



L'Etude
Swiss Lawyers

LAWYERS WITH ATTITUDE



CHRISTIAN FAVRE

AVOCAT SPÉCIALISTE FSA DROIT
DU TRAVAIL
AVOCAT SPÉCIALISTE FSA DROIT PÉNAL
DOCTEUR EN DROIT

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 FRANÇ
CP 960, CH-1001 LAUSANNE
T +41 (0)58 123 08 20

WWW.LETUDE.COM

LETUDE@LETUDE.CH



COVID-19 ET DROIT AU SALAIRE, SOURCE DE TENSIONS ENTRE EMPLOYEUR ET TRAVAILLEUR, VULNÉRABLE OU NON (ÉTAT AU 20 AVRIL 2020)

En moins d'un mois, notre quotidien a été bouleversé par la propagation d'un virus qui nous oblige à prendre nos distances avec autrui. Les règles de notre ordre social que l'on croyait presque intangibles ne le sont plus. En tant que codification de rapports humains entre employeur et employé, le droit du travail est particulièrement touché. Il l'est aussi comme tous les contrats qui reposent sur un échange de prestations entre les deux parties – travail contre salaire –, à l'exemple du contrat de bail à loyer commercial ou du contrat de sponsoring où la plus grande incertitude juridique règne quant à savoir si le locataire ou le sponsor demeurent obligés de payer leur dû.

En droit du travail, il existe peu de place pour le cas de force majeure que l'employeur pourrait invoquer pour se soustraire à son obligation de payer le salaire. On lui oppose en effet la notion du risque économique inhérent à l'entreprise et le Code des obligations limite les motifs qui l'autorisent à mettre un terme immédiat au contrat de travail. Il ne fait aucun doute que la situation de pandémie actuelle n'en fait pas partie. C'est pour y répondre que le cercle des bénéficiaires du chômage partiel est progressivement élargi (contrats de durée déterminée, travailleurs sur appel, apprentis, etc.).

La situation est ici d'autant plus complexe que la référence aux dispositions habituelles du Code des obligations ou de la Loi sur le travail ne suffit plus. Pour répondre aux questions posées, il faut prendre en compte les règles de droit public introduites en urgence par le Conseil fédéral et un assouplissement progressif où les prestations de l'assurance chômage peuvent être demandées. Il s'agit bien sûr de l'Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (O-2 COVID-19; RS 818.101.24) et de l'Ordonnance sur les mesures en cas de perte de gain en lien avec le coronavirus (O COVID-19 APG; RS 830.31).

L'assurance perte de gain maladie contractée par l'employeur ne joue en revanche que très peu de rôle, le temps de guérison étant le plus souvent inférieur au délai d'attente contractuel.

1. Le point névralgique réside bien sûr dans toutes les variations autour du thème où le travailleur (ou la travailleuse) veut ou doit demeurer à domicile en raison de la situation de pandémie. **On gardera à l'esprit que la première étape du raisonnement consiste à se demander si l'on est en présence d'un empêchement non fautif du travailleur pour des motifs inhérents à sa personnalité (art. 324a al. 1^{er} CO).**

Le cas le plus simple est celui où le travailleur est lui-même infecté par le coronavirus. Conformément à l'art. 324a al. 1^{er} CO, il a droit au salaire pour une période limitée. Rappelons que ce droit au salaire n'existe que si les rapports ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour une durée supérieure à trois mois.

Cette simplicité peut n'être qu'apparente : comment doit réagir l'employeur lorsque l'employé pose lui-même le diagnostic et se met en quarantaine ? La question n'est pas pure rhétorique : le test est couramment refusé aux personnes ne présentant pas de symptômes suffisamment marqués, comme le soussigné a personnellement pu le constater. Peut-on exiger de celui qui ne présente que de faibles symptômes qu'il travaille à domicile ? La réponse est sans doute positive. Mais si cette possibilité n'existe pas, l'employé ne peut, à notre sens, prétendre au versement de son salaire en vertu de l'art. 324a CO : il ne s'agit pas d'un motif d'empêchement inhérent à sa personne, mais d'une conséquence des mesures étatiques de semi-confinement et donc d'un cas où le travailleur est dans une situation prévue à l'art. 2 al. 1^{er} let. a O COVID-19 APG et peut donc prétendre à allocation. Mais rien n'est acquis ici, puisque cette allocation est subsidiaire



L'Etude
Swiss Lawyers

LAWYERS WITH ATTITUDE



CHRISTIAN FAVRE

AVOCAT SPÉCIALISTE FSA DROIT
DU TRAVAIL
AVOCAT SPÉCIALISTE FSA DROIT PÉNAL
DOCTEUR EN DROIT

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 FRANÇ
CP 960, CH-1001 LAUSANNE
T +41 (0)58 123 08 20

WWW.LETUDE.COM

LETUDE@LETUDE.CH



« aux salaires qui continuent d'être versés par les employeurs » (art. 2 al. 4 O COVID-19 APG). On perçoit facilement le risque de tension entre employeur en difficulté et employé qui a besoin de son salaire.

2. Il y a ensuite le **groupe des personnes vulnérables**, soit, mises à part celles âgées de plus de 65 ans, celles qui souffrent d'hypertension artérielle, diabète, maladies cardiovasculaires, maladies respiratoires chroniques, maladie ou traitements qui affaiblissent le système immunitaire et cancer (art. 10b O-2 COVID-19, selon liste à l'annexe 6). Remarquons que l'ordonnance ne mentionne pas comme tel le cas de l'obésité, mais s'y réfère par les problèmes de santé que cet état est susceptible de provoquer.

La protection de ces personnes est renforcée depuis le 16 avril 2020. Le travail à domicile est désormais la solution de principe que l'employeur doit favoriser « par les mesures techniques et organisationnelles qui s'imposent ». A défaut, l'employeur doit examiner la possibilité de lui confier des « tâches de substitution équivalentes », ceci toujours à domicile et sans réduction de salaire.

Le travailleur vulnérable ne peut être tenu de venir sur le lieu de travail que si des « raisons d'exploitation » le rendent indispensable et si les conditions suivantes sont remplies :

- a. la place de travail est aménagée de sorte que tout contact étroit avec d'autres personnes soit exclu, notamment en mettant à disposition un bureau individuel ou une zone clairement délimitée où la distance minimale de deux mètres est respectée;
- b. dans les cas où un contact étroit s'avère parfois inévitable, des mesures de protection appropriées sont prises, selon le principe STOP (substitution, mesures techniques, mesures organisationnelles, équipement de protection individuelle). Les travailleurs doivent être consultés au préalable sur ces mesures.

Là aussi, des tâches de substitution équivalentes peuvent être mises en place, sans réduction de salaire.

Si ces différentes hypothèses « en cascade » ne sont pas possibles, l'employeur doit dispenser les employés concernés avec maintien du salaire, sans limitation dans le temps. S'il ne le fait pas, les employés vulnérables peuvent refuser de d'accomplir les tâches confiées (art. 10c al. 7 O-2 COVID-19). L'employeur peut exiger un certificat médical. Cela fait, il doit leur accorder « un congé avec maintien du salaire ». Dans sa version au 16 avril 2020, le rapport explicatif de l'OFSP va plus loin : l'employeur « doit continuer à verser le salaire », ceci implicitement aussi longtemps que les mesures de sécurité n'ont pas été reprises.

Il faut rappeler en outre que selon l'art. 6a al. 5 O-2 COVID-19, l'autorité cantonale peut fermer une entreprise qui ne met pas sur pied un plan de protection suffisant pour ses employés et clients.

Dans le cas d'un travailleur vulnérable, le risque de tension entre employeur et employé vulnérable est grand lorsque le second refuse de venir travailler en invoquant une sécurité sanitaire insuffisante. Qui en sera l'arbitre ?

3. Voici quelques semaines encore, on admettait en général qu'un **parent gardien d'un jeune enfant malade** pouvait se dispenser de travailler jusqu'à trois jours, soit le temps de trouver une solution pour sa garde. Aucun tribunal ou aucun auteur de doctrine n'imaginait la situation où il n'est plus possible de trouver une telle solution, notamment parce que les grands parents sont considérés comme personnes vulnérables. C'est ce cas que vise en premier lieu l'Ordonnance COVID-19 APG, ceci pour autant que l'enfant n'ait pas plus de douze ans révolus et que la personne qui s'en occupe doit « interrompre son activité lucrative », ce par quoi l'on doit sans doute comprendre que le télétravail n'est pas possible. De nouveaux risques de tension s'installent ici : dans quelle mesure un parent s'occu-



L'Etude
SWISS LAWYERS

LAWYERS WITH ATTITUDE



CHRISTIAN FAVRE

AVOCAT SPÉCIALISTE FSA DROIT
DU TRAVAIL
AVOCAT SPÉCIALISTE FSA DROIT PÉNAL
DOCTEUR EN DROIT

part de jeunes enfants peut-il vraiment travailler à domicile ? Et si les deux parents travaillent et sont susceptibles de s'occuper des enfants, lequel des employeurs devra se priver de la présence de son collaborateur ? Ou les deux employeurs doivent-ils se partager cette absence ?

Ce ne sont là que quelques exemples de questions auxquelles l'avocat spécialisé en droit du travail est confronté au quotidien, avec l'impérieuse nécessité de donner une réponse aujourd'hui, ceci alors que les tribunaux n'apporteront la leur que dans plusieurs mois, quand le covid-19 aura – il faut l'espérer – tiré sa révérence.

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 FRANÇ
CP 960, CH-1001 LAUSANNE
T +41 (0)58 123 08 20

WWW.LETUDE.COM

LETUDE@LETUDE.CH