

## Dossier

## Le droit social à l'épreuve du Covid-19

## Partie 4 – Covid-19 et droit d'ailleurs

Mesures d'exception et droit au salaire en Suisse durant la pandémie du Covid-19<sup>1</sup>« Agir aussi vite que possible, mais aussi lentement que nécessaire »<sup>2</sup>

## L'essentiel

*Comme presque partout dans le monde, le gouvernement suisse a pris, dès le 28 février 2020, des mesures d'urgence en vue de limiter les effets de la pandémie du Covid-19. En droit du travail, il a fallu résoudre de nombreuses questions pratiques importantes en conjuguant les règles ordinaires avec le régime d'exception. Il est naturel, dans un tel contexte, que des controverses aient vu le jour, en particulier quant au droit au salaire des employés. De l'avis des auteurs, la pandémie actuelle est un cas de force majeure qui libère l'employeur de payer les salaires des employés qui ont été empêchés de fournir leur prestation en raison des mesures ordonnées par le gouvernement. L'employeur est cependant tenu, sous peine d'engager sa responsabilité contractuelle, d'accomplir les démarches nécessaires pour que les employés bénéficient des prestations sociales auxquelles ils peuvent prétendre (indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail/chômage partiel).*



par Jean-Philippe Dunand

Professeur à l'université de Neuchâtel, avocat



et Rémy Wyler

Professeur à l'université de Lausanne, avocat

## I. – INTRODUCTION

La crise du coronavirus ou Covid-19 n'en finit pas de provoquer des conséquences tragiques et de nous interroger. Le Conseil fédéral (soit le gouvernement suisse) a arrêté des mesures d'exception dès le 28 février 2020 en se fondant sur l'article 185, alinéa 3, de la Constitution fédérale<sup>3</sup> et l'article 7 de la loi fédérale sur les épidémies (LEp)<sup>4</sup>.

En droit suisse du travail, il s'agit de résoudre une multitude de questions pratiques en conjuguant le régime

extraordinaire d'exception avec les règles ordinaires qui se trouvent notamment, à défaut d'un code unifié du travail, dans les dispositions du code des obligations (CO) sur le contrat de travail (art. 319 à 362)<sup>5</sup> et dans la loi fédérale sur le travail (LTr)<sup>6</sup>. Il est naturel, dans un tel contexte, que des controverses aient vu le jour, en particulier quant

<sup>1</sup> La présente contribution est inspirée, sous une forme actualisée et adaptée, d'une étude plus large des mêmes auteurs : J.-P. Dunand et R. Wyler, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, Newsletter DroitDuTravail.ch, université de Neuchâtel, 9 avr. 2020.

<sup>2</sup> Propos de M. le Conseiller fédéral Alain Berset, chef du Département fédéral de l'intérieur, ministre de la Santé, lors d'une conférence de presse le 16 avr. 2020.

<sup>3</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse, 18 avr. 1999 (RS 101). Art. 185 (sécurité extérieure et sécurité intérieure), al. 3 : le Conseil fédéral peut « édicter des ordonnances et prendre des décisions, en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure. Ces ordonnances doivent être limitées dans le temps ».

<sup>4</sup> Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies, LEp), 28 sept. 2012 (RS 818.101). Art. 7 (situation extraordinaire) : « Si une situation extraordinaire l'exige, le Conseil fédéral peut ordonner les mesures nécessaires pour tout ou partie du pays ».

<sup>5</sup> Code des obligations (CO), 30 mars 1911 (RS 220).

<sup>6</sup> Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail, LTr), 13 mars 1964 (RS 822.11).

au droit au salaire, aux dates des vacances ou au périmètre de la protection contre le licenciement.

Dans cette contribution, nous exposerons les grandes lignes du droit d'exception, avant de partager nos réflexions sur l'épineuse question du droit au salaire. Nous avons pris en compte l'état de la législation au 1<sup>er</sup> mai 2020.

## II. — MESURES D'EXCEPTION (LEX CORONAVIRUS)

Parmi la douzaine d'ordonnances arrêtées par le gouvernement suisse, trois ont une portée considérable en droit social (droit du travail et sécurité sociale). Adoptées les 13 et 20 mars 2020, ces trois ordonnances ont déjà été révisées à plusieurs reprises. Vu leur caractère extraordinaire, elles ont une durée de validité limitée, en principe de six mois. Il est prévu que certaines dispositions de ces ordonnances soient transférées dans une loi urgente qui devrait être soumise l'automne prochain au Parlement.

### A — ORDONNANCE 2 COVID-19

Le 28 février 2020, le Conseil fédéral a interdit pour une période limitée les manifestations publiques ou privées accueillant simultanément plus de 1 000 personnes (ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus [Covid-19] du 28 févr. 2020). Il s'agissait de la première norme nationale urgente pour endiguer la propagation du Covid-19. Cette ordonnance a été remplacée le 13 mars par l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ord. 2 Covid-19, ci-après : O-2-Covid-19)<sup>7</sup>. Elle a été plusieurs fois adaptée le 28 mars, ainsi que les 2, 4, 9, 17, 24, 27 et 30 avril 2020. L'ordonnance renvoie souvent aux recommandations de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP), l'équivalent du ministère de la Santé, en matière d'hygiène et d'éloignement social, tout comme le rapport explicatif de l'ordonnance, rédigé par ce même office<sup>8</sup>.

L'ordonnance comprend des mesures visant la population, les organisations, les institutions et les cantons (équivalents des départements) dans le but de diminuer le risque de transmission du coronavirus et de lutter contre lui (art. 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, O-2-Covid-19). Sauf disposition contraire de l'ordonnance, les cantons demeurent compétents pour édicter d'autres mesures (art. 1a, O-2-Covid-19). Par ailleurs, ils surveillent le respect des mesures édictées au niveau national, dans la mesure où la Confédération n'est pas compétente pour l'exécution (art. 1b, O-2-Covid-19).

L'ordonnance contient des règles qui ont un effet sur les relations de travail (fermeture des écoles et fermeture des établissements habituellement ouverts au public, par ex.), ainsi que de véritables règles de droit du travail, dans la plupart des cas pour renforcer la protection de

la santé des travailleurs (plan de protection, mesures de protection sur les chantiers et dans l'industrie, personnes vulnérables), mais aussi parfois pour assouplir les dispositions de la législation sur le travail (approvisionnement de la population le dimanche et travail dans les hôpitaux).

**Fermeture des écoles.** Les activités présentielles dans les écoles, les hautes écoles et les autres établissements de formation sont interdites (art. 5, al. 1<sup>er</sup>, O-2-Covid-19). Dans le cadre d'un plan de déconfinement, qui résulte des révisions successives de l'ordonnance, il a été prévu une réouverture des écoles, à certaines conditions, le 11 mai 2020.

**Interdiction des manifestations et fermetures des établissements.** Toutes les manifestations publiques ou privées, y compris les manifestations sportives et les activités associatives, sont interdites (art. 6, al. 1<sup>er</sup>, O-2-Covid-19). De même, les établissements publics (restaurants, bars, théâtres, etc.) sont fermés (art. 6, al. 2, O-2-Covid-19), sauf ceux qui sont destinés à couvrir les besoins quotidiens de la population (magasins d'alimentation, stations-service, pharmacies, banques, administrations publiques, gares, etc.), pour autant qu'ils disposent d'un plan de protection au sens de l'article 6a de l'ordonnance (art. 6, al. 2, O-2-Covid-19). Ces derniers doivent en outre respecter les recommandations de l'OFSP en matière d'hygiène et d'éloignement social. Ils doivent limiter en conséquence le nombre de personnes présentes et empêcher les regroupements de personnes (art. 6, al. 4, O-2-Covid-19). Le plan de déconfinement prévoit une réouverture progressive des établissements publics, à des conditions strictes<sup>9</sup>.

**Plan de protection.** Les exploitants des établissements publics dont l'ouverture ou la réouverture est autorisée doivent élaborer et mettre en œuvre un plan de protection garantissant que le risque de transmission est réduit à un minimum pour les clients, les visiteurs et les personnes exerçant une activité dans l'établissement (art. 6a, al. 1<sup>er</sup>, O-2-Covid-19). En collaboration avec le Secrétariat d'État à l'économie (SECO), équivalent du ministère de l'Économie, l'OFSP définit les prescriptions en matière de droit du travail et de la santé concernant les plans de protection (art. 6a, al. 2, O-2-Covid-19). Les associations des branches et des professions concernées élaborent si possible des plans globaux spécifiques à leur domaine en respectant les prescriptions de l'OFSP. À cette fin, elles consultent les partenaires sociaux (art. 6a, al. 3, O-2-Covid-19).

**Mesures de prévention sur les chantiers et dans l'industrie.** Les employeurs des secteurs de la construction, du génie civil et du second œuvre ainsi que de l'industrie sont tenus de respecter les recommandations de l'OFSP en matière d'hygiène et d'éloignement social. Il faut notamment limiter en conséquence le nombre de personnes présentes sur les chantiers ou dans les industries,

<sup>7</sup> RS 818.101.24.

<sup>8</sup> OFSP, Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (O-2 Covid-19), état au 30 avr. 2020.

N° 9 - Septembre 2020

<sup>9</sup> 27 avr. : magasins de bricolage et de jardinage ; salons de coiffure et de cosmétique (par ex.) ; 11 mai : tous les magasins et marchés, agences de voyages, musées, bibliothèques, restaurants pour des groupes d'au plus 4 personnes ou familles avec enfants à la condition que les clients consomment toujours assis (par ex.) ; 8 juin : théâtres et cinémas, piscines, offices religieux (par ex.).

adapter l'organisation des chantiers et l'exploitation des entreprises et restreindre de manière adéquate l'utilisation des salles de pause et des cantines en particulier (art. 7d, al. 1<sup>er</sup>, O-2-Covid-19).

**Personnes vulnérables.** Les personnes vulnérables sont appelées à rester chez elles et à éviter les regroupements de personnes. Si elles quittent leur domicile, elles prennent des précautions particulières pour respecter les recommandations de l'OFSP en matière d'hygiène et d'éloignement social (art. 10b, al. 1<sup>er</sup>, O-2-Covid-19). Par personnes vulnérables, il faut entendre les personnes âgées de 65 ans et plus et les personnes qui souffrent notamment des pathologies suivantes : hypertension artérielle, diabète, maladies cardiovasculaires, maladies respiratoires chroniques, faiblesse immunitaire due à une maladie ou à une thérapie, cancer (art. 10b, al. 2, O-2-Covid-19). Ces catégories sont précisées dans l'annexe 6 de l'ordonnance (art. 10b, al. 3, O-2-Covid-19).

L'article 10c de l'ordonnance, qui contient huit alinéas, est consacré aux obligations de l'employeur concernant la protection de la santé des employés vulnérables. L'employeur doit permettre à ses employés vulnérables de remplir leurs obligations professionnelles depuis leur domicile. À cette fin, il prend les mesures organisationnelles et techniques qui s'imposent (al. 1<sup>er</sup>). Si l'employé ne peut pas remplir ses obligations professionnelles habituelles depuis son domicile, son employeur doit lui attribuer des tâches de substitution équivalentes qu'il peut effectuer depuis son domicile et les rétribuer au même salaire, même si elles divergent du contrat de travail. À cette fin, il prend les mesures organisationnelles et techniques qui s'imposent (al. 2). Si, pour des raisons d'exploitation, la présence d'employés vulnérables sur le lieu de travail est indispensable en tout ou partie, ces derniers peuvent exercer leur activité habituelle sur place (al. 3), pour autant que les conditions suivantes soient remplies : la place de travail est aménagée de sorte que tout contact 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 (let. a) ; dans les cas où un contact étroit s'avère parfois inévitable, des mesures de protection appropriées sont prises (let. b). S'il ne peut pas occuper les employés concernés conformément aux alinéas 1<sup>er</sup> à 3, l'employeur doit leur attribuer sur place des tâches de substitution équivalentes respectant les prescriptions visées à l'alinéa 3, lettres a et b, et les rétribuer au même salaire, même si elles divergent du contrat de travail (al. 4). Le but est que les employés sur place soient aussi bien protégés que s'ils travaillaient depuis la maison. L'employeur consulte les employés concernés avant de prendre les mesures prévues (al. 5). L'employé concerné peut refuser d'accomplir une tâche qui lui a été attribuée si l'employeur ne remplit pas les conditions visées aux alinéas 1<sup>er</sup> à 5 ou si, pour des raisons particulières, il estime que le risque d'infection au coronavirus est trop élevé malgré les mesures prises par l'employeur au sens des alinéas 3 et 4. L'employeur peut exiger un certificat médical (al. 6). S'il n'est pas possible d'occuper les employés concernés conformément aux alinéas 1<sup>er</sup> à 4, ou dans le cas d'un refus visé à l'alinéa 6, l'employeur les dispense avec maintien du paiement de leur salaire (al. 7). Les employés font valoir leur vulnérabi-

lité moyennant une déclaration personnelle. L'employeur peut exiger un certificat médical (al. 8).

**Approvisionnement de la population le dimanche.** Les transports d'approvisionnement des denrées alimentaires et des biens de consommation commandés en ligne par les prestataires de service postaux ne nécessitent, contrairement à la règle ordinaire, aucune autorisation exceptionnelle du SECO pour le travail dominical (art. 7a, al. 2, O-2-Covid-19), étant rappelé qu'il est en principe interdit d'occuper des travailleurs le dimanche (v. art. 18, al. 1<sup>er</sup>, LTr).

**Employés des hôpitaux.** Dans les services des hôpitaux confrontés à une augmentation massive du travail en raison du nombre de cas de maladies due au Covid-19, les dispositions de la LTr relatives au temps de travail et de repos sont suspendues aussi longtemps que la situation exceptionnelle l'exige. Les compensations en temps ou les compensations financières doivent toutefois continuer à être accordées. Les employeurs demeurent responsables de la protection de la santé de leurs travailleurs et doivent en particulier veiller à ce que ceux-ci bénéficient de suffisamment de temps de repos (art. 10a, al. 5, O-2-Covid-19).

## B – ORDONNANCE COVID-19 ASSURANCE-CHÔMAGE

En date du 20 mars, le Conseil fédéral a édicté l'ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (ordonnance Covid-19 assurance chômage, ci-après : O-Covid-19 AC). Cette ordonnance prévoit des règles qui complètent en partie les règles ordinaires relatives au paiement d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT), aussi communément appelée chômage partiel, qui se trouvent aux articles 31 à 41 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage (LACI)<sup>10</sup>. En résumé, les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de RHT lorsque la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire et due à des facteurs d'ordre économique inévitables, et si l'on peut admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question (art. 31, al. 1<sup>er</sup>, let. d, LACI). L'ordonnance Covid-19 du Conseil fédéral vise à faciliter les démarches et à étendre les prestations et le cercle des bénéficiaires. En particulier, le chômage partiel est désormais accessible aux personnes qui ont un emploi d'une durée déterminée, qui sont en apprentissage ou qui sont au service d'une organisation de travail temporaire (art. 4, O-Covid-19 AC), de même qu'aux travailleurs sur appel dont le taux d'occupation mensuel est soumis à de fortes fluctuations (plus de 20 %), pour autant que leur emploi dans l'entreprise demandant la RHT dure depuis plus de six mois (art. 8f, O-Covid-19 AC). La perte de gain à prendre en considération est calculée par une procédure sommaire, et l'indemnité de 80 % en cas de RHT est versée sous la forme d'un forfait (art. 8i, al. 1<sup>er</sup>, O-Covid-19 AC).

<sup>10</sup> Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, 25 juin 1982 (RS 837.0).

### C — ORDONNANCE SUR LES PERTES DE GAIN COVID-19

En date du 20 mars 2020, le Conseil fédéral a arrêté l'ordonnance sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus (ordonnance sur les pertes de gain Covid-19, ci-après : O-2-Covid-19 APG)<sup>11</sup>. Cette ordonnance prévoit que les salariés ont droit à des allocations pour perte de gain lorsque, en raison de mesures ordonnées par une autorité en lien avec l'épidémie du coronavirus, elles doivent interrompre leur activité lucrative, soit parce que la garde de leurs enfants (en principe jusqu'à douze ans révolus) par des tiers n'est plus assurée, soit parce qu'elles ont été mises en quarantaine (art. 2, al. 1<sup>er</sup>, et 1<sup>er</sup> bis, O-2-Covid-19 APG). L'indemnité journalière est égale à 80 % du revenu moyen de l'activité lucrative obtenu avant le début du droit (art. 5, al. 1<sup>er</sup>, O-2-Covid-19 APG), mais au plus de 196 francs suisses par jour (art. 5, al. 3, O-2-Covid-19 APG). L'ordonnance a fait l'objet d'un commentaire par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS)<sup>12</sup>.

### III. — OBLIGATION DE PAYER LE SALAIRE EN L'ABSENCE DE PRESTATION DE TRAVAIL

Les mesures d'exception ne contiennent pas de règles sur le droit au salaire, hormis quelques modalités spécifiques pour les personnes considérées comme vulnérables. Il faut donc appliquer les règles ordinaires du code des obligations. Selon l'article 322, alinéa 1<sup>er</sup>, CO, l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective de travail. Selon les règles usuelles du droit des contrats, en l'absence de fourniture de la prestation, il n'y a pas de droit à la contre-prestation. Toutefois, des normes spécifiques mettent parfois le risque du paiement du salaire à charge de l'employeur même en l'absence de fourniture de la prestation de travail. Nous examinons ci-dessous certaines de ces hypothèses et les questions relatives en lien avec la crise du coronavirus.

#### A — ABSENCE POUR DES MOTIFS NON INHÉRENTS AU TRAVAILLEUR

Lorsque l'employé ne fournit pas sa prestation de travail en raison des mesures destinées à lutter contre le coronavirus, il convient de déterminer quelle est l'étendue de l'obligation de l'employeur de payer le salaire. Dans un contrat bilatéral, tel que le contrat de travail, lorsqu'une partie est empêchée de fournir sa prestation par suite de circonstances qui ne lui sont pas imputables, les deux parties sont libérées de leur obligation de fournir leurs prestations respectives (art. 119, al. 1<sup>er</sup> et 2, CO), à moins que la loi ne mette ce risque à la charge du créancier (art. 119, al. 3, CO). Transposé en droit du travail, ce principe exprime que l'employeur est libéré de l'obligation de payer le salaire au travailleur lorsque ce

dernier ne fournit pas sa prestation de travail par suite de circonstances qui ne lui sont pas imputables, à moins que des dispositions spécifiques de la loi ne mettent ce risque à la charge de l'employeur<sup>13</sup> ; parmi les dispositions qui mettent le risque du paiement du salaire à charge de l'employeur figurent les articles 324 CO (demeure de l'employeur et risque d'entreprise), 324a et 324b CO (empêchement non fautif de travailler inhérent à la personne du travailleur), 35, alinéa 3, LTr et 35b, alinéa 2, LTr (protection des femmes enceintes et des mères qui allaitent) et 10c, alinéa 7, O-2-Covid-19 (impossibilité d'occuper des travailleurs vulnérables au Covid-19 dans des conditions adéquates).

Il est admis que les risques d'entreprise et économique sont englobés dans ceux mis à charge de l'employeur dans le contexte de l'article 324 CO, de sorte que ce dernier est tenu de payer le salaire pour la durée de l'empêchement lié à la réalisation d'un tel risque<sup>14</sup>. Le risque d'entreprise se définit comme le risque inhérent à l'activité économique de l'employeur<sup>15</sup>. Par risque économique, on entend les cas où le travail serait intrinsèquement possible, mais ne servirait pas à l'employeur, pour des raisons purement économiques, notamment dans le cas d'une chute des prix<sup>16</sup>. À notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a pas encore précisément circonscrit le risque d'entreprise. Selon la doctrine majoritaire, ce risque comprend notamment la pénurie de matières premières, des pannes de chauffage ou de courant, le manque de personnel, le défaut d'autorisation administrative<sup>17</sup> ; toutes ces hypothèses se caractérisent par le fait qu'elles sont inhérentes à l'entreprise, donc propres à celle-ci. Il convient de déterminer si les circonstances qui dépassent ce cadre doivent être assimilées à un cas de force majeure au sens de l'article 119, alinéas 1<sup>er</sup> et 2, CO (pour lequel l'employeur est libéré de l'obligation de payer le salaire) ou à un risque d'entreprise mis à charge de l'employeur en application de l'article 324 CO. Cette question est délicate et a été peu discutée<sup>18</sup>. L'interrogation essentielle est de déterminer dans quelle sphère de risque se présente l'événement examiné<sup>19</sup>. S'il est vrai que certains auteurs

<sup>11</sup> RS 830.31.

<sup>12</sup> OFAS, Commentaire de l'ordonnance sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus, état au 20 mars 2020.

N° 9 - Septembre 2020

<sup>13</sup> ATF 126 III 75, c. 2.

<sup>14</sup> TF 4A\_534/2017, 27 août 2018, c. 4.1 ; TF 4A\_291/2008, 2 déc. 2018, c. 3.1 ; C. Bruchez, P. Mangold et J.-C. Schwaab, Commentaire du contrat de travail, Lausanne, Réalités sociales, 2019, N 2 ad art. 324 CO ; J. Brühwiler, *Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-343 OR*, Bâle, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014, N 2 ad art. 324 CO ; U. Streiff, A. von Kaenel et R. Rudolph, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, Zurich-Bâle-Genève, Schulthess Verlag, 2012, 384-386, N 5 ad art. 324 CO ; R. Wyler et B. Heinzer, *Droit du travail*, Berne, Stämpfli, 2019, 270.

<sup>15</sup> C. Bruchez, P. Mangold et J.-C. Schwaab, *op. cit.*, N 2 ad art. 324 CO ; R. Wyler et B. Heinzer, *op. cit.*, p. 270.

<sup>16</sup> J. Brühwiler, *op. cit.*, N 2 ad art. 324 CO ; R. Wyler et B. Heinzer, *op. cit.*, p. 270.

<sup>17</sup> C. Bruchez, P. Mangold et J.-C. Schwaab, *op. cit.*, N 2 ad art. 324 CO ; U. Streiff, A. von Kaenel et R. Rudolph, *op. cit.*, p. 384-385, N 5 ad art. 324 CO ; R. Wyler et B. Heinzer, *op. cit.*, p. 271.

<sup>18</sup> Comme le relève notamment le TF dans son arrêt 4A\_291/2008 du 2 déc. 2008, c. 3.2 ; v. aussi A. Staehelin, Commentaire zurichois, Zurich-Bâle-Genève, Schulthess Verlag, 2006, N 20 ad art. 324 CO ; U. Streiff, A. von Kaenel et R. Rudolph, *op. cit.*, p. 385, N 5 ad art. 324 CO.

<sup>19</sup> TF 4A\_291/2008, 2 déc. 2008, c. 3.2.

mentionnent les catastrophes naturelles<sup>20</sup> ou des décisions d'autorité reposant sur des raisons de police, de sécurité ou d'intérêt général<sup>21</sup> comme relevant du risque d'entreprise, ils ne s'appuient sur aucun arrêt du Tribunal fédéral et ne précisent pas si l'événement envisagé se limite dans ses conséquences à l'entreprise ou affecte plus largement l'économie.

Il convient selon nous d'admettre que les circonstances actuelles qui ont donné lieu à des décisions d'autorités affectant toute l'économie sont d'une ampleur telle qu'elles n'ont jamais été examinées par la jurisprudence ni été envisagées par la doctrine. Pour interpréter la portée de l'article 324 CO, il sied de rappeler que cette disposition concrétise une situation qui s'écarte du régime ordinaire du droit contractuel de l'échange entre la prestation et la contre-prestation, en mettant dans un cas particulier le risque à la charge du créancier qui ne reçoit pas la prestation du débiteur (art. 119, al. 3, CO). Dans une interprétation téléologique, il y a lieu de relever que le message à l'appui du projet de loi au sujet de l'article 324 CO expose que cette disposition est envisagée dans un contexte de demeure de l'employeur, lorsque ce dernier refuse, sans motif légitime, d'accepter la prestation de services qui lui est régulièrement offerte, ou d'accomplir les actes préparatoires et de collaboration qui lui incombent<sup>22</sup> ; le message n'envisage pas le cas de force majeure. Il convient dès lors, à notre avis, de s'en tenir à une interprétation qui s'appuie sur les règles générales du code des obligations, en ce sens que les risques mis à charge de l'employeur en application de l'article 119, alinéa 3, CO sont une exception au régime général du droit des contrats, qui doit s'interpréter restrictivement, étant précisé que la volonté du législateur n'était pas de mettre les cas de force majeure excédant le périmètre de l'entreprise à charge de l'employeur ; dans le contexte des mesures édictées par les autorités destinées à lutter contre la propagation du coronavirus, il y a lieu de préciser que les employeurs concernés par les fermetures d'établissements mentionnés à l'article 6, alinéa 2, O-2-Covid-19 sont non seulement empêchés de recevoir la prestation de travail de leurs employés, mais également interdits d'ouvrir leurs établissements publics et de fournir leurs prestations ; il n'est guère envisageable qu'un tel risque puisse être mis à charge de l'employeur, d'autant moins que les mesures ordonnées par le Conseil fédéral dans les ordonnances Covid-19 ont été édictées en application de l'article 7 de la loi sur les épidémies (LEp), qui vise précisément une situation extraordinaire<sup>23</sup>. Aussi, nous sommes d'avis qu'une telle situation entre dans le cadre de l'article 119, alinéas 1<sup>er</sup> et 2, CO et ne rentre pas dans celui de l'article 324 CO<sup>24</sup>. Il en découle que l'employeur n'est pas tenu de payer les salaires des employés empêchés

de fournir leur prestation de travail en raison des mesures ordonnées par le Conseil fédéral<sup>25</sup>.

## B — MESURES DE PROTECTION SOCIALE ET RESPONSABILITÉ DE L'EMPLOYEUR

Ces lacunes de salaire sont cependant atténuées de manière importante par d'autres mesures de protection sociale, qui sont intégrées dans les ordonnances Covid-19, et qui sont examinées ci-dessous ; la situation d'exception forme ainsi un tout qui se veut cohérent et extraordinaire, qui sort du cadre de l'application générale de l'article 324 CO. Admettre le contraire reviendrait à encourager les employeurs à résilier les contrats de travail pour échapper à des contraintes de paiement de salaire<sup>26</sup>, ce qui irait à des fins contraires aux mesures de sauvegarde de l'économie ; de tels licenciements priveraient aussi les employés concernés de bénéficier de possibles indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT), puisque l'une des conditions pour en bénéficier est que la résiliation ne soit pas donnée (art. 31, al. 1<sup>er</sup>, let. c, LACI<sup>27</sup>), alors même que certains employés licenciés ne rempliraient pas les conditions de période de cotisation pour bénéficier des indemnités de chômage (art. 13 LACI).

L'absence d'application de l'article 324 CO ne libère cependant pas l'employeur de toute obligation. En effet, les risques liés à la pandémie du coronavirus sont partiellement couverts par les assurances sociales. En particulier, les travailleurs ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT) aux conditions prévues par les articles 31 à 41 LACI tels qu'amendés par l'ordonnance Covid-19 assurance-chômage (O-Covid-19 AC)<sup>28</sup> ; toutefois, il appartient à l'employeur de demander l'indemnité en cas de RHT (art. 36 et 38, al. 1<sup>er</sup>, LACI) ; en outre, les employeurs (comme d'ailleurs les employés assurés) doivent collaborer à l'exécution des différentes lois d'assurances sociales (art. 28 LPGA)<sup>29</sup>, et ce dans la mesure nécessaire à l'octroi des prestations<sup>30</sup>. Lorsque l'assureur est dépendant des informations qui lui sont données par l'employeur<sup>31</sup> pour décider de l'octroi des prestations, l'employeur récalcitrant s'expose envers l'assureur aux sanctions prévues par l'article 43 LPGA<sup>32</sup>.

<sup>20</sup> C. Bruchez, P. Mangold et J.-C. Schwaab, *op. cit.*, N 2 ad art. 324 CO ; R. Wyler et B. Heinzer, *op. cit.*, p. 271.

<sup>21</sup> C. Bruchez, P. Mangold et J.-C. Schwaab, *op. cit.*, N 2 ad art. 324 CO ; G. Longchamp, in J.-P. Dunand et P. Mahon (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne, Stämpfli, 2013, N 5 ad 324 CO, qui reprend les avis des auteurs précités dans leur édition précédente.

<sup>22</sup> Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 339.

<sup>23</sup> Art. 7 LEp : si une situation extraordinaire l'exige, le Conseil fédéral peut ordonner les mesures nécessaires pour tout ou partie du pays.

<sup>24</sup> Du même avis : Fédération des entreprises romandes Genève (FER), FAQ de droit du travail en lien avec le coronavirus, N 43 ; T. Pietruszak, *Lockdown und Lohnfortzahlung*, *Jusletter*, 14 avr. 2020. 4-7. *Contra* T. Geiser, R. Müller et K. Pärli, *Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus*, *Jusletter*, 23 mars 2020. 11 et 17-18 ; J.-C. Schwaab, Le travailleur en quarantaine, *Jusletter*, 23 mars 2020. 3.

<sup>25</sup> *Contra* les auteurs cités à la note précédente.

<sup>26</sup> A. Staehelin, *op. cit.*, N 20 ad art. 324 CO.

<sup>27</sup> Loi fédérale sur l'assurance chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, 25 juin 1982, RS 837.0.

<sup>28</sup> RS 837.033.

<sup>29</sup> Bulletin LACI RHT, H2 ad art. 37 LACI.

<sup>30</sup> K. Pärli et L. Kunz, *Commentaire bâlois de la LPGA*, Bâle, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019, N 52 ad art. 18.

<sup>31</sup> Comme relevé pour d'autres cas par G. Longchamp, *Commentaire romand de la LPGA*, Bâle, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, N 10 ad art. 28 LPGA.

<sup>32</sup> G. Longchamp, *ibid.*, N 46 ad art. 28 LPGA.

S'agissant par ailleurs de sa responsabilité envers l'employé, l'obligation de l'employeur de collaborer à la mise en œuvre de l'exécution des assurances sociales s'inscrit dans le contexte dont la base est le rapport contractuel de travail existant entre l'employeur et l'employé assuré ; dès lors, il convient de considérer que l'article 328 CO fonde à charge de l'employeur une obligation de diligence qui l'oblige à accomplir les actes nécessaires à la préservation des intérêts de ses employés<sup>33</sup>. La violation de ce devoir engage la responsabilité contractuelle de l'employeur (art. 97 CO)<sup>34</sup>. Il en découle que l'employeur est tenu de réparer le dommage qu'il cause à l'employé lorsqu'il manque à son devoir d'annoncer en temps utile à l'assureur social les circonstances justifiant l'allocation d'indemnités. Symétriquement, l'employé doit se laisser imputer la perte de prestations imputable à son propre défaut de collaboration ; ainsi, l'employé qui n'accepterait pas la réduction de son horaire de travail s'expose à la conséquence que la perte de travail ne soit pas prise en considération dans le cadre des indemnités en cas de RHT (art. 33, al. 1<sup>er</sup>, let. e, LACI), de sorte que l'employeur empêché de lui fournir du travail en raison des mesures ordonnées par les autorités est alors libéré de toute obligation de payer le salaire pour la perte de travail considérée (art. 119, al. 1<sup>er</sup> et 2, CO).

### C – ABSENCE POUR DES MOTIFS INHÉRENTS A LA PERSONNE DU TRAVAILLEUR

Dans le cas où l'empêchement de travailler est inhérent à la personne du travailleur, l'obligation de payer le salaire par l'employeur est régie par l'article 324a CO, ainsi que par l'article 324b CO lorsque le risque de perte de gain lié à l'empêchement est assuré obligatoirement en vertu de la loi. Plusieurs situations liées à la pandémie du coronavirus peuvent se présenter.

a) Le travailleur est empêché de travailler en raison du fait qu'il est atteint du coronavirus<sup>35</sup>. Cet empêchement relève de la maladie et entre dans le champ d'application de l'article 324a CO. Il appartient au travailleur de le prouver (art. 8 CC).

b) Le travailleur présente les symptômes qui doivent le conduire à respecter un auto-isolement selon les prescriptions de l'OFSP<sup>36</sup>. Si la situation entraîne une réelle incapacité de travail, il demeure loisible au travailleur de prouver qu'il est atteint dans sa santé d'une manière telle qu'il est empêché de travailler, auquel cas cette hypothèse rejoint celle précédemment examinée et relève de l'article 324a CO. Dans la mesure où les symptômes n'affectent

pas la capacité de travail, cette situation ne relève pas de l'application de l'article 324a CO. Si le télétravail est possible, il doit être effectué et le salaire payé. Si l'employeur n'est pas en mesure d'offrir une possibilité de télétravail, nous considérons que cette situation relève d'une conséquence des mesures ordonnées par les autorités pour empêcher un risque de contagion et ne fait pas partie du risque d'entreprise<sup>37</sup>. En outre, l'auto-isolement se distingue de la situation où il est établi que le travailleur est empêché de travailler en raison du fait qu'il est atteint de la maladie Covid-19 pour trois raisons : d'une part, la présence de symptômes n'est pas synonyme d'incapacité de travail ; d'autre part, l'auto appréciation par le travailleur lui-même de ses symptômes est souvent insuffisante à établir une incapacité de travail<sup>38</sup> ; en troisième lieu, la situation d'isolement en raison de symptômes pourrait être une forme de quarantaine couverte par l'hypothèse de perte de gain prévue à l'article 2 O-Covid-19 APG<sup>39</sup>. Dans la mesure où la capacité de travail n'est pas affectée, l'article 324b CO n'a pas vocation à s'appliquer.

c) Le travailleur vit sous le même toit ou a des relations intimes avec une personne atteinte d'une maladie respiratoire aiguë (toux, maux de gorge, essoufflement et/ou fièvre, sensation de fièvre, douleurs musculaires) ; les prescriptions de l'OFSP lui imposent une auto-quarantaine de dix jours à partir du moment où la personne malade a été isolée. À notre avis, cette situation ne relève ni d'un cas protégé par l'article 324a CO ni d'un cas d'application de l'article 324 CO, car elle résulte des mesures prises par les autorités, de sorte que l'employeur n'est pas tenu de payer le salaire pour l'hypothèse où le télétravail ne serait pas possible.

### IV. – CONCLUSION

Les implications des mesures liées au coronavirus en droit suisse du travail et des assurances sociales sont nombreuses. En raison de leur caractère exceptionnel, et de l'absence de précédent, les incertitudes sont légion. Or les employeurs et travailleurs sont aujourd'hui confrontés à ces difficultés. Face à cette situation inédite, aux interventions extraordinaires des autorités, aux mesures provisoires et d'exception ordonnées, il est important de rechercher des solutions équilibrées, qui tiennent autant compte des difficultés économiques des employeurs que de celles des travailleurs, tout en intégrant les mesures étatiques. La situation dépasse le risque propre à chaque entreprise ainsi que le risque inhérent à la personne des travailleurs et c'est précisément l'une des justifications des ordonnances Covid-19 édictées par le Conseil fédéral ■

<sup>33</sup> K. Pärli et L. Kunz, *op. cit.*, N 52 ad art. 28 LPGA.

<sup>34</sup> K. Pärli et L. Kunz, *op. cit.*, N 52 ad art. 28 LPGA.

<sup>35</sup> T. Geiser, R. Müller et K. Pärli, *op. cit.*, p. 15.

<sup>36</sup> Prescriptions de l'OFSP, Nouveau coronavirus : isolement et quarantaine, [www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/selbst-isolierung-und-selbst-quarantaene.html](http://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/selbst-isolierung-und-selbst-quarantaene.html).

<sup>37</sup> *Contra* T. Geiser, R. Müller et K. Pärli, *op. cit.*, p. 13.

<sup>38</sup> T. Geiser, R. Müller et K. Pärli, *op. cit.*, p. 16, ont une appréciation légèrement différente et mettent en tout état de cause la preuve de l'empêchement à charge du travailleur.

<sup>39</sup> Cette question est à notre avis incertaine.