

Wilhelm Gilliéron

AVOCATS



Auteur: Sandra Gerber | Le : 27 septembre 2021

Le certificat Covid et la consultation des employés

L'annonce du Conseil fédéral du 8 septembre 2021 et les mesures mises en place à partir du 13 septembre 2021 en lien avec le certificat Covid sur le lieu de travail sont l'occasion de faire un bref rappel des règles en matière de consultation des employés en Suisse.

Depuis le 13 septembre 2021, « les employeurs peuvent demander à leurs employés de présenter un certificat si cela leur permet de définir des mesures de protection appropriées ou de mettre en œuvre des plans de dépistage. [...] L'utilisation du certificat et les mesures qui en découlent doivent faire l'objet d'une consultation auprès des salariés et être documentées par écrit » <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/massnahmen-des-bundes.html>.

Le droit à l'information et à la consultation des employés est prévu en Suisse à l'article 48 de la Loi sur le Travail (LTr). Il fait en outre l'objet d'une loi fédérale spécifique, soit la Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (Loi sur la participation).

Selon l'article 48 alinéa 1 LTr, « les travailleurs ou leurs représentants dans l'entreprise ont le droit d'être informés et consultés sur les affaires concernant : a. les questions relatives à la protection de la santé ; b. l'organisation du temps de travail et l'aménagement des horaires de travail ; c. les mesures prévues à l'art. 17e concernant le travail de nuit »

Les questions en lien avec le Covid et les mesures prises par les employeurs sont manifestement des questions relatives à la santé.

Selon l'article 48 alinéa 2 LTr, « le droit d'être consulté comprend le droit d'être entendu sur ces affaires et d'en débattre avant que l'employeur ne prenne une décision, ainsi que le droit d'obtenir communication des motifs de la décision prise lorsque les objections soulevées par les travailleurs ou leurs représentants dans l'entreprise n'ont pas été prises en considération, ou qu'elles ne l'ont été que partiellement ».

En d'autres termes, comme le titre de la Loi sur la participation l'indique, les employés ont uniquement le droit d'être informés et d'être consultés, mais ils n'ont aucun pouvoir décisionnel, ce pouvoir décisionnel restant entre les mains de l'employeur. La question d'une éventuelle majorité des employés pour qu'une décision soit prise par l'employeur ne se pose donc pas et la Loi sur la participation a finalement une portée relativement limitée.

S'agissant du certificat Covid sur le lieu du travail, cela signifie que si les employés ont bien été informés et consultés au préalable, l'employeur peut décider de l'introduire même contre l'avis des employés ou de certains d'entre eux, qu'ils soient majoritaires ou non. Il devra cependant donner les motifs de sa décision.

L'article 3 de la Loi sur la participation prévoit que, « dans les entreprises occupant au moins cinquante travailleurs, ceux-ci peuvent élire parmi eux des représentants, regroupés en une ou plusieurs représentations ». Dans les entreprises ou secteurs d'entreprise sans représentation des travailleurs, les employés exercent directement le droit à l'information et le droit à la participation.

Ainsi, si l'entreprise n'a pas de représentation des employés, tous les employés doivent être consultés, qu'ils soient ou non concernés par les mesures de protection envisagées par l'employeur.

En pratique, cela signifie pour l'employeur qu'il doit informer tous les employés (par exemple par une lettre circulaire ou lors d'une séance) et qu'il doit les entendre et leur donner la possibilité de faire des propositions avant de prendre une décision (par exemple lors d'une séance ou par des propositions écrites). L'employeur peut bien évidemment avoir recours à des experts afin d'avoir leur avis. Ensuite, lorsque l'employeur a pris une décision, il doit en informer tous les employés et doit expliquer les motifs s'il s'écarte de leur avis ou propositions.

La LTr ou la Loi sur la participation ne fixe aucun délai pour cette « procédure » d'information et de consultation ou pour que les employés fassent des propositions.

L'article 11 de la Loi sur la participation prévoit cependant que « *la collaboration entre l'employeur et la représentation des travailleurs dans le domaine de l'exploitation de l'entreprise repose sur le principe de la bonne foi* ».

Les délais doivent donc être fixés conformément à ce principe de la bonne foi et dépendent des circonstances et de l'urgence ou non à prendre des mesures de protection.

S'agissant de la situation en lien avec le Covid et le certificat Covid, certains auteurs sont de l'avis suivant :

« La mise en œuvre d'une vaccination nécessite une mise en balance de différents facteurs. Selon la taille et l'organisation de l'entreprise, des différenciations doivent être faites pour les différentes catégories de salariés. À cet égard, dans des conditions simples et claires (petit cabinet médical), un délai de consultation de trois à cinq jours ouvrables est suffisant ; en revanche, dans des structures plus complexes (exploitation de production), il devrait être de deux semaines.

Ceux qui concluent que la vaccination contre le Covid 19 est une mesure nécessaire doivent dès à présent entamer les procédures de consultation afin de les mener à terme si des doses de vaccin suffisantes sont disponibles. Dans les environnements de travail particulièrement sensibles (soins aux patients à haut risque) et en cas d'octroi à court terme d'une date de vaccination, une injonction immédiate devrait exceptionnellement être possible sans une période de consultation adéquate. Le droit de participation peut être respecté dans la mesure où un entretien ad hoc est mené avec les intéressés, au cours duquel ils peuvent être informés et s'expliquer. La représentation des travailleurs peut être consultée dans les cas particulièrement urgents. Comme il est peu probable qu'une date de vaccination soit discutée le même jour pour toutes les parties concernées, même dans les cas particulièrement urgents, une période de consultation d'au moins un à deux jours devrait être prévue. » (traduction libre, Anzeige von Covid-19-Impfung und Selbstbestimmungsrecht im Arbeitsverhältnis | sui generis (sui-generis.ch).

Quant au certificat Covid lui-même, « *pour des raisons de protection des données, l'employeur doit, dans la mesure du possible, opter pour le « certificat light », qui contient moins d'informations* » <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/massnahmen-des-bundes.html>. Ce certificat « light » ne confirme que l'existence d'un certificat valable, mais ne fournit aucune donnée relative à la santé.

Pour conclure, nous partageons l'avis susmentionné à savoir que l'employeur, qui considère que la vaccination contre le Covid 19 est une mesure nécessaire et qu'un certificat Covid doit être présenté, doit commencer immédiatement la procédure de consultation des employés.

Bien évidemment, nous pouvons vous conseiller et vous aider dans cette démarche.

Source : <https://www.wg-avocats.ch/actualites/droit-du-travail/certificat-covid-consultation-employes/>