# WAEBER MEMBREZ BRUCHEZ

### **Avocats**

12, rue Verdaine – case postale 3647 – 1211 Genève 3
Tél. +41 (0)22 312 35 55 – Fax +41 (0)22 312 35 58 – info@wmbavocats.ch – www.wmbavocats.ch

Jean-Bernard WAEBER

François MEMBREZ Dipl English law, Bristol

Christian BRUCHEZ Avocat specialiste FSA droit du travail

Stéphanie LAMMAR

Samantha EREMITA

Giuseppe DONATIELLO
Docteur en droit

Lionel P. SEREX

Damien CHERVAZ

Franco SACCONE Avocat-stagiaire UNIA
Secrétariat central
Service juridique
A l'attn de M. Philip THOMAS
Weltpoststrasse 20
3000 Bern 15

Genève, le 27 août 2009

### AVIS DE DROIT

RELATIF A QUELQUES DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES AU CONTRAT DE TRAVAIL DANS UNE SITUATION DE PANDEMIE

#### Cher Monsieur,

Vous m'avez sollicité à propos de la pertinence de certaines affirmations du Secrétariat d'Etat à l'Economie (ci-après SECO) contenues dans le document FAQ « PANDEMIE ET ENTREPRISES » accessible au public sur le site de la Confédération suisse.

Les domaines juridiques abordés par les 93 questions et réponses du SECO sont trop vastes pour émettre des commentaires généraux et vos questions concernent des points particuliers. Dans mon exposé, je me contenterai donc de répondre assez directement aux quatre questions que vous m'avez posées.

Pour la clarté de l'exposé, je me permets toutefois d'aborder les questions non pas dans l'ordre établi par le SECO, mais en commençant par les points les plus importants. Les questions 3 et 1 relatives au maintien du salaire seront donc traitées en premier lieu, ce d'autant plus que certaines considérations leur sont communes.

J'aborderai ensuite la question des vacances forcées et, pour terminer, des conditions auxquelles un employeur peut exiger un changement du lieu de travail et de la nature de l'activité déployée par un travailleur.

# I. DROIT AU SALAIRE EN CAS DE FERMETURE DE L'ENTREPRISE PAR DECISION DE L'AUTORITE (FAQ 19)

Selon le SECO, l'employeur n'est plus tenu de verser le salaire si l'entreprise doit fermer sur ordre de l'autorité (cf. FAQ 19). Est-ce que l'employeur peut invoquer l'impossibilité selon l'article 119 CO alors que le risque d'entreprise implique qu'il doit aussi assumer les risques pour des situations qui sont hors de sa responsabilité qui font que le salarié ne peut pas fournir son travail ?

Si des autorités sanitaires ou politiques, en raison de la pandémie de grippe H1N1, ordonnent des suspensions d'activité ou des fermetures provisoires d'entreprises, d'écoles, etc., les salariés concernés se trouveront dans l'impossibilité d'effectuer leur travail, de sorte que se pose effectivement la question de savoir s'ils percevront ou non leur salaire pendant la suspension de leur activité.

L'impossibilité d'exécuter une obligation est réglée par l'article 119 CO qui stipule, sous la note marginale Impossibilité de l'exécution :

- « 1. L'obligation s'éteint lorsque l'exécution en devient impossible par suite de circonstances non imputables au débiteur.
- 2. Dans les contrats bilatéraux, le débiteur ainsi libéré est tenu de restituer, selon les règles de l'enrichissement illégitime, ce qu'il a déjà reçu et il ne peut plus réclamer ce qui lui restait dû.
- 3. Sont exceptés les cas dans lesquels la loi ou le contrat mettent les risques à la charge du créancier avant même que l'obligation soit exécutée. ».
- 2. L'alinéa premier de l'article 119 CO exprime le principe selon lequel le créancier supporte le risque qu'une prestation soit devenue impossible sans faute ni du débiteur ni du créancier. Dans un tel cas, sa créance s'éteint¹. Dans le contrat de travail, le salaire est la contre-prestation de l'employeur due en raison de l'activité du travailleur à son service. Si la prestation du travailleur est impossible par suite de circonstances imputables ni à l'employeur ni au travailleur, l'application de ce principe général imposerait de conclure que le salaire n'est pas dû, car la prestation de travail est effectivement impossible par suite de l'ordre de fermeture décidé par les autorités.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Luc Thévenoz, Commentaire romand, Helbing & Lichtenhahn, Basel 2003, art. 119 N3 ss

- 3. Cependant, à son alinéa 3, l'article 119 CO prévoit des exceptions à cette règle générale. Cette dernière ne s'applique pas dans les cas où la loi a prévu une répartition particulière des risques liés à l'exécution d'un contrat. Tel est le cas du contrat de travail, dont les articles 324 à 324b CO règlent les cas dans lesquels le travailleur a droit à son salaire malgré un empêchement de travailler:
  - L'article 324 CO traite de cet empêchement en cas de demeure de l'employeur. Lorsque les conditions d'application de cette disposition sont remplies, l'employeur reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive fournir sa prestation, et cela sans limite dans le temps (art. 324 al. 1 CO);
  - Les articles 324a et 324b CO traitent de l'empêchement de travailler pour des motifs inhérents à la personne du travailleur. Lorsque les conditions d'application de ces dispositions sont remplies, le droit au salaire est également garanti, mais uniquement pendant une certaine durée dépendant principalement de l'ancienneté du salarié (art. 324a al. 2 CO).
- 4. En l'occurrence, c'est donc l'article 324 CO qui nous intéresse. Cette disposition recouvre deux situations bien différentes. Celle dans laquelle l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail (hypothèse que nous n'envisagerons pas ici) et celle dans laquelle il se trouve en demeure, sans faute de sa part, en raison de circonstances fortuites qui s'imposent à lui et dont il ne pouvait empêcher la survenance. Cet article met donc à charge de l'employeur les risques que court une entreprise de ne pas pouvoir utiliser les prestations de travail convenues par contrat avec ses employés. Par l'adoption de l'article 324 CO, le législateur a opéré, pour des raisons sociales de protection des travailleurs, un véritable transfert des risques. « On parle de transfert des risques (Gefahrübertragung (...)) pour désigner ces situations où le rapport synallagmatique est modifié parce que l'une des parties se retrouve porter à la fois le risque de la prestation qui lui est due (conformément à l'alinéa 1) et celui de sa propre contre-prestation (en dérogation à l'alinéa 2)<sup>2</sup>. ». Ce transfert de risques implique donc que, lors de la réalisation de l'un d'eux, l'employeur doive renoncer à la prestation de travail sans être libéré de son obligation de payer le salaire.
- 5. D'une manière générale, les commentateurs de l'article 324 CO soulignent l'importance du risque qui pèse ainsi sur l'employeur. Ce dernier ne répond pas seulement du cas fortuit (coupures de courant, pannes, pénurie de matières premières ou de combustibles, retards de livraison, fermeture de voies de communication, etc.) et des décisions administratives en tous genres telles qu'interdiction de fabriquer, fermeture pour raisons sanitaires, de sécurité, etc., mais aussi des cas de force majeure, soit des événements imprévisibles et extraordinaires (incendie, catastrophes naturelles telles que tremblement de terre, inondations, etc., ainsi que les conséquences de grèves, de grève

\_

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Luc Thévenoz, op. cit., art. 119 N13

générale et de guerre). Dans toutes ces situations, même si la prestation de travail est impossible, le salaire reste dû. La très grande majorité de la doctrine est unie sur ce point<sup>3</sup>.

- 6. Le Tribunal fédéral, qui n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur un cas de pandémie, est en phase avec la doctrine majoritaire. Pour lui, le législateur a voulu tenir compte du fait qu'il n'appartient pas au travailleur mais à l'employeur de supporter les risques inhérents à l'activité économique<sup>4</sup>.
- 7. Deux auteurs ne partagent pas l'opinion dominante.

Rémy WYLER distingue les cas des risques d'entreprise et des risques économiques selon l'article 324 CO, dans lesquels l'employeur répond, même sans faute de sa part, des cas d'impossibilité subséquente non fautive de l'employeur selon l'article 119 al. 1 CO. Dans cette hypothèse, l'obligation de l'employeur de verser le salaire ne serait pas réglée par suite d'une lacune de la loi. Ce raisonnement n'est guère convaincant, dès lors que l'article 119 al. 3 CO implique justement l'application de l'article 324 CO dans les cas d'impossibilité subséquente non fautive. On ne discerne pas sur quelle base, selon cet auteur, il faudrait distinguer les cas d'impossibilité non fautive de l'employeur qui donnent lieu à paiement du salaire (risques d'entreprise et risques économiques) et ceux qui ne donnent pas lieu à paiement du salaire, cas dont l'auteur ne donne d'ailleurs aucun exemple. Comme on l'a vu, la doctrine dominante intègre sous l'appellation risques d'entreprise l'ensemble des risques, y compris la force majeure, qui peuvent placer l'employeur en situation de demeure sans aucune faute de sa part.

8. Philippe CARRUZZO est le seul auteur, sauf erreur, qui parle expressément de pandémie en lien avec des fermetures temporaires d'entreprises. Dans ce cas, à son avis, employeurs et travailleurs seraient libérés de leurs obligations réciproques<sup>6</sup>. Son raisonnement n'est pas convaincant non plus dès lors qu'il se réfère à l'article 119 al. 3 CO comme ne renvoyant qu'aux seuls articles 324a et 324b CO pour conclure que l'employeur n'est pas tenu au versement du salaire dans une situation où l'exécution du contrat est temporairement suspendue par suite de la décision des autorités.

<sup>5</sup> Rémy Wyler, Droit du travail, éditions Stämpfli, Berne 2008, p. 203

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, art. 324 N12 à 21; Manfred Rehbinder, Berner Kommentar, art. 324 N29 à 34; Frank Vischer, Helbing & Lichtenhahn, Basel 2005, p. 121 ss; Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Verlag P. Haupt, Bern 1996, art. 324 N2, Ullin Streiff / Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, Schulthess 2006, art. 324 N5; Wolfgang Portmann, Basler Kommentar, art. 324 N4; Brunner / Bühler / Waeber, Commentaire du contrat de travail, Réalités sociales, Lausanne 2004, art. 324 N3. Voir aussi Thomas Geiser, Arbeitsrechliche Fragen bei Umweltkatastrophen, ZBJV 2006, p. 174-180 <sup>4</sup> ATF 125 III 65 ; 124 III 346

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Philippe Carruzzo, Le contrat individuel de travail, éditions Schulthess 2009, p. 179 et 180

Avocats

9. Si l'on voulait suivre ces opinions minoritaires, il faudrait, d'une part, expliquer pourquoi une exception à la règle de transfert des risques est possible, bien que le texte légal n'ouvre pas la porte à des exceptions, et, d'autre part, pourquoi la pandémie justifierait une pratique exceptionnelle.

L'article 324 CO impose un transfert du risque contractuel sur la personne de l'employeur dans tous les cas d'impossibilité non fautive, quelle que soit la cause objective de cette impossibilité, dès lors qu'elle touche l'employeur dans sa sphère, sans mentionner d'exception. La doctrine n'a pas ouvert de brèche dans l'application de cette règle, à la seule exception de la grève. Dans de tels cas, pour une partie de la doctrine, sur la base de la théorie des sphères, les salariés devraient se voir imputer le risque de grève, car ils sont réputés en être les bénéficiaires. Je laisse de côté cette exception et cette construction théorique hautement contestable car cette problématique est très éloignée du cas qui nous occupe.

Comme on l'a vu, il résulte du texte légal que l'employeur en demeure doit supporter, tout en payant les salaires, des perturbations qui peuvent être très importantes, par exemple en cas de destruction partielle ou complète de l'entreprise par suite d'incendie par exemple. On ne voit dès lors vraiment pas pourquoi une décision d'autorité suspendant provisoirement les activités en cas de phase aiguë de pandémie, pendant quelques jours ou semaines, justifierait de renverser la répartition des risques voulue par le législateur. Comment justifier une exception pour des entreprises qui devraient suspendre momentanément et pour une brève période leurs activités, tout en conservant intact leur appareil de production, alors que la destruction de l'entreprise ne libère pas l'employeur. Une exception se justifie d'autant moins dans le cas d'une pandémie que les entreprises ont la possibilité de recourir aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail ou de suspension de l'activité prévues par la loi sur l'assurance-chômage et insolvabilité (art. 31 ss LACI).

10. Le SECO était donc bien dans l'erreur lorsqu'il affirmait que l'employeur n'est plus tenu de verser le salaire si l'entreprise doit fermer sur ordre de l'autorité. Dans un tel cas, l'employeur ne peut invoquer l'impossibilité d'exécution de l'article 119 al. 1 CO, puisque l'alinéa 3 de ce même article entraîne l'application de l'article 324 CO, lequel transfert à l'employeur le risque d'entreprise sans aucune exception. Cette erreur du SECO est étonnante, dès lors qu'il a répondu affirmativement aux questions 56 ss relatives aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail et suspension de l'activité. Or, le versement de telles indemnités implique l'existence d'un droit au salaire. On comprend dès lors que cette question et sa réponse aient été supprimées dans la nouvelle version des FAQ mise en ligne le 31 juillet 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Ullin Streiff / Adrian von Kaenel, op. cit., art. 324 N6

#### DROIT AU SALAIRE PENDANT LA GARDE D'ENFANT MALADE II. (FAQ 4 ET 7)

Ouelle est la situation si des membres de la famille, en particulier des enfants, sont atteints de la grippe? Le SECO part du principe (cf. FAQ 4) que l'obligation de l'employeur de continuer à verser le salaire ne subsiste que pendant une très courte période de trois jours par année si des membres de la famille sont malades (art. 324a CO, art. 36, al. 3 LTr). Est-ce que dans le cas de la grippe A une libération allant audelà des trois jours ne serait pas justifiée vu les particularités de cette maladie et en prenant en considération que la jurisprudence a déjà accordé sept jours dans le cas d'enfants très petits ou alors dans des cas très particuliers?

- Lorsque la prestation de travail n'est pas effectuée par le travailleur en raison d'une 11. cause non fautive inhérente à sa personne, comme une maladie ou une obligation légale qu'il doit assumer, il a droit au paiement de son salaire pendant un certain temps (art. 324a al. 1 CO). La durée de ce temps, en l'absence de couverture d'assurance résultant d'accords contractuels individuels ou collectifs, est déterminée par des échelles fixées par la jurisprudence. Ces échelles prévoient toutes une durée de trois semaines la première année de service et des durées de un à deux mois environ les deux années de service suivantes8.
- Faisant preuve de créativité, le Tribunal de travail de Zürich a tiré du principe contenu à 12. l'article 324a le droit pour une mère de s'occuper de son enfant malade pendant quelques jours, en l'occurrence trois, le temps de trouver une solution pour la garde ultérieure de son enfant malade, et cela tout en conservant son droit au salaire. Le Tribunal cantonal de St-Gall a également admis le principe de congés payés selon l'article 324a CO pour les parents dont l'enfant gravement malade et hospitalisé nécessitait un contact très suivi avec eux<sup>10</sup>.
- Par la suite, s'inspirant de ce développement jurisprudentiel, le législateur a adopté 13. l'article 36 LTr, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2000 sous le titre « Travailleurs ayant des responsabilités familiales »:
  - «1. Lorsqu'il fixe les heures de travail et de repos, l'employeur doit tenir compte notamment des responsabilités familiales des travailleurs. Sont réputées responsabilités familiales l'éducation des enfants jusqu'à l'âge de 15 ans ainsi que la prise en charge de membres de la parenté ou de proches exigeant des soins.

10 JAR 1994/147

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Ullin Streiff / Adrian von Kaenel, op. cit., art. 324a/b N7

<sup>9</sup> JAR 1988/197

- 2. Ces travailleurs ne peuvent être affectés à un travail supplémentaire sans leur consentement. A leur demande une pause de midi d'au moins une heure et demi doit leur être accordée.
- 3. L'employeur doit, sur présentation d'un certificat médical, donner congé au travailleur ayant des responsabilités familiales, pour le temps nécessaire à la garde d'un enfant malade, jusqu'à concurrence de trois jours. ».
- 14. Dans sa réponse, le SECO méconnaît ou passe à côté du fait que l'article 36 al. 3 LTr ne règle pas la question du salaire, mais statue uniquement sur l'obligation faite à l'employeur de libérer le travailleur ayant des responsabilités familiales pour la garde d'un enfant malade jusqu'à concurrence de trois jours.

Pour les commentateurs, ce droit, qui porte sur trois jours ouvrables, peut s'exercer lors de chaque cas de maladie et non pas une fois par année comme le SECO l'a mentionné lors de la première édition des FAQ, contredisant d'ailleurs son propre commentaire de la LTr qui stipule : « le congé auquel le travailleur a droit dans ce cas est limité à trois jours de travail par cas de maladie » 11.

15. Thomas GEISER / Adrian VON KAENEL / Rémy WYLER soulignent que l'article 36 al. 3 LTr « pose un principe général. Il ne s'oppose néanmoins pas à l'octroi de congés plus longs que trois jours, dans des circonstances extraordinaires et exceptionnelles qui le justifient, pour des motifs médicaux, qui doivent être attestés et qui doivent être considérés comme une incapacité non fautive de travailler au sens de l'article 324a CO; de tels congés supplémentaires doivent également être appréciés au regard des articles 6 LTr et 328 CO »<sup>12</sup>.

Dans le cas d'une pandémie, les hôpitaux, cliniques, médecins privés et services de santé de quartiers seront sans doute débordés. Il sera difficile sinon impossible pour de nombreux parents d'obtenir un certificat médical à bref délai et de trouver une solution pour la garde de leur(s) enfant(s) malade(s) par des tiers. Le risque d'infection dissuadera à l'évidence beaucoup de personnes, voisins et autres membres de la famille, de prendre le risque d'assumer la garde d'un enfant malade. Les employeurs ne seront donc pas fondés à considérer qu'auront violé la loi les employés qui n'auront pas trouvé de solution pour la garde d'enfants malades et manqueront plus de trois jours. Des licenciements prononcés dans ces circonstances seront certainement considérés comme abusifs par les tribunaux.

<sup>12</sup> Thomas Geiser / Adrian von Kaenel / Rémy Wyler, Loi sur le travail, éditions Stämpfli, Berne 2005, art. 36 N7

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Roland A. Muller, Kommentar Arbeitsgesetz, Orell Fussli, Zurich 2009, p. 127 s; Union patronale suisse, La loi sur le travail, Guide pratique, Zurich 2000, p. 87; Commentaire de la loi sur le travail, SECO

CO.

16. Les parents assument une obligation naturelle, mais aussi légale (cf. art. 276 CC) lorsqu'ils prennent soin de leur enfant personnellement, en particulier lorsqu'aucune autre solution n'est possible. La garde d'un enfant malade, si aucune autre personne n'est susceptible de s'en charger, est une obligation absolue pour le parent concerné. Abandonner l'enfant malade pour satisfaire à ses obligations contractuelles constituerait une faute et une illégalité puisqu'elle impliquerait une violation de l'article 276 al. 2 CC. L'employeur qui exigerait dans une telle circonstance la prestation de travail

violerait les droits personnels du travailleur concerné, droits protégés par l'article 328

17. La garde d'un enfant malade dans les circonstances d'une pandémie constitue donc un cas d'empêchement de travailler inhérent à la personne du parent chargé de cette garde, au sens de l'article 324a al. 1 CO, en raison du lien qui l'attache à l'enfant, d'une part, et parce qu'il s'agit de l'accomplissement d'une obligation légale, d'autre part. Dès lors qu'il s'agit d'un cas d'application de l'article 324a al. 1 CO, le salaire sera donc dû, non pas pour trois jours, ce qu'aucune règle de droit civil ne fixe, mais pour la période plus longue définie à l'article 324a al. 2 CO, à moins que des droits plus importants découlent du contrat ou d'une convention collective.

# III. VACANCES FORCEES – FAQ 10

Est-ce que l'employeur peut imposer des vacances en raison d'une situation précaire et imprévue du carnet de commandes sans que l'employeur ne soit tenu de respecter le délai usuel de la planification des vacances (cf. FAQ 10)?

- 18. Lorsque l'employeur fait face à une perturbation du fonctionnement de l'entreprise telle qu'il n'a plus intérêt à court terme à la poursuite de l'activité d'une partie ou de la totalité de son personnel, il peut en effet être tenté d'ordonner la prise de vacances, que ce soit une partie voire la totalité de ses employés, et ce à bref délai.
- 19. Le droit de l'employeur de fixer la date des vacances repose sur l'article 329c CO qui stipule :
  - « 1. En règle générale, les vacances sont accordées pendant l'année de service correspondante ; elles comprennent au moins deux semaines consécutives.
  - 2. 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. ».

Les vacances ont pour objectif de protéger la personne du travailleur, en particulier sa santé. Elles ont pour but le repos et la détente. Elles doivent permettre au travailleur, durant une période pendant laquelle il est libéré de ses obligations tout en percevant son salaire, de satisfaire ses goûts et de se détendre 13.

La doctrine estime aujourd'hui que le développement du tourisme de masse et l'obligation qui en résulte de planifier et réserver à l'avance les locations et les voyages impliquent que la date des vacances soit convenue d'un commun accord entre l'employeur et le travailleur et fixée au minimum trois mois à l'avance, étant précisé qu'en cas de désaccord quant aux dates le choix de l'employeur a la préminence. Ce délai minimum de trois mois, inspiré notamment de l'article 19 al. 4 de l'ordonnance sur la durée du travail dans les entreprises de transports publics (RS 822.211) est retenu par la quasi totalité de la doctrine<sup>14</sup>.

20. Malgré ces principes de consultation du travailleur et d'anticipation de la date des vacances, des circonstances spéciales, par exemple une situation précaire et imprévue du carnet de commandes, permettent-elles à l'employeur d'imposer unilatéralement et à bref délai la prise de vacances forcées ? La question est controversée.

Pour le Professeur REHBINDER, même les vacances forcées doivent respecter le délai d'annonce de trois mois 15. Dans le même sens, Frank VISCHER estime que les vacances ne peuvent être imposées au salarié à bref délai 16. Adrian STAEHELIN n'envisage pas expressément une telle hypothèse, mais indique qu'en cas de nécessité de l'entreprise, par exemple en cas de manque de travail, l'employeur ne peut ordonner que la prise de vacances déjà échues, sans quoi il est en demeure 17. Cet auteur reconnaît donc à l'employeur le droit de fixer des vacances lorsque l'entreprise est en difficulté. D'autres auteurs adoptent la même position. Pour BRÜHWILER, des vacances forcées peuvent être ordonnées si l'employeur n'est plus en mesure d'occuper entièrement les travailleurs par manque de travail 18. Il en va de même pour STREIFF / VON KAENEL 19 et Wolfgang PORTMANN 20.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Message du Conseil fédéral à l'appui de la loi sur la durée des vacances in FF 1982 III 213 ; Adrian Staehelin, op. cit., art. 329c N1
<sup>14</sup> Frie Carottini. Le durit aux conservations.

Eric Cerottini, Le droit aux vacances, Lausanne 2001, p. 225 ss; Rémy Wyler, op. cit., p. 346, Brühwiler, op. cit., art. 329c N3, Staehelin, op. cit., art. 329c N13; Streiff / von Kaenel, art. 329c N7 / Rehbinder, art. 329c N11
 Rehbinder, op. cit., art. 329c N11

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Vischer, op. cit., p. 185 s

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Staehelin, art. 329c N12

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Brühwiler, op. cit., art. 329c N4

<sup>19</sup> Streiff / von Kaenel, art. 329c N13

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Portmann, op. cit., art. 329c N2

Certains auteurs, tout en admettant le principe, fixent des exigences plus élevées à l'entreprise. Ainsi, Eric CEROTTINI estime qu'elles ne peuvent être ordonnées que dans la mesure où elles apparaissent « comme absolument nécessaire, en raison de circonstances extraordinaires mettant l'entreprise en sérieuses difficultés. » <sup>21</sup>. Il se réfère à SAVIAUX pour qui les vacances forcées ne devraient être imposées que si cela est nécessaire à la survie de l'entreprise. Philippe CARRUZZO estime lui aussi que les vacances forcées ne peuvent être utilisées que face à une situation exceptionnelle et imprévisible « qui est de nature à compromettre la survie de l'entreprise (par exemple, boycott des produits entraînant une brutale chute du volume de travail), qui en entrave sérieusement le fonctionnement (fermeture temporaire consécutive à un incendie ou un dégât d'eau nécessitant une remise en état des locaux) ou encore qui menace la sécurité des travailleurs (injonction immédiate d'une mise en conformité avec les normes de sécurité imposant la fermeture temporaire de l'entreprise). »<sup>22</sup>.

21. Cet examen montre que la doctrine majoritaire estime qu'en cas de nécessité impérieuse, par exemple en cas de manque important de travail, l'employeur peut ordonner des vacances d'entreprise.

Ce pouvoir, fondé sur l'article 329c al. 2 CO d'ordonner des vacances d'entreprise en situation exceptionnelle mettant l'entreprise en difficulté, s'applique-t-il en cas de pandémie ?

A notre avis, on peut en douter pour trois raisons:

- Dans la plupart des cas, l'entreprise ne sera pas en péril, mais ne fera que subir un ralentissement passager des affaires provoqué par les perturbations liées à l'épidémie.
- Cette situation de perturbation, s'agissant de la grippe H1N1, ne sera pas une surprise. Depuis des mois, les entreprises sont tenues de se préparer à cette éventualité.
- En outre, ordonner des vacances d'entreprise est probablement inefficace dans un tel cas. Anticiper la pandémie et ordonner des vacances avant qu'elle ne touche l'entreprise est assurément impossible puisque l'activité se déroule normalement. Lorsque la pandémie frappe l'entreprise dans une mesure telle qu'elle peut prétendre être en difficulté, les vacances qui seraient ordonnées concerneraient les salariés valides mais potentiellement infectés. Tous ceux qui auraient déjà déclaré la maladie ne seraient donc pas concernés par ces vacances, tout au moins pas jusqu'à leur guérison. Les salariés valides qui déclareraient la maladie dans les jours suivant leur prise de vacances

<sup>22</sup> Philippe Carruzzo, op. cit., p. 373

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Eric Cerottini, op. cit., p. 233 ; voir aussi Rémy Wyler, op. cit., p. 347

cesseraient aussi d'être en vacances dès l'apparition de la maladie. Enfin, au terme des vacances d'entreprise, on peut prévoir qu'un certain nombre de salariés ne pourront pas reprendre le travail, ayant été touchés par la maladie dans l'intervalle.

Dès lors que les entreprises peuvent recourir aux réductions d'horaire de travail et même aux fermetures temporaires qui donnent droit aux indemnités prévues par la loi sur le chômage et insolvabilité, le recours aux vacances forcées apparaît comme une mesure peu efficace, opposée aux intérêts des salariés et probablement contraire au droit. Elle sera source de beaucoup de conflits. En effet, les salariés concernés comprendront mal qu'un employeur prenne l'initiative de vacances d'entreprise, qui les priveront de véritables vacances, alors que les autorités sanitaires n'auront pas jugé utile d'ordonner la fermeture des entreprises.

# IV. CHANGEMENT DU LIEU DE TRAVAIL ET D'ACTIVITES (FAQ 30)

Si le contrat de travail définit le lieu et/ou l'activité de travail, est-ce que l'employeur a le droit d'ordonner de changer de lieu de travail ou d'activités sans qu'il y ait une modification de contrat (cf. FAQ 30) ? Quelles sont les limites ?

- 23. D'une manière générale, si le contrat de travail précise le lieu du travail et s'il décrit avec précision la nature de l'activité convenue, l'employeur ne peut ordonner à son employé d'effectuer une autre activité ou de la réaliser en un autre lieu.
- 24. Cependant, tous les auteurs, en accord avec la jurisprudence du Tribunal fédéral, admettent que ce principe n'est pas absolu et que des exceptions sont possibles selon les circonstances. Un salarié peut ainsi être tenu, en raison de son devoir de fidélité, d'accepter d'effectuer une autre activité à titre provisoire, par exemple s'il faut remplacer sans délai un collègue malade ou si lui-même, en raison d'une incapacité partielle de travail de longue durée, ne peut plus accomplir sa tâche habituelle mais peut en assumer une autre compatible avec son état.

- 25. Les perturbations graves du fonctionnement de l'entreprise constituent aussi des situations exceptionnelles permettant à l'employeur d'exiger de son personnel un autre travail que celui habituellement effectué, voire un déplacement du lieu d'exécution. La doctrine est unanime sur ce point<sup>23</sup>.
- 26. Nul doute qu'une situation de pandémie entre dans ces prévisions et permet à l'employeur de donner des directives inhabituelles quant à l'activité ou au lieu de travail.

Les changements qu'il pourra ordonner ne sont pas sans limite. Même dans une situation extraordinaire comme celle d'une pandémie, l'employeur devra respecter le droit impératif et les droits de la personnalité des travailleurs. Ses instructions devront être matériellement fondées, ni arbitraires, ni chicanières. Dans ces limites, il est ainsi possible d'exiger un travail moins qualifié, qui tienne cependant compte des aptitudes de la personne et ne soit pas dégradant pour elle compte tenu de son emploi habituel.

Il paraît vain de chercher à fixer des règles précises en la matière. Le travail acceptable est celui qui est exigible tout en respectant de manière équilibrée les nécessités exceptionnelles de l'entreprise et le droit du travailleur au respect de sa personnalité<sup>24</sup>.

Il faut souligner que cet élargissement du pouvoir d'instruction de l'employeur en situation exceptionnelle est provisoire, lié temporellement aux circonstances extraordinaires. L'exercice d'une activité moins qualifiée dans de telles circonstances n'entraîne aucune diminution de salaire, alors qu'à l'inverse la prise en charge d'un poste de travail plus exigeant et mieux rémunéré peut justifier une indemnisation supplémentaire.

27. Les mêmes principes s'appliquent au changement du lieu de travail. Le devoir de fidélité du travailleur peut donc exiger de sa part l'acceptation d'un changement provisoire du lieu où il déploie son activité.

Si en raison du déplacement du lieu de travail le salarié est exposé à des frais de transport et de nourriture inhabituels, ceux-ci doivent lui être remboursés en application de l'article 327a CO.

\* \* \* \* \* \*

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Rehbinder, op. cit., art. 321 N7; Wyler, op. cit., p. 135; Staehelin, op. cit., art. 321d N14 à 21; Streiff / von Kaenel, art. 321d N3; Brühwiler, op. cit., art. 321d N3; Vischer, op. cit., p. 157

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Pour une casuistique détaillée de la jurisprudence, voir Streiff / von Kaenel, art. 321d N3

## WAEBER MEMBREZ BRUCHEZ

Avocats

Espérant avoir ainsi répondu à votre demande et restant à votre disposition pour tout complément d'information que vous pourriez souhaiter, je vous prie de croire, cher Monsieur, à l'assurance de mes sentiments dévoués.

Jean-Bernard WAEBER

JBW/cc