



Naomi Rupf

Avocate au barreau de Genève

## **CORONAVIRUS (COVID-19) ET DROIT DU TRAVAIL : GUIDE PRATIQUE**

*État au 1<sup>er</sup> avril 2020*

### **Présentation**

Le présent guide présente certaines questions pratiques du droit du travail suisse à la lumière des dernières mesures prises par le Conseil fédéral face à la lutte contre le Coronavirus (COVID-19). Il s'agit de recommandations pratiques, émises en l'état actuel du droit et des avis exprimés par les autorités. Dans la mesure où la pandémie du COVID-19 constitue un événement extraordinaire, nous ne disposons pas du recul nécessaire ni de la jurisprudence suffisante afin de répondre à toutes les questions qui se posent. Il est dès lors envisageable que les tribunaux suisses interprètent le droit du travail de manière différente. Les auteurs de la présente note déclinent toute responsabilité dans cette éventualité.

### **Table des matières**

|              |  |   |
|--------------|--|---|
| <b>I.</b>    | <b>Obligation de travailler</b> .....                                | 2 |
| A.           | <i>Employés qui ne sont pas « à risque »</i> .....                   | 2 |
| B.           | <i>Employés « à risque »</i> .....                                   | 2 |
| C.           | <i>Fermeture de l'établissement</i> .....                            | 3 |
| <b>II.</b>   | <b>Remboursement des frais en cas de télétravail</b> .....           | 3 |
| <b>III.</b>  | <b>Droit aux vacances</b> .....                                      | 4 |
| A.           | <i>Prise de vacances pendant la période de « confinement »</i> ..... | 4 |
| B.           | <i>Sort des vacances déjà prévues</i> .....                          | 4 |
| C.           | <i>Sort des vacances 2020</i> .....                                  | 5 |
| D.           | <i>Droit aux vacances</i> .....                                      | 5 |
| E.           | <i>Réduction des vacances</i> .....                                  | 5 |
| <b>IV.</b>   | <b>Heures supplémentaires</b> .....                                  | 6 |
| <b>V.</b>    | <b>Devoir de diligence et de fidélité de l'employé</b> .....         | 6 |
| <b>VI.</b>   | <b>Résiliation du contrat</b> .....                                  | 6 |
| <b>VII.</b>  | <b>Salaire</b> .....   | 7 |
| A.           | <i>Salaire du personnel</i> .....                                    | 7 |
| B.           | <i>L'entrepreneur associé de sa propre SA ou SARL</i> .....          | 8 |
| C.           | <i>L'entrepreneur indépendant</i> .....                              | 8 |
| <b>VIII.</b> | <b>Autres aides financières</b> .....                                | 9 |



*Naomi Rupf*

Avocate au barreau de Genève

## **I. Obligation de travailler**

### *A. Employés qui ne sont pas « à risque »*

1. Le travailleur demeure tenu d'effectuer ses prestations de travail. Lorsque cela est possible, l'employeur doit permettre le travail à domicile (ci-après « télétravail »). Pour le remboursement des frais : voir point II.
2. Il convient de préciser ici que l'employé qui effectue du télétravail en France reste soumis aux charges sociales suisses.
3. Si le télétravail n'est pas possible, le travailleur est tenu de se rendre sur son lieu habituel de travail, à condition que les normes d'hygiène imposées par le Conseil fédéral et l'OFSP soient strictement respectées. Dans cette hypothèse, si l'employé ne se rend pas sur son lieu de travail, son comportement est constitutif d'un abandon d'emploi ou un refus de travail infondé qui donne le droit à l'employeur de le licencier avec effet immédiat. En revanche, le refus de travailler est justifié lorsque l'employeur ne respecte pas les mesures d'hygiène (et le salaire reste dû).
4. Les travailleurs frontaliers doivent continuer de se rendre en Suisse afin d'effectuer leur travail selon leurs obligations contractuelles. Il n'y a pas d'obligation de verser le salaire si un travailleur frontalier qui peut travailler en Suisse ne se rend pas sur son lieu de travail, puisque c'est le travailleur qui assume le risque de son lieu de domicile.
5. Si le travailleur présente des symptômes du COVID-19, il doit en aviser immédiatement son employeur et prendre les précautions nécessaires (quarantaine). Dans cette hypothèse, son salaire sera versé selon le régime applicable en cas de maladie.

### *B. Employés « à risque »*

6. Sont considérées comme personnes particulièrement à risque les personnes de plus de 65 ans ou les personnes qui souffrent des pathologies suivantes : hypertension artérielle, diabète, maladies cardiovasculaires, faiblesse immunitaire due à une maladie ou à une thérapie, cancer (art. 10 b de l'Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le Coronavirus (COVID-19), ci-après « Ordonnance 2 COVID-19 »).
7. Les personnes particulièrement à risque accomplissent leur travail à domicile (télétravail). Si cela n'est pas possible, l'employeur leur accorde un congé en continuant à leur verser leur salaire (art. 10 c Ordonnance 2 COVID-19).



*Naomi Rupf*

Avocate au barreau de Genève

C. Fermeture de l'établissement

8. L'art. 6 Ordonnance 2 COVID-19 énumère une liste d'établissements tenus de fermer, sous peine d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 10 f Ordonnance 2 COVID-19).
9. D'après l'art. 328 du Code des obligations suisse (ci-après « CO »), l'employeur a le devoir de protéger la personnalité et la santé du travailleur. Dès lors, si l'employeur ne peut appliquer les mesures de protection imposées par le Conseil fédéral et l'OFSP et que le télétravail n'est pas envisageable, il devra cesser son activité. Le salaire demeure dû aux employés, cas échéant au bénéfice d'indemnités de réduction d'horaire de travail (ci-après « RHT »).
10. Dans l'hypothèse d'une mise en quarantaine stricte et généralisée de la population par le Conseil fédéral : les droits et obligations des parties au contrat sont suspendus, le travailleur ne travaille pas et l'employeur ne doit pas de salaire.

**II. Remboursement des frais en cas de télétravail**

11. Dans son arrêt TF 4A\_533/2018 du 23 avril 2019, le Tribunal fédéral a jugé que le travailleur a droit au remboursement de ses frais nécessaires lorsque l'employeur ne fournit pas de place de travail adéquate et qu'il utilise une pièce de son logement pour travailler.
12. A la lumière de cet arrêt, les frais rendus nécessaires par le télétravail doivent être remboursés à l'employé, dans la mesure où l'employeur ne fournit pas de place de travail adéquate.
13. A notre sens, seuls les frais effectifs engagés par le travailleur afin d'accomplir son travail pendant la pandémie (p.ex. frais de téléphone, achat de matériel de bureau, imprimante, location d'une pièce supplémentaire, etc.) seront remboursés, sur présentation d'un justificatif.
14. Selon l'arrêt susmentionné, ce n'est que dans l'hypothèse où l'employeur ne fournit pas de place de travail adéquate que les frais seront remboursés à l'employé. Ainsi, si l'employeur respecte strictement les normes d'hygiène préconisées par le Conseil fédéral et l'OFSP et que l'employé n'est pas à risque mais qu'il ne souhaite pas se rendre sur son lieu de travail, les frais ne devraient pas être remboursés. Il sied néanmoins de faire preuve de souplesse à cet égard et de trouver un accord entre l'employeur et les employés.
15. En toutes hypothèses, si l'employeur ordonne le télétravail, ne garantit pas le respect des normes d'hygiène ou que l'employé est à risque, les frais effectifs de l'employé devront impérativement lui être remboursés.
16. Conseil pratique : régler la question des frais par un contrat ou un avenant au contrat de travail, en particulier prévoir que seuls les frais effectifs encourus par le travailleur seront



*Naomi Rupf*

Avocate au barreau de Genève

remboursés moyennant justificatif et prévoir un délai pendant lequel le travailleur doit réclamer ces frais (p.ex. un mois).

### **III. Droit aux vacances**

#### *A. Prise de vacances pendant la période de « confinement »*

17. La question des vacances pendant la période de confinement est controversée. Pour rappel, les vacances ont pour but le repos du travailleur. Si les vacances peuvent réaliser ce but, l'employé devrait pouvoir prendre une partie de ses vacances pendant cette période. Les vacances sont alors intégralement rémunérées (contrairement au régime RHT).
18. En revanche, si le but des vacances (repos) ne peut être atteint, notamment si l'employé est à risque, placé en quarantaine, malade ou hospitalisé, l'employeur ne pourra en aucun cas décompter une partie des vacances pendant cette période.
19. Il sied de souligner qu'en l'absence de jurisprudence en la matière et du caractère extraordinaire de la pandémie du COVID-19, la prudence commanderait de parvenir à un accord avec les employés et de ne pas imposer de vacances contre la volonté de ces derniers.
20. Conseil pratique : prendre les vacances d'un commun accord entre les parties et signer un contrat ou un avenant au contrat en ce sens.

#### *B. Sort des vacances déjà prévues*

21. Lorsque l'employé a d'ores et déjà prévu de prendre des vacances en avril, en mai ou en juin 2020, il convient de trouver un accord entre l'employeur et l'employé sur le sort desdites vacances.
22. L'employeur peut unilatéralement reporter les dates de vacances déjà octroyées en cas de raisons graves. « *Les besoins urgents et imprévus de l'entreprise peuvent conduire à devoir accepter un report des vacances. Dans ce cas, le changement doit être communiqué au travailleur dans les plus brefs délais* »<sup>1</sup>.
23. Si l'employeur reporte ou modifie les vacances déjà prévues, il est néanmoins tenu d'indemniser le travailleur en cas de dommage subi (p.ex. vols ou hôtel réservés).
24. Conseil pratique : reporter ou modifier les vacances d'un commun accord entre les parties et signer un contrat ou un avenant au contrat en ce sens.

---

<sup>1</sup> FAQ « pandémie et entreprises », SECO, p. 9.



*Naomi Rupf*

Avocate au barreau de Genève

*C. Sort des vacances 2020*

25. 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. 329 c al. 2 CO).
26. Par conséquent, après la période de confinement et lorsque l'économie reprendra son cours, les vacances seront fixées par l'employeur, ce dernier étant néanmoins tenu de tenir compte des désirs de l'employé.
27. Il découle de ce qui précède que les employés pourront se retrouver dans une situation où ils ne pourront pas prendre leurs vacances immédiatement après la période de confinement ou aux dates habituelles.

*D. Droit aux vacances*

28. Le régime des RHT ne suspend pas le contrat de travail de sorte que la période couverte par les indemnités RHT donne droit à des vacances.
29. Si l'employé prend des vacances pendant que l'entreprise est au bénéfice de RHT, il ne pourra pas percevoir de RHT pour ces jours de vacances, jours pendant lesquels il recevra son plein salaire.

*E. Réduction des vacances*

30. L'art. 329 b al. 1 CO prévoit que lorsqu'au cours d'une année de service, le travailleur est, par sa propre faute, empêché de travailler pendant plus d'un mois au total, l'employeur peut réduire la durée de ses vacances d'un douzième par mois complet d'absence.
31. D'après l'art. 329 b al. 2 CO, si la durée de l'empêchement n'est pas supérieure à un mois au cours d'une année de service, et si elle est provoquée, sans qu'il y ait faute de sa part, par des causes inhérentes à la personne du travailleur, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale, exercice d'une fonction publique ou prise d'un congé-jeunesse, l'employeur n'a pas le droit de réduire la durée des vacances.
32. Il découle de ce qui précède que l'employeur pourra réduire la durée des vacances si :
  - l'employé est empêché de travailler ;
  - par sa faute :
    - o y compris en cas de maladie ;
    - o il n'y a pas de faute de l'employé si l'employeur ne respecte pas les mesures d'hygiène imposées par le Conseil fédéral et l'OFSP ;
    - o si l'employé est « à risque » et qu'il ne peut pas effectuer de télétravail, il n'y a pas de faute de l'employé ;
  - pendant plus d'un mois durant une année de service.



*Naomi Rupf*

Avocate au barreau de Genève

33. L'employeur ne pourra pas réduire la durée des vacances si :
- l'empêchement est inférieur à un mois ET
  - l'empêchement est dû à une maladie, un accident, l'accomplissement d'une obligation légale, l'exercice d'une fonction publique ou la prise d'un congé-jeunesse.

#### **IV. Heures supplémentaires**

34. En vertu de l'art. 321 c al. 1 CO, l'employé peut être tenu d'exécuter des heures de travail supplémentaires si les circonstances le justifient. Il sied néanmoins de prendre en considération la situation du travailleur et ses obligations familiales.
35. Les heures supplémentaires déjà accomplies ne peuvent pas être compensées en nature durant la période couverte par les RHT.
36. En revanche, les heures supplémentaires déjà accomplies doivent pouvoir être compensées en nature si le salaire est intégralement versé par l'employeur (employé non soumis aux RHT) et que le télétravail n'est pas envisageable.

#### **V. Devoir de diligence et de fidélité de l'employé**

37. Pendant la durée du contrat de travail, le travailleur ne doit pas accomplir du travail rémunéré pour un tiers dans la mesure où il lèse son devoir de fidélité et, notamment, fait concurrence à l'employeur (art. 321 a CO).
38. Par conséquent, lorsque l'employé est à domicile, en vacances ou en quarantaine, il ne peut effectuer de travail rémunéré pour un tiers.

#### **VI. Résiliation du contrat**

39. Si l'employeur résilie le contrat pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie, l'art. 336 c al. 1 let. b CO prévoit que le congé donné est **nul**.
40. Si l'employeur résilie le contrat afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie, résultant du contrat de travail (art. 336 al. 1 let. c CO) ou parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail (art. 336 al. 1 let. d CO), la résiliation est **abusive**.
41. En cas de congé abusif, la partie qui résilie de manière abusive doit verser à l'autre une indemnité, qui peut s'élever jusqu'à six mois de salaire (art. 336 a CO).
42. Il sied de préciser ici qu'un employé qui refuse les RHT et réclame l'intégralité de son salaire peut se voir licencier, moyennant respect du délai de congé. Cette hypothèse ne constitue pas un licenciement abusif.



*Naomi Rupf*

Avocate au barreau de Genève

43. Une résiliation avec effet immédiat n'est possible qu'à condition que de justes motifs suffisamment importants ne permettent plus d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 CO). La résiliation avec effet immédiat n'est admise que de manière restrictive. **Des raisons économiques ne constituent pas de justes motifs de résiliation avec effet immédiat.**
44. Lorsque la résiliation avec effet immédiat intervient sans justes motifs, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé (art. 337 c CO).
45. Pour une résiliation ordinaire, prendre garde à respecter les délais de congé prévus à l'art. 335 c CO.
46. Par ailleurs, les règles sur le licenciement collectif (art. 335 d ss CO) doivent être respectées en cas de licenciement collectif (à savoir en cas de licenciement d'au moins 10 travailleurs dans les établissements employant entre 20 et 100 travailleurs, de 10 % des travailleurs dans les établissements employant entre 100 et 300 travailleurs et de 30 travailleurs dans les établissements employant plus de 300 travailleurs).

## **VII. Salaire**

### *A. Salaire du personnel*

47. Sauf exceptions, l'employeur reste tenu par son obligation de verser le salaire.
48. L'employeur peut requérir des indemnités pour réduction de l'horaire de travail (RHT) auprès de l'Office cantonal de l'emploi.
49. Les démarches à entreprendre sont les suivantes : remplir le formulaire qui se trouve sur le lien suivant et l'envoyer par mail à l'adresse [rht@etat.ge.ch](mailto:rht@etat.ge.ch).  
  
<https://www.ge.ch/actualite/covid-19-votre-entreprise-subit-perde-travail-18-03-2020>
50. Peuvent bénéficier des RHT les salariés de l'entreprise, les travailleurs temporaires, les travailleurs au bénéfice d'un contrat à durée déterminée et les apprentis.
51. Les RHT couvrent le 80 % du salaire et sont avancées par l'employeur. Il sied de préciser à cet égard que les employés peuvent refuser les RHT mais s'exposent dans ce cas à une résiliation du contrat de travail pour motif économique, moyennant le respect du délai de congé.
52. L'employeur doit continuer de payer les charges sociales, calculées sur le 100 % du salaire, même en cas d'indemnités RHT.
53. L'entrepreneur indépendant ne peut pas bénéficier de RHT à titre individuel (à moins d'être associé de sa propre SA ou SARL).



*Naomi Rupf*

Avocate au barreau de Genève

54. Ces allocations ne seront pas versées lorsque le télétravail est possible.
55. Lorsqu'un employé est parent d'un enfant de moins de 12 ans et qu'il doit assurer sa garde ou qu'il est placé en quarantaine, il pourra bénéficier d'APG.
56. S'agissant du calcul des indemnités et pour plus de renseignements :

<https://www.ahv-iv.ch/p/6.03.f>

*B. L'entrepreneur associé de sa propre SA ou SARL*

57. L'entrepreneur qui est associé de sa propre SA ou SARL et qui est salarié pourra bénéficier de RHT au même titre que ses employés.
58. Le conjoint ou le partenaire enregistré qui travaille dans l'entreprise pourra également bénéficier de RHT.
59. L'indemnité s'élève au maximum à CHF 3'320.- de gain mensuel forfaitaire pour un emploi à plein temps.
60. Pour les démarches à entreprendre : voir point « *A. salaire du personnel* ».

*C. L'entrepreneur indépendant*

61. Si l'entrepreneur est considéré comme indépendant au sens des assurances sociales et que son établissement a été fermé par décision du Conseil fédéral (art. 6 Ordonnance 2 COVID-19), il pourra bénéficier d'allocations perte de gain (APG).
62. Les démarches à entreprendre sont les suivantes : remplir le formulaire qui se trouve sur le lien suivant et l'envoyer par mail à sa Caisse de compensation AVS.  
  
[https://www.ahv-iv.ch/Portals/0/Documents/Formulare/EO-MSE/318.758.vers.25-03-2020\\_F\\_web.pdf?ver=2020-03-25-120600-513](https://www.ahv-iv.ch/Portals/0/Documents/Formulare/EO-MSE/318.758.vers.25-03-2020_F_web.pdf?ver=2020-03-25-120600-513)
63. Si l'établissement ne fait pas partie de la liste mentionnée dans l'art. 6 Ordonnance 2 COVID-19, l'entrepreneur ne pourra pas bénéficier d'APG à moins qu'il soit parent d'un enfant de moins de 12 ans et qu'il doive cesser son activité afin d'assurer la garde de l'enfant ou que la cessation de l'activité est nécessaire car l'entrepreneur est placé en quarantaine.
64. Lors de sa conférence de presse du 1<sup>er</sup> avril 2020, le Conseil fédéral a annoncé la volonté d'étudier des solutions permettant aux indépendants qui ne sont pas mentionnés dans l'art. 6 Ordonnance 2 COVID-19 de bénéficier d'indemnités sur le modèle des APG.



*Naomi Rupf*

Avocate au barreau de Genève

### **VIII. Autres aides financières**

65. Pour rappel, voici les autres aides financières à disposition de l'employeur :

- prêts sans intérêts garantis par l'Etat : <https://www.fae-ge.ch/>
- paiement des cotisations sociales différé (attention, ne s'applique probablement pas en cas de RHT) ;
- suspension des intérêts moratoires en cas de paiement tardif d'impôts jusqu'au 31 décembre 2020 ;
- suspension des poursuites ;
- délai de 90 jours afin de s'acquitter des loyers des baux d'habitation et des baux commerciaux (entre le 13 mars et le 31 mai 2020).

Genève, le 1<sup>er</sup> avril 2020