

FAQ droit du travail

La présente FAQ vise à apporter des solutions concrètes à un certain nombre de situations rencontrées en pratique.

1. En période de coronavirus, les dispositions usuelles de droit du travail sont-elles toujours applicables ?

Oui. Les dispositions du code des obligations (CO) et de la loi fédérale sur le travail (LTr) demeurent pleinement applicables. Il en va de même des conventions collectives de travail (CCT), des contrats-types de travail (CTT) ainsi que des dispositions contractuelles (contenu du contrat de travail et du règlement d'entreprise). Les parties devront tout simplement tenir compte des dispositions supplémentaires édictées par la Confédération et par les cantons. Il en va par exemple ainsi des mesures particulières à mettre en place pour protéger la santé des travailleurs qui ressortent des art. 10 et 11 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière.

2. Un travailleur est mis en quarantaine par l'autorité ou par son médecin. Malgré cela, il se rend sur le lieu de travail. Que peut faire l'employeur ?

Une quarantaine ordonnée par l'autorité ou par un médecin est obligatoire. Celui qui viole une quarantaine imposée est susceptible de faire l'objet de poursuites pénales. En se rendant sur sa place de travail au mépris d'une décision de quarantaine, le travailleur viole gravement son devoir de diligence et de fidélité (art. 321a CO) et met potentiellement en danger la santé de ses collègues. On rappellera à ce titre que le coronavirus constitue une maladie de l'homme au sens de l'art. 231 du Code pénal (CP).

Dans un tel cas de figure, l'employeur doit immédiatement renvoyer le travailleur à la maison. A noter qu'un tel comportement pourrait être sanctionné par un licenciement ordinaire, voire par un licenciement avec effet immédiat. Pour le surplus, il va de soi qu'un travailleur se rendant sur le lieu de travail malgré une décision de quarantaine est susceptible d'engager sa responsabilité au sens de l'art. 321e al. 1 CO, qui stipule que le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence.

3. Durant son temps libre, un travailleur ne respecte pas les recommandations d'hygiène de l'OFSP. Que peut faire l'employeur ?

Les recommandations d'hygiène et de distanciation sociale édictées par l'OFSP ne sont à proprement parler obligatoires. Par ailleurs, l'employeur n'est pas habilité à s'immiscer dans la sphère privée du travailleur. Le respect des recommandations est avant tout une question de responsabilité individuelle. Ceci étant, l'employeur gagne à faire preuve de pédagogie en rappelant aux collaborateurs l'importance des règles d'hygiène, y compris en dehors des heures de travail.

Un travailleur qui tombe en incapacité en raison d'un non-respect des règles d'hygiène pourrait potentiellement se voir reprocher un empêchement de travailler fautif. Or, en cas d'empêchement de travailler fautif, l'employeur n'est pas tenu de garantir le salaire. On rappellera toutefois que la faute du travailleur est reconnue de manière restrictive par les

tribunaux. Selon le Tribunal fédéral, il faut pour le moins une lourde négligence ou une faute grave.

Au sein de l'entreprise, l'employeur garantit que les travailleurs puissent respecter les recommandations de l'OFSP en matière d'hygiène et de distance. A cet égard, l'employeur se doit de mettre un certain nombre de mesures en place. Le travailleur est bien évidemment tenu de conformer aux mesures de protection édictées par l'employeur. A défaut, l'employeur peut prononcer un avertissement ou résilier le contrat de travail.

4. *L'employeur est-il tenu de verser le salaire d'un travailleur en quarantaine ?*

En principe, non. Si le travailleur est placé en quarantaine par un médecin ou par l'autorité en raison d'un contact avec une personne positive, il pourra solliciter le versement d'une allocation perte de gain auprès de sa caisse de compensation, **ceci dans la mesure où le télétravail n'est pas possible**. Lorsque la prestation peut être fournie sous forme de télétravail, le droit à l'allocation n'est pas ouvert.

Par mesure de simplification, l'employeur peut parfaitement décider de maintenir le droit au salaire et de percevoir directement l'allocation.

Il faut savoir que le montant de l'allocation est plafonné. Pour les travailleurs disposant d'un salaire élevé, l'employeur peut ainsi être amené – en application de l'art. 324b CO – à compléter le montant de l'allocation lorsque cette dernière ne couvre pas les quatre cinquièmes au moins du salaire.

5. *L'employeur est-il tenu de verser le salaire d'un travailleur en isolement ?*

En principe, oui. Les personnes testées positives au coronavirus doivent suivre les consignes de l'autorité cantonale compétente et se placer en isolement. Les personnes devant se placer en isolement et qui disposent d'un certificat médical peuvent prétendre au versement du salaire en se fondant sur l'art. 324a CO. L'isolement constitue en effet un empêchement non fautif inhérent à la personne du travailleur.

6. *Qu'en est-il de la situation des personnes vulnérables ?*

Le Conseil fédéral a fait usage de la possibilité qui lui est donnée par la nouvelle loi COVID-19 de réglementer les conditions de travail des personnes considérées comme vulnérables, en adoptant l'art. 27a de l'ordonnance 3 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 3 COVID-19).

Depuis le 26 mai 2021, ne sont considérées comme vulnérables que les **femmes enceintes**, d'une part, et **les personnes qui souffrent de certaines pathologies ou de certaines anomalies génétiques** énumérées à l'annexe 7 de l'ordonnance 3 COVID-19 (notamment hypertension artérielle, diabète, cancer, maladie cardiovasculaire, affection chronique des voies respiratoires, faiblesse immunitaire due à une maladie ou à un traitement, cancer, obésité) **et qui ne peuvent pas se faire vacciner pour des raisons médicales**, d'autre part.

Tous les autres travailleurs, y compris les femmes enceintes qui sont vaccinées contre le COVID-19, durant 12 mois à compter de la vaccination complète, et les personnes qui ont contracté le SARS-CoV-2 et sont considérées comme guéries, durant 6 mois à compter du 11^e jour suivant la confirmation de l'infection.

Dans toute la mesure du possible, les employés vulnérables s'acquittent depuis chez eux des obligations prévues dans leur contrat de travail (**télétravail** ou *home office*). À cette fin, les employeurs doivent prendre les mesures organisationnelles et techniques appropriées en mettant, par exemple, l'équipement informatique nécessaire à leur disposition ou en convenant de l'utilisation d'appareils privés, dans la mesure où ceux-ci sont appropriés pour les fins visées et sont suffisamment sécurisés. Les employeurs et les employés sont appelés à rechercher des solutions flexibles, dans la limite des possibilités opérationnelles et des compétences du personnel. L'employeur qui ordonne à des employés de travailler depuis leur

domicile en se fondant sur la présente disposition ne leur doit pas de remboursement de frais (électricité, participation au loyer, etc.), a fortiori puisqu'il s'agit d'une mesure temporaire.

Si l'employé ne peut pas remplir ses obligations professionnelles habituelles depuis la maison, son employeur lui attribue des **tâches de substitution équivalentes** qu'il peut effectuer depuis la maison et les rétribue au même salaire, même si elles divergent du contrat de travail. Étant donné que l'employé peut se protéger le mieux d'une infection en restant à la maison, cette forme de respect de l'obligation de travailler semble indiquée comme deuxième possibilité.

Si l'employé ne peut pas remplir ses obligations professionnelles depuis la maison car, pour des raisons d'exploitation, la présence d'employés vulnérables sur place est partiellement ou entièrement indispensable, ces derniers peuvent exercer leur activité habituelle sur place, pour autant que des conditions strictes soient remplies. Le but est que les employés sur place soient aussi bien protégés que s'ils travaillaient depuis la maison. La place de travail doit être aménagée de sorte que tout contact étroit avec d'autres personnes soit exclu. On peut attribuer une pièce à l'employé ou définir clairement les limites de son poste de travail afin de garantir le respect de la distance minimale entre les personnes. Si un contact étroit est inévitable, d'autres mesures de protection doivent être prises en appliquant le principe STOP.

Si l'employé ne peut pas exécuter ses tâches habituelles dans les conditions qui précèdent, il peut se voir attribuer sur place des tâches de substitution équivalentes respectant les prescriptions susmentionnées (aménagement du poste sans contact étroit avec d'autres personnes et principe STOP). L'employeur les rétribue au même salaire, même si ces tâches divergent du contrat de travail.

Les employés concernés doivent être **consultés avant** que l'une des possibilités prévues ci-dessus soient mises en œuvre.

L'employé peut de manière générale refuser une activité qui lui est attribuée en si les conditions prévues plus haut ne sont pas remplies. Il peut aussi refuser le travail sur site s'il estime, pour des raisons particulières, que le risque d'infection est trop élevé malgré les mesures prises pour protéger la santé. Les employés vulnérables font part de leur situation à leur employeur par une déclaration personnelle. Dans ce dernier cas, l'employeur peut exiger un certificat médical; celui-ci doit porter uniquement sur la vulnérabilité et sur la capacité de travailler en lien avec le COVID-19 et non sur d'autres aspects relatifs à la santé. Dans de tels cas, l'employeur doit accorder un congé aux employés concernés avec maintien du **paiement intégral** de leur salaire. Néanmoins, après avoir fait en bonne et due forme une demande auprès de la caisse AVS compétente, l'**allocation perte de gain** (en règle générale 80% du salaire, allocation plafonnée à CHF 196.- par jour) sera versée directement à l'employeur.

8. L'employeur peut-il imposer des heures supplémentaires en raison du coronavirus ?

Oui, en respectant scrupuleusement les règles usuelles. En vertu de l'art. 321c al. 1 CO, si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat, le travailleur est tenu d'exécuter ce travail supplémentaire dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander. Selon le Tribunal fédéral, pour déterminer si le travailleur est tenu ou non de travailler au-delà de l'horaire convenu, il y a lieu d'opérer une pesée d'intérêts.

Il résulte de ce qui précède que trois conditions doivent être réunies pour pouvoir ordonner des heures supplémentaires :

a) Les circonstances l'exigent

La doctrine retient que le recours aux heures supplémentaires doit être justifié par l'existence de circonstances momentanées qui sont dues à des événements inhabituels. Il va de soi que la pandémie est susceptible de générer des surcroûts occasionnels de travail dans certains secteurs d'activité.

b) Le travailleur peut s'en charger

La doctrine précise que le travailleur n'est tenu d'effectuer des heures supplémentaires que dans la mesure où cela est acceptable pour lui. L'employeur doit ainsi tenir compte de la situation personnelle et familiale du travailleur. Bien entendu, il revient à l'employeur de veiller à la protection de la santé et de la personnalité du travailleur. Il ne lui sera par conséquent pas possible de requérir un nombre disproportionné d'heures supplémentaires.

c) Les règles de la bonne foi permettent de le lui demander

L'employeur doit se fonder sur des besoins objectifs. Il ne peut solliciter indéfiniment des heures supplémentaires sans se poser la question de l'organisation du travail et de l'éventuel recours à du personnel auxiliaire.

9. *Le télétravail est-il obligatoire en situation particulière ?*

Non, mais il est à nouveau fortement recommandé par le Conseil fédéral depuis le 6 décembre 2021. Le télétravail ne constitue donc pas une obligation et il appartient à chaque entreprise de faire la pesée des intérêts et de juger s'il est opportun d'introduire ou d'étendre le télétravail là où cela est possible.

Des dispositions particulières doivent néanmoins être prises à ce sujet pour les employés encore considérés comme vulnérables (voir le chiffre 6 ci-dessus).

10. *L'employeur peut-il imposer le télétravail ?*

Oui, compte tenu des circonstances, l'employeur peut imposer le télétravail. Lorsque l'emploi à domicile est mis en place, il est conseillé aux parties de réglementer les modalités de l'exécution de la prestation de travail via un accord spécifique, ceci notamment afin de préserver la sphère privée et la santé des travailleurs. A ce titre, il ne faut pas perdre de vue que les règles protectrices de la loi fédérale sur le travail (LTr) s'appliquent pleinement au télétravail. Dès lors, les parties doivent prendre garde de respecter scrupuleusement les dispositions sur la durée maximale du travail, le travail de jour et le travail du soir, le travail supplémentaire et la durée du repos quotidien. A noter également que le travail de nuit et le travail du dimanche demeurent en principe interdits. Par ailleurs, le *home office* ne dispense pas 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 (cf. art. 46 LTr). Si le temps de télétravail ne peut pas être enregistré par le même processus que le travail dans l'entreprise (par ex : absence de pointeuse au domicile), l'employeur doit mettre en place un système équivalent (par ex : remplissage d'un tableau excel).

De manière générale, les règles usuelles du Code des obligations (CO) s'appliquent au travail à domicile. En vertu de l'art. 327 al. 1 CO, sauf accord ou usage contraire, l'employeur fournit au travailleur les instruments de travail et les matériaux dont celui-ci a besoin.

11. *L'employeur peut-il imposer le port du masque sur le lieu de travail ?*

Oui. Depuis le 6 décembre 2021, le port du masque dans les espaces intérieurs des lieux de travail (y compris les véhicules) où se tiennent plus d'une personne est obligatoire (notamment dans les bureaux dès deux personnes, dans les couloirs et autres lieux de passage où les collaborateurs peuvent se croiser, etc.) et cela que les travailleurs disposent ou non d'un certificat COVID. Des exceptions demeurent pour les activités où le port du masque est impossible ou pour certaines catégories de collaborateurs: dispense médicale, orateurs devant un public, etc. (cf. art. 6 al.2 Ordonnance COVID-19 situation particulière).

12. L'employeur peut-il imposer un test de dépistage à un collaborateur ?

En principe, l'employeur ne devrait pas pouvoir imposer un test de dépistage au travailleur. L'éventuelle licéité d'une obligation du travailleur à se soumettre à un tel test doit en tous les cas être examinée à l'aune de plusieurs normes. Il n'est pas exclu qu'une telle obligation soit admissible dans certaines situations particulières, car justifiée par exemple par des impératifs de protection.

Il peut arriver qu'un travailleur doive participer, dans le cadre de son activité professionnelle, à une manifestation soumise à la présentation d'un certificat COVID. S'il doit se faire tester pour ce faire et qu'il en résulte des coûts, ceux-ci doivent en principe être pris en charge par l'employeur, puisqu'il s'agit de frais imposés par l'exécution du travail (art. 327a CO). De même, le temps consacré au test doit être comptabilisé comme temps de travail. Le communiqué du Conseil fédéral précise que «la Confédération n'assume les coûts du dépistage que dans le cadre de tests répétés en entreprise».

13. Après avoir effectué le coronacheck, un travailleur est amené à se faire dépister. Peut-il le faire durant les heures de travail ?

Le coronacheck (<https://coronavirus.unisante.ch/>) permet à la population d'évaluer les risques et de savoir quoi faire en cas de situation spéciale. Depuis le 30 novembre 2020, un test est recommandé lors de tout symptôme évocateur du COVID-19.

Lorsqu'un test est nécessaire en vertu des critères énoncés ci-dessus, le travailleur peut selon nous se faire dépister durant les heures de travail. Idéalement, le dépistage devrait avoir lieu dès que possible. Il convient alors d'appliquer l'art. 324a CO.

14. Quelles sont les mesures de protection à prendre par l'employeur ?

En vertu de la loi sur le travail, l'employeur est tenu de protéger la santé des employés par des mesures appropriées. L'art. 10 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière détaille les mesures de prévention qui doivent être mises en place pour assurer la protection des employés. La loi prévoit que l'employeur garantit que les employés puissent respecter les recommandations de l'OFSP en matière d'hygiène et de distance. À cette fin, les mesures correspondantes doivent être prévues et mises en œuvre. Outre l'obligation de porter le masque, l'employeur prend d'autres mesures en vertu du **principe STOP** (substitution, technique, organisation, personnel), notamment la mise en place de séparations physiques, la séparation des équipes ou le port d'un masque facial dans les espaces extérieurs et les véhicules.

Le principe STOP comporte les volets suivants :

- Substitution : les activités pouvant donner lieu à un contact étroit sont remplacées par d'autres activités.
- Mesures techniques et organisationnelles: grâce à des mesures techniques et organisationnelles, des activités pouvant donner lieu à un contact étroit sont effectuées sous une autre forme (par ex : contacts clients par outils électroniques interposés plutôt que directement), ou des mesures de protection spéciales sont prises (produits désinfectants, etc.).
- Équipement de protection individuelle : cette mesure peut en particulier s'appliquer dans les établissements du système de santé, où les employés sont entraînés à utiliser des équipements de protection.

15. L'employeur peut-il obliger les employés à utiliser l'application SwissCovid ?

Non, l'employeur ne peut pas obliger les travailleurs à télécharger et à utiliser l'application SwissCovid. On rappellera qu'en vertu de l'art. 3 de l'ordonnance sur le système de traçage

de proximité pour le coronavirus SARS-CoV-2, l'installation et l'utilisation de l'application SwissCovid s'effectuent sur une base volontaire.

16. L'employeur peut-il obliger les employés à se faire vacciner ?

En l'absence d'obligation vaccinale légale, l'employeur n'est pas habilité à instaurer une telle exigence au sein de son entreprise. Il n'a d'ailleurs pas à savoir si ses collaborateurs sont ou non vaccinés, cette donnée relevant du secret médical. Un licenciement pour ce motif serait donc abusif. Plus généralement, toute sanction ou menace de sanction constituerait une atteinte à la personnalité au sens de l'art. 328 CO.

17. Qu'en est-il de l'utilisation du certificat COVID sur le lieu de travail ?

La question qui se pose est de savoir dans quelle mesure l'employeur peut exiger des collaborateurs la présentation d'un certificat COVID pour accéder à leur lieu de travail, ce qui implique de ceux qui ne sont ni vaccinés ni guéris qu'ils se fassent tester.

Dans certains cantons, dont Vaud, le certificat COVID est obligatoire pour le personnel des établissements sanitaires en contact étroit avec des patients. Dans cette hypothèse, il est clair que les travailleurs doivent se plier à cette exigence.

Par ailleurs, le Conseil fédéral a introduit une possibilité pour les employeurs de le requérir, à certaines conditions. Il peut ainsi l'exiger si cela «permet de définir des mesures de protection appropriées ou de mettre en œuvre le plan de dépistage», tel que prévu à l'art. 7, al. 4 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière. Si l'employeur prévoit de vérifier que son personnel dispose d'un certificat, il doit le préciser par écrit, ainsi que les mesures qui en découlent. Les employés ou leurs représentants doivent être consultés au préalable.

Cette disposition, conçues en termes vagues, n'est pas d'une grande aide pour déterminer les droits des employeurs. En particulier, on ne sait pas vraiment dans quelles circonstances on doit considérer que la mesure «permet de définir des mesures de protection appropriées». Le rapport explicatif indique qu'il s'agit de permettre aux employeurs «d'assurer leur devoir d'assistance et la protection de tiers». La FAQ de l'Office fédéral de la santé publique précise que «cela peut être le cas si les travailleurs se trouvent dans des espaces intérieurs confinés (par exemple, une boucherie à grande échelle), mais pas à l'extérieur (par exemple, le jardinage)», ce qui n'est guère plus clair.

A notre sens, la possibilité d'exiger le certificat sur le lieu de travail doit se limiter aux situations où le respect des gestes dit «barrière» ne peut durablement être assuré.

Bien qu'il existe quelques divergences sur la question, nous sommes d'avis que **les employeurs ne sont pas autorisés à limiter l'accès aux lieux de travail aux seuls travailleurs vaccinés ou guéris** et ne peuvent donc faire application de la règle dite de la 2G.

18. Que se passe-t-il lorsqu'un travailleur est mis en quarantaine durant ses vacances ?

L'art. 329 CO prévoit que l'employeur doit accorder au travailleur, chaque année de service, au moins quatre semaines de vacances. Il est en général admis que les jours durant lesquels le travailleur a été malade ou accidenté ne doivent pas être comptés comme jours de vacances et peuvent être repris ultérieurement. Une atteinte importante à la santé empêche généralement le travailleur de se reposer et de se détendre. A notre sens, une mise en quarantaine est propre à empêcher le travailleur de bénéficier du repos afférent aux vacances. Partant, il ne sera pas possible de décompter les jours de quarantaine comme des jours de vacances, étant entendu que le but des vacances ne peut se concrétiser lorsque le travailleur est assigné à domicile.

19. En période de pandémie, l'employeur peut-il imposer la prise de vacances ?

En vertu de l'art. 329c al. 2 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. Afin de permettre au travailleur de s'organiser et de préparer convenablement ses vacances, l'employeur doit veiller à ce que la date ne lui soit pas communiquée tardivement. Un délai de préavis de trois mois est généralement considéré comme suffisant. Toutefois, selon les circonstances, ce délai peut être raccourci. Nous considérons qu'en période de pandémie, l'employeur peut imposer la prise de vacances sans respecter le délai de préavis de trois mois lorsque les intérêts de l'entreprise l'exigent.

20. Est-il possible de résilier le contrat d'un travailleur en quarantaine ?

Oui, le travailleur en quarantaine ne bénéficie pas de la protection contre le licenciement en temps inopportun garantie par l'art. 336c CO. La liste figurant dans la loi est exhaustive. Or, la quarantaine n'est pas mentionnée à l'art. 336c CO.

Le Centre Patronal suit continuellement l'évolution de la situation juridique.

Davantage d'informations sur <https://www.centrepatronal.ch/coronavirus-entreprises>

BR
08.12.2021