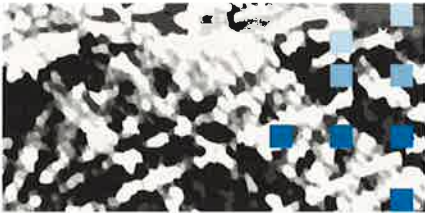




# Nul n'est censé ignorer... les conséquences juridiques de l'arrivée d'une grippe ou d'une pandémie dans le monde du travail



Rev Med Suisse 2010; 6: 779-81

## Coordination rédactionnelle:

Antonella Cereghetti et Odile Pelet  
Avocates au Barreau

## Auteur:

Michel Chavanne  
Avocat, spécialiste fsa en droit du travail  
Grand-Chêne 4-8, case postale 7283  
1002 Lausanne

L'arrivée d'un virus tel que celui de la grippe A(H1N1) amène son lot de questions, qu'elles soient médicales, politiques, éthiques ou juridiques.

Les messages souvent alarmistes des médias et les communiqués en général plus rassurants de certaines autorités sanitaires sèment souvent le trouble dans les esprits sur la manière dont les travailleurs et les employeurs doivent se comporter lorsque la pandémie est déclarée. Il n'est donc pas inutile de répondre à quelques-unes des questions juridiques les plus fréquentes qui se posent en lien avec le monde du travail.

## Qu'est-ce qu'une pandémie? Une fois la pandémie déclarée, quelles sont les conséquences juridiques à envisager et à anticiper?

**L'**Organisation mondiale de la santé (ci-après l'OMS, [www.who.int](http://www.who.int)), dont le siège est à Ge-

nève, est l'institution internationale mandatée par la communauté internationale pour faire face aux défis de santé publique à affronter au niveau mondial.

### La pandémie: qui la définit et qui doit agir?

L'OMS a défini, pour son programme mondial de lutte contre la grippe, un document d'orientation «Préparation et action en cas de grippe pandémique» qui vient d'être actualisé. Des phases d'alerte ont été établies sur une échelle de 1 à 6.

Pour le virus A(H1N1) par exemple, la phase 6, définie comme la phase de pandémie, avait été selon l'OMS, atteinte au cours du deuxième semestre de 2009. Cette phase se caractérise par des flambées de cas de grippe à l'échelon communautaire dans au moins une autre «région» (dans le sens défini par l'OMS) que la «région» où le virus a d'abord provoqué des infections chez l'homme. Selon les critères de l'OMS, en cas de pandémie, chaque pays doit riposter et mettre en œuvre les mesures précisées dans son plan national.

En cas de pandémie déclarée par l'OMS, l'attitude des pays sera fondamentalement différente suivant qu'ils sont ou non touchés. Les pays qui ne sont pas encore touchés finalisent les préparatifs et actualisent, si nécessaire, les indications et recommandations nationales. Par contre, dans les pays touchés, les interventions des autorités en charge de la santé publique seront nettement plus incisives et pourraient aller jusqu'à instaurer des états d'urgence, réquisitionner des bâtiments ou encore rationner l'accès à certaines ressources essentielles comme la nourriture.

En Suisse, c'est l'Office fédéral de la santé publique (ci-après OFSP) qui en est chargé.<sup>1</sup>

## Concrètement, quelles sont les mesures qu'un employeur (médecin, hôpital ou autres) doit prendre pour se préparer et qui doit en assumer le coût?

Actuellement, chaque entreprise suisse devrait avoir établi son plan de pandémie (prévention des risques, protection de la santé des employés). C'est d'ailleurs la recommandation du Secrétariat fédéral à l'économie (ci-après SECO) dans sa publication «Pandémie et entreprises» qui reprend en partie le «Plan de pandémie-Manuel pour la préparation des entreprises» téléchargeable sur le site de l'OFSP.<sup>2</sup>

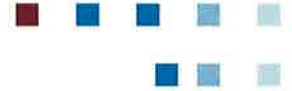
L'objectif d'un tel plan de pandémie est double. D'une part, il doit permettre d'assurer une bonne gestion de l'entreprise, en garantissant la production ou la fourniture de services en cas d'absence de 20, 30 ou même 50% des employés et, d'autre part, il vise à ce que les employeurs remplissent leurs obligations, notamment celles visant au respect de la personnalité des employés (art. 27 et ss CC, art. 328 CO, art. 6 de la loi sur le travail, art. 82 de la loi sur l'assurance accidents).

En cas de dommages causés à ses employés, un employeur sans plan de pandémie engage évidemment sa responsabilité civile, et une telle négligence pourrait même, suivant les circonstances, remplir les conditions d'application de certaines normes du droit pénal, telles que la mise en danger de la santé d'autrui, la propagation d'une maladie de l'homme ou les infractions contre la santé publique.

Il est essentiel de rappeler que les mesures que doit prendre un employeur, doivent obéir au principe de la proportionnalité et d'éthique: les exigences en matière de protection peuvent varier d'une région à l'autre selon les «indicateurs sanitaires possibles de gravité» de l'OMS (taux de létalité, morbidité inhabituellement élevée, mortalité attendue, complications inhabituelles) et surtout d'une entreprise à l'autre. Ainsi, un hôpital devra prendre nettement plus de mesures qu'une fiduciaire de trois personnes. Cependant,

<sup>1</sup> [www.bag.admin.ch](http://www.bag.admin.ch)

<sup>2</sup> [www.bag.admin.ch/influenza/01120/01134/03058/04319/index.html?lang=fr](http://www.bag.admin.ch/influenza/01120/01134/03058/04319/index.html?lang=fr)



sauf dans des cas exceptionnels, il est exclu qu'un employeur oblige ses employés à être vaccinés contre une grippe.

Enfin, un principe général mérite d'être rappelé ici: c'est à l'employeur de supporter le risque financier lié à son entreprise, corolaire du droit à en tirer les bénéfices.

### **Une entreprise peut-elle contraindre ses employés de rester à la maison afin d'éviter une propagation d'une grippe?**

Sans aucun doute, oui. Un employeur a le droit de refuser la prestation de travail d'un employé à titre préventif, par exemple en laissant un employé en quarantaine à son retour de vacances passées dans une région fortement infectée. Dans un tel cas, l'employé est alors libéré de son obligation de travailler.

La mesure préventive pourrait même aller jusqu'à la fermeture de l'entreprise. Dans de telles situations, *l'employeur est cependant a priori tenu de continuer à verser le salaire*. Resterait encore à examiner, en lien avec les autorités cantonales compétentes, si l'entreprise aurait droit à des «indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail» (RHT) fondées sur la loi sur l'assurance chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité.

Il importe qu'un employeur procède à des évaluations régulières et prenne les mesures raisonnables afin de protéger son personnel, en particulier celui appartenant à des groupes à risque.

### **Un travailleur a-t-il l'obligation de remettre à l'employeur un certificat médical en cas d'absence de plus de trois jours? Comment devrait-il agir s'il ne peut se rendre chez un médecin?**

Il est unanimement admis que c'est au travailleur de prouver son empêchement de travailler, ceci en application d'une règle générale du Code civil suisse (art. 8 CC). Le moyen le plus usuel est le certificat médical qui, même s'il ne constitue de loin pas une preuve absolue, reste un moyen de preuve qui, faute de circonstances particulières (travailleur aperçu en train de réparer son toit pendant sa maladie, indices de certificat de complaisance, caractère vague et imprécis du motif d'absence) garde une très bonne force probante.

#### **Que peut faire l'employeur s'il doute du certificat médical remis par l'employé?**

**L'employeur qui doute de la force probante de ce moyen de preuve peut très bien exiger du travailleur qu'il aille se faire examiner, aux frais de l'employeur, chez le médecin conseillé par l'employeur ou recommandé par l'éventuel assureur perte de gain de ce dernier. Un tel examen, appelé «examen de contrôle», ne peut porter que sur certains éléments, comme le fait de savoir si le travailleur est victime d'un accident ou d'une maladie et s'il est effectivement incapable de travailler. En effet, le médecin reste tenu par le secret médical de liant au patient et le travailleur, de son côté, continue à bénéficier de la protection de sa personnalité (art. 328 CO).**

Les tribunaux suisses n'ont guère eu à traiter des cas de travailleurs n'ayant pas pu se rendre, en cas de maladie, chez un médecin. Dans une telle situation, toujours en application des règles générales applicables en Suisse, il faudrait que ce travailleur amène d'autres moyens de preuve qu'un certificat médical: cela pourrait par exemple être le témoignage de tiers, comme par exemple du gardien de la cabane de montagne où le travailleur a dû rester quelques jours pour soigner sa grippe contractée lors d'un séjour en montagne.

En Suisse, il est usuel d'exiger un certificat médical après plus de trois jours d'absence. Un employeur est en droit d'exiger en tout temps la production d'un certificat médical s'il a des doutes quant au motif de l'absence du travailleur, par exemple lorsqu'un employé est régulièrement absent le vendredi ou le lundi.

### **Si les enfants d'un travailleur sont malades, est-ce qu'il doit malgré tout se rendre au travail? Est-ce que le travailleur peut à titre préventif rester à la maison afin de ne pas mettre en danger ses proches qui pourraient appartenir à une catégorie à risque?**

En vertu de l'art. 36 al. 3 LTr, l'employeur doit, sur présentation d'une preuve telle qu'un certificat de travail (voir ci-dessus), libérer le travailleur ayant des

responsabilités familiales «pour le temps nécessaire à la garde d'un enfant malade, jusqu'à concurrence de trois jours». Cette libération de l'obligation de travailler est le pendant de l'obligation légale des parents de s'occuper de leurs enfants.

Dans un tel cas, le SECO est même d'avis<sup>3</sup> qu'une telle absence remplirait les conditions de l'art. 324a CO, ce qui donnerait un droit au salaire du travailleur pendant une période maximale de trois jours. Cette interprétation de l'art. 324a CO est toutefois contestée. La jurisprudence a jusqu'à présent été beaucoup plus réservée en ce qui concerne le droit au salaire. C'est sans doute au regard de l'ensemble des circonstances (étendue de la pandémie, situation personnelle du travailleur, besoin de protection du travailleur) qu'un employeur devrait traiter ces questions: un droit au salaire ne peut pas être exigé en toutes circonstances.

En tous les cas, *s'il ne se rend pas au travail à titre préventif*, notamment en cas de crainte d'être infecté par le virus ou en vue de protéger une personne de son entourage appartenant à une catégorie à risque, un travailleur risque de subir les foudres de l'employeur, une telle absence devant être qualifiée de *refus de travail infondé*. L'employeur devrait dans les délais les plus brefs mettre en demeure ce travailleur de cesser son refus de travail en accompagnant cette mise en demeure des menaces de sanctions usuelles, à savoir la suspension du droit au salaire et la menace de licenciement avec effet immédiat.

### **Quelle est la situation d'une femme enceinte au sein d'une entreprise en cas de pandémie?**

Il n'est pas contesté, en Suisse, que c'est l'article 324a alinéa 3 CO qui s'applique en cas de grossesse de la travailleuse. L'employeur a les mêmes obligations que lorsque la travailleuse est empêchée de travailler sans faute de sa part, pour une cause inhérente à sa personne (maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale, etc.).

#### **Quelle est la protection légale de la femme enceinte?**

**La loi sur le travail (LTr) prévoit une protection supplémentaire en faveur des femmes enceintes: elles ne peuvent être occupées sans leur consentement (art. 25a al. 1 LTr). On**

3 Voir les FAQ «Pandémie et entreprises» sur le site du SECO.



considère cependant que cette protection spéciale ne déroge pas au principe général qui veut que le droit au salaire dépend toujours de la prestation de travail fournie. Ainsi, comme l'a récemment confirmé le Tribunal fédéral (arrêt du Tribunal fédéral du 27 mars 2007 4C.36/2007, consid. 5), seule une incapacité médicale de travailler de la femme enceinte ouvre un droit au salaire durant la grossesse.

Dans la situation d'une entreprise qui agit conformément aux exigences et aux recommandations des instances médicales, qu'elles soient cantonales ou fédérales, même une personne à risque comme une femme enceinte ne peut avoir d'exigences supplémentaires à celles prévues par la loi: si la femme enceinte veut rester à la maison, elle le peut, mais elle ne touchera son salaire qu'à condition d'avoir pu prouver par certificat médical qu'elle est incapable de travailler.

De manière générale, lorsqu'une employée enceinte souhaite se protéger en n'allant pas travailler, deux situations peuvent se présenter.

Soit elle ne veut pas travailler ou elle considère, pour des raisons qui lui sont propres, qu'elle ne peut pas travailler, alors même qu'elle serait tout à fait apte selon un médecin à travailler. Dans ce cas, elle n'est donc au bénéfice d'aucun certificat médical; l'art. 35a al. 1 LTr lui accorde uniquement le *droit de rester à la maison*. L'employeur ne pourra en aucun cas arguer qu'il y aurait un «abandon de poste». En d'autres termes, il ne pourra pas mettre en demeure l'employée de venir travailler et pourra encore moins la licencier avec effet immédiat pour juste motif. En revanche, elle n'aura pas de droit au salaire, puisqu'elle n'a pas fourni la prestation exigée par le contrat de travail.

Soit la femme enceinte est incapable de travailler. Elle peut alors rester à la maison et exiger, sur la base d'un certificat médical, l'application de la règle de l'art. 324a CO. La femme enceinte est dans ce cas traitée comme tout autre travailleur empêché de travailler pour des

causes inhérentes à sa personne.

En cas de pandémie déclarée, la question est un peu plus délicate. En effet, d'un côté le droit suisse ne connaît pas, sauf exception, le concept de l'incapacité de travail «à titre préventif», mais de l'autre, les femmes enceintes font partie des personnes qualifiées de «particulièrement à risque» par les instances médicales.<sup>4</sup> Aussi, pour savoir quels sont les droits de la femme enceinte dans un tel cas, il y aura lieu de procéder à une pesée des intérêts en présence.

Nous sommes d'avis que si l'employeur n'a pas traité sérieusement la question de la pandémie – en particulier si aucune des mesures concrètes de protection envisagées par les autorités médicales n'a été mise en œuvre au sein d'une entreprise – une femme enceinte pourrait exceptionnellement rester à la maison et exiger malgré tout son salaire, mais ceci uniquement après avoir clairement mis en demeure son employeur de prendre les mesures de précaution nécessaires.

### Un employeur peut-il empêcher un travailleur de se rendre en vacances dans un pays considéré à risque?

Encore une fois, il s'agit d'une question relativement délicate qui sera jugée selon une balance d'intérêts qui dépendent des circonstances.

D'une manière générale, le travailleur dispose du libre choix du lieu de ses vacances. Malgré une relation contractuelle de travail, un employé, certes soumis à une obligation de fidélité (art. 321a CO), ne devrait pas subir de contraintes dans sa vie privée de la part de son employeur. Ainsi, un travailleur reste en principe libre d'exercer ses activités sportives favorites

ou de militer dans une association de son choix. Cette considération générale vaut évidemment aussi pour les vacances, une période en quelque sorte «sacrée», durant laquelle le travailleur doit pouvoir se remettre de la fatigue accumulée au cours de son travail.

On pourrait toutefois imaginer, et ceci conformément à ce qui est généralement admis par les spécialistes du domaine, qu'un employeur impose à certaines catégories de travailleurs, notamment des cadres, d'autres exigences que celles qui valent pour les travailleurs. En effet, les tribunaux considèrent généralement que les exigences résultant du devoir de fidélité sont d'autant plus élevées que les responsabilités fonctionnelles et concrètes exercées par le travailleur ou le cadre sont grandes et élevées. Dans une telle situation, au vu du rapport de confiance particulièrement intense, voire au vu du salaire accordé, il est donc parfaitement envisageable que certaines restrictions soient imposées par l'employeur afin d'assurer en quelque sorte une présence du travailleur ou du cadre dans l'entreprise.

En d'autres termes, un directeur d'hôpital peut donner, à un certain moment, des instructions de comportement particulièrement précises et exigeantes à son personnel, ceci justement afin d'éviter une flambée de cas au sein du personnel de l'hôpital, voire même une augmentation des malades hospitalisés. De telles instructions peuvent être encore plus exigeantes pour certaines équipes, et en particulier pour leurs cadres, notamment celles qui sont en charge des maladies transmissibles. Il s'agit toutefois de cas qui doivent rester exceptionnels. Comme déjà dit, le travailleur reste en principe libre d'organiser sa vie privée.

**En cas de doute, les autorités sanitaires fédérales et cantonales sont à disposition. Pour des questions générales, l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) au numéro de téléphone suivant: 031 322 21 00 (entre 8 h 00 et 18 h 00).**

En général, sur les pandémies en Suisse: [www.pandemia.ch](http://www.pandemia.ch)

- Fribourg: [www.fr.ch](http://www.fr.ch); Direction de la santé et des affaires sociales, tél.: 026 305 29 04
- Genève: [www.ge.ch](http://www.ge.ch); Direction générale de la santé, tél.: 022 546 50 00
- Jura: [www.jura.ch](http://www.jura.ch); Service cantonal de la santé, tél.: 032 420 51 33
- Neuchâtel: [www.ne.ch](http://www.ne.ch); Hôpital Pourtalès au n° de tél.: 032 713 30 00 ou Hôpital La Chaux-de-Fonds au n° de tél.: 032 967 21 11
- Valais: [www.vs.ch](http://www.vs.ch); Hotline cantonale gratuite du lundi au vendredi, 17h00 à 19h00: 0800 473 773
- Vaud: [www.vd.ch](http://www.vd.ch) ou [www.hpci.ch](http://www.hpci.ch); tél.: 021 316 54 54 (de 8h00 à 22h00)

<sup>4</sup> Voir à ce propos la foire aux questions sur la grippe pandémique (H1N1) 2009 publiée sur le site internet de l'OFSP.