

Proposition de citation : Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail

Coronavirus

Jean-Philippe Dunand et Rémy Wyler,
Newsletter DroitDuTravail.ch du 9 avril 2020



Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail¹

Prof. Jean-Philippe Dunand² et Prof. Rémy Wyler³

I. Introduction

La crise du coronavirus ou Covid-19 n'en finit pas de provoquer des conséquences tragiques et de nous interroger. En droit suisse du travail, il s'agit de résoudre des questions pratiques en conjuguant les règles ordinaires (dispositions du Code des obligations (CO) sur le contrat de travail⁴ et Loi sur le travail (LTr)⁵ notamment) avec les règles spécifiques extraordinaires arrêtées par le Conseil fédéral, en application de l'art. 185 de la Constitution fédérale⁶ et de l'art. 7 de la Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp)⁷, en particulier l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 2 COVID-19, ci-après : O-2-COVID-19)⁸ et l'ordonnance sur les mesures en cas de perte de gain en lien avec le coronavirus (ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, ci-après : O-2-COVID-19 APG)⁹. Les services de la Confédération ont mis à disposition des administrés de nombreux documents utiles, dont un rapport explicatif sur l'ordonnance 2 COVID-19¹⁰ et une circulaire Corona-perte de gain (CCPG)¹¹.

Dans la présente contribution, nous souhaitons partager nos réflexions sur quelques implications du coronavirus en droit privé du travail, en répondant à plusieurs questions récurrentes que nous avons réparties dans les thématiques suivantes :

- Cercle des mesures à prendre en considération ;
- Obligation de payer le salaire en l'absence de prestation de travail ;

¹ Proposition de citation : « DUNAND/WYLER, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, in : Newsletter DroitDuTravail.ch du 9 avril 2020 de l'Université de Neuchâtel ».

² Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat.

³ Professeur à l'Université de Lausanne, avocat, spécialiste FSA droit du travail.

⁴ Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220.

⁵ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964, RS 822.11.

⁶ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

⁷ Loi fédérale du 28 septembre 2012 (RS 818.101).

⁸ Ordonnance du 13 mars 2020 (RS 818.101.24).

⁹ Ordonnance du 20 mars 2020 (RS 830.31).

¹⁰ Office fédéral de la santé publique (OFSP), Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 2 COVID-19), état au 8 avril 2020.

¹¹ Office fédéral des assurances sociales (OFAS), Circulaire sur l'allocation pour perte de gain en cas de mesures destinées à lutter contre le Coronavirus, état au 17 mars 2020.

- Impacts de l'ordonnance 2 COVID-19 en droit du travail ;
- Indemnités de réduction de l'horaire de travail (RHT) ;
- Protection des données ;
- Heures supplémentaires ;
- Droit aux vacances ;
- Télétravail à domicile ;
- Protection contre le licenciement.

Nous nous référons à l'état de la législation au 9 avril 2020. Nous n'avons pas tenu compte des régimes spécifiques résultant des Conventions collectives de travail, de règlements d'entreprise ou d'accords particuliers entre les parties au contrat de travail. Les analyses et opinions qui suivent sont propres à leurs auteurs et ne sauraient engager leur responsabilité.

II. Cercle des mesures à prendre en considération

L'ordonnance 2 du Conseil fédéral sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) a pour but d'édicter des mesures visant la population, les organisations, les institutions et les cantons afin de diminuer le risque de transmission du coronavirus et de lutter contre lui (art. 1 al. 1 O-2-COVID-19). Le rapport explicatif y relatif est une source importante pour son interprétation ; il se réfère régulièrement aux recommandations de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) en matière d'hygiène et d'éloignement social ; la fermeture des établissements publics est justifiée par le fait qu'ils présentent le risque que les recommandations de l'OFSP en matière d'hygiène et d'éloignement social ne soient pas respectées ; ces établissements entraînent une mobilité accrue, qu'il faut réduire dans toute la mesure du possible¹². S'agissant des établissements et manifestations qui peuvent rester ouverts parce qu'ils servent à couvrir les besoins quotidiens de la population (tels que magasins d'alimentation, pharmacies, stations-service, ...), ceux-ci doivent respecter strictement ces recommandations de l'OFSP (art. 6 al. 4 O-2-COVID 19)¹³. Pour ce qui concerne les obligations de travail des employés appartenant à des groupes vulnérables, le rapport explicatif mentionne qu'une réglementation nationale uniforme est nécessaire, laquelle doit prendre en compte les intérêts des employeurs et la protection de la santé, étant précisé que l'employeur doit garantir le respect des recommandations de l'OFSP en matière d'hygiène et d'éloignement social en prenant des mesures organisationnelles et techniques appropriées¹⁴. Pour éviter des appréciations subjectives liées aux sensibilités des uns et des autres, il convient d'avoir une approche objective des mesures à prendre en considération dans l'application des règles de droit du travail.

Comme le mentionne le rapport explicatif à réitérées reprises, le cercle des mesures spécifiques à prendre en considération correspond aux recommandations de l'OFSP en matière d'hygiène et d'éloignement social, auxquelles s'ajoutent les précisions et spécificités apportées dans les ordonnances COVID-19 émises par le Conseil fédéral et les dispositions prises par les autorités cantonales dans les limites de leurs compétences. Les cantons ne peuvent pas édicter de règles qui contredisent l'ordonnance 2 COVID-19 ; dès qu'un domaine tombe sous le coup d'une réglementation fédérale, cette dernière est définitive¹⁵. Si le Conseil

¹² Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 COVID-19 (version au 8 avril 2020), p. 15 ad art. 6 al. 2.

¹³ Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 COVID-19 (version au 8 avril 2020), p. 18 et p. 21 ad art. 6 al. 2.

¹⁴ Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 COVID-19 (version au 8 avril 2020), p. 29 ad art. 10c.

¹⁵ Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 COVID-19 (version au 8 avril 2020), p. 2 ad art. 1a.

fédéral n'a pas édicté de réglementation (explicite) sur une question donnée, deux cas de figure sont possibles : soit il a souhaité laisser aux cantons la possibilité de le faire ; soit il a souhaité que le domaine concerné ne soit pas réglementé dans le cadre de la situation extraordinaire, y compris par les cantons (« silence qualifié ») qui ne sont alors pas habilités à le faire (par exemple pour les interdictions de sortie)¹⁶.

III. Obligation de payer le salaire en l'absence de prestation de travail

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 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'employeur¹⁷ ; parmi les dispositions qui mettent le risque du paiement du salaire à charge de l'employeur figurent les art. 324 CO, 324a CO, 324b CO, 35 al. 3 LTr et 35b al. 2 LTr.

Il est largement admis que les risques d'entreprise et économique sont englobés dans ceux mis à charge de l'employeur dans le contexte de l'art. 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 risque¹⁸. Le risque d'entreprise se définit comme le risque *inhérent à l'activité économique de l'employeur*¹⁹. 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 prix²⁰. A notre connaissance, notre Haute cour 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 administrative²¹ ; 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'art. 119 al. 1 et 2 CO ou à un risque d'entreprise mis à charge de l'employeur en application de l'art. 324 CO. Cette question est délicate et a été peu discutée²². L'interrogation essentielle est de déterminer dans quelle

¹⁶ Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 COVID-19 (version au 8 avril 2020), p. 3 ad art. 1a.

¹⁷ ATF 126 III 75, c. 2.

¹⁸ TF 4A_534/2017 du 27 août 2018, c. 4.1 ; TF 4A_291/2008 du 2 décembre 2018, c. 3.1 ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 2 ad art. 324 CO ; BRÜHWILER, N 2 ad art. 324 CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH pp. 384-386, N 5 ad art. 324 CO ; WYLER/HEINZER, p. 270.

¹⁹ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 2 ad art. 324 CO ; WYLER/HEINZER, p. 270.

²⁰ BRÜHWILER, N 2 ad art. 324 CO ; WYLER/HEINZER, p. 270.

²¹ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 2 ad art. 324 CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, pp. 384-385, N 5 ad art. 324 CO ; WYLER/HEINZER, p. 271.

²² Comme le relève notamment le TF dans son arrêt 4A_291/2008 du 2 décembre 2008, c. 3.2 ; voir aussi STAHELIN, N 20 ad art. 324 CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, p. 385, N 5 ad art. 324 CO.

sphère de risque se présente l'évènement examiné²³. S'il est vrai que certains auteurs mentionnent les catastrophes naturelles²⁴ ou des décisions d'autorité reposant sur des raisons de police, de sécurité ou d'intérêt général²⁵ comme relevant du risque d'entreprise, ils ne s'appuient sur aucun arrêt du Tribunal fédéral et ne précisent pas si l'évènement 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'art. 324 CO, il sied de rappeler que cette disposition concrétise une situation qui s'écarte du régime de base de l'art. 119 CO, 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). Le message du Conseil fédéral au sujet de l'art. 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 incombent²⁶, 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'art. 119 al. 3 CO sont une exception au régime général du droit des obligations, 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'art 6 al. 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'art. 7 de la Loi sur les épidémies (LEp), qui vise précisément une situation extraordinaire²⁷. Aussi, nous sommes d'avis qu'une telle situation entre dans le cadre de l'art. 119 al. 1 et 2 CO et ne rentre pas dans celui de l'art. 324 CO²⁸.

²³ TF 4A_291/2008 du 2 décembre 2008, c. 3.2.

²⁴ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 2 ad art. 324 CO ; WYLER/HEINZER, p. 271.

²⁵ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 2 ad art. 324 CO ; LONGCHAMP, Commentaire du contrat de travail, N 5 ad 324 CO, qui reprend les avis des auteurs précités dans leur édition précédente.

²⁶ Message du Conseil fédéral du 25 août 1967, FF 1967 II 339.

²⁷ Art. 7 LEp : Si une situation extraordinaire l'exige, le Conseil fédéral peut ordonner les mesures nécessaires pour tout ou partie du pays.

²⁸ Du même avis : Fédération des Entreprises Romandes Genève (FER), FAQ de droit du travail en lien avec le coronavirus, N 43. *Contra* GEISER/MÜLLER/PÄRLI, pp. 11 et 17-18 (en page 17, ces auteurs se réfèrent aux FAQ du SECO ; nous relevons que cette FAQ n'est plus accessible et qu'elle a probablement été retirée suite aux ordonnances Covid-19 édictées par le Conseil fédéral) ; SCHWAAB, p. 3, qui fonde son affirmation sur les avis de doctrine émis dans un contexte général.

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 fédéral²⁹. Deux situations peuvent se présenter :

- a) L'entreprise (ou une partie de celle-ci) est fermée en application de l'art. 6 al. 2 O-2-COVID-19.
- b) L'employeur ne peut maintenir ses employés sur leur lieu de travail, car les conditions d'exercice de l'activité sur ce lieu ne permettent pas de respecter les recommandations de l'OFSP en matière d'hygiène et d'éloignement social ; cette situation ne relève pas non plus du risque d'entreprise, au vu de la situation extraordinaire ci-dessus décrite. Par exemple, on ne saurait exiger d'un employeur qu'il puisse mettre en place des mesures de télétravail pour des employés œuvrant usuellement dans un atelier avec des objets à réparer ou fabriquer ; il nous paraît difficile de concevoir qu'une telle situation relève du risque d'entreprise, tant il n'a jamais été envisagé (pour l'entrepreneur) que ce type d'activité puisse être effectuée en télétravail, faute de moyen matériel et d'organisation à domicile. Par exemple, il n'est guère possible de demander à des horlogers travaillant usuellement proches les uns des autres d'emporter les pièces et de reconstituer leur atelier dans leur salon ; pour certains types de travaux sur des chantiers nécessitant d'être accomplis à plusieurs, proches les uns des autres, il n'est pas envisageable de les exporter dans un logement privé pour les transformer en télétravail. Ces deux exemples illustrent le vide qu'il conviendrait de combler pour assimiler ces situations à du risque d'entreprise au sens de l'art. 324 CO.

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'art. 324 CO. Admettre le contraire reviendrait à encourager les employeurs à résilier les contrats de travail pour échapper à des contraintes de paiement de salaire³⁰, ce qui irait à fins contraires des 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 let. c de la Loi fédérale sur le chômage, LACI³¹), 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'art. 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 art. 31 à 41 LACI tels

²⁹ *Contra* : les auteurs cités à la note précédente.

³⁰ STAEHELIN, N 20 ad art. 324 CO, envisage même des licenciements avec effet immédiat lorsque l'existence de l'entreprise est en jeu.

³¹ Loi fédérale sur l'assurance chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982, RS 837.0.

qu'amendés par l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage (O-COVID-19 AC)³² ; toutefois, il appartient à l'employeur de demander l'indemnité en cas de RHT (art. 36 et 38 al. 1 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)³³, et ce dans la mesure nécessaire à l'octroi des prestations³⁴. Lorsque l'assureur est dépendant des informations qui lui sont données par l'employeur³⁵ pour décider de l'octroi des prestations, l'employeur récalcitrant s'expose envers l'assureur aux sanctions prévues par l'art. 43 LPGA³⁶. 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'art. 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 employés³⁷. La violation de ce devoir engage la responsabilité contractuelle de l'employeur (art. 97 CO)³⁸. 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 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 et 2 CO).

C. Allocation perte de gain pour quarantaine

L'ordonnance sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus (ci-après : O-COVID-19 APG) prévoit un droit à l'allocation perte de gain pour les personnes qui doivent, en raison de mesures ordonnées par une autorité sur la base des art. 35 et 40 de la Loi sur les épidémies (LEp) en lien avec l'épidémie de coronavirus, interrompre leur activité lucrative parce qu'ils ont été mis en quarantaine. Les personnes mises en quarantaine ont droit à 10 indemnités journalières au plus (art. 3 al. 5 O-COVID-19 APG). L'indemnité journalière est égale à 80% du revenu moyen de l'activité lucrative obtenu avant le début du droit à l'allocation, étant précisé qu'elle est plafonnée à 196 francs par jour. Selon les explications de l'OFAS, l'allocation pour quarantaine est versée à des personnes qui ne sont pas elles-mêmes infectées par le virus mais qui sont mises en quarantaine en raison d'un contact avec une personne dont le test s'est révélé positif³⁹, étant précisé que la mise en quarantaine doit être

³² RS 837.033.

³³ Bulletin LACI RHT, H2 ad art. 37 LACI.

³⁴ PÄRLI/KUNZ, N 52 ad art. 18.

³⁵ Comme relevé pour d'autres cas par LONGCHAMP, Commentaire LPGA, N 10 ad art. 28 LPGA.

³⁶ LONGCHAMP, Commentaire LPGA, N 46 ad art. 28 LPGA.

³⁷ PÄRLI/KUNZ, N 52 ad art. 28 LPGA, qui expriment cette opinion de manière fondée.

³⁸ PÄRLI/KUNZ, N 52 ad art. 28 LPGA, qui expriment cette opinion en relation avec l'obligation de l'employeur de transmettre les données pertinentes à l'assureur, étant précisé que ce cas de responsabilité contractuelle s'applique à toute violation de l'obligation de diligence incombant à l'employeur.

³⁹ Circulaire OFAS sur l'allocation pour perte de gain en cas de mesures destinées à lutter contre le coronavirus – Corona-perte de gain (CCPG) (état au 17 mars 2020), N 1035.

justifiée au moyen d'un certificat médical ou d'un ordre officiel émanant d'une autorité⁴⁰ ; bien que l'OFAS ne le précise pas, il semble que le certificat doit émaner du médecin de la personne infectée et destiné aux personnes qui ont été en contact avec elle ; il s'agirait alors d'une forme de « certificat de quarantaine ». Lorsque ces conditions sont remplies, il apparaît que la quarantaine donne lieu au paiement des allocations perte de gains aux conditions prévues par l'art. 2 O-COVID-19 APG⁴¹.

Il convient toutefois de relever que les recommandations de l'OFSP préconisent (i) une auto-quarantaine lorsqu'on a eu un contact étroit avec une personne présentant une affection aiguë des voies respiratoires et/ou de la fièvre, une sensation de fièvre, des douleurs musculaires et (ii) un auto-isolement lorsqu'une personne présente des symptômes de maladie comme de la toux (toux sèche irritante), des maux de gorge, un essoufflement et/ou de la fièvre, une sensation de fièvre, des douleurs musculaires. L'OFSP recommande également aux employeurs de faire preuve de souplesse et ne pas exiger de certificat médical avant le 5^e jour d'absence, afin d'éviter de surcharger les établissements de santé⁴². Or, selon l'OFAS, l'auto-confinement ne donne pas droit à l'allocation pour quarantaine⁴³. Il est donc paradoxal que l'OFAS adopte une notion de quarantaine plus restrictive que celle de l'OFSP, alors que le Conseil fédéral érige les recommandations de l'OFSP en référentiel à prendre en considération pour le respect des mesures d'hygiène et de distance sociale. C'est pourquoi, nous considérons qu'il convient de procéder à une interprétation de la notion de quarantaine qui soit en accord avec les recommandations de l'OFSP⁴⁴. Selon nous, la quarantaine concerne tous les cas dans lesquels l'OFSP recommande une mesure de confinement et qui ne constituent pas simultanément une incapacité de travail. Ainsi, les tribunaux détermineront dans quelle mesure l'auto-quarantaine et l'auto-isolement, recommandés par les prescriptions de l'OFSP, donneront aussi lieu au paiement de ces indemnités, cas échéant à quelles conditions (de preuve notamment). Lorsque du télétravail est accompli suite à l'application des recommandations de l'OFSP, il n'y a pas de droit aux indemnités de quarantaine pour la part de temps correspondant à ce travail. Dans la mesure où certaines situations mixtes peuvent se présenter, seule la perte réelle de gain est déterminante ; il est en effet concevable qu'en raison de la crise du coronavirus un employé (tel qu'une personne travaillant dans un atelier non ouvert au public) ne pouvant effectuer du travail à domicile soit au bénéfice d'une réduction de son horaire de travail ; le 50% correspondant à la RHT relève de l'application des art. 31 ss LACI, alors que sa quarantaine pour le 50% de son taux travaillé sera traitée selon l'art. 2 O-COVID-19 APG.

D. Absence pour des motifs inhérents à la personne du travailleur

Lorsque l'empêchement de travailler est inhérent à la personne du travailleur, l'obligation de payer le salaire par l'employeur est régie par l'art. 324a CO, ainsi que par l'art. 324b CO lorsque

⁴⁰ Circulaire OFAS sur l'allocation pour perte de gain en cas de mesures destinées à lutter contre le coronavirus – Corona-perte de gain (CCPG) (état au 17 mars 2020), N 1036.

⁴¹ <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/selbst-isolierung-und-selbst-quarantaene.html>.

⁴² <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/empfehlungen-fuer-die-arbeitswelt.html>.

⁴³ Circulaire OFAS sur l'allocation pour perte de gain en cas de mesures destinées à lutter contre le coronavirus – Corona-perte de gain (CCPG) (état au 17 mars 2020), N 1036.

⁴⁴ A cet égard, il y a lieu de relever que l'analyse faite par SCHWAAB *in* : Jusletter du 23 mars 2020, ne tient pas encore compte de l'O-COVID-19 APG.

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 coronavirus⁴⁵. Cet empêchement relève de la maladie et entre dans le champ d'application de l'art. 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-isolément selon les prescriptions de l'OFSP⁴⁶. 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'art. 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'art. 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'entreprise⁴⁷. En outre, l'auto-isolément 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 travail⁴⁸ ; 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'art. 2 O-COVID-19 APG⁴⁹. Dans la mesure où la capacité de travail n'est pas affectée, l'art. 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 10 jours à partir du moment où la personne malade a été isolée. A notre avis, cette situation ne relève ni d'un cas protégé par l'art. 324a CO ni d'un cas d'application de l'art. 324 CO⁵⁰, 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.

E. Exemple pratique

Les employés d'une boutique de vêtements ne peuvent pas réclamer leur salaire à l'employeur pour la période de cessation d'exploitation résultant de l'application de l'art. 6

⁴⁵ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, p. 15.

⁴⁶ Prescriptions de l'OFSP, <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/selbst-isolierung-und-selbst-quarantaene.html> :

« Vous présentez les symptômes d'une affection aiguë des voies respiratoires qui peut être causée par le nouveau coronavirus (SRAS-CoV-2), ou votre maladie a été confirmée par un test de laboratoire. Vous n'avez pas besoin d'être hospitalisé, car votre état de santé général est bon, mais, afin de ne pas contaminer d'autres personnes, vous devez vous isoler chez vous pendant au moins 10 jours ».

⁴⁷ *Contra* GEISER/MÜLLER/PÄRLI, p. 13.

⁴⁸ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, p. 16, ont une appréciation légèrement différente et mettent en tout état de cause la preuve de l'empêchement à charge du travailleur.

⁴⁹ Cette question est à notre avis incertaine, voir supra III.C.

⁵⁰ *Contra* GEISER/MÜLLER/PÄRLI, p. 16.

al. 2 O-2-COVID 19. En effet, cette disposition prévoit que les établissements publics sont fermés, notamment les magasins, et aussi les marchés, les restaurants, les musées, les bibliothèques, les cinémas, les salles de concert, les théâtres, pour ne citer que quelques exemples. En revanche, pour les employés pouvant en bénéficier, l'employeur devra demander les indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT)⁵¹.

IV. Ordonnance 2 COVID-19

A. Champ d'application

L'ordonnance 2 COVID-19⁵² contient nombre de dispositions présentant un impact en droit du travail. Cette ordonnance présente une portée générale en ce sens qu'elle s'applique aussi bien aux employés de la fonction publique qu'à ceux du secteur privé ; s'agissant toutefois des effets de son application sur les rapports de service, en raison de la multitude de statuts régissant la fonction publique, nous nous limitons à examiner ceux affectant les employés du secteur privé, sous réserve des quelques situations qui sont examinées ci-dessous.

B. Etablissements interdits et établissements autorisés

L'art. 6 al. 2 O-2-COVID-19 impose la fermeture des établissements publics, sous la réserve des exceptions mentionnées à l'al. 3. La liste de l'al. 2 n'est pas exhaustive et comprend tous les établissements qui doivent être fermés au public car ils présentent le risque que les recommandations de l'OFSP en matière d'hygiène et d'éloignement social ne soient pas respectées et qui ne sont pas impérativement nécessaires pour couvrir les besoins de la vie quotidienne⁵³. Sont notamment concernés par cette interdiction les magasins vendant des biens autres que l'alimentation et des biens de consommation courante (let. a), les restaurants (let. b) et bars (let. c), les établissements de divertissement et de loisirs (let. d) ou les prestataires offrant des services impliquant un contact physique tels que salons de coiffure, de massage, de tatouage ou de beauté (let. d). Les établissements artisanaux et commerciaux qui ne disposent d'aucune surface de vente, d'aucun guichet ou d'aucune surface d'exposition ne sont pas considérés comme des établissements accessibles au public⁵⁴.

Les établissements publics qui servent à couvrir les besoins quotidiens de la population ne tombent pas sous le coup de l'interdiction d'exploiter et sont autorisés à continuer à œuvrer. A notre avis, la liste de ces établissements est exhaustivement énumérée à l'art. 6 al. 3 O-2-COVID-19. Font parties de cette catégorie notamment les magasins d'alimentation et autres magasins (p. ex. kiosques, shops de stations-service) pour autant qu'ils vendent des denrées alimentaires ou des biens de consommation courante (let. a), les services de petite restauration à l'emporter (let. b), les pharmacies, drogueries et magasins vendant des moyens auxiliaires médicaux (let. c), ainsi que les établissements de santé tels qu'hôpitaux, cliniques et cabinets médicaux (let. d).

Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que les employeurs qui n'exploitent pas d'établissement public ne sont pas concernés par les interdictions d'exploiter. Lorsque

⁵¹ Infra ch. V.

⁵² Dans sa teneur au 2 avril 2020.

⁵³ Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 COVID-19 (version au 8 avril 2020), p. 15 ad art. 6 al. 2.

⁵⁴ Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 COVID-19 (version au 8 avril 2020), p. 16 ad art. 6 al. 2.

l'activité est mixte, les entreprises accessibles au public doivent fermer la partie accessible aux clients⁵⁵.

Tous les employeurs qui continuent à exercer une activité sont tenus de respecter les normes usuelles liées à la protection de la santé et de l'hygiène au travail, dans la mesure où les ordonnances COVID-19 n'imposent pas des exigences supplémentaires ou ne prévoient pas des allègements. Ainsi, tous les établissements et tous les services non interdits doivent respecter strictement les recommandations de l'OFSP concernant l'hygiène et l'éloignement social (garder ses distances) (art. 10c al. 2 O-2-COVID-19)⁵⁶, et cela sans exception. Ces recommandations, en tant qu'elles concernent le travail, se résument ainsi⁵⁷ :

- Garder ses distances, ce qui signifie en particulier qu'il convient d'éviter les situations dans lesquelles se présente une distance de moins de deux mètres durant plus de 15 minutes ; pendant les réunions, il est recommandé de laisser une chaise libre entre chaque participant ;
- Rester à la maison, avec quelques exceptions parmi lesquelles figure le fait d'aller au travail parce que le télétravail n'est pas possible ;
- Se laver soigneusement les mains ;
- Ne pas se serrer la main ;
- Tousser et éternuer dans un mouchoir ou dans le creux du coude ;
- Evitez d'emprunter les transports publics.

Il appartient ainsi à l'employeur de donner les instructions afin que ces recommandations soient respectées sur le lieu de travail ; il doit aussi, dans la mesure du possible, aménager le télétravail.

C. Personnes vulnérables

Les personnes vulnérables font l'objet d'une protection particulière, prévue par les art. 10b et 10c O-2-COVID-19, qui ont la teneur suivante⁵⁸ :

Art. 10b Principe

1 Les personnes vulnérables sont appelées à rester chez elles et à éviter les regroupements de personnes.

2 Par personnes vulnérables, on entend les personnes 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. 10c Obligation de l'employeur

1 Les employeurs permettent à leurs employés vulnérables d'accomplir leurs obligations professionnelles depuis leur domicile. A cette fin, ils prennent les mesures organisationnelles et techniques qui s'imposent.

2 Si, en raison de la nature du travail ou faute de mesures pratiques, les activités professionnelles ne peuvent être accomplies qu'au lieu de travail habituel, les employeurs sont tenus de prendre les

⁵⁵ Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 COVID-19 (version au 8 avril 2020), p. 16 ad art. 6 al. 2.

⁵⁶ Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 COVID-19 (version au 8 avril 2020), p. 18 ad art. 6 al. 2 et p. 29 ad art. 10c.

⁵⁷ <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/so-schuetzen-wir-uns.html#-902961898>, consulté le 3 avril 2020.

⁵⁸ Dans leur teneur au 2 avril 2020.

mesures organisationnelles et techniques à même de garantir le respect des recommandations de la Confédération en matière d'hygiène et d'éloignement social.

3 Si les employés vulnérables ne sont pas en mesure de s'acquitter de leurs obligations professionnelles dans le cadre des al. 1 et 2, leur employeur leur accorde un congé avec maintien du paiement de leur salaire.

4 Les employés font valoir leur vulnérabilité moyennant une déclaration personnelle. L'employeur peut exiger un certificat médical.

L'art. 10b O-2-COVID-19 exprime un principe et contient une définition des personnes vulnérables⁵⁹, qui doit être considérée comme objective en ce sens qu'elle s'applique uniformément à toutes les personnes englobées dans ces catégories⁶⁰; cette disposition ne met en elle-même aucune obligation spécifique à charge de l'employeur.

Pour sa part, l'art. 10c O-2-COVID-19 contient une réglementation qui se veut nationale et uniforme concernant les obligations de travail des employés appartenant à des groupes vulnérables⁶¹. Il en découle que l'employé ne dispose d'aucune liberté individuelle de s'écarter de cette définition par une appréciation qui lui est propre; s'il devait refuser sa prestation de travail en raison de son appréciation individuelle divergente, ce refus serait considéré comme une inexécution de son obligation de travailler, de sorte qu'il s'exposerait au non-paiement de son salaire pour la part non fournie de ses services, ainsi qu'à un avertissement, voire un licenciement. Si l'appréciation divergente est celle à laquelle parvient un médecin pour des motifs médicaux individualisés, elle doit être attestée dans un certificat médical établi à l'intention de l'employeur; cette appréciation divergente peut aller dans un sens ou dans l'autre. Elle peut conduire un médecin à permettre à son patient d'exercer son activité dans l'environnement habituel de travail; tel pourrait par exemple être le cas pour un patient actif dans le domaine des soins (où la nécessité de bénéficier des forces de travail est forte), alors que la pathologie est toujours présente. Sur ce point, il convient de relever que l'art. 10b al. 2 O-2-COVID 19 désigne les personnes « *qui souffrent des pathologies* »⁶²; l'utilisation du présent permet de penser que la pathologie doit être existante dans une appréciation médicale et non passée. Inversement, l'appréciation médicale peut conduire le médecin à considérer que son patient doit rester à domicile, alors qu'il ne rentre pas dans la catégorie des personnes vulnérables telles que définies à l'art. 10b O-2-COVID 19; dans ce cas, la dispense médicale est fondée sur une appréciation subjective (inhérente à la personne), qui a pour effet de lui permettre de toucher son salaire si l'employeur est à même de lui offrir une possibilité de travailler à domicile, ou de bénéficier des RHT si l'employeur ne peut offrir cette possibilité (et si les conditions des art. 31ss LACI sont remplies); toutefois, cette personne ne peut pas exiger le bénéfice d'un congé avec maintien de son salaire (art. 10c al. 3 O-2-COVID 19), car elle ne fait pas partie du groupe des personnes vulnérables tel que défini à l'art. 10b O-2-COVID 19.

⁵⁹ Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 COVID-19 (version au 8 avril 2020), p. 29 ad art. 10b.

⁶⁰ A l'instar des travaux pénibles ou dangereux auxquels ne peuvent être exposées les femmes enceintes et les mères qui allaitent (art. 35 LTr), et qui sont précisés à l'art. 62 al.1 OLT1 et dans l'ordonnance sur la protection de la maternité.

⁶¹ Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 COVID-19 (version au 8 avril 2020), p. 29 ad art. 10c.

⁶² Désignées, en allemand « *Personen, die insbesondere. folgende Erkrankungen aufweisen* », en italien « *le persone che soffrono in particolare delle seguenti patologie* ».

Ainsi, seules peuvent bénéficier d'un droit au congé avec maintien de salaire, les personnes vulnérables qui font objectivement partie du groupe défini à l'art. 10b al. 2 O-2-COVID 19, pour lesquelles l'employeur aurait suffisamment de travail, mais dont les activités ne peuvent être accomplies qu'au lieu de travail ou dont l'employeur ne peut prendre les mesures organisationnelles et techniques permettant le travail à domicile, sans que l'employeur ne soit à même de garantir le respect des recommandations de la Confédération en matière d'hygiène et d'éloignement social sur le lieu de travail (art.10c al.3 O-2-COVID 19). Les personnes vulnérables doivent attester de leur état soit par une déclaration personnelle, soit par un certificat médical si l'employeur l'exige (art. 10c al. 4 O-2-COVID 19). Pour la part de travail que l'employeur ne serait pas en mesure de fournir indépendamment du statut de « personnes vulnérables » (au sens de l'art. 10b O-2-COVID 19) de ses employés, la question doit être examinée sous l'angle de la RHT, étant précisé que pour la portion de travail qui ne peut être exécutée en raison des autres mesures décidées par les autorités destinées à lutter contre la propagation du coronavirus, l'employeur est libéré de son obligation de payer le salaire⁶³.

D. Hôpitaux

Il convient d'apporter une mention particulière pour les employés travaillant dans les hôpitaux. En effet, l'art. 10a al. 5 O-2-COVID-19 prévoit un régime d'exception, en ce sens que dans les services des hôpitaux confrontés à une augmentation massive du travail en raison du nombre de cas de maladies dues au COVID-19, les dispositions de la Loi sur le travail (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.

E. Mesures de prévention sur les chantiers et dans l'industrie

L'art. 7d al. 1 O-2-COVID-19 mentionne que « 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 entreprises, adapter l'organisation des chantiers et l'exploitation des entreprises et restreindre de manière adéquate l'utilisation des salles de pauses et des cantines en particulier ». Cette précision indique que les chantiers peuvent continuer à fonctionner, à la double condition qu'ils ne soient pas accessibles au public et que les mesures préconisées par l'OFSP soient respectées⁶⁴. Les autorités cantonales compétentes peuvent fermer une entreprise ou un chantier si les obligations inscrites à l'art. 7d al. 1 O-2-COVID-19 ne sont pas respectées⁶⁵.

⁶³ Voir supra III.

⁶⁴ Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 COVID-19 (version au 8 avril 2020), p. 17 ad art. 6 al. 2 et p. 25 ad art. 7d.

⁶⁵ Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 COVID-19 (version au 8 avril 2020), p. 25 ad art. 7d.

F. Application de la loi sur le travail

S'agissant de la loi sur le travail, une lecture *a contrario* de l'art. 10a al. 5 O-2-COVID-19 confirme que cette loi doit être respectée pour les autres travailleurs. Il convient cependant de réserver les cas où, en raison de leur urgence, l'application des mesures ordonnées par les autorités ne permet pas de respecter la loi sur le travail. Une telle exception doit être envisagée pour le processus d'information et de consultation prévu à l'art. 48 LTr pour les questions relatives à la protection de la santé, ainsi qu'à l'organisation du temps de travail et l'aménagement des horaires de travail ; en effet, le respect de la procédure de consultation implique notamment pour les travailleurs ou leurs représentants le droit de bénéficier d'un laps de temps suffisamment long pour examiner les informations données et en débattre, pour ensuite formuler des propositions ou objections⁶⁶ ; l'urgence à adopter les mesures et les consignes figurant dans l'ordonnance 2 COVID-19 quant à la protection de la santé l'emporte sur le respect du processus de participation décrit à l'art. 48 LTr ; il en va de même des nécessaires aménagements des horaires et de l'organisation du temps de travail en découlant, tels que mise en place du télétravail, réaménagement des horaires pour éviter que deux (ou plusieurs) employés partagent le même bureau ou se trouvent à moins de 2 mètres les uns des autres, ou aménagement des horaires de travail pour permettre aux parents de s'occuper de leurs enfants. Selon le contexte de l'entreprise et de la situation personnelle des employés, il est ainsi envisageable que certaines dispositions relatives aux périodes de repos ne soient temporairement pas respectées ; à cet égard, nous relevons que la loi sur le travail réserve à plusieurs reprises les besoins urgents ou les situations d'urgence⁶⁷. Bien entendu, les travailleurs ou leur représentation conservent le droit de formuler des propositions sur ces aspects de protection de la santé (art. 10 LParticipation et 48 LTr)⁶⁸.

G. Exemple pratique

L'employeur est une société exploitant une quincaillerie avec magasin et un service de serrurerie/dépannage à domicile. En application de l'art. 6 al. 2 O-2-COVID-19, le magasin est fermé. Toutefois, les services de facturation, de comptabilité, de réponse téléphonique et de dépannage continuent à fonctionner. La personne en charge des aspects administratifs demande à travailler à domicile, pour éviter de se déplacer et diminuer les risques de contagion ; elle vit avec son conjoint et ses enfants qui ont 13 et 16 ans. L'employeur refuse, considérant qu'il est nécessaire d'avoir une présence dans l'entreprise, notamment pour accéder aux documents physiques et assurer la réception des commandes pour les pièces de dépannage. L'employé se prévaut alors de son statut de personne vulnérable, au motif qu'il a eu un cancer ; l'employeur lui demande alors la production d'un certificat médical. L'employé demande ledit certificat et le médecin atteste ce qui suit : « *A sa demande, en lien avec la pandémie COVID-19, je certifie que M. X a présenté un cancer en 2005, qui ne nécessite plus de traitement, autre que des contrôles tous les 5 ans. Ce certificat lui est remis en mains propres pour valoir ce que de droit* ». Dans ce cas, le refus de travailler semble injustifié, car ce certificat semble indiquer que la pathologie n'est plus existante et que l'employé est l'objet d'un suivi ordinaire pour vérifier qu'il n'y a pas de rechute. L'employeur aurait ainsi le droit de mettre l'employé en demeure de se rendre au travail, considérant qu'il ne fait pas partie des

⁶⁶ NOVIER, La participation, pp. 212 à 217 ; WYLER/HEINZER, pp. 1203-1205.

⁶⁷ Voir par exemple art. 17, 19, 24 et 49 LTr.

⁶⁸ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, p. 13.

personnes protégées par l'art. 10c al. 1 et 3 O-2-COVID-19. Si l'employé persiste, il s'expose au refus de paiement de son salaire, voire à un licenciement.

V. Indemnités RHT

A. Conditions générales d'octroi des indemnités RHT

Aux conditions prévues par les art. 31 à 41 LACI, la réduction de l'horaire de travail (RHT), aussi communément appelée chômage partiel, permet aux travailleurs de bénéficier des indemnités en cas de RHT versées par l'assurance-chômage. Des aménagements ont toutefois été introduits par le Conseil fédéral afin de faciliter les démarches et d'étendre les prestations et le cercle des bénéficiaires ; ils figurent dans l'ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (ci-après : O-COVID-19 AC)⁶⁹. Dans le cadre de la présente étude, nous faisons référence aux règles applicables dans leur configuration provisoire réaménagée par l'O-COVID-19 AC.

En résumé, les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ci-après : l'indemnité RHT) lorsque la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire, et si l'on peut admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question (art. 31 al. 1 let. d LACI). La perte de travail est prise en considération lorsqu'elle est due à des facteurs d'ordre économique et est inévitable et qu'elle est d'au moins 10% de l'ensemble des heures normalement effectuées par les travailleurs de l'entreprise (art. 32 al. 1 LACI). Par ailleurs, la perte de travail n'est pas prise en considération lorsqu'elle fait partie du risque normal d'exploitation (art. 33 al. 1 let. a LACI), étant précisé que le Secrétariat d'état à l'économie (SECO) considère que l'apparition inattendue d'un nouveau type de coronavirus et ses conséquences ne font pas partie du risque normal d'exploitation⁷⁰ ; il est à notre connaissance unanimement admis que ces dernières sont des circonstances qui donnent droit aux indemnités RHT, pour autant que les conditions d'octroi et leurs modalités soient remplies⁷¹.

B. Conditions et modalités importantes en lien avec le coronavirus

Il convient d'accorder une importance particulière à certaines conditions et modalités d'octroi :

- a) Le rapport de travail du salarié dont la situation est examinée ne doit pas être résilié (art. 31 al. 1 let. c LACI). A cet égard, il importe peu de savoir quelle est la partie qui a résilié ou les motifs qui justifient la résiliation ; le droit à l'indemnité prend fin au début du délai de congé contractuel, calculé rétroactivement depuis l'échéance pour laquelle la résiliation a été donnée⁷² ; lorsque le délai de congé est suspendu en raison d'une protection contre le licenciement en temps inopportun, le travailleur ne bénéficie d'aucune indemnité RHT durant cette période ; en revanche, si la résiliation donnée par l'employeur est nulle en raison du fait qu'elle est donnée durant une période de protection contre la résiliation en temps inopportun, la perte de travail est prise en considération puisque la résiliation est nulle⁷³.

⁶⁹ RS 837.033, dans son état au 9 avril 2020.

⁷⁰ Information du SECO intitulée « Pertes de travail en lien avec le Coronavirus ».

⁷¹ Voir notamment https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/neues_coronavirus/kurzarbeit.html.

⁷² Bulletin LACI RHT, B27 ad art. 31 LACI ; contra RUBIN, N 25 ad. art. 31 LACI.

⁷³ Bulletin LACI RHT, B27 ad art. 31 LACI ; RUBIN, N 26 ad. art. 31 LACI.

- b) Le travailleur concerné doit individuellement accepter la réduction de l'horaire de travail (art. 33 al. 1 let. d LACI). Même s'il dispose de la liberté de le faire, l'employé qui refuse la réduction du temps de travail s'expose à un licenciement, lequel n'est pas considéré comme abusif en présence d'une nécessité économique⁷⁴. En outre, comme examiné ci-dessus⁷⁵, l'employé doit se laisser imputer la perte de prestations imputable à son propre défaut de collaboration ; le refus de la réduction de son horaire de travail a pour conséquence que la perte de travail n'est pas prise en considération dans le cadre des indemnités RHT (art. 33 al. 1 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 et 2 CO).
- c) En cas de travail sur appel, le travailleur dont le taux d'occupation mensuel est soumis à de fortes fluctuations (plus de 20%) a aussi droit à la réduction de l'horaire de travail pour autant que son emploi dans l'entreprise demandant la réduction de l'horaire de travail dure depuis plus de 6 mois (art. 8f al. 1 O-COVID-19 AC). Sur ce point, le Conseil fédéral a dérogé aux art. 31 al. 3 let. a et 33 al. 1 let. b LACI. En effet, dans le régime ordinaire, n'ont pas droit à l'indemnité en cas de RHT les travailleurs dont la perte de travail ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable (art. 31 al. 3 let. a LACI), de sorte qu'en cas de travail occasionnel les travailleurs concernés ne peuvent en principe pas compter sur un nombre d'heures de travail régulier et assuré par un contrat de travail et ne bénéficient pas des indemnités RHT⁷⁶. La dérogation introduite le 9 avril 2020 par le Conseil fédéral vise à éviter que les quelque 200 000 travailleurs sur appel que compte la Suisse ne soient licenciés ; les entreprises pourront ainsi maintenir les rapports de travail sur appel, partant de l'idée que la période de perception de la RHT sera plus courte qu'un éventuel chômage⁷⁷.
- d) L'indemnité s'élève à 80% de la perte de gain prise en considération (art. 34 al. 1 LACI). Le montant maximum du gain déterminant correspondant à celui de l'assurance-accidents obligatoire, soit un montant annuel brut de CHF 148 200.-⁷⁸. Nous considérons qu'il n'y a pas d'obligation de l'employeur de compléter cette indemnité, car les pertes de travail prises en considération sont consécutives à des mesures prises par les autorités et ne relèvent à notre avis pas du risque d'entreprise au sens de l'art. 324 CO⁷⁹.
- e) L'employeur est tenu d'accomplir les démarches pour demander l'indemnité. Durant la période où l'O-COVID-19 AC s'applique, la perte de gain à prendre en considération est calculée selon une procédure sommaire, et l'indemnité de 80% en cas de réduction de l'horaire de travail est versée sous la forme d'un forfait (art. 8i al. 1 O-COVID-19 AC) ; cette adaptation vise à décharger les organes d'exécution cantonaux et à accélérer le versement des indemnités ; vu le nombre élevé des demandes, il n'est en effet plus possible de faire un décompte RHT pour chaque collaborateur⁸⁰. Lorsqu'il a l'intention de requérir une indemnité en faveur de ses travailleurs, il est tenu d'en aviser l'autorité cantonale par écrit avant le début de la réduction de l'horaire de travail, le préavis de dix jours ayant été

⁷⁴ TF 4A_555/2011 du 23 février 2012, c. 2.3.1 ; RUBIN, N 21 ad. art. 33 LACI.

⁷⁵ Voir supra II.

⁷⁶ Bulletin LACI RHT, B31 ad art. 31 LACI ; RUBIN, N 34 ad. art. 31 LACI.

⁷⁷ Communiqué de presse du Conseil fédéral du 8 avril 2020.

⁷⁸ Bulletin LACI RHT, E1 et E3 ad art. 34 LACI ; RUBIN, N 6 ad art. 34 LACI.

⁷⁹ Voir à ce sujet supra III.

⁸⁰ Communiqué de presse du Conseil fédéral du 8 avril 2020.

supprimé par l'art. 8b O-COVID-19 AC ; le droit aux indemnités ne saurait naître rétroactivement à l'avis⁸¹. L'employeur doit faire valoir en bloc pour l'entreprise ou le secteur d'exploitation les prétentions en indemnité dans le délai de trois mois suivant chaque période de rapport (art. 38 al. 1 LACI), étant précisé qu'il s'agit d'un délai de péremption⁸². Ainsi qu'exposé ci-dessus, lorsque l'employeur manque à ses obligations auprès de l'assureur social et qu'il en résulte une perte d'indemnités, il répond du dommage ainsi créé en raison d'une violation de son devoir de diligence⁸³.

- f) L'employeur est tenu d'avancer l'indemnité et de la verser aux travailleurs le jour de paie habituel (art. 37 let. a LACI). Toutefois, l'art. 6 O-COVID-19 AC prévoit qu'« afin de permettre aux employeurs de verser les salaires aux travailleurs le jour de paie habituel, ils peuvent demander le versement de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail sans devoir l'avancer ».
- g) L'employeur est tenu de continuer à payer intégralement les cotisations aux assurances sociales prévues par les dispositions légales et contractuelles comme si la durée de travail était normale ; il est autorisé à déduire du salaire des travailleurs l'intégralité de la part des cotisations qui est à leur charge, sauf convention contraire (art 37 let. c LACI). Les cotisations sont donc payées sur une base de salaire non réduite⁸⁴. Cette règle a pour but de combler des lacunes de cotisation afin de préserver le niveau des prestations futures⁸⁵. Aucun élément du texte légal ni du message du Conseil fédéral⁸⁶ ne laisse penser que l'obligation de continuer à payer en plein les cotisations sociales serait limitée au montant maximal du gain assuré LAA. Ainsi, l'employeur doit continuer à payer les cotisations sociales légales et contractuelles ordinaires sur le salaire contractuel, y compris sur la part excédant le gain maximal assuré en LAA. Il convient ainsi de porter en déduction du salaire à 80% brut la part employé des cotisations sociales calculée sur 100% du salaire brut, de sorte que le montant net que touchera chaque travailleur sera inférieur au pro rata de 80%⁸⁷.
- h) L'employé est tenu de diminuer le dommage à charge de l'assurance en acceptant les occupations provisoires convenables qui lui seraient proposées par l'assurance-chômage, l'employeur étant pour sa part tenu de consentir à celles-ci dans la mesure où elles ne risquent pas d'empêcher le travailleur de s'acquitter de ses obligations contractuelles (art. 41 LACI). Lorsque le travailleur refuse l'occupation provisoire convenable qui lui est assignée, il s'expose à une diminution de son indemnité RHT, de CHF 100.- à CHF 1'000.- au plus selon la gravité de la faute (art. 41 al. 5 LACI). En dérogation à l'art. 41 al. 3 LACI, durant la période d'application de l'O-COVID-19 AC, le travailleur ne doit pas déclarer à l'employeur le revenu qu'il tire d'une occupation provisoire ou d'une activité indépendante pendant la période où l'horaire de travail est réduit (art. 8h O-COVID-19 AC) ; cette dérogation a pour but de faciliter la procédure de versement de la RHT durant la situation exceptionnelle tout en créant une incitation financière du côté des travailleurs pour exercer une occupation provisoire dans les branches qui nécessitent actuellement beaucoup de

⁸¹ Bulletin LACI RHT, G7 ad art. 36 LACI ; RUBIN, N 11 ad art. 36 LACI.

⁸² TF C 120/06 du 1er mai 2007, c. 2.2.1 ; ATF 124 V 75 ; Bulletin LACI RHT, I3 ad art. 38 LACI.

⁸³ Voir supra III/B.

⁸⁴ RUBIN, N 6 ad art. 37 LACI.

⁸⁵ RUBIN, N 1 ad art. 37 LACI.

⁸⁶ FF 1980 III 485, spec. 604.

⁸⁷ Bulletin LACI RHT, H1 ad art. 37 LACI.

personnel (notamment dans les secteurs de la santé, de l'agriculture et de la logistique qui ont un besoin urgent en personnel)⁸⁸.

C. Exemple pratique

L'entreprise exploite un restaurant ; en application de l'art. 6 al. 2 O-2-COVID-19, l'établissement public a fermé. Toutefois, l'employeur a conservé un service de petite restauration à l'emporter, comme le lui permet l'art. 6 al. 3 let. b O-2-COVID-19⁸⁹. De ce fait, il propose à deux personnes (A et B) occupées au service de les mettre au bénéfice complet des indemnités RHT en raison de l'impossibilité de leur donner du travail ; il propose à la troisième personne affectée au service (C) et au cuisinier (D) une réduction de 50% de leur horaire de travail afin d'assurer la cuisine et le service à l'emporter. Sans motif lié à une vulnérabilité (art. 10c O-2-COVID-19) et sans motif justifié autre que sa préférence à être mise totalement au bénéfice complet des RHT, C refuse la réduction de son horaire de travail et refuse de venir travailler, alors que A, B et D acceptent ce qui leur est proposé. Concernant C, son refus entraîne la perte de son droit aux indemnités RHT pour la part correspondant à la réduction de l'horaire de travail proposée ; l'employeur ne devra pas compenser cette part, puisqu'il ne s'agit pas d'un cas d'application de l'art. 324 CO ni d'une incapacité non fautive de travailler ; comme C refuse aussi de travailler pour le taux de 50% proposé, elle ne touchera aucun salaire ; si l'employeur devait la licencier, le licenciement ne serait pas abusif. D bénéficiera des indemnités RHT pour 50% de son taux d'activité et recevra son salaire pour la part travaillée de 50% de son taux d'activité. Compte tenu du refus de C, l'employeur pourra proposer à A de venir travailler à 50% avec une réduction de 50% de son horaire de travail ; cette dernière devra accepter si elle ne souhaite pas se retrouver dans une situation analogue à C ; en effet, l'art. 41 LACI ne trouve pas application, puisque c'est le même employeur qui est en mesure de lui fournir du travail.

VI. Protection des données

A. Principes généraux

La Loi fédérale sur la protection des données (LPD)⁹⁰ vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données. Elle régit le traitement des données effectué par des personnes privées et des organes fédéraux (art. 2 al. 1 LPD). Elle ne régit en revanche pas le traitement des données effectué par les cantons et les communes qui fait l'objet de lois propres. Sont considérées comme données personnelles toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable (art. 3 let. a LPD)⁹¹. Il s'agit, dans les relations de travail, de tous les renseignements, indications ou notes concernant la personne du travailleur et qui portent tant sur sa vie privée que professionnelle⁹². Tout traitement de données relatif à un employé constitue une atteinte illicite à sa personnalité, au sens des art. 328 et 328b CO, à moins qu'il ne repose sur un motif justificatif⁹³. Un tel motif peut résulter de la loi, en particulier de l'art. 328b CO, d'un intérêt prépondérant privé ou public, ou du consentement de la victime (cf. art. 13 al. 1 LPD)⁹⁴. Selon

⁸⁸ Communiqué de presse du Conseil fédéral du 8 avril 2020.

⁸⁹ Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 COVID-19 (version au 8 avril 2020), p. 19 ad art. 6.

⁹⁰ Loi fédérale du 19 juin 1992 (RS 235.1).

⁹¹ MEIER, NN 418 ss.

⁹² BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 4 ad art. 328b CO.

⁹³ AUBERT, La protection, pp. 149 s.

⁹⁴ MEIER, NN 1594 ss.

l'art. 328b CO, l'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur « que dans la mesure où ces données portent sur des aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail ». Ainsi que l'a souligné le Tribunal fédéral, les données personnelles couvertes par l'art. 328b CO « bénéficient de la présomption légale qu'elles ne portent pas atteinte à la personnalité du travailleur »⁹⁵. Quant au consentement du travailleur, il ne peut justifier une atteinte que dans les limites de l'art. 362 CO⁹⁶. L'existence d'un motif justificatif ne suffit pas à rendre licite un traitement des données par l'employeur. En effet, comme l'a relevé le Tribunal fédéral, « le procédé utilisé doit, lui aussi, respecter la personnalité des travailleurs, conformément à l'art. 328 CO, et observer les principes généraux du droit, en particulier ceux de la bonne foi et de la proportionnalité »⁹⁷. Tout traitement de données doit ainsi respecter les principes généraux résultant des art. 4 (bonne foi, proportionnalité, finalité) et 5 (exactitude) LPD⁹⁸. La violation de ces principes fait présumer une atteinte à la personnalité du travailleur (cf. art. 12 al. 2 let. a LPD)⁹⁹. Confronté à un problème de traitement des données, l'on identifiera le type de traitement effectué par l'employeur, puis l'on vérifiera l'existence d'un motif justificatif adéquat et l'on s'assurera que le procédé utilisé respecte les principes généraux¹⁰⁰. Finalement, pour apprécier un cas concret, il faut procéder à une pesée des intérêts dans laquelle on tiendra compte de l'ensemble des circonstances et des intérêts en présence¹⁰¹.

Les informations relatives à l'état de santé d'un travailleur constituent des données sensibles (cf. art. 3 let. c, ch. 2 LPD)¹⁰². De telles données sont des informations confidentielles qu'il convient de traiter avec une discrétion accrue. La LPD soumet leur traitement à des conditions restrictives¹⁰³. Ainsi, lorsque le consentement est requis, il doit être non seulement libre et éclairé, mais également explicite (art. 4 al. 5 LPD). Par ailleurs, le maître du fichier a un devoir d'information spécifique à la collecte (art. 14 LPD). Enfin, il est interdit de communiquer ces données à des tiers sans motif justificatif (art. 12 al. 2 let. c LPD). L'employeur doit donc traiter les données médicales de ses employés avec des précautions particulières¹⁰⁴.

B. Certificat médical

Lorsque l'employé allègue une incapacité de travail, l'employeur est en droit de solliciter un contrôle médical¹⁰⁵. On sait qu'il est aujourd'hui difficile de consulter un médecin de sorte qu'il n'est guère possible d'obtenir un certificat médical dans les délais usuels. Comme nous l'avons vu, l'OFSP recommande aux employeurs de faire preuve de souplesse et de ne pas exiger de certificat médical avant le 5^e jour d'absence¹⁰⁶. Le certificat médical est un document écrit portant sur l'état de santé d'une personne, sa capacité ou non d'exercer sa prestation de

⁹⁵ ATF 130 II 425, c. 3.3.

⁹⁶ BRÜHWILER, N 5 ad art. 328b CO ; DUNAND, N 32 ad art. 328b CO.

⁹⁷ ATF 130 II 425, c. 3.3.

⁹⁸ FLÜCKIGER, pp. 10 ss.

⁹⁹ ATF 136 II 508, c. 5.

¹⁰⁰ DUNAND, N 13 ad art. 328b CO.

¹⁰¹ AUBERT, La protection, p. 152.

¹⁰² TF 4C.192/2001 du 17 octobre 2001, c. 2b/aa.

¹⁰³ DUNAND, N 16 ad art. 328b CO.

¹⁰⁴ DUNAND, NN 61 ss ad art. 328b CO.

¹⁰⁵ ATF 125 III 70, c. 6 ; TF 8C_373/2010 du 3 août 2010, c. 6 et 7.

¹⁰⁶ OFSP, Nouveau coronavirus : recommandations pour les milieux professionnels. Peut être consulté sur le site de l'OFSP : <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home.html>.

travail, et/ou au traitement médical auquel elle est soumise¹⁰⁷. Il ne constitue pas un moyen de preuve absolu¹⁰⁸. Dans le certificat médical, le médecin doit en principe se limiter à indiquer si le travailleur est capable ou non de travailler, le degré et la durée prévisible d'incapacité, ainsi que les tâches qui peuvent éventuellement être confiées au travailleur¹⁰⁹. En revanche, l'employeur n'a en principe pas le droit de connaître les raisons de l'incapacité¹¹⁰.

La crise du coronavirus oblige toutefois à déroger aux règles ordinaires. Il existe en effet un intérêt public prépondérant à prévenir et réduire la propagation du virus. Il existe aussi un intérêt privé prépondérant de l'employeur à savoir si l'un de ses employés en est atteint afin de se protéger, de protéger les autres employés (qui bénéficient aussi d'un intérêt privé prépondérant) et de respecter ses obligations contractuelles envers eux (art. 328 CO). Le devoir de fidélité auquel est soumis l'employé (art. 321a CO) oblige d'ailleurs celui-ci d'annoncer spontanément à son employeur une maladie contagieuse dont il souffre et qui pourrait être facilement transmise à l'employeur ou à des tiers, tels les collègues de travail¹¹¹. Toutefois, selon les principes de proportionnalité et de finalité, seules les données nécessaires pour atteindre le but visé par le certificat en cause doivent être transmises¹¹².

Nous distinguerons les cas de la personne malade en raison du coronavirus, la personne en (auto-)quarantaine, la personne (auto-)isolée et la personne vulnérable. Lorsqu'il est établi qu'un patient est atteint par le coronavirus ou qu'il existe une forte suspicion que tel soit le cas, le médecin doit l'indiquer sur le certificat que l'employé remettra à son employeur, à charge pour ce dernier de prendre les mesures d'éloignement qui s'imposent.

L'art. 35 al. 1 LEp, consacré à la quarantaine et à l'isolement, prévoit notamment que, à certaines conditions, il est possible de mettre en quarantaine des personnes présumées malades ou présumées infectées (let. a) et de mettre en isolement des personnes malades, infectées ou qui excrètent des agents pathogènes (let. b).

Par ailleurs, selon les consignes données par l'OFSP, une personne qui souffre d'une affection aiguë des voies respiratoires doit s'auto-isoler pendant au moins dix jours. L'auto-isolement peut être arrêté 48 heures après la disparition des symptômes et au moins 10 jours après le début de ces derniers¹¹³. Dans le cas de la personne auto-isolée, le certificat médical doit préciser qu'elle souffre d'une affection aiguë des voies respiratoires, à charge pour l'employeur de prendre les mesures qui s'imposent.

En outre, une personne qui vit sous le même toit qu'une personne présentant les symptômes d'une affection aiguë des voies respiratoires doit se mettre en auto-quarantaine chez elle pendant dix jours. Cette règle est à appliquer si la personne a été en contact direct avec la personne malade alors qu'elle présentait déjà des symptômes et/ou 24 heures avant

¹⁰⁷ TF 6B_1004/2008 du 9 avril 2009, c. 4.2.

¹⁰⁸ NOVIER, Le certificat, pp. 125 ss.

¹⁰⁹ MEIER, N 2228 ; NOVIER, Le certificat, pp. 96 ss ; WYLER/HEINZER, pp. 302-303.

¹¹⁰ GUILLOD/GIAUQUE, p. 86.

¹¹¹ TF 4C.192/2001 du 17 octobre 2001, c. 2b/aa. Voir aussi GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 23 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 ad art. 328b CO.

¹¹² NOVIER, Le certificat, p. 95.

¹¹³ Cf. OFSP, Consignes – Auto-isolement, état au 19 mars 2020.

l'apparition des symptômes¹¹⁴. Dans ce cas, l'employé devrait remettre à son employeur un document attestant qu'il vit avec une personne présentant les symptômes d'une affection aiguë des voies respiratoires, à charge pour l'employeur de prendre les mesures qui s'imposent.

Reste enfin le cas des personnes vulnérables. Comme nous l'avons vu, l'art. 10b al. 2 O-2-COVID-19 définit le cercle des personnes vulnérables : « personnes de 65 ans et plus et 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 ». Selon le système de l'ordonnance 2, il est prévu diverses mesures de protection de ces personnes. Dans certaines limites, leur employeur doit même leur accorder un congé avec maintien de leur salaire (cf. art. 10c al. 3 O-2-COVID-19). Les personnes vulnérables doivent signaler leur statut à leur employeur moyennant une déclaration personnelle ; l'employeur peut exiger un certificat médical (art. 10c al. 4 O-2-COVID-19). Il nous semble qu'un tel certificat doit attester que l'employé fait partie du cercle des personnes vulnérables au sens de l'art. 10b al. 2 O-2-COVID-19. Il n'est en revanche pas nécessaire, et il n'existe pas de motif justificatif, à ce que la cause médicale précise soit mentionnée (par exemple, hypertension artérielle ou diabète). Il est dès lors important que le médecin soit conscient des pathologies qui sont énumérées à l'art. 10b al. 2 O-2-COVID-19 ; même si cette disposition utilise l'adverbe « notamment » avant la désignation des pathologies, la liste de celles-ci correspond à l'état actuel des connaissances¹¹⁵ ; cette liste doit être considérée comme exhaustive sous réserve de son élargissement par l'interprétation des autorités en charge de la santé publique (en particulier l'OFSP) et ne laisse aucune marge de manœuvre individualisée aux médecins pour l'élargir.

C. Prise de température

Dans le cadre de la crise du coronavirus quelques employeurs de notre pays ont organisé une prise de température corporelle systématique des employés entrant dans les locaux de l'entreprise ou arrivant sur d'autres lieux de travail. Une telle mesure paraît pouvoir reposer sur les motifs justificatifs déjà mentionnés (intérêts public et privé prépondérants). Pour qu'elle soit licite, il faut encore qu'elle respecte les principes généraux de la protection des données. Le préposé fédéral à la protection des données a communiqué quelques conseils à ce sujet¹¹⁶ :

- la collecte des données médicales doit être, en termes de contenu et de durée, limitée au minimum nécessaire pour atteindre la finalité de prévenir la contamination ;
- l'information et l'autodétermination des personnes concernées doivent être respectées lors de la collecte ;
- répondre à des questions détaillées sur l'état de santé à des personnes qui ne sont pas des professionnels de la santé s'avère inapproprié et disproportionné.

Il faut évidemment que l'appareil de température utilisé soit fiable afin d'assurer l'exactitude de la collecte de données. On peut à vrai dire se demander si une mesure de prise de

¹¹⁴ Cf. OFSP, Consignes – Auto-quarantaine, état au 19 mars 2020.

¹¹⁵ Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 COVID-19 (version au 8 avril 2020), p. 29 ad art. 10b.

¹¹⁶ Préposé fédéral à la protection des données (PFPD), Protection des données dans le cadre de l'endiguement du coronavirus, communication du 17 mars 2020.

température est proportionnée dans le sens qu'elle est effectivement apte à atteindre le but recherché (prévention de la contamination) ? En effet, on peut être atteint par le coronavirus sans avoir de fièvre et on peut avoir de la fièvre sans souffrir de ce virus ! L'employeur qui recourt à ce procédé est invité à donner des indications précises sur les conséquences d'une température considérée comme trop élevée auprès de l'un de ses employés. En tous les cas, la collecte de la température corporelle des employés n'affranchit pas l'employeur des mesures sanitaires et d'organisation indispensables dont il est responsable.

VII. Heures supplémentaires

A. Accomplissement d'heures supplémentaires

L'accomplissement des tâches servant à faire face aux exigences de santé et aux besoins quotidiens de la population entraîne une importante pression de travail sur certaines catégories d'employés. Il en est notamment ainsi pour les professionnels de la santé, les employés des magasins d'alimentation, les informaticiens et techniciens des télécommunications. Si les circonstances l'exigent, l'art. 321c al. 1 CO permet à l'employeur de demander l'accomplissement d'heures supplémentaires dans la mesure où l'employé peut s'en charger et les règles de la bonne foi permettent de le lui demander ; l'accomplissement de telles heures est subordonné à une condition de nécessité, telles que celles résultant de circonstances momentanées ou extraordinaires¹¹⁷. L'accroissement des besoins hospitaliers, de l'utilisation des réseaux informatiques et sociaux, l'organisation du télétravail, l'ouverture prolongée des magasins d'alimentation, de surcroît dans un contexte où des mesures de protection spéciales doivent être implémentées, sont de nature à justifier l'accomplissement d'heures supplémentaires.

B. Limites des heures et du travail supplémentaires

Cependant, la possibilité d'exiger des heures supplémentaires se heurte aussi à certaines limites. Ainsi, pour les employés et entreprises entrant dans le champ d'application de la loi sur le travail, il convient de respecter les limites fixées par l'art. 12 LTr, en ce sens que les heures supplémentaires accomplies durant l'année civile ne peuvent dépasser 170 heures pour les travailleurs dont la durée maximale de la semaine de travail est de 45 heures (art. 9 al. 1 let. a LTr) et 140 heures pour les travailleurs dont la durée maximale de la semaine de travail est de 50 heures (art. 9 al. 1 let. b LTr). S'agissant des travailleurs ayant des responsabilités familiales relatives à l'éducation des enfants jusqu'à l'âge de quinze ans ainsi que la prise en charge de membres de la parenté ou de proches exigeant des soins, il ne peut être exigé d'eux sans leur consentement qu'ils effectuent des heures supplémentaires allant au-delà de la durée maximale de la semaine de travail telle que fixée à l'art. 9 al. 1 LTr, à savoir en principe 45 ou 50 heures par semaine selon la catégorie d'entreprise ou de travailleur (art. 36 al. 2 LTr). En outre, il est interdit de demander à des femmes enceintes et des mères qui allaitent l'accomplissement d'heures supplémentaires (art. 60 al. 1 OLT1)¹¹⁸. Toutefois, une exception est prévue pour les services des hôpitaux confrontés à une augmentation massive du travail en raison du nombre de cas de maladies due au COVID-19, en ce sens que les dispositions de la loi sur le travail relatives au temps de travail et de repos sont suspendues aussi longtemps que la situation exceptionnelle l'exige, étant précisé que les employeurs concernés demeurent responsables de la protection de la santé de leurs travailleurs et doivent

¹¹⁷ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 4 ad art. 321c CO ; WYLER/HEINZER, p. 139.

¹¹⁸ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 4 ad art. 321c CO ; WYLER/HEINZER, p. 294.

en particulier veiller à ce que ceux-ci bénéficient de suffisamment de temps de repos (art. 10a al. 5 O-2-COVID-19).

C. Compensation d'heures supplémentaires

En relation avec les heures supplémentaires effectuées, qu'elles aient été accomplies dans un contexte antérieur ou lié à la crise du coronavirus, doit être examinée la question de leur éventuelle compensation. Pour bien comprendre cette problématique, il convient d'opérer une distinction. La compensation des heures supplémentaires est régie par l'art. 321c al. 1 et 2 CO, qui permet une certaine liberté. Pour les travailleurs soumis à la loi sur le travail, dès que la limite de la durée maximale de la semaine de travail au sens de l'art. 9 LTr est franchie, les heures supplémentaires constituent simultanément du « travail supplémentaire » au sens de l'art. 12 LTr, dont la compensation est régie par l'art. 13 LTr, qui est une disposition impérative. La combinaison de la liberté autorisée par l'art. 321c CO et de l'art. 13 LTr permet de synthétiser comme suit la liberté et les contraintes de l'obligation de compenser les heures supplémentaires :

- a) Paiement des heures supplémentaires, à un taux majoré de 25% : cette compensation est la règle de base qui s'applique dans tous les cas où un accord dérogatoire, au sens des let. b et c ci-dessous, n'est pas conclu¹¹⁹. De surcroît, l'art. 13 al. 1 LTr impose cette rémunération avec la majoration de 25% pour le travail supplémentaire effectué avec deux exceptions : pour les employés de bureau, techniciens et aux autres employés, y compris le personnel de vente des grands établissements du commerce de détail, cette rémunération ne s'impose impérativement qu'à partir de la soixante et unième heure de travail supplémentaire accomplie dans l'année civile (art. 13 al. 1 LTr) ; pour toutes les catégories de personnel, il est toujours possible de remplacer la rémunération des heures supplémentaires et du travail supplémentaire par un congé de durée équivalente avec l'accord du travailleur.
- b) Compensation en temps par un congé de durée équivalente : tant l'art. 321c al. 2 CO que l'art. 13 al. 2 LTr permettent la compensation en temps par un congé payé de durée équivalente. Il suffit que le travailleur donne son consentement à cette forme de compensation, étant précisé que cet accord n'est subordonné à aucune exigence de forme¹²⁰. Bien souvent, les dispositions du contrat de travail, d'un règlement d'entreprise ou d'une CCT privilégient la compensation en temps. Le refus par le travailleur d'une compensation en temps peut s'avérer abusif, lorsque celle-ci est justifiée par des intérêts de l'employeur dignes d'être pris en considération. Tel pourra être le cas lorsque la compensation interviendra à l'issue de pandémie et que les difficultés économiques de l'employeur justifieront une compensation en nature plutôt qu'en argent¹²¹.
- c) Exclusion de toute compensation en temps ou en argent : par convention écrite, il est possible d'exclure toute forme de compensation pour les heures supplémentaires. Une telle exclusion est cependant soumise à quelques restrictions¹²² : elle n'est possible que pour les heures supplémentaires accomplies postérieurement à l'accord écrit¹²³ et à la

¹¹⁹ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 9 ad art. 321c CO ; DUNAND, N 29 ad art. 321c CO ; WYLER/HEINZER, p. 151.

¹²⁰ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 7 ad art. 321c CO ; DUNAND, N 33 ad art. 321c CO ; WYLER/HEINZER, p. 151.

¹²¹ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, p. 24.

¹²² DUNAND, NN 40 ss ad art. 321c CO.

¹²³ ATF 124 III 469, c. 3a ; WYLER/HEINZER, p. 148.

condition que le salaire de base soit suffisamment élevé pour que l'on puisse considérer que celui-ci compense forfaitairement la rémunération des heures supplémentaires ; il convient également que cette exclusion ne contrevienne pas à une obligation de rémunérer les heures supplémentaires insérées dans la convention collective de travail qui serait, par hypothèse, applicable. Enfin, cette exclusion ne produit ses effets que pour les heures supplémentaires qui ne constituent pas simultanément du travail supplémentaire pour lequel l'art. 13 LTr prescrit l'obligation de compenser¹²⁴. La réduction des taux de compensation (par exemple la suppression de la majoration de 25% pour la compensation en argent) obéit aux mêmes restrictions.

- d) S'agissant des employés des services des hôpitaux confrontés à une augmentation massive du travail en raison du nombre de cas de maladies dues au COVID-19 qui ont effectué du travail supplémentaire au-delà des limites prévues par l'art. 12 LTr en application de l'art. 10a al. 5 O-2-COVID 19, ils bénéficient des compensations prévues par l'art. 13 LTr et d'éventuelles CCT applicables¹²⁵.

En relation avec l'indemnité en cas de RHT, la règle usuelle est que la durée de travail n'est réputée réduite qu'après déduction des heures supplémentaires non encore compensées effectuées au cours des 6 derniers mois (ou des 12 derniers mois en cas de nouvelle demande pendant le délai-cadre d'indemnisation en cours)¹²⁶. Toutefois, les mesures exceptionnelles liées au Covid-19 n'exigent plus que les salariés soient tenus de liquider leurs heures supplémentaires avant de pouvoir bénéficier du chômage partiel¹²⁷ ; il en découle une probable liberté de choix de l'employeur à ce sujet. Dans la mesure où les dispositions contractuelles prévoient une compensation en temps des heures supplémentaires effectuées, celle-ci peut être appliquée par l'employeur avant de faire appel au chômage partiel ; il n'y est cependant pas tenu. Cependant, il convient de bien distinguer les deux cas : les heures de compensation des heures supplémentaires ne sont pas prises en considération dans la perte de travail prise en considération, puisqu'elles sont destinées à réduire les compteurs d'heures supplémentaires et sont payées par l'employeur. Si la compensation n'intervient pas au stade des indemnités RHT, elle devra le cas échéant être opérée plus tard.

VIII. Droit aux vacances

A. Principes généraux

L'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, quatre semaines de vacances au moins et cinq semaines au moins aux travailleurs jusqu'à l'âge de 20 ans révolus (art. 329a al. 1 CO), ainsi qu'aux apprentis (art. 345a al. 3 CO). Les vacances sont fixées proportionnellement à la durée des rapports de travail lorsque l'année de service n'est pas complète (art. 329a al. 3 CO). L'employeur fixe la date des vacances en tenant compte des désirs du travailleur dans la mesure compatible avec les intérêts de l'entreprise ou du ménage (art. 329c al. 2 CO). Il verse au travailleur le salaire total afférant aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature (art. 329d al. 1 CO). Ces

¹²⁴ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 10 ad art. 321c CO ; WYLER/HEINZER, pp. 147-151.

¹²⁵ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, p. 8.

¹²⁶ Bulletin LACI RHT, B5 et 8a ad art. 31 LACI.

¹²⁷ https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/neues_coronavirus/kurzarbeit.html ; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, p. 24.

dispositions sur le droit aux vacances sont de nature relativement impérative de sorte qu'il n'est pas possible d'y déroger au détriment du travailleur (cf. art. 362 CO).

Ainsi, les vacances correspondent à un certain nombre de jours de travail, fixés à l'avance, pendant lesquels le travailleur n'a pas à fournir de prestations de service, tout en percevant son salaire¹²⁸. Elles constituent un droit unique qui est composé d'une double prétention : le temps de vacances et le salaire afférant aux vacances¹²⁹.

Le but des vacances est de permettre au travailleur de se reposer, de se détendre, de prendre de la distance à l'égard de ses obligations professionnelles, de retrouver sa forme physique et psychique¹³⁰. En principe, le travailleur n'a pas à se tenir à disposition de son employeur pendant ses vacances¹³¹. Il doit pouvoir se consacrer uniquement aux activités de son choix¹³². Le repos et la récupération du travailleur bénéficient également à l'employeur puisqu'ils permettent le maintien et le renouvellement de la capacité de travail à l'issue de la période de vacances¹³³.

B. Vacances forcées

Les vacances forcées correspondent à une période de vacances rémunérées prises par l'ensemble ou une certaine catégorie du personnel, sur une prescription unilatérale de l'employeur, pendant une période fixée par ce dernier¹³⁴. La question est de déterminer si un employeur a le droit d'imposer des vacances forcées, immédiates ou à bref délai, en raison des événements liés au coronavirus ? Pour répondre à cette question, il faut tenir compte de deux paramètres, à savoir le délai de préavis que doit respecter l'employeur pour fixer les vacances et la possibilité pour l'employé de bénéficier réellement du but des vacances.

Il est largement admis que l'employeur doit, en principe, respecter un délai de préavis de trois mois lorsqu'il fixe les vacances¹³⁵. Toutefois, la doctrine dominante estime qu'il est possible de réduire ou supprimer ce délai et d'ordonner des vacances forcées, lorsque ces dernières apparaissent comme absolument nécessaires, en raison de circonstances extraordinaires et imprévisibles qui sont susceptibles de mettre l'entreprise en sérieuses difficultés¹³⁶. La situation actuelle liée au Covid-19 nous paraît manifestement remplir ces conditions. Pour évaluer la possibilité d'ordonner des vacances forcées dans de telles circonstances, il ne peut toutefois être fait abstraction du second paramètre, celui de la possibilité pour le travailleur de bénéficier de jours de repos qui correspondent au but des vacances. La doctrine qui a proposé des critères pour délimiter le recours aux vacances forcées ne pouvait prévoir et n'a donc pas tenu compte de la situation si extraordinaire que nous vivons.

¹²⁸ WYLER/HEINZER, p. 489.

¹²⁹ BRÜHWILER, N 3 ad art. 329a CO ; CEROTTINI, N 1 ad art. 329a CO.

¹³⁰ CEROTTINI, N 2 ad art. 329a CO ; REHBINDER/STÖCKLI, N 1 ad art. 329a CO.

¹³¹ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 4 ad art. 329a CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 329a CO.

¹³² BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 1 ad art. 329a CO.

¹³³ CEROTTINI, N 2 ad art. 329a CO.

¹³⁴ CEROTTINI, N 21 ad art. 329c CO.

¹³⁵ CEROTTINI, N 16 ad art. 329c CO.

¹³⁶ CEROTTINI, N 22 ad art. 329c CO ; WYLER/HEINZER, p. 502. Contra : REHBINDER/STÖCKLI considèrent que le délai de préavis de trois mois doit également être respecté en cas de vacances forcées, N 11 ad art. 329c CO.

Les règles de confinement imposées par le Conseil fédéral, la situation économique, sociale et sanitaire et le climat anxigène ne sont guère propices à la détente et au repos psychique, et ils ne permettent pas au travailleur de se consacrer aux activités de son choix. On peut comparer cette situation à celle du travailleur malade. Une incapacité de travail implique généralement une incapacité de prendre des vacances, car l'objectif de détente ne peut être atteint¹³⁷. Lorsque l'affection dont souffre le travailleur est durable (elle excède deux à trois jours) et suffisamment sérieuse au point d'entraver sa récupération physique ou psychique, elle empêche en principe la réalisation du but des vacances¹³⁸. Ainsi, les jours d'incapacité à bénéficier des vacances ne seront pas décomptés au titre de vacances prises et pourront être repris à une date ultérieure¹³⁹. On verrait mal un employeur imposer des vacances forcées à un travailleur malade.

Au vu de ce qui précède, il nous paraît que les circonstances actuelles ne permettent en principe pas au travailleur d'exercer son droit aux vacances (temps de vacances) et que par conséquent l'employeur ne peut lui imposer des vacances forcées¹⁴⁰. D'ailleurs, mettre sur pied de telles vacances aurait comme conséquence probable une démotivation des travailleurs concernés et une réduction de leur rendement à leur retour au travail puisqu'ils n'auront pas pu se changer les idées et se reposer correctement.

C. Possibilité de renoncer aux vacances prévues et de les déplacer

Une fois les dates des vacances fixées, une modification ne peut en principe intervenir que d'un commun accord entre les parties¹⁴¹. Vu le contexte actuel, l'employé peut-il demander le report de vacances prévues ? Il est admis que certaines circonstances justifient que le travailleur demande le déplacement de vacances fixées, en particulier lorsqu'il se trouve dans l'incapacité d'en bénéficier¹⁴². A notre avis, pour obtenir un report, l'employé doit communiquer sans tarder sa requête, afin que l'employeur puisse prendre les dispositions utiles. Par ailleurs, l'employé doit évidemment se tenir à disposition pour exécuter sa prestation de travail. Notons que dans certaines entreprises, il est prévu que les travailleurs perdent les jours de vacances non pris à une date déterminée de l'année suivante. De telles pratiques sont contraires à la loi et nulles de plein droit¹⁴³. Le droit aux vacances peut donc se cumuler dans les limites du délai de prescription de cinq ans¹⁴⁴.

D. Employé soumis au régime de la réduction de l'horaire de travail (RHT)

Le régime des indemnités pour réduction de l'horaire de travail (chômage partiel) ne suspend pas le contrat de travail puisqu'il suppose que le congé n'a pas été donné (cf. art. 31 al. 1 let. c LACI). Dès lors le droit aux vacances du travailleur concerné n'est pas affecté pendant que son entreprise perçoit des indemnités pour RHT. Une autre question est de déterminer si

¹³⁷ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 3 ad art. 329a CO ; STAEHELIN, N 15 ad art. 329c CO.

¹³⁸ TF 4A_117/2007 du 13 septembre 2007, c. 6.3. Voir aussi STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 329a CO.

¹³⁹ CEROTTINI, N 25 ad art. 329a CO ; SUBILIA/DUC, N 32 ad art. 329a CO ; WYLER/HEINZER, pp. 492 s.

¹⁴⁰ Contra : GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 65.

¹⁴¹ CEROTTINI, N 32 ad art. 329c CO ; WYLER/HEINZER, p. 499.

¹⁴² CEROTTINI, N 33 ad art. 329c CO ; WYLER/HEINZER, p. 499.

¹⁴³ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 10 ad art. 329c CO ; BRÜHWILER, N 1 ad art. 329c CO ; SAJEC, p. 357 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 329c CO ; WYLER/HEINZER, p. 516.

¹⁴⁴ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 10 ad art. 329c CO ; SAJEC, p. 357.

l'employeur peut réduire la durée des vacances en raison de la réduction de l'horaire de travail ?

L'art. 329b CO confère la possibilité à l'employeur de réduire la durée des vacances lorsque des absences cumulées du travailleur pendant une année de service dépassent une certaine durée¹⁴⁵. Les circonstances permettant une réduction de la durée des vacances sont énumérées de manière exhaustive à l'art. 329b CO¹⁴⁶. Une RHT ne fait pas partie de ces circonstances. Il faut donc considérer qu'une période de chômage partiel ne permet pas à un employeur de réduire la durée des vacances¹⁴⁷.

IX. Télétravail à domicile

A. Principes généraux

En raison de la crise du coronavirus, le nombre d'employés exécutant du télétravail à domicile (*home office*), à titre partiel ou pour la totalité de leur temps de travail, a énormément augmenté ces dernières semaines¹⁴⁸. A défaut de règles spécifiques dans le régime de droit commun, les dispositions ordinaires du Code des obligations sur le contrat de travail et la législation sur le travail s'appliquent. Il est conseillé aux parties de prévoir une convention sur l'organisation et les conditions du télétravail.

S'il offre de réelles opportunités, le télétravail à domicile peut également comporter des risques qu'il ne faut pas sous-estimer. Il s'agit notamment d'assurer la sécurité des données et de leur communication¹⁴⁹, ainsi que de préserver la sphère privée et la santé des travailleurs concernés¹⁵⁰. En outre, lorsque le *home office* est pratiqué par un travailleur frontalier, la question d'un éventuel assujettissement au régime de sécurité sociale de l'Etat de résidence se pose. Selon l'art. 13 § 1 du Règlement (CE) 883/2004¹⁵¹ la détermination du régime de sécurité sociale applicable intervient lorsque la personne exerce « normalement » une activité salariée dans deux ou plusieurs Etats membres. Vu le caractère exceptionnel de la situation et son caractère temporaire, la condition de la régularité n'est pas remplie et un travailleur frontalier exerçant habituellement l'essentiel de son activité en Suisse devrait ainsi rester soumis à la législation suisse de sécurité sociale.

B. Directives de l'employeur imposant le travail à domicile

L'élément caractéristique essentiel du contrat de travail réside dans le rapport de subordination qui place le travailleur dans la dépendance de son employeur sous l'angle temporel, spatial, personnel et hiérarchique¹⁵². Ainsi, le droit de l'employeur d'exiger du travailleur un changement du lieu de travail entre en principe dans le cadre de son pouvoir d'énoncer des directives (art. 321d al. 1 CO), que le travailleur doit observer selon les règles

¹⁴⁵ CEROTTINI, N 1 ad art. 329b CO.

¹⁴⁶ CEROTTINI, N 6 ad art. 329b CO.

¹⁴⁷ RUBIN, p. 337 N 13 ad art. Rem 31ss LACI.

¹⁴⁸ Sur la notion et les modalités du télétravail, cf. BILLARANT, pp. 161 ss.

¹⁴⁹ FANTI, pp. 229 ss.

¹⁵⁰ CIRIGLIANO, pp. 268 ss ; DUNAND, Internet, p. 35.

¹⁵¹ Règlement (CE) no 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, adapté selon l'annexe II ALCP (RS 0.831.109.268).

¹⁵² AUBERT, Commentaire, NN 6 ss ad art. 319 CO.

de la bonne foi (art. 321d al. 2 CO)¹⁵³. Toutefois, lorsque le lieu de travail est expressément fixé dans le contrat de travail, l'employeur n'a, en principe, pas la possibilité de le modifier sans l'accord du travailleur¹⁵⁴. Cette règle peut cependant être écartée en cas de circonstances exceptionnelles. Dans un rapport de 2016 sur les conséquences juridiques du télétravail, le Conseil fédéral a donné des lignes directrices à ce sujet : « Le changement de ce lieu de travail ne sera donc en principe possible que ponctuellement et pour une durée limitée, si l'employeur peut se prévaloir d'un intérêt prépondérant et que le télétravail peut être exigé du travailleur dans le cas concret. Si le télétravail répond à une nécessité du moment ou à une urgence, il pourra également être exigé de manière unilatérale sur la base du devoir de fidélité du travailleur, celui-ci devant veiller aux intérêts de l'employeur et travailler le cas échéant provisoirement dans un autre lieu »¹⁵⁵. Dans les circonstances actuelles de la pandémie, le télétravail à domicile est une voie privilégiée par les autorités afin de réduire les interactions humaines et freiner la propagation du Covid-19. Il paraît donc que l'employeur est en droit de l'imposer, pour autant évidemment qu'il puisse être organisé dans le respect de la loi (place de travail conforme aux exigences en matière de santé et de sécurité au travail, notamment)¹⁵⁶. Toute personne en capacité de travailler peut être tenue de fournir sa prestation de travail sous la forme de *home office*, y compris les personnes vulnérables (cf. art. 10c al. 1 ordonnance 2) et les personnes en quarantaine. Il va de soi que tel n'est pas le cas des personnes empêchées de travailler, sans faute de leur part, pour une cause inhérente à leur personne (cf. art. 324a CO).

C. Enregistrement du temps de travail

La législation sur le travail (Loi sur le travail et ordonnances d'application) porte à la fois sur la protection de la santé au sens large, ainsi que sur la durée du travail et du repos, dont l'aménagement vise à protéger la santé des atteintes imputables aux périodes de travail trop longues. Ces règles s'appliquent pleinement au télétravail à domicile. Les dispositions sur la durée maximale du travail (art. 9 al. 1 LTr), le travail de jour et le travail du soir (art. 10 LTr), le travail supplémentaire (art. 12 et 13 LTr) et la durée du repos quotidien (art. 15a LTr) doivent notamment être scrupuleusement respectés. De même, le travail de nuit (cf. art. 16 LTr) et le travail le dimanche (art. 18 al. 1 LTr) sont en principe interdits, les cas d'urgence étant réservés (art. 17 et 19 LTr).

La pierre angulaire du système réside dans l'obligation de l'employeur de tenir à disposition des autorités d'exécution et de surveillance les registres ou autres pièces contenant les informations nécessaires à l'exécution de la législation sur le travail (art. 46 LTr). L'art. 73 de l'ordonnance 1 relative à la Loi sur le travail (OLT 1)¹⁵⁷ précise, s'agissant de l'enregistrement du temps de travail, que les registres doivent notamment contenir les données : sur les durées (quotidienne et hebdomadaire) du travail effectivement fourni, travail compensatoire et travail supplémentaire inclus, ainsi que ses coordonnées temporelles (let. c), sur les jours de repos (let. d), ainsi que sur l'horaire et la durée des pauses d'une durée égale ou supérieure à une demi-heure (let. e). La manière de procéder à l'enregistrement est libre pourvu que l'employeur puisse attester des horaires et de la durée du travail fournis par ses employés.

¹⁵³ DUNAND, N 32 ad art. 321d CO.

¹⁵⁴ DUNAND, N 33 ad art. 321d CO.

¹⁵⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, p. 35.

¹⁵⁶ Dans le même sens, SCHWAAB, N 29.

¹⁵⁷ RS 822.111.

Depuis le 1^{er} janvier 2016, il est possible, pour certaines catégories de travailleurs, de prévoir un enregistrement simplifié. L'employeur doit obtenir l'accord des représentants des travailleurs au sein de l'entreprise ou de la branche ou, à défaut, de la majorité des travailleurs de l'entreprise (art. 73b OLT 1). Dans certains cas, il est même possible de renoncer à tout enregistrement du temps de travail. Une telle renonciation doit toutefois être prévue dans une convention collective de travail négociée par les partenaires sociaux (art. 73a OLT 1).

Même s'il existe une certaine souplesse d'organisation inhérente au télétravail, il est important de respecter les règles en matière d'enregistrement du temps de travail. L'employeur doit donner les instructions nécessaires afin que les travailleurs saisissent leurs heures de travail. Le rapport de confiance et l'autonomie qu'implique le télétravail seront mis en avant¹⁵⁸. Toute tricherie au sujet de l'utilisation du temps de travail pourra être sanctionnée, parfois même par un licenciement avec effet immédiat¹⁵⁹.

D. Frais liés au télétravail

Sauf accord ou usage contraire, l'employeur fournit au travailleur les instruments de travail et les matériaux dont celui-ci a besoin (art. 327 al. 1 CO). Par ailleurs, l'employeur rembourse au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du travail (art. 327a al. 1 CO). Il est possible de prévoir que les frais engagés par le travailleur lui seront remboursés sous forme d'une indemnité fixe, telle qu'une indemnité hebdomadaire (art. 327a al. 2 CO). En revanche, les accords en vertu desquels le travailleur supporte lui-même tout ou partie de ses frais nécessaires sont nuls (art. 327a al. 3 CO).

Ces règles générales s'appliquent au télétravail à domicile. Il en résulte que l'employeur doit fournir au télétravailleur à domicile les instruments de travail (art. 327 CO) et lui rembourser les frais liés à l'exécution du travail (art. 327a CO). S'agissant des instruments, l'employeur devrait donc fournir tout le matériel de bureau nécessaire, y compris le matériel informatique (ordinateur, imprimante, etc.). En pratique, il est fréquent que l'employé utilise ses propres matériaux, ce qui est à déconseiller en raison des risques de ne pouvoir assurer la sécurité des données et du mélange des activités professionnelles et privées. S'agissant des frais, l'employeur est tenu de prendre en charge les frais de communication (téléphone, connexion internet) et les frais accessoires (chauffage, électricité, eau) supplémentaires, effectivement générés par le travail à domicile¹⁶⁰. En revanche, l'employé n'a en principe pas droit à une indemnisation pour l'utilisation de ses locaux privés lorsqu'il dispose d'une place de travail dans les locaux de l'entreprise. En effet, dans ce cas, l'employeur ne réalise pas une économie du fait du télétravail, en profitant des infrastructures privées du travailleur¹⁶¹. Il est évidemment prudent de convenir des règles de fourniture du matériel et de prise en charge des frais au début de l'activité de télétravail.

¹⁵⁸ Conseil fédéral, p. 39.

¹⁵⁹ WYLER/HEINZER, p. 112.

¹⁶⁰ WYLER/HEINZER, p. 379.

¹⁶¹ WYLER/HEINZER, p. 378. Sur cette question, cf. TF 4A_533/2018 du 23 avril 2019, c. 6.

X. Protection contre le licenciement

A. Principes généraux

Le contrat de travail de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties (art. 335 al. 1 CO). On distingue la résiliation ordinaire et la résiliation extraordinaire. Pour une résiliation ordinaire, il faut respecter le délai de résiliation et les termes légaux ou conventionnels (art. 335a ss CO). Selon la jurisprudence, en droit suisse, la liberté de résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le congé est valable même en cas de motivation manquante, fautive ou incomplète¹⁶². Une partie peut également résilier le contrat de travail avec effet immédiat, en tout temps (art. 337 al. 1 CO). Pour qu'une telle résiliation extraordinaire soit considérée comme justifiée, il faut que la partie qui la notifie puisse se prévaloir de justes motifs et qu'elle réagisse sans tarder (en principe, délai de réflexion de deux à trois jours ouvrables¹⁶³). Sont notamment considérées comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 al. 2 CO).

Le Code des obligations prévoit trois types de protection contre les congés individuels (nous ne traitons pas du licenciement collectif). Ces protections existent en principe aussi bien en cas de résiliation du contrat par l'employeur que par le travailleur. Nous nous concentrerons ici sur les cas de résiliation par l'employeur, soit la protection contre le licenciement. La loi distingue la résiliation abusive, la résiliation en temps inopportun et la résiliation immédiate injustifiée. Le congé est abusif s'il est donné pour un motif qui n'est pas digne de protection. L'art. 336 CO énumère huit cas (congé discriminatoire et congé-représailles notamment). La liste n'est pas exhaustive. L'ordre juridique peut reconnaître d'autres cas pour autant qu'ils aient une gravité similaire¹⁶⁴. Le caractère abusif d'un congé n'affecte pas sa validité. En revanche, l'employé victime d'un tel congé peut solliciter le paiement d'une indemnité dont le montant sera fixé par le juge, compte tenu de toutes les circonstances, mais correspondant au plus à six mois de salaire du travailleur (art. 336a al. 2 CO). Alors que la résiliation est abusive en raison du motif, la résiliation est considérée comme survenant en temps inopportun en fonction du moment auquel elle intervient. L'art. 336c al. 1 CO contient une liste des situations donnant lieu à protection (par exemple, incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident). Après le temps d'essai, le congé donné pendant une de ces situations (périodes de protection) est nul ; si le congé a été donné avant l'une de ces périodes et si le délai n'a pas expiré avant cette période, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de cette période (art. 336c al. 2 CO). Enfin, le congé immédiat sera considéré comme injustifié en cas d'absence de justes motifs et/ou de réaction tardive. La résiliation est toutefois valable et produit des effets immédiats, sans égard qu'elle soit justifiée ou non¹⁶⁵. Le travailleur licencié de manière immédiate injustifiée a cependant droit à des dommages-intérêts correspondants à la rémunération manquée (art. 337c al. 1 CO), sous réserve d'imputations éventuelles (art. 337c al. 2), ainsi qu'à une indemnité dont le

¹⁶² ATF 123 III 60, c. 3b. Voir aussi HUMBERT/LERCH, N 11.1 ; STAHELIN, N 3 ad art. 335 CO.

¹⁶³ ATF 138 I 113, c. 6.3.2.

¹⁶⁴ ATF 132 III 115, c. 2.1.

¹⁶⁵ ATF 117 II 270.

juge fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances, mais qui ne dépassera pas six mois de salaire du travailleur licencié (art. 337c al. 3 CO).

B. Licenciement d'un employé pour des motifs économiques

Malgré les mesures d'urgence prises par le Conseil fédéral, et en particulier l'élargissement des conditions du chômage partiel, des employeurs ont licencié ou souhaitent licencier un ou plusieurs de leurs employés en raison de la mauvaise conjoncture économique. Comme nous l'avons vu, le droit suisse privilégie la liberté de résilier, sous réserve d'un abus. Un motif économique constitue un intérêt digne de protection qui exclut généralement de considérer que le congé est abusif¹⁶⁶. Des motifs économiques peuvent se définir comme des motifs non inhérents à la personne du travailleur, c'est-à-dire des raisons liées à la situation économique de l'entreprise qui rendent nécessaires la suppression ou la modification de postes de travail¹⁶⁷. Ainsi en va-t-il lorsque l'entreprise se trouve dans une situation financière difficile, en raison d'un recul des commandes, et qu'elle ne peut plus assumer le paiement des salaires convenus¹⁶⁸. Pour être digne de protection, le motif économique doit dépendre d'une certaine gêne de l'employeur, ce qui exclut la seule volonté d'augmenter les profits¹⁶⁹. En principe, la mauvaise marche des affaires, le manque de travail ou des impératifs stratégiques commerciaux constituent des motifs économiques admissibles¹⁷⁰. En outre, l'employeur a le droit d'anticiper des difficultés prévisibles dans la marche des affaires ; il n'a pas besoin d'attendre d'être dans des difficultés économiques pour prendre des mesures de restructuration¹⁷¹. Dans les circonstances actuelles, le licenciement ordinaire notifié en raison de difficultés économiques n'est donc en principe pas abusif, pour autant évidemment que le motif invoqué soit réel et causal. L'employeur a la liberté de choisir la voie du licenciement plutôt que de solliciter une mesure de RHT. Un autre cas de figure est celui du licenciement ordinaire d'un employé qui refuse le chômage partiel. Un tel licenciement ne nous paraît pas non plus abusif lorsque l'employeur éprouve de réelles difficultés économiques. En revanche, des difficultés économiques ne justifient jamais un licenciement immédiat¹⁷². A notre avis, le refus de l'employé du chômage partiel ne constitue pas non plus un juste motif de licenciement extraordinaire.

C. Licenciement d'un employé âgé au bénéfice d'une grande ancienneté

Les cas d'application légaux (art. 336 CO) ou jurisprudentiels du congé abusif sont nombreux. La personne qui résilie le contrat de travail doit donc être prudente. Selon le Tribunal fédéral, par exemple, le caractère abusif d'une résiliation peut découler non seulement de ses motifs, mais également de la façon dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit. En effet, même lorsqu'elle résilie un contrat de manière légitime, la partie doit exercer son droit avec des égards¹⁷³. Ainsi, le licenciement peut se révéler abusif lorsque l'employeur néglige dans

¹⁶⁶ ATF 138 III 362, c. 6.2.1. Voir aussi CHANSON, pp. 76 ss ; DUNAND, N 90 ad art. 336 CO ; HUMBERT/LEKCH, N 11.1.

¹⁶⁷ CAPH/GE du 14 mars 2007, c. 3.3.3, in : JAR 2008, p. 386.

¹⁶⁸ TF 4A_555/2011 du 23 février 2012, c. 2.3.3.

¹⁶⁹ CHANSON, p. 79.

¹⁷⁰ ATF 133 III 512, c. 6.2.

¹⁷¹ ATF 133 III 512, c. 6.3.

¹⁷² GLOOR, N 46 ad art. 337 CO.

¹⁷³ ATF 132 III 115, c. 2.2.

le contexte du licenciement son devoir de veiller à la protection de la personnalité du travailleur (art. 328 CO)¹⁷⁴.

Notre Haute Cour a eu l'occasion de préciser ces principes dans plusieurs arrêts relatifs au licenciement de travailleurs âgés au bénéfice d'une grande ancienneté¹⁷⁵. L'employeur a un devoir de protection accru pour de tels travailleurs¹⁷⁶. Avant de les licencier, il doit les informer préalablement de la mesure envisagée, leur donner l'occasion de se déterminer et rechercher des solutions permettant le maintien des rapports de travail¹⁷⁷. A défaut de règle jurisprudentielle précise, il a été suggéré qu'une telle protection pouvait s'appliquer aux travailleurs âgés de 50 ans au moins et bénéficiant de plus de 10 ans d'emploi ininterrompu auprès du même employeur (ou au sein du groupe de l'employeur) au moment du licenciement¹⁷⁸. Il n'y a aucune raison, bien au contraire, que ces principes de protection ne s'appliquent pas dans le contexte actuel. L'employeur désireux de licencier un employé âgé au bénéfice d'une grande ancienneté ne peut donc se limiter à invoquer des motifs économiques. Il doit aussi démontrer avoir fait preuve des égards particuliers définis par la jurisprudence. S'agissant des personnes employées qui ont 65 ans ou plus, nous considérons qu'elles bénéficient d'une protection supplémentaire (cf. ci-dessous, section E).

D. Licenciement en raison du refus de travailler de l'employé

Dans le contexte de la crise du coronavirus, il peut se produire plusieurs situations dans lesquelles un employé refuse de travailler et qu'il est licencié pour cette raison. L'évaluation de la licéité du licenciement va dépendre du caractère légitime ou non du refus, lequel ne résulte pas de la volonté subjective unilatérale de l'employé mais de circonstances objectives qui sont protégées par la loi.

L'employé peut notamment se prévaloir d'un motif légitime à ne pas exécuter sa prestation de travail dans l'entreprise lorsque son employeur n'a pas pris les mesures organisationnelles et techniques à même de garantir le respect des recommandations de la Confédération en matière d'hygiène et d'éloignement social (cf. art. 10c al. 2 O-2-COVID-19). L'employé peut en effet refuser de travailler tant que sa santé n'est pas protégée et préservée (cf. art. 328 CO et art. 6 LTr). Il doit mettre en demeure son employeur de remédier à la situation. L'employé conserve son droit au salaire. Le licenciement ordinaire notifié dans ces circonstances à l'employé sera considéré comme abusif (art. 336 al. 1 let. d CO). De même, un licenciement immédiat sera considéré comme injustifié (art. 337c CO).

En revanche, lorsque les règles en matière de protection de la santé des travailleurs, et en particulier les mesures sanitaires prescrites, sont respectées et que le travailleur n'est pas une personne vulnérable au sens de l'art. 10b al. 2, il ne peut refuser sa prestation de travail au motif de sa crainte d'être contaminé. Dans de telles circonstances, le licenciement ordinaire qui lui est notifié ne sera pas considéré comme abusif. L'employeur a aussi la possibilité de le mettre en demeure de reprendre immédiatement son travail avec un avertissement qu'à

¹⁷⁴ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 14 ad art. 336 CO ; DUNAND, NN 77 et 78 ad art. 336 CO.

¹⁷⁵ Cf. notamment ATF 132 III 115 (2005), c. 5 et TF 4A_384/2014 du 12 novembre 2014, c. 4-5.

¹⁷⁶ Cf. HUMBERT/LERCH, NN 11.85-99 ; WYLER/HEINZER, pp. 821 ss.

¹⁷⁷ TF 4A_384/2014 du 12 novembre 2014, c. 4.2.1.

¹⁷⁸ WYLER/HEINZER, p. 824.

défaut un licenciement immédiat lui sera notifié. Le refus illégitime de fournir la prestation de travail au mépris d'injonctions claires constitue en effet un juste motif de licenciement¹⁷⁹.

E. Licenciement d'un travailleur malade, en (auto-)isolement, (auto-)quarantaine ou vulnérable

Il est admis que l'art. 336c CO définit de manière exhaustive les périodes de protection contre un licenciement en temps inopportun¹⁸⁰. La disposition est de nature relativement impérative de sorte que les parties peuvent convenir de prolonger les périodes de protection ou de prévoir des périodes de protection supplémentaires¹⁸¹. La finalité de l'art. 336c CO est de permettre au travailleur de bénéficier d'un délai de résiliation complet en sus des périodes de protection pour lui permettre de rechercher un nouvel emploi¹⁸². Il s'agit de faire en sorte que le travailleur qui est incapable de travailler en raison d'une maladie ou d'un accident soit placé dans les mêmes conditions que celui qui est en bonne santé, de manière à ce qu'il bénéficie, lui aussi, d'un laps de temps suffisant pour trouver un nouveau travail¹⁸³.

Selon l'art. 336c al. 1 let. b CO, après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail « pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputable à la faute du travailleur, et cela, durant 30 jours au cours de la première année de service, durant 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service et durant 180 jours à partir de la sixième année de service ». Pour que cette disposition s'applique, il faut donc que l'employé soit dans l'incapacité (totale ou partielle) de travailler en raison d'une maladie ou d'un accident ; il ne suffit pas d'être malade ou accidenté¹⁸⁴. Le travailleur doit apporter la preuve de l'existence d'une telle incapacité de travail, en général en produisant un certificat médical¹⁸⁵. Si l'atteinte est si insignifiante qu'elle n'est pas propre à empêcher l'employé de commencer une nouvelle activité, la protection de l'art. 336c CO tombe¹⁸⁶.

Dans les conditions de cette disposition, le licenciement d'un employé empêché de travailler en raison du fait qu'il est atteint du coronavirus (ou de toute autre maladie), doit sans aucun doute être considéré comme étant intervenu en temps inopportun (art. 336c al. 1 let. b CO). Il est donc nul (art. 336c al. 2 CO)¹⁸⁷.

Qu'en est-il du licenciement d'un travailleur en (auto-)isolement, en (auto-)quarantaine ou vulnérable ? Selon le texte de l'art. 336c al. 1 let. b CO, la protection contre un congé donné en temps inopportun ne peut survenir que si le travailleur est en incapacité de travail en raison de la maladie. Lorsque ces conditions ne sont pas réalisées, les travailleurs en (auto-)isolement, en (auto-)quarantaine ou vulnérables ne semblent pas pouvoir bénéficier de cette

¹⁷⁹ ATF 111 II 245, c. 3. Voir aussi GLOOR, N 29 ad art. 337 CO.

¹⁸⁰ AUBRY-GIRARDIN, N 19 ad art. 336c CO.

¹⁸¹ AUBRY-GIRARDIN, N 19 ad art. 336c CO ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 3 ad art. 336c CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 15 ad art. 336c CO.

¹⁸² ATF 128 III 212, c. 2c. Voir aussi AUBRY-GIRARDIN, N 1 ad art. 336c CO ; WITZIG, N 704.

¹⁸³ ATF 124 III 474, c. 2b.

¹⁸⁴ AUBRY-GIRARDIN, N 26 ad art. 336c CO.

¹⁸⁵ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 5 ad art. 336c CO.

¹⁸⁶ ATF 128 III 212, c. 2c.

¹⁸⁷ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 72.

protection¹⁸⁸. Nous considérons que ces personnes pourraient plutôt invoquer l'art. 336 al. 1 let. a CO, lequel considère comme abusif le congé donné pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie (congé-discriminatoire). L'ensemble des caractéristiques d'une personne digne d'être protégée par la loi sont des raisons inhérentes, par exemple l'âge, la séropositivité, la maladie ou le handicap¹⁸⁹. Il devrait être possible de plaider que le statut de personne vulnérable ou les autres cas mentionnés ci-dessus sont des raisons inhérentes à la personnalité. Cependant, un congé donné pour une telle raison n'est pas abusif lorsque l'employeur parvient à prouver que cette raison avait un lien avec le rapport de travail ou qu'elle portait sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise. Alors que la première hypothèse vise principalement la correcte exécution de la prestation de travail et le respect du devoir de fidélité de l'employé, la seconde vise avant tout la préservation d'un climat de travail agréable dans l'entreprise¹⁹⁰. La situation économique de l'employeur devrait cependant aussi être prise en considération comme motif justificatif. Dès lors, l'employeur pourrait se prévaloir d'un motif justificatif dans les cas où son obligation de payer le salaire sans recevoir en échange la prestation de travail le met dans une situation de trop grande difficulté en raison de sa durée ou de son ampleur (par exemple en vertu de l'art. 10b al. 2 O-2-COVID-19). En revanche, de tels motifs ne sauraient être retenus pour les périodes où ces situations permettent à l'employé de bénéficier des allocations pertes de gain prévues par l'art. 2 O-COVID-19 APG ou rentrent dans le cadre ordinaire de l'application des obligations de payer le salaire en cas d'empêchement non fautif de travailler tels que prévus par les art. 324a et 324b CO.

F. Licenciement d'un travailleur qui accomplit un service militaire

Dans la situation actuelle, les activités de l'armée sont réorganisées de sorte que des cours de répétition sont prolongés et que des personnes sont convoquées au service militaire avec un court délai de préavis. Les employeurs des personnes qui accomplissent une période de service militaire sont donc privés de forces de travail, parfois sans aucune prévisibilité. Les employés concernés sont en principe protégés contre le licenciement. En effet, selon l'art. 336c al. 1 let. a, après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail pendant que le travailleur accomplit un service militaire obligatoire en vertu de la législation fédérale, ou encore pendant les quatre semaines qui précèdent et qui suivent ce service pour autant qu'il ait duré plus de onze jours. Ainsi, le licenciement d'un travailleur qui accomplit un service militaire est nul et ne déploie aucun effet (art. 336c al. 2 CO). En revanche, lorsqu'un employé est licencié en dehors d'une période de protection de l'art. 336c al. 1 CO, mais parce qu'il accomplit du service militaire, le congé est valable mais abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. e CO¹⁹¹.

G. Licenciement d'un travailleur avant son entrée en service

Il arrive qu'un employeur ait recruté un nouvel employé par la conclusion d'un contrat de travail avec une entrée en service dans un délai proche, par exemple le mercredi 15 avril

¹⁸⁸ Contra : GEISER/MÜLLER/PÄRLI, NN 72-73 et SCHWAAB, NN 20-22, lesquels semblent s'appuyer sur le contexte sanitaire visant ces diverses catégories de personnes permettant, selon eux, de les assimiler à des personnes malades car elles ont notamment un risque accru de le devenir.

¹⁸⁹ ATF 130 III 699, c. 4.1. Voir aussi BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 3 ad art. 336 CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 ad art. 336 CO.

¹⁹⁰ ATF 127 III 86, c. 2c.

¹⁹¹ DUNAND, N 54 ad art. 336 CO ; WYLER/HEINZER, p. 855.

prochain. Dans les circonstances actuelles, il est compréhensible que l'employeur ne souhaite pas maintenir ce contrat, soit parce qu'il exploite un établissement public fermé par décision des autorités, par exemple un magasin ne vendant pas des denrées alimentaires ou des biens de consommation courante (cf. art. 6 al. 2 et 3 O-2-COVID-19), soit parce qu'il n'aura pas assez de travail à fournir à l'employé ou qu'il redoute les conséquences de la crise sur le développement de l'entreprise. Dans tous les cas, l'employeur doit notifier un licenciement ordinaire à l'employé. Le délai de congé ne pourra courir qu'à partir du premier jour de travail prévu et le congé ne deviendra effectif qu'à l'expiration du délai de congé¹⁹². En principe, le premier mois de travail est considéré comme temps d'essai (art. 335b al. 1 *in fine* CO). Pendant le temps d'essai, chacune des parties peut résilier le contrat de travail à tout moment moyennant un délai de congé de sept jours (art. 335b al. 1 CO). Nous considérons que ce délai de résiliation prévu durant le temps d'essai s'applique dans le cas d'un licenciement avant l'entrée en service¹⁹³. Dans notre exemple, si l'employeur notifie le congé par exemple le mardi 14 avril, le délai de congé débutera le mercredi 15 avril et le congé sera effectif le mercredi 22 avril. Notons que l'employeur doit en principe le salaire relatif à la durée de sept jours du contrat, sauf, selon l'opinion que nous développons plus haut, si l'entreprise exploite un établissement public qui a été fermé par décision des autorités (cf. ci-dessus, ch. III).

XI. 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. C'est pourquoi, nous avons tenté de répondre à quelques interrogations fréquentes. 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.

En outre le droit d'exception ne doit pas faire oublier le droit ordinaire ; nous l'espérons, l'exception sera une parenthèse. Il faut donc admettre cette exception, reconnaître qu'elle ne s'intègre pas toujours dans des hypothèses envisagées par le législateur, en revenir aux sources dans le recours et l'interprétation des règles ordinaires et traiter l'exception pour elle-même.

¹⁹² BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 16 ad art. 335 CO.

¹⁹³ Dans le même sens : Rehbindler/Stöckli, N 15 ad art. 335 CO ; Staehelin, N 21 ad art. 335 CO. Contra : BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, lesquels considèrent que comme l'employeur ne fait pas usage du temps d'essai, il faut appliquer les délais et termes de congé contractuels légaux après le temps d'essai (art. 335c CO), N 16 ad art. 335 CO.

Bibliographie

A. Documents des autorités fédérales spécifiques au coronavirus

OFFICE FEDERAL DE LA SANTE PUBLIQUE (OFSP), Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 2 COVID-19), état au 8 avril 2020.

OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES, Circulaire sur l'allocation pour perte de gain en cas de mesures destinées à lutter contre le coronavirus – Corona-perte de gain (CCPG), état au 17 mars 2020.

B. Doctrine

AUBERT GABRIEL, La protection des données dans les rapports de travail, *in* : Journée 1995 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1999, pp. 145 ss (cité : La protection).

AUBERT GABRIEL, ad art. 319 CO, *in* : Commentaire romand du CO I, Bâle 2003 (cité : Commentaire).

AUBRY-GIRARDIN FLORENCE, ad art. 336c CO, *in* : Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.

BILLARANT JULIEN, Pour une approche nouvelle du rapport de subordination en droit privé du travail, Genève/Zurich/Bâle 2020.

BRUCHEZ CHRISTIAN, MANGOLD PATRICK ET SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2019.

BRÜHWILER JÜRIG, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-343 OR, Bâle 2014.

CEROTTINI ERIC, ad art. 329a, 329b et 329c CO, *in* : Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.

CHANSON ESTELLE, Le licenciement « pour motifs économiques » ou « pour défaut de caractère », *in* : Panorama II en droit du travail, Berne 2012, pp. 67 ss.

CIRIGLIANO LUCA, Numérisation du point de vue des syndicats : une chance et un défi à relever, *in* : La révolution 4.0 au travail, Genève/Zurich/Bâle 2019, pp. 257 ss.

CONSEIL FÉDÉRAL, Conséquences juridique du télétravail, rapport du 16 novembre 2016.

DUNAND JEAN-PHILIPPE, ad art. 321c, 321d, 328b et 336 CO, *in* : Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.

DUNAND JEAN-PHILIPPE, Internet au travail : droits et obligations de l'employeur et du travailleur, *in* : Internet au travail, Genève/Zurich/Bâle 2014, pp. 33 ss (cité : Internet).

FANTI SÉBASTIEN, Protection des données informatiques, *in* : La protection des données dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2017, pp. 229 ss.

FLÜCKIGER CHRISTIAN, Principes généraux de la protection des données et communications transfrontières dans le cadre des relations de travail, *in* : La protection des données dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2017, pp. 1 ss.

GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND/PÄRLI, KURT, *Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus*, Jusletter 23 mars 2020.

GLOOR WERNER, ad art. 337 CO, *in* : Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.

GUILLOD OLIVIER/GIAUQUE ALAIN, Secret médical et rapports de travail, *in* : Journée 1997 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1999, pp. 51 ss.

HUMBERT DENIS/LERCH ANDRÉ, Kündigungsschutz, *in* : Fachhandbuch Arbeitsrecht, pp. 411 ss.

LONGCHAMP GUY, ad art. 324 CO, *in* : Commentaire du contrat de travail, Berne 2013 (cité : Commentaire du contrat de travail).

LONGCHAMP GUY, ad art. 28 LPGA, *in* : Commentaire romand de la LPGA, Bâle 2018 (cité : Commentaire LPGA).

MEIER PHILIPPE, Protection des données, Berne 2011.

NOVIER MERCEDES, La participation des travailleurs dans la santé au travail, *in* : Panorama III en droit du travail, Berne 2017, pp. 181 ss (cité : La participation).

NOVIER MERCEDES, Le certificat médical dans les relations de travail, *in* : Les certificats dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 75 ss (cité : Le certificat).

PÄRLI KURT/KUNZ LAURA, ad art. 18 et 28 LPGA, *in* : Commentaire bâlois de la LPGA, Bâle 2020.

REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, ad art. 329a, 329c CO et 335 CO, *in* : Commentaire bernois, Berne 2010.

RUBIN BORIS, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Zurich 2014.

SAJEC, Service d'assistance juridique et conseils, Le droit du travail au quotidien, Genève 2016.

SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, *Le travailleur en quarantaine*, Jusletter 23 mars 2020.

STAEHELIN ADRIAN, ad art. 324 et 329c et 335 CO, *in* : Commentaire zurichois, Zurich/Bâle/Genève 2006.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Zurich/Bâle/Genève 2012.

SUBILIA OLIVIER/DUC JEAN-LOUIS, ad art. 320a CO, *in* : Droit du travail, Lausanne 2010.

WITZIG AURÉLIEN, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018.

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, Berne 2019.