le travailleur n'a pas encore trouvé de nouvel emploi. Lorsque le délai de congé ou la libération d'obligation de travailler est d'une durée au moins égale à trois mois, l'employeur peut imposer au travailleur la prise de vacances dans cette période, en le libérant de l'obligation de travailler. Peu importe alors que le travailleur ait ou non trouvé un emploi. La casuistique n'est pas uniforme sur cette question. Les juges bâlois ont estimé que, sur un délai de congé de 3 mois, une période de 45 jours ouvrables était suffisante pour des recherches d'emploi d'une travailleuse de 59 ans et ont donc arrêté à 15 jours la partie du solde de vacances pouvant être prise en nature, l'autre partie devant être indemnisée (BJM 1993 p. 295). Les juges zurichois ont estimé qu'un travailleur pouvait prendre 18 jours de vacances sur 65 jours ouvrables en dépit de la nécessité de rechercher un travail (JAR 1995 p. 148). Les mêmes juges ont considéré qu'on ne pouvait pas attendre d'un travailleur qu'il prenne 24 jours de vacances sur deux mois de délai de congé, les mois de novembre et décembre étant en outre peu propices à la prise de vacances (JAR 1998 p. 161). Les juges jurassiens ont estimé inadmissible qu'on attende d'un travailleur licencié et à la recherche d'un nouvel emploi qu'il prenne ses 5 semaines de vacances pendant ses deux mois de préavis de licenciement (JAR 1996, p. 147). b) Agé de 54 ans à l'époque des faits, T\_\_\_\_\_ n'a pas retrouvé un emploi à la fin des rapports de service intervenue le 30 avril 2003. Sur la base de la casuistique rappelée ci-dessus, la Cour d'appel considère qu'on ne pouvait, dans cette situation, exiger de T\_\_\_\_\_ qu'il prenne l'intégralité de son solde de vacances, soit 43.5 jours, pendant son délai de préavis fixé à 3 mois. La Cour considère, compte tenu des circonstances du cas d'espèce, que 13.5 jours pouvaient être pris en nature, le reste (30 jours) devant être compensé en espèces. Le dernier salaire mensuel de T\_\_\_\_\_ s'élevant à 27'187.-, son indemnité vacances pour 30 jours de vacances s'élève ainsi à 40'780.50 fr.

#### **E. 7**

. Pour faire échec à la réclamation de T\_\_\_\_\_, l'intimée invoque la convention du 10 février 2003 aux termes de laquelle, contre paiement de l'indemnité contractuellement convenue, T\_\_\_\_\_ reconnaissait ne pas avoir de prétentions à faire valoir à l'encontre de son employeur. La Cour d'appel considère que la conclusion de cet accord ne fait pas échec à la réclamation de T\_\_\_\_\_. La convention prévoit en effet expressément (art. 2 al. 4) que le solde de vacances non pris pendant la durée du préavis fera l'objet d'un paiement en espèces à la cessation des rapports de service. La convention prévoit également que, contre bonne exécution des obligations de l'employeur, T\_\_\_\_\_ reconnaît ne pas avoir de prétentions à faire valoir à l'encontre de l'intimée. Il en découle que, par la signature de la convention litigieuse, T\_\_\_\_\_ n'a pas renoncé au paiement éventuel du solde de ses vacances puisque cette question était expressément prévue dans le document contractuel de telle sorte qu'une éventuelle application de l'art. 341 CO ne se pose pas au cas d'espèce.

#### **E. 8**

. Le jugement du Tribunal des prud'hommes sera ainsi réformé. Vu l'issue de l'appel, l'intimée sera condamnée à rembourser à l'appelant la moitié de l'émolument d'appel (art. 78 al. 1 LJP). Celui-ci ayant été fixé à 4'000 fr., la restitution partielle portera sur 2'000 fr.