

Economie

La pandémie a mobilisé – et mobilise toujours – les avocats

Etablissements fermés, livraisons annulées, manifestations supprimées: les mesures contre le Covid-19 et leurs répercussions ont suscité parmi les études d'avocats des questions toutes nouvelles. Et leur ont valu des heures supplémentaires

Monica Fahmy

Télétravail obligatoire? Pour à peu près tout le monde? Et y compris la nuit? La pandémie a bouleversé la vie quotidienne d'une quantité de gens et, du coup, suscité des questions juridiques relevant avant tout du droit du travail. En mars 2020, dès le début du premier semi-confinement, de premiers clients se sont annoncés avec de multiples questions, se rappelle Tom Schaffner, associé chez Schärer Rechtsanwälte. Un des sujets récurrents était le loyer des locaux commerciaux. Et c'est toujours le cas. Sur ce point, le cabinet d'avocats conseille à son client de trouver si possible un accord à l'amiable en raison de l'incertitude juridique qui règne encore et toujours aujourd'hui. Le cabinet d'avocats a également été sollicité en matière de droit du travail, notamment pour cause de licenciements et de leurs conséquences pendant le chômage partiel.

«Dès le début de la pandémie, notre équipe chargée du droit du travail s'est mobilisée pratiquement 24 heures sur 24», relate Rolf Auf der Maur, associé de l'étude d'avocats Vischer. Il y a eu beaucoup de questions relatives au télétravail. Car, en principe, l'employeur fournit à ses collaborateurs un poste de travail approprié et les salariés doivent accomplir leur travail au sein de l'entreprise. Sans accord particulier, l'employeur ne peut donc obliger l'employé au télétravail et ce dernier ne peut pas davantage travailler de son propre chef depuis chez lui. «Du fait des restrictions dues à la pandémie, de tels accords sont devenus la règle d'un jour à l'autre, alors même que les salariés disposaient d'un poste de travail au bureau», ajoute Rolf Auf der Maur.

«En vertu du droit des obligations, l'employeur doit normalement équiper le salarié des outils de travail et du matériel nécessaire pour exécuter ses tâches», précise-t-il. Mais les parties peuvent trouver un accord différent. Par exemple, le salarié peut mettre à disposition, avec ou sans dédommagement de l'employeur, ses propres outils de travail et son matériel. En revanche, le devoir de l'employeur de rembourser au salarié toutes les dépenses qui résultent de l'accomplissement de son travail est impérieux. En font partie, en cas de travail effectué en dehors du lieu de travail habituel, d'éventuels frais d'entretien et de subsistance. Sur ce point, il est toujours possible, au prix d'un accord écrit, de régler le remboursement des frais par un montant forfaitaire, par exemple un versement fixe hebdomadaire ou mensuel, pour autant qu'il couvre les coûts effectifs qu'encourt le salarié. «De tels accords sont en particulier recommandés si le télétravail devait perdurer au-delà de la pandémie.»

Le droit du plus fort

«Nous nous penchons avant tout sur des questions de droit de la concurrence en relation avec l'obligation du télétravail», explique Patrick Krauskopf, directeur du Centre de droit de la concurrence et du commerce de la ZHAW School of Management and Law, président et associé du cabinet d'avocats Agon Partners. Spécialisé dans le droit de la concurrence, il représente

plusieurs gros clients du secteur de la santé contre un grand fournisseur de logiciels. Quand tous les collaborateurs doivent travailler depuis chez eux, une entreprise a bien sûr besoin de plus de hardware, mais aussi de plus de licences, notamment pour les services de conférence en ligne. «Il existe hélas de grandes entreprises dans les IT qui abusent de leur position sur le marché et multiplient les prix de leurs licences», déplore Patrick Krauskopf.

Les clients qui en dépendent ont les mains liées. Les coûts pour se séparer rapidement de leurs produits et passer à la concurrence sont trop élevés. «Nos clients devaient agir vite pour que leurs collaborateurs puissent travailler de chez eux. Le prestataire contre lequel Agon Partners représente les entreprises du secteur de la santé exigeait une hausse de prix jusqu'à 550% sur une durée de cinq ans. «En négociant, on en est aujourd'hui autour de 20%, ce qui représente toujours beaucoup d'argent quand les volumes sont de l'ordre de millions de francs.» L'alternative? «Imaginez qu'un acteur du système de la santé n'ait plus accès à ses IT. Les répercussions seraient catastrophiques!»

On le sait, à cause de la pandémie il y a eu des pannes dans les chaînes de livraison, par conséquent une pénurie et une hausse des prix de certains biens. Avec de tels soucis existentiels, il peut y avoir des infractions aux règles de la concurrence. La création de consortiums et de coopératives d'achats par des entreprises affectées par la pandémie peut, aux yeux de l'autorité de la concurrence Comco, entraîner des accords cartellaires interdits. «La limite entre des formes de coopération autorisées et des accords cartellaires interdits peut parfois s'avérer difficile à établir, précise Patrick Krauskopf. Que l'on parle de fournisseurs de tests covid, de masques ou de biens de consommation courante, ceux qui économisent sur la compliance risquent des amendes à hauteur de millions de francs.»

Matches à huis clos, manifestations annulées: qui paie?

La branche de l'événementiel a dû digérer de lourdes pertes et on n'est pas encore sorti de l'auberge. Chez Vischer, Rolf Auf der Maur juge particulièrement difficiles les effets de la pandémie sur les grands événements, du genre des Championnats du monde de hockey sur glace prévus l'an dernier en Suisse ou des JO annoncés cet été à Tokyo. Les sponsors et les TV doivent-ils par exemple payer le même montant pour les droits, alors que Tokyo 2020 se déroulera en 2021 seulement et que beaucoup de nations et de spectateurs n'y seront pas? De quelle proportion se réduit la valeur de ces droits sportifs? L'assurance paie-t-elle une partie du dommage? Ces questions attendent une réponse. «Dans la plupart des cas, les signataires du contrat se mettent d'accord sur un compromis raisonnable, ajoute Rolf Auf der Maur. Mais nous verrons encore à coup sûr l'un ou l'autre procès à ce propos.»

Un accord à l'amiable n'est évidemment possible que si la partie dominante le permet. Agon Partners représente un client qui a acquis des droits publicitaires pour des événements sportifs. «Quand les contrats ont été conclus, on évoquait des stades pleins et des spectateurs à la fête.» A cause du Covid-19, il n'y a pas eu de vente aux visiteurs étrangers et la billetterie pêche. Du point de vue des chaînes TV, même la valeur de la rencontre

baisse. «Notre client est là avec un contrat conclu il y a quelques années, qui prévoit certes une clause de force majeure (voir encadré) pour des cas comme la pandémie. Selon cette clause, les prix pour un tel cas de force majeure auraient pu être réduits. Mais, peu après le déferlement du Covid-19, la contrepartie a présenté un avenant au contrat qui exclut le recours à cette clause pour le Covid-19. Une entreprise qui domine le marché peut l'exiger.

De grands organisateurs de manifestations font partie de la clientèle de Schärer Rechtsanwälte. La plupart d'entre eux veulent savoir si les billets qu'ils vendent pour des manifestations, autrement dit les montants payés par les clients, doivent être remboursés, souligne Tom Schaffner. Les questions les plus fréquentes relèvent du droit des sociétés. L'étude d'avocats a conseillé de multiples sociétés anonymes, des coopératives et des associations pour savoir si elles pouvaient organiser leurs assemblées générales et si des entreprises ayant obtenu l'aide d'urgence Covid-19 peuvent allouer des prêts au sein du groupe. «Ces questions demeurent très actuelles et débattues.» En outre, les spécialistes du droit des sociétés du cabinet se sont demandé dans quelle mesure des entreprises affectées pouvaient retrouver la rentabilité à l'aide de diverses mesures juridiques et de transactions M&A.

Autre répercussion de la crise sanitaire: des contrats entre entreprises et/ou institutions publiques ne peuvent ou n'ont pu être exécutés comme convenu. Il y a eu des retards ou même des défaillances dans les prestations, avec un effet domino tout au long des chaînes de livraison qui, souvent, sont globalisées. «Les contrats bien ficelés énumèrent ce qui se passe en cas de telles pannes et quel rôle joue l'assurance de l'un ou l'autre signataire du contrat, commente Rolf Auf der Maur chez Vischer. Mais si la panne dans les prestations dure longtemps et n'est objectivement la faute d'aucun des signataires du contrat, le droit n'est plus seul en jeu.» Après tout, on voudra toujours coopérer avec de bons partenaires après la pandémie et il s'agit donc de développer des solutions qui correspondent aussi bien que possible aux intérêts des uns et des autres et réduisent tant que faire se peut les dommages.

Droit d'urgence et force majeure

Les effets de la pandémie sur les contrats en cours constituent pour les juristes une des questions les plus ardues. Dans de très rares cas, les signataires d'un contrat ont anticipé en réglant les répercussions gênantes d'une aussi grande portée. Si un partenaire au contrat, sans sa faute, ne peut plus fournir sa prestation ou alors trop tard, les avocats doivent trouver une solution plus ou moins acceptable par les deux parties.

En droit suisse, la notion de force majeure, souvent invoquée en relation avec la pandémie, n'existe pas. Dans le droit des obligations helvétique, la question est de savoir si une prestation est devenue ultérieurement impossible sans qu'il y ait faute de la partie au contrat qui y était tenue. «Il s'agit d'en jauger dans chaque cas individuel», souligne Rolf Auf der Maur. Si une livraison est réalisée en retard parce que l'équipage d'un navire est en quarantaine, ce retard n'est pas fautif. Mais si une prestation peut être fournie en visioconférence plutôt qu'en réunion physique, elle n'a pas été impossible. Il va de soi que les parties à un contrat peuvent aussi préciser par une clause ce qui constitue une force majeure et dans quel cas. Même en Suisse, de telles clauses sont souvent intitulées «de force majeure». Ce sont des événements tels qu'une guerre, une émeute, un séisme ou d'autres catastrophes naturelles. Il y a un peu plus d'un an, la notion de pandémie ne figurait guère dans de telles définitions.

Il n'est manifestement pas prévu non plus de rendre l'Etat responsable du droit d'urgence et des mesures prises par les pays, la Confédération ou les cantons. «Contrairement à

l'opinion qui circule sur les réseaux, il n'y a pas de responsabilité effective de l'Etat pour les mesures prises sous l'empire du droit d'urgence», dit encore Rolf Auf der Maur. Les mesures d'assistance mises en route par la Confédération et les cantons sont facultatives et ne sont pas politiquement motivées. Sur ce point, la Suisse a réagi de manière très rapide et peu bureaucratique en comparaison internationale. «Il reste cependant, c'est évident, dans le jugement schématique des cas extrêmes des lacunes qui suscitent un besoin de conseil juridique.» En relation avec la pandémie, le travail ne manquera pas de sitôt pour les juristes.

Force majeure

Les contrats internationaux comportent souvent des clauses de force majeure («Acts of God»). On y trouve des événements comme les séismes, les éruptions volcaniques, les tempêtes, la guerre, le terrorisme ou les grèves. Au moment de la conclusion d'un contrat, ces événements n'étaient pas prévisibles et leur survenance inévitable. Le droit suisse des obligations ne règle pas expressément la force majeure, quoique son principe soit reconnu par la jurisprudence et inclus à l'art. 119 CO. «Si une prestation est devenue impossible par suite de circonstances non imputables au débiteur, l'obligation s'éteint.» Il n'a pas encore été entièrement apuré si les épidémies et les pandémies sont aussi des cas de force majeure, notamment en lien avec les mesures prises par les autorités.