



L'Etude
Swiss Lawyers

LAWYERS WITH ATTITUDE



BARBARA KERN
AVOCATE

L'ETUDE SWISS LAWYERS SNC

FRIBOURG

21, BOULEVARD DE PÉROLLES
CP 656, CH-1701 FRIBOURG
T + 41 (0)58 123 08 00
F +41 (0)26 322 68 42

LAUSANNE

17, RUE DU PORT FRANC
CP 960, CH-1001 LAUSANNE
T +41 (0)58 123 08 20

WWW.LETUDE.COM
LETUDE@LETUDE.CH



VACANCES FORCÉES

L'employeur peut-il imposer à son personnel, sous le couvert des mesures extraordinaires instaurées par le Conseil fédéral, de prendre des «vacances forcées» afin de combler l'inactivité de l'entreprise due à la crise sanitaire actuelle? Qu'en est-il du personnel vulnérable?

Selon 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. Le droit de déterminer à quel moment les vacances doivent être prises appartient donc, en principe, à l'employeur. S'il impose de manière unilatérale des vacances à ses employés, il doit toutefois le faire en respectant un délai de préavis usuel de trois mois (arrêt du Tribunal fédéral du 4 avril 1996, in: plädoyer 5/1996, p. 55, cité dans ERIC CEROTTINI, Commentaire du contrat de travail, 2013, n° 16 ad art. 329c CO; REHBINDER/STÖCKLI, Commentaire bernois CO, 2010, n° 11 ad art. 329c CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 2012, n° 7 ad art. 329c CO; SUBILIA/DUC, Droit du travail, 2010, p. 382).

L'employeur peut également ordonner des «vacances forcées» en raison de besoins opérationnels urgents. Les «vacances forcées» ne peuvent être ordonnées que dans la mesure où elles apparaissent comme absolument nécessaires, en raison de circonstances extraordinaires et inattendues mettant l'entreprise en sérieuse difficulté, ce qui exclut notamment des difficultés liées à des fluctuations saisonnières usuelles. L'appréciation de la gravité et de l'imprévisibilité des circonstances motivant la prescription de vacances forcées doit être stricte (ERIC CEROTTINI, op. cit., n° 22 ad art. 329c CO).

Dans la mesure où un employeur est en sérieuse difficulté en raison de pandémie actuelle, celle-ci pourrait donc, selon les circonstances du cas concret, constituer un tel besoin opérationnel urgent justifiant l'imposition des «vacances forcées». La question n'a cependant pas, et pour cause, été tranchée par un tribunal.

La crise sanitaire actuelle peut donc, selon les circonstances du cas concret, justifier l'imposition des «vacances forcées».

Se pose la question de savoir s'il en va de même pour le personnel vulnérable. Selon l'art. 10c Ordonnance 2 COVID-19, les employeurs doivent permettre à leurs employés vulnérables d'accomplir leurs obligations professionnelles depuis leur domicile. Si ceci n'est pas possible, les employeurs sont tenus de prendre les mesures organisationnelles et techniques à même de garantir le respect des recommandations de la Confédération en matière d'hygiène et d'éloignement social (al. 1 et 2). Des vitres en plexiglas peuvent, par exemple, être installées dans le commerce de détail pour protéger le personnel en caisse; du produit désinfectant doit également être à la disposition des collaborateurs là où il est utile. Les personnes vulnérables peuvent être affectées à d'autres domaines ou champs de travail, par exemple en back office. Les employeurs et les employés sont appelés à se montrer flexibles envers des solutions pratiques et allant dans l'intérêt de la santé et de l'entreprise (Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 2 COVID-19), version du 3 avril 2020, état au 4 avril 2020, p. 29 s.).

Si les employés vulnérables ne sont pas en mesure de s'acquitter de leurs obligations professionnelles dans le cadre des al. 1 et 2, leur employeur leur accorde un congé avec maintien du paiement de leur salaire (al. 3).

Le Conseil fédéral n'a pas précisé, dans son ordonnance, comment qualifier juridiquement le congé selon l'al. 3. Il n'a, en particulier, pas expressément indiqué si ce dernier tombe sous le champ d'application de l'art. 324a CO (empêchement du travailleur sans faute de sa part) ou l'art. 324 CO (de-meure de l'employeur), voire une autre disposition ou s'il s'agit même d'un congé «sui generis». Il a simplement précisé, dans son rapport explicatif, que si les mesures de protection étaient insuffisantes, l'obligation de tra-



L'Etude
Swiss Lawyers

LAWYERS WITH ATTITUDE



BARBARA KERN
AVOCATE

L'ETUDE SWISS LAWYERS SNC

FRIBOURG
21, BOULEVARD DE PÉROLLES
CP 656, CH-1701 FRIBOURG
T + 41 (0)58 123 08 00
F +41 (0)26 322 68 42

LAUSANNE
17, RUE DU PORT FRANC
CP 960, CH-1001 LAUSANNE
T +41 (0)58 123 08 20

WWW.LETUDE.COM
LETUDE@LETUDE.CH



vailler était levée. Les mesures sont, selon le Conseil fédéral, suffisantes si elles offrent le même niveau de protection sur le lieu de travail qu'à la maison (Rapport précité, p. 30). Faute de qualification juridique univoque, on ne sait pas clairement si le congé selon l'al. 3 de l'art. 10c al. 3 Ordonnance 2 COVID-19 peut être déduit du solde des vacances de l'employé en question ou non.

Selon l'auteure de cet article, le fait que l'employé vulnérable soit empêché sans faute de sa part de travailler, le fait qu'il appartient à l'employeur de garantir le respect des recommandations de la Confédération en matière d'hygiène et d'éloignement social et de protéger ainsi la santé de l'employé vulnérable, ainsi que le fait que la notion de «vacances» n'ait pas été utilisée dans la disposition en question laissent entrevoir que le «congé avec maintien du paiement de (...) salaire» selon art. 10c al. 3 Ordonnance 2 COVID-19 ne semble pas être déductible du solde de vacances de l'employé vulnérable concerné.

Se pose donc la question de savoir si, dans cette hypothèse, les «vacances forcées» imposées aux autres employés peuvent néanmoins être également imposées aux personnes vulnérables et donc déduites de leur solde de vacances.

Faute de clarté de l'Ordonnance 2 COVID-19 quant à la nature du «congé avec maintien du paiement de (...) salaire», la question reste ouverte. L'auteure note toutefois qu'en vue de l'effet horizontal du principe de l'égalité de traitement dans le secteur privé, l'employeur pourrait argumenter que les personnes vulnérables doivent également se laisser imposer les «vacances forcées» imposées aux employés non-vulnérables. Il est vrai que l'employé vulnérable est particulièrement touché par la crise COVID-19, de sorte que la question se pose de savoir s'il peut, durant ses vacances «forcées», se reposer physiquement et psychiquement comme la loi le prescrit; il sied de tenir compte du fait que sa situation est, malgré sa vulnérabilité particulière, néanmoins comparable à celle des employés non-vulnérables, qui doivent également accepter que leurs vacances forcées interviennent durant la pandémie et sont donc également soumises à des restrictions importantes. Contrairement aux personnes malades, qui doivent d'ailleurs, même en cas de faibles symptômes, rester en quarantaine stricte, les employés vulnérables peuvent, malgré le confinement actuel, sortir en respectant les mesures préconisées et donc profiter, d'un certain degré, de leurs vacances et donc également se reposer.

Le Conseil fédéral n'ayant pas déterminé de manière expresse la nature juridique du «congé avec maintien du paiement de (...) salaire» prévu à l'art. 10c al. 3 Ordonnance 2 COVID-19, on ne sait pas clairement si des «vacances forcées» peuvent également être imposées à des employés vulnérables. Pour des raisons d'égalité de traitement, l'auteure du présent article considère qu'il se justifie d'imposer les «vacances forcées» au personnel non-vulnérable également aux employés vulnérables.

Se pose encore la question de savoir si l'employeur doit respecter un délai de préavis s'il impose des «vacances forcées» à ses employés en raison de la crise sanitaire actuelle.

La jurisprudence ne semble pas avoir tranché cette question de savoir si l'employeur doit respecter un délai de préavis en imposant des vacances forcées en raison des circonstances extraordinaires telles que la crise COVID-19 actuelle.

Une partie de la doctrine préconise que le délai de préavis usuel de **trois mois** doit également être respecté en cas de circonstances extraordinaires (REHBINDER/STÖCKLI, op. cit., n° 11 ad art. 329c CO). CEROTTINI et d'autres considèrent, par contre, que dans un tel cas, l'employeur ne doit pas respecter un quelconque délai de préavis (ERIC CEROTTINI, op. cit., n° 22 ad art. 329c CO;; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., n° 13 ad art. 329c CO). Cet avis est notamment partagé par le syndicat Unia, qui considère que pour «les employés qui n'ont plus suffisamment de travail en raison de la pandémie du coronavirus, cela signifie qu'ils doivent accepter une prise de vacances à court terme s'il n'existe aucun droit à l'indemnité



L'Etude
S w i s s L a w y e r s

LAWYERS WITH ATTITUDE



BARBARA KERN
AVOCATE

en cas de réduction de l'horaire de travail. Mais ils ne doivent pas être contraints à prendre des vacances au-delà de leur droit aux vacances» (cf. <<https://www.unia.ch/fr/monde-du-travail/de-a-z/coronavirus>>, dernière consultation 7 avril 2020, 14h00).

Etant donné que les «vacances forcées» sont imposées dans l'objectif de conservation des emplois durant une période de crise, il faut tenir compte du fait qu'elles servent non seulement à l'employeur, mais sont également imposées dans l'intérêt des employés concernés.

L'Ordonnance 2 COVID-19 n'indique pas si l'employeur doit respecter un délai de préavis de trois mois pour imposer à son personnel des «vacances forcées» en raison de la crise COVID-19 actuelle. L'auteur du présent article se rallie à la doctrine considérant que les employés doivent accepter, en raison de la pandémie actuelle, une prise de vacances à court terme sans que le préavis de trois mois lui soit imposable.

L'ETUDE SWISS LAWYERS SNC

FRIBOURG

21, BOULEVARD DE PÉROLLES
CP 656, CH-1701 FRIBOURG
T + 41 (0)58 123 08 00
F +41 (0)26 322 68 42

LAUSANNE

17, RUE DU PORT FRANC
CP 960, CH-1001 LAUSANNE
T +41 (0)58 123 08 20

WWW.LETUDE.COM

LETUDE@LETUDE.CH