

Tribunal fédéral – 4A_53/2023
destiné à la publication
1^{re} Cour de droit civil
Arrêt du 30 août 2023 (d)

Newsletter février 2024

Demeure de
l'employeur ; risque
d'exploitation ; motif
objectif.

Résumé et commentaire

Proposition de citation :

Frédéric Gabus, Fermeture des entreprises
pour lutter contre le COVID-19 : l'employeur
était-il en demeure ? ; commentaire de
l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_53/2023,
Newsletter DroitDuTravail.ch février 2024

Art. 324 CO

unine
Université de Neuchâtel
Centre d'étude
des relations de travail



Fermeture des entreprises pour lutter contre le COVID-19 : l'employeur était-il en demeure ? ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_53/2023 du 30 août 2023

Frédéric Gabus, avocat, spécialiste FSA en droit du travail

I. Objet de l'arrêt

La décision rendue le 30 août 2023 par le Tribunal fédéral dans l'affaire 4A_53/2023 a tranché la question controversée de l'obligation de l'employeur de verser les salaires à ses employés lorsqu'il a été contraint, sur ordre des autorités, de fermer son entreprise pour lutter contre l'épidémie de COVID-19. Cette décision a apporté une clarification quant à la portée de l'article 324 du Code des obligations (CO).

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

En janvier 2020, trois enseignants d'une école privée ont résilié leur contrat pour le 30 août 2020 en respectant leur délai de congé de 7 mois.

Le 15 avril 2020, en raison de mesures prises par les autorités pour lutter contre le coronavirus, l'employeur a dû fermer l'école ; seuls des cours en lignes ont pu être donnés. A cette date, les trois employés démissionnaires ont été informés que leur employeur allait réduire leur salaire au *pro rata* des heures de travail non effectuées. Dès lors que les trois employés avaient démissionné en janvier 2020, l'employeur ne pouvait bénéficier de l'indemnité en cas de réduction des heures de travail.

L'employeur a versé des salaires réduits aux travailleurs pour les mois de juillet et août 2020.

Les travailleurs ont saisi les instances civiles pour réclamer l'entier de leur salaire. Le Tribunal de première instance a donné suite aux conclusions des employés. Le jugement a été confirmé par l'instance d'appel.

L'employeur a, alors, recouru au Tribunal fédéral, lequel a délibéré de l'affaire en séance publique le 30 août 2023.

B. Le droit

Pour lutter contre la pandémie de COVID-19, le Conseil fédéral a promulgué des mesures urgentes par ordonnances. Une de ces mesures imposait la fermeture des écoles et des internats. Les instances précédentes ont jugé que ces mesures s'inscrivaient dans le cadre du risque d'exploitation de l'employeur, le contraignant ainsi à verser le salaire conformément à l'article 324 CO.

L'employeur a recouru contre ce jugement invoquant, d'une part, la violation de l'art. 324 CO qui réserve les cas de demeure de l'employeur et, d'autre part, l'art. 91 CO qui traite de la demeure du créancier dans la partie générale du Code des obligations.

Le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord que, selon sa jurisprudence, les conséquences de la demeure de l'employeur au sens de l'art. 324 CO diffèrent de la règle générale de l'art. 95 CO. En effet, contrairement à l'art. 95 CO, l'art. 324 CO ne permet pas à l'employé de résilier son contrat en cas de demeure de l'employeur, mais contraint en revanche l'employeur en demeure de verser le salaire, sans que le travailleur ne soit obligé de travailler. Cette même conséquence s'applique lorsque la prestation devient impossible ; en ce sens, l'art. 324 CO prime sur l'art. 119 CO.

L'application de l'art. 324 CO est justifiée par le fait que l'employeur doit supporter les risques économiques et d'exploitation liés à son entreprise.

A ce sujet, notre Haute Cour constate l'existence d'une controverse doctrinale portant sur la question de savoir si les fermetures ordonnées par les autorités relèvent de la sphère de risque de l'employeur au sens de l'art. 324 CO.

Deux courants doctrinaux s'opposent :

- Une partie de la doctrine est d'avis que le risque d'exploitation de l'employeur n'est pas illimité. Aussi, les fermetures d'entreprises décrétées par les autorités pour lutter contre le COVID 19 ne font typiquement pas partie du risque d'exploitation de l'employeur. Ces auteurs rejettent ainsi l'obligation de l'employeur de poursuivre le paiement du salaire.
- Une autre partie de la doctrine considère, quant à elle, que les fermetures d'entreprises ordonnées par les autorités relèvent du risque d'exploitation de l'employeur, contraignant ce dernier au versement du salaire à ses salariés.

Le Tribunal fédéral définit, pour trancher la controverse, la portée de l'art. 324 CO en soulignant qu'il reprend les conditions de l'article 91 CO, qui traite de la demeure du créancier dans la partie générale du Code des obligations.

En se référant au message du Conseil fédéral relatif à l'article 324 CO, le Tribunal fédéral met en exergue l'intention du législateur de ne pas exposer l'employeur de manière illimitée à tout risque qui ne relève pas de sa sphère de risque. Ainsi, l'employeur n'est en demeure que s'il ne peut justifier par un motif objectif son refus d'acceptation.

Le Tribunal fédéral cite ensuite sa jurisprudence relative à l'art. 91 CO, au sein de laquelle il avait précédemment établi qu'une raison objective pouvait exister, notamment lorsque le créancier n'avait pas effectué certains actes préparatoires en raison des troubles causés par la guerre¹ ou lorsque l'exécution de la prestation devait avoir lieu à domicile et qu'il y avait une interdiction d'importation². Le Tribunal fédéral reconnaît finalement qu'une raison objective doit être admise lorsque le créancier s'expose à des risques juridiques déraisonnables en acceptant la prestation.

Le Tribunal fédéral souligne alors que, dans le contexte du droit du travail, l'analyse de la demeure doit se faire sous l'angle du risque d'exploitation³.

Notre Haute Cour définit la notion de risque d'exploitation comme étant, en règle générale, des circonstances qui relèvent de la sphère exclusive de risque de l'employeur et qui ne sont pas justifiées par des raisons objectives telles que définies à l'art. 91 CO.

Sur la base de cette notion, le Tribunal fédéral conclut que les fermetures d'entreprises pour lutter contre le coronavirus doivent être qualifiées de raisons objectives au sens de l'art. 91 CO. Selon notre Haute Cour, citant la doctrine francophone, il s'agit d'un cas « *de force majeure qui nécessite l'adoption de mesures collectives* »⁴. Ces mesures ont eu des conséquences pour l'ensemble de l'économie ou, du moins, pour une grande partie de celle-ci. Selon notre Haute Cour, ces mesures sont similaires aux interdictions de travail motivées par des cas de guerre ou d'interdiction d'exportation dans la mesure où l'employeur se serait exposé à des risques juridiques inacceptables s'il avait maintenu son activité en violation des normes mises en place pour lutter contre le COVID-19.

Par conséquent, le Tribunal fédéral admet le recours et retient que les employeurs, qui ont dû fermer leur entreprise pour lutter contre le coronavirus, n'étaient donc pas en demeure ; leur retard d'acceptation était justifié par un motif objectif. Ils ne sont donc pas tenus au paiement du salaire.

III. Analyse

Dans le cadre de l'arrêt 4A_53/2023, le Tribunal fédéral tranche la question du droit au salaire des employés lorsqu'une entreprise est fermée sur ordre des autorités pour lutter contre le COVID-19, précisant ainsi la portée de l'art. 324 CO.

A. La question posée par l'arrêt du Tribunal fédéral

La question qui se pose dans l'arrêt commenté est de savoir si un employeur, contraint de fermer son entreprise sur ordre des autorités dans le cadre des mesures mises en place pour lutter contre la pandémie du COVID-19, était en demeure au sens de l'art. 324 CO et si, partant, il était tenu de verser le salaire de l'employé.

¹ ATF 63 II 226.

² ATF 44 II 407 consid. 1.

³ ATF 124 III 346 consid. 2a.

⁴ STÉPHANIE PERRENOUD, in : Luc Thévenoz/Franz Werro (Edit.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3^e ed. 2021, Art. 324 CO, N. 8 (cité : CR CO I-AUTEUR) ; JEAN-PHILIPPE DUNAND/RÉMY WYLER, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, Newsletter DroitDuTravail.ch du 9 avril 2020, p. 4 (cité : DUNAND/WYLER).

Selon l'art. 324 CO, si l'employeur empêche, par sa faute, l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, il reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur ne doive encore fournir son travail.

L'art. 324 CO fait supporter le risque d'entreprise et le risque économique à l'employeur ; quand bien même la cause du refus de l'employeur d'accepter l'exécution de la prestation de travail serait indépendante de toute faute de sa part, il reste en principe obligé de verser le salaire tant que durent les rapports de service⁵.

Tombe ainsi notamment dans le risque d'exploitation le refus d'acceptation de la prestation de travail de l'employé pour des raisons de difficultés financières, de baisses de commandes ou encore de pénurie de matières premières⁶.

La question ici est donc de savoir si l'empêchement de travailler, consécutif aux mesures de lutte contre le coronavirus, relève de la sphère de risque de l'employeur et constitue un cas de demeure de l'employeur selon l'art. 324 al. 1 CO.

B. La controverse doctrinale sur la question de la portée de l'art. 324 CO

Cette question est extrêmement controversée et a fait couler beaucoup d'encre pendant la pandémie.

Deux courants doctrinaux s'opposent.

Un premier courant⁷ soutient que la sphère de risque de l'employeur doit être interprétée de manière large. Ainsi, l'employeur qui est tenu de fermer son entreprise sur ordre des autorités pour lutter contre la pandémie est tenu au versement du salaire.

Les auteurs s'appuient sur la prise de position du SECO qui avait émis l'avis, à l'époque du COVID-19, que les employeurs devaient continuer à payer le salaire aux employés dans la mesure où l'entreprise supportait les risques d'exploitation et le risque économique.

Pour justifier cette prise de position, deux arguments principaux sont mis en avant.

Une partie de ces auteurs⁸ argumente sur le fait que la loi sur les épidémies exige des entreprises qu'elles se préparent aux épidémies et que la pandémie est donc une évolution prévisible qui relève principalement de la sphère de risque de l'employeur. Selon ces auteurs l'art. 324 CO doit être appliqué comme une *lex specialis* par rapport à l'art. 91 CO et à

⁵ CR CO I-PERRENOUD, Art. 324 CO, N. 7.

⁶ RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, Droit du travail, Berne, 2019, p. 262 (cité : WYLER/HEINZER).

⁷ Cités par le Tribunal fédéral : JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB, Der Arbeitnehmende in Quarantäne, in : ARV online 2020, n°174, 2^e section (cité : SCHWAAB) ; THOMAS GEISER, Arbeitsrechtliche Regelungen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, AJP 2020, S. 545 ss., S. 550 s. ; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, in: Jusletter du 23 mars 2020, N. 22 et N. 40 ss. (cité : GEISER/MÜLLER/PÄRLI) ; KURT PÄRLI/JONAS EGGMANN, Corona und die Arbeitswelt, Bestandsaufnahme und Würdigung der aktuellen Rechtslage, in : Jusletter du 8 février 2021, N. 30 ss. (cité : PÄRLI/EGGMANN) ; EMANUEL GEORG TSCHANNEN, Das Corona-Massnahmenpaket des Bundesrats, Eine Würdigung aus arbeitsrechtlicher Perspektive, in : Jusletter du 14 avril 2020, N. 30 ss. ; NATHALIE FLÜCK, Das Betriebsrisiko im Arbeitsverhältnis, 2021, S. 91 ss.

⁸ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N. 22 et 40 ss. ; PÄRLI/EGGMANN, N. 30 ss.

l'art. 119 CO. Cette disposition prévoit une répartition des risques différente et plus complète, à la charge de l'employeur, des dispositions de la partie générale.

D'autres auteurs mettent en avant que les conséquences d'une mesure administrative visant à protéger la santé publique font, selon la doctrine majoritaire, partie des risques économiques que l'employeur doit assumer. Ils arrivent donc également à la conclusion que les mesures prises par les autorités, en vue de lutter contre l'épidémie du COVID 19, ne doivent y faire exception⁹.

Le Tribunal cantonal saint-gallois avait d'ailleurs suivi ce courant doctrinal dans son arrêt attaqué par devant le Tribunal fédéral. La juridiction mettait en avant la préoccupation de protection sociale inhérente au droit du travail. Elle soulignait que le contrat de travail se caractérise principalement par l'intégration du travailleur au sein d'une organisation étrangère, créant ainsi une relation de dépendance sur les plans personnel, opérationnel et économique. Selon cette juridiction, l'employé renonce, en s'engageant auprès de son employeur et en échange d'un revenu sécurisé, à participer au marché en tant qu'entrepreneur et d'assumer les risques économiques¹⁰.

Le deuxième courant doctrinal¹¹ soutient, quant à lui, que l'employeur n'est pas tenu au versement du salaire. Selon ces auteurs, la fermeture des entreprises imposée par les autorités ne fait pas partie du risque d'exploitation de l'employeur.

Pour arriver à cette conclusion, certains auteurs¹² soutiennent que la situation liée au coronavirus doit être appréhendée sous l'angle de l'art. 119 al. 1 et 2 CO. Ces dispositions priment sur l'art. 324 CO dans la mesure où il s'agit d'un cas de force majeure excédant le périmètre de l'entreprise à charge de l'employeur.

D'autres auteurs¹³ justifient leur point de vue en étant d'avis que l'art. 324 CO reprend les conditions de la mise en demeure du créancier prévue à l'art. 91 CO. Or, selon cette disposition, il n'y a pas de demeure si elle est justifiée par un motif objectif, ce qui, selon eux, est le cas de la fermeture des entreprises ordonnée par l'autorité pour lutter contre le coronavirus. C'est cet avis que développe, principalement, le Tribunal fédéral dans son arrêt 4A_53/2023.

C. Le raisonnement du Tribunal fédéral

1. La portée de l'art. 324 CO

Le Tribunal fédéral tranche la controverse en définissant dans le cadre de cet arrêt la portée de l'art. 324 CO en lien avec la partie générale du Code des obligations.

⁹ SCHWAAB, n° 174 2^e section.

¹⁰ Arrêt du *Kantonsgericht* de Saint-Gall, BO.2021.36/37/38 du 8 décembre 2022.

¹¹ Cité notamment par le Tribunal fédéral : CR CO I-PERRENOUD, Art. 324 CO, N. 8 ; DUNAND/WYLER, p. 3 ss. ; THOMAS PIETRUSZAK, Lockdown und Lohnfortzahlung, in : Jusletter du 14 avril 2020, N. 13 ss. (cité : PIETRUSZAK) ; IRÈNE SUTER-SIEBER, Lohn und Kurzarbeitsentschädigung während Kurzarbeit, in : Jusletter du 18 mai 2020, N. 7 ss. ; ISABELLE WILDHABER, Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten, in : ZSR/RDS vol. 139 (2020) Sondernummer « Pandemie und Recht », p. 157 ss. ; ALFRED BLESIGER/RENÉ HIRSIGER/THOMAS PIETRUSZAK, in : COVID-19 – Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 2, N. 10 ss. (cite : BLESIGER/HIRSIGER/PIETRUSZAK).

¹² DUNAND/WYLER, p. 3 ss. ; CR CO I-PERRENOUD, Art. 324 CO, N. 8.

¹³ PIETRUSZAK, N. 13 ss. ; BLESIGER/HIRSIGER/PIETRUSZAK, N. 10 ss.

Le Tribunal retient les éléments suivants :

- L'art. 324 CO est une simple reprise des conditions d'application de la demeure du créancier au sens de de l'art. 91 CO¹⁴. Les conditions de la demeure de l'employeur sont donc le refus d'acceptation du créancier ou l'omission de celui-ci d'accomplir les actes préparatoires (1.) et l'absence de motif objectif (2.)¹⁵ ;
- L'art. 324 CO constitue, en revanche, une *lex specialis* de l'art. 95 CO¹⁶. En effet, la résiliation prévue à l'art. 95 CO n'est pas appropriée dans le cadre d'un contrat de durée. Ainsi, l'art. 324 CO réserve une conséquence spéciale en cas de demeure de l'employeur, soit la continuation du contrat en échange du paiement du salaire de l'employé malgré l'absence de prestations du travailleur ;
- L'art. 324 CO prime également la règle de l'art. 119 CO¹⁷. L'employeur est ainsi également tenu au paiement du salaire si la prestation est devenue impossible pour une raison qui relève de la sphère de risque de l'employeur.

2. La notion du risque d'exploitation de l'employeur

Les conditions d'application de l'art. 324 CO étant identiques à celles de l'art. 91 CO, la demeure du créancier ne doit donc pas être justifiée par un motif objectif.

Dans le contexte du droit du travail, l'analyse du motif légitime doit se faire sous l'angle du risque d'exploitation de l'employeur.

Le Tribunal fédéral va alors définir, pour la première fois, la notion de risque d'exploitation, en reprenant la définition de PIETRUSZAK¹⁸.

Le risque d'exploitation de l'employeur désigne « *en règle générale, les circonstances qui relèvent de la sphère de risque de l'employeur [...] et qui ne sont pas des raisons objectives au sens de l'art. 91 CO* »¹⁹.

Le motif objectif tel que défini dans la définition doit être compris comme les éléments qui ne sont pas des raisons personnelles imputables à l'employeur.

3. Les mesures ordonnées par les autorités pour lutter contre le COVID-19 constituent un motif objectif

Sur la base de la notion de risque d'exploitation, le Tribunal fédéral considère que les fermetures des entreprises ordonnées par les autorités pour lutter contre le COVID-19 constituaient un motif objectif. Ces fermetures avaient en effet impacté toutes les entreprises d'un secteur, indépendamment de leur situation individuelle. En outre, l'entreprise visée s'exposait à des risques juridiques déraisonnables en cas de non-respect de l'obligation de fermeture imposée par les autorités.

¹⁴ Consid. 5.1 de l'arrêt commenté.

¹⁵ CR CO I-DENIS LOERTSCHER/ALBORZ TOLOU, Art. 91 CO, N. 11 ss.

¹⁶ Consid. 4.1 et 5.1 de l'arrêt commenté.

¹⁷ Consid. 4.1 de l'arrêt commenté.

¹⁸ PIETRUSZAK, N. 13 ss.

¹⁹ Consid. 5.3 de l'arrêt commenté.

Ainsi, l'entrave imposée par les autorités ne tombait pas dans la sphère de risque de l'employeur. Ce dernier n'était donc pas tenu au versement du salaire au sens de l'art. 324 CO.

Le résultat du jugement du Tribunal fédéral s'écarte de la publication du SECO diffusée sur son site pendant la pandémie sur laquelle s'appuyaient les employés. En effet, le SECO soutenait que l'employeur était tenu de verser le salaire, car le risque d'exploitation incombait à l'employeur. Le Tribunal profite de l'arrêt en question pour rappeler que la FAQ du SECO en matière de droit du travail privé revêt uniquement un caractère d'opinion et n'est donc pas contraignante. Il met en évidence que seule la 1^{re} Cour de droit civil du Tribunal fédéral est habilitée à interpréter le droit privé du travail²⁰.

4. Les critères permettant de déterminer l'existence d'un motif objectif faisant échec à l'art. 324 CO

Pour étayer son jugement²¹, le Tribunal fédéral revient sur un argument invoqué par les employés. Ces derniers soutenaient qu'une grande partie de la doctrine reconnaissait notamment le deuil national, une interdiction de fabrication décrétée par l'Etat ou encore un retrait d'une autorisation d'exploitation comme relevant de la sphère de risque de l'employeur.

Or, selon les employés, ces exemples étant similaires aux fermetures d'entreprises ordonnées par les autorités pour lutter contre le coronavirus, ces dernières devaient également tomber dans la sphère de risque de l'employeur.

Le Tribunal fédéral conteste cette analogie en mettant en exergue que les fermetures liées au coronavirus se distinguent des autres exemples dans la mesure où elles étaient prolongées dans le temps, touchaient l'ensemble des acteurs économiques et étaient indépendantes du comportement des employeurs.

Le Tribunal fédéral élabore ainsi des critères qui permettent de définir si les conséquences de l'entrave sont une raison objective qui fait échec à l'application de l'art. 324 CO ou tombent dans le risque d'exploitation de l'employeur.

Il ressort dès lors de cette jurisprudence que pour faire échec à l'application de l'art. 324 CO, les conséquences de l'entrave doivent en principe remplir les critères cumulatifs suivants :

- impacter l'ensemble ou, du moins, une grande partie des acteurs dans un cadre géographique déterminé. L'entrave doit ainsi aller au-delà du risque inhérent à une entreprise individuelle. Il doit s'agir d'un cas « *de force majeure qui nécessite l'adoption de mesures collectives* » ;
- être indépendante de la situation individuelle de l'entreprise ;
- être d'une certaine durée. Elle doit être de plusieurs semaines, ou au moins plusieurs jours, à l'inverse d'une fermeture d'entreprise limitée à un voire deux jours lors d'un deuil national.

Un autre critère supplémentaire mis en avant par le Tribunal fédéral est celui selon lequel l'employeur peut craindre des risques juridiques déraisonnables s'il accepte la prestation. Ce

²⁰ Consid. 5.6 de l'arrêt commenté.

²¹ Consid. 5.7 et 5.8 de l'arrêt commenté.

critère est, selon nous, la conséquence d'une intervention de l'autorité avec d'éventuelles sanctions juridiques pour le contrevenant. A notre avis, ce critère n'est pas une condition cumulative complémentaire pour définir un motif objectif, mais vient se greffer aux trois autres critères en cas d'intervention de l'autorité. C'est en effet ce que semble indiquer le Tribunal fédéral lorsqu'il indique : « *Ein objektiver Grund wird auch bejaht, wenn sich der Gläubiger mit der Annahme der Leistung unzumutbarer rechtlicher Risiken aussetzen würde* »²².

Le fait que ce critère supplémentaire ne soit pas cumulatif a son importance. En effet, une fermeture d'entreprise liée à une catastrophe naturelle, qui remplirait les trois premiers critères, pourrait être considérée comme un motif objectif²³.

Finalement, un point laissé ouvert dans le cadre de cet arrêt est de savoir si le critère de prévisibilité d'une perte de travail, controversé en doctrine, doit être pris en compte dans l'évaluation du motif objectif. Le Tribunal fédéral²⁴ laisse la question ouverte en constatant que dans tous les cas, la pandémie de COVID-19 n'était pas une évolution prévisible²⁵.

Toutefois, de notre point de vue, le critère de la prévisibilité pourrait s'ajouter à la liste des critères cumulatifs permettant de définir s'il existe ou non un motif objectif. En effet, si une demeure pouvait être évitée par une anticipation que l'on pourrait raisonnablement exiger de l'employeur, il s'agirait, à notre sens, d'une raison personnelle de l'employeur et non pas d'un motif objectif. La demeure de l'employeur serait alors reconnue.

D. La Confédération devait compenser les désavantages financiers causés par son intervention

La question est alors de savoir qui est tenu de compenser les désavantages financiers des travailleurs qui ne reçoivent plus de salaire à la suite de la fermeture de l'entreprise, ordonnée par l'autorité, pour lutter contre la pandémie.

Dans le cadre de cet arrêt, le Tribunal fédéral fait une analyse de droit comparé, limitée au droit allemand, constatant que les deux premières phrases du § 615 du BGB sont similaires à l'art 324 al. 1 CO²⁶.

²² Consid. 5.3 de l'arrêt commenté.

²³ Avant la pandémie, la doctrine avait largement conclu que les conséquences d'une catastrophe naturelle relevaient du risque d'exploitation de l'employeur (voir notamment : CHRISTIAN BRUCHEZ/PATRICK MANGOLD/ JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB, Commentaire du contrat de travail, 4^e ed., 2019, art. 324 N 2, WYLER/HEINZER, p. 271). Cependant, avec l'avènement de la pandémie, certains auteurs ont adopté une position plus nuancée (voir notamment : DUNAND/WYLER, p. 4). Or, à la lumière de cet arrêt, si l'on se réfère aux critères établis par le Tribunal fédéral, une catastrophe naturelle d'une certaine envergure, touchant un nombre important d'employeurs sans qu'ils en soient responsables, et ce pendant une longue période, pourrait être considérée comme un motif objectif.

²⁴ Consid. 5.9 et 5.10 de l'arrêt commenté.

²⁵ A ce sujet, il y a lieu de mentionner que le Tribunal fédéral est, semble-t-il, arrivé à la conclusion inverse concernant le critère de la prévisibilité dans l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_379/2022 du 28 juin 2023. Dans le cadre de cet arrêt, l'employeur avait tenté d'annuler un contrat saisonnier conclu avec un employé pour erreur essentielle. L'employeur soutenait que l'erreur se trouvait dans le fait qu'au moment de conclure le contrat les conséquences de la pandémie n'étaient pas prévisibles. Or, dans cet arrêt, le Tribunal fédéral considère, contrairement à l'arrêt ici commenté, que les conséquences de la pandémie ne pouvaient pas être considérées comme imprévisibles pour un employeur.

²⁶ Consid. 5.5 de l'arrêt commenté.

Or, en analysant la problématique de la fermeture d'entreprise pour lutter contre le coronavirus, le *Bundesarbeitsgericht* allemand²⁷ a également conclu que ces entraves n'étaient pas un cas de risque d'exploitation que devait supporter l'employeur. Elle a souligné que pour pouvoir imputer à l'employeur la responsabilité du paiement, l'employeur devait être responsable de la propagation de la pandémie en raison notamment de ses conditions de production ou de travail. Cela étant, si l'entrave est la conséquence de la puissance publique, il revient à l'Etat de garantir une compensation adéquate des préjudices financiers subis par les travailleurs en raison de son intervention.

Notre Haute Cour juge que ces considérations peuvent être transposées en Suisse. Il n'appartient donc, selon elle, pas aux employeurs, contraints à la fermeture pour lutter contre le coronavirus, de combler les lacunes lorsque les travailleurs sont exclus des indemnités versées par l'Etat. Au contraire, il incombe à la Confédération de veiller à une compensation adéquate des désavantages financiers causés aux travailleurs par l'intervention de la puissance publique.

Le Tribunal fédéral a donc, par cette jurisprudence, transféré de l'employeur à l'Etat, du moins lorsque le motif objectif est dû à une intervention publique, le devoir de compenser les préjudices financiers des employés, lorsque ces derniers sont exclus en tout ou en partie des indemnités versées par l'Etat²⁸.

E. La portée et les conséquences de cette jurisprudence

Par cet arrêt, le Tribunal fédéral précise la portée de l'art. 324 CO indiquant qu'un cas de demeure de l'employeur ne peut exister que si les conséquences de l'entrave tombent dans le risque d'exploitation de l'employeur et ne sont pas justifiées par un motif objectif.

Ce faisant, notre Haute Cour définit les critères qui permettront à l'employeur de déterminer s'il est face à un motif objectif ou une raison personnelle, alors à sa charge.

Sur la base de cette analyse, le Tribunal fédéral a jugé que la fermeture d'entreprise ordonnée par les autorités pour lutter contre la pandémie de coronavirus constituait typiquement un motif objectif, faisant échec à l'art. 324 CO.

La portée de l'arrêt est toutefois limitée aux cas où, pendant la pandémie, l'employeur n'avait pas accès à une aide étatique dans le cadre des mesures prises pour lutter contre le coronavirus et n'était pas tenu à des obligations spécifiques, notamment celles liées aux personnes vulnérables²⁹.

En effet, un employeur qui omet de solliciter les indemnités liées à la réduction des horaires de travail ou l'assurance perte de gain COVID-19 pour les personnes vulnérables, alors qu'il aurait légitimement pu les obtenir, ne peut ultérieurement justifier son refus de verser le salaire, du moins pour la portion couverte par lesdites indemnités, étant donné qu'il se

²⁷ Arrêt du *Bundesarbeitsgericht* du 13 octobre 2021 – AZR 211/21.

²⁸ Il est ici rappelé que l'indemnité pour réduction des horaires de travail était limitée aux employés pour lesquels les contrats n'avaient pas encore été résiliés. En outre, le montant était également limité à un maximum de 80 % de CHF 12'350 francs, soit au maximum CHF 9'880.- (Art. 23 al. 1 et art. 34 al. 1 et 2 LACI).

²⁹ A ce sujet voir : CR-CO I-PERRENOUD, Art. 324 CO, N. 8.

retrouverait dans cette situation en raison de son comportement. Il ne s'agit ici donc pas d'un motif objectif.

Une des principales conséquences de cet arrêt est de transférer de l'employeur à l'Etat la responsabilité du dédommagement des désavantages financiers du travailleur causés par l'intervention de l'autorité.

Bien que le raisonnement semble convaincant, il aboutit, dans le cadre de cet arrêt, à un résultat surprenant. L'Etat n'ayant, à ce jour, pas de législation topique en la matière, la jurisprudence fait, en effet, supporter l'ensemble des désavantages financiers aux travailleurs concernés pourtant eux aussi empêchés de travailler sans faute de leur part.

Dès lors, en anticipation d'une éventuelle nouvelle pandémie ou d'une nouvelle fermeture des entreprises ordonnée par l'Etat en raison d'une entrave qui constitue un motif objectif, la Confédération doit prendre acte de cette jurisprudence et définir sa stratégie pour ne pas priver les travailleurs de leurs ressources.

Une réforme ou une adaptation par ordonnance serait donc nécessaire pour remédier à cette lacune et empêcher les travailleurs de se trouver face à des problèmes financiers importants.

Finalement, on peut légitimement se demander si le transfert de l'obligation de compenser les risques financiers de l'employeur à l'Etat demeurerait toujours valide si le motif objectif ne découle pas d'une mesure étatique. On peut envisager ici le cas d'une catastrophe naturelle qui affecterait grandement la majorité des entreprises d'une localité pendant une période prolongée. Dans ce scénario, et dans l'hypothèse où un motif objectif serait admis, est-ce que l'Etat serait également tenu de compenser les difficultés financières d'un employé exclu des indemnités pour réduction de travail en lieu et place de l'employeur ? Ou est-ce que cette jurisprudence démontrerait une lacune existante dans de telles circonstances ? Ces questions restent ouvertes.