

Coronavirus et droit suisse du travail :
quelques questions en période de
déconfinement

Coronavirus

Jean-Philippe Dunand et Rémy Wyler,
Newsletter DroitDuTravail.ch du 28 mai 2020

Coronavirus et droit suisse du travail : quelques questions en période de déconfinement¹



Prof. Jean-Philippe Dunand

Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat.



Prof. Rémy Wyler

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

I. Introduction

Le 28 février dernier, le Conseil fédéral promulguait l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19)² dans laquelle il interdisait d'organiser en Suisse des manifestations publiques et privées accueillant plus de 1'000 personnes simultanément (art. 2 al. 1). Lors de manifestations accueillant moins de 1'000 personnes, les organisateurs, en collaboration avec l'autorité cantonale compétente, devaient évaluer les risques pour déterminer s'ils pouvaient ou non organiser la manifestation (art. 2 al. 2). Première conséquence importante, on apprenait le même jour que l'édition 2020 du Salon de l'auto de Genève, qui devait se tenir du 5 au 15 mars, était annulée.

Cette ordonnance a été remplacée le 13 mars 2020 par l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance 2 COVID-19, ci-après : ordonnance 2 ou O-2-COVID-19)³. L'ordonnance 2 comprend des mesures visant la population, les organisations, les institutions et les cantons dans le but de diminuer le risque de transmission du coronavirus et de lutter contre lui (art. 1 al. 1 O-2-COVID-19). C'est par cette ordonnance, qui a été révisée une quinzaine de fois à ce jour, que le Conseil fédéral a ordonné progressivement les mesures de confinement, puis organisé un processus de déconfinement par étapes.

¹ Proposition de citation : « DUNAND/WYLER, Coronavirus et droit suisse du travail : quelques questions en période de déconfinement, *in* : Newsletter DroitDuTravail.ch du 28 mai 2020 de l'Université de Neuchâtel ».

² RO 2020 573.

³ RS 818.101.24.

Parmi près de 25 ordonnances arrêtées par le Conseil fédéral dans le cadre du droit d'urgence fondé sur l'art. 185 al. 3 de la Constitution fédérale⁴ et l'art. 7 de la Loi fédérale sur les épidémies⁵, trois ordonnances ont eu (et ont toujours) une portée considérable dans les relations de travail : l'ordonnance 2 COVID-19 précitée, l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19⁶ et l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage⁷.

Dans une contribution parue le 9 avril dernier, nous avons traité de quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail⁸. Nous souhaitons ici poursuivre la réflexion. Le coronavirus n'a malheureusement pas encore été vaincu. Le déconfinement progressif auquel nous assistons ne correspond pas à un retour au régime juridique ordinaire précédent les mesures d'exception. De nombreuses interrogations demeurent. Après un rappel du contexte (**ch. II**), nous traiterons de quelques questions de droit du travail qui nous paraissent d'actualité :

- plans de protection en matière de mesures d'hygiène et de distanciation sociale (**ch. III**) ;
- règles spécifiques concernant les travailleurs vulnérables (**ch. IV**) ;
- modifications des conditions de travail (**ch. V**) ;
- exercice du droit aux vacances (**ch. VI**).

Nous nous référons à l'état de la législation au 28 mai 2020. Il faut noter que les ordonnances du Conseil fédéral, en particulier l'ordonnance 2, ont été révisées à plusieurs reprises et qu'elles ont une durée de validité temporaire fixée à six mois. Il est donc important de vérifier dans un cas concret le champ d'application temporel des normes. Nous verrons que cela a par exemple une incidence non négligeable s'agissant de la protection des personnes vulnérables. Les analyses et opinions qui suivent sont propres à leurs auteurs et ne sauraient engager leur responsabilité.

II. Confinement et déconfinement

A. Confinement

Bien qu'il soit souvent utilisé, le terme « confinement » ne constitue pas une notion clairement définie en droit suisse. Dans la loi sur les épidémies, il apparaît à deux reprises en lien avec l'utilisation d'agents pathogènes dangereux en milieu confiné (cf. art. 26 al. 1 et art. 82 al. 1 let. a LEp). On ne le trouve en revanche ni dans l'ordonnance 2, ni dans le rapport explicatif concernant cette ordonnance de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP)⁹. Dans le contexte du Covid-19, on peut comprendre le confinement comme l'ensemble des mesures (cantonales, nationales et internationales) qui imposent des interdictions ou des restrictions

⁴ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

⁵ Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp) du 28 septembre 2012 (818.101).

⁶ Ordonnance sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance sur les pertes de gain COVID-19) du 20 mars 2020 (RS 830.31).

⁷ Ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance COVID-19 assurance-chômage (RS 837.033).

⁸ Cf. DUNAND/WYLER, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, *in* : Newsletter DroitDuTravail.ch du 9 avril 2020 de l'Université de Neuchâtel.

⁹ Cf. OFSP, Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 2 COVID-19), version du 15 mai 2020.

importantes des activités économiques, professionnelles, sociales ou individuelles, à un groupe de personnes plus ou moins grand, afin de prévenir ou endiguer la propagation du coronavirus. Certaines mesures peuvent concerner un groupe déterminé (par exemple l'interdiction d'exploiter des campings qui touche principalement les exploitants et les clients des campings) ou l'ensemble de la population suisse (par exemple, l'interdiction des rassemblements dans l'espace public).

En Suisse, on a souvent parlé d'un « semi-confinement » ou d'un « confinement partiel », par opposition aux confinements plus étendus qui ont été mis en œuvre dans certains pays, comme l'Italie ou la France. Les mesures de restriction arrêtées par le Conseil fédéral ont cependant été importantes. Nous rappellerons la situation existant au début du mois d'avril (règles de l'ordonnance 2, dans la version en vigueur au 4 avril 2020) :

- Les activités présentiellees dans les écoles, hautes écoles et les autres établissements de formation sont interdites (art. 5 al. 1 aO-2-COVID-19).
- Toutes les manifestations publiques et privées, y compris les manifestations sportives et les activités associatives, sont interdites (art. 6 al. 1 aO-2-COVID-19).
- Les établissements publics sont fermés, notamment (art. 6 al. 2 aO-2-COVID-19) :
 - o magasins et marchés ;
 - o restaurants ;
 - o bars, discothèques, boîtes de nuit et salons érotiques ;
 - o établissements de divertissements et de loisirs, notamment les musées, les bibliothèques, les cinémas, les salles de concert, les théâtres, les casinos, les centres sportifs et de fitness, les piscines, les centres de bien-être et les domaines skiables, les jardins botaniques et zoologiques et les parcs zoologiques ;
 - o les prestataires offrant des services impliquant un contact physique tels que salons de coiffure, de massage, de tatouage ou de beauté ;
 - o les campings.
- 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 (art. 6 al. 3 aO-2-COVID-19). Cela concerne notamment les magasins d'alimentation et autres magasins, pour autant qu'ils vendent des denrées alimentaires ou des biens de consommation courante, les services de petite restauration à emporter, les pharmacies, drogueries et magasins vendant des moyens auxiliaires médicaux, les offices et agences de poste, les banques, les stations-service, les gares et autres infrastructures de transports publics, les administrations publiques, les établissements de santé tels qu'hôpitaux, cliniques et cabinets médicaux, ainsi que les hôtels.
- Les rassemblements de plus de cinq personnes dans l'espace public, notamment sur les places publiques, sur les promenades et dans les parcs, sont interdits (art. 7c al. 1 aO-2-COVID-19) ; lors de rassemblements de cinq personnes au plus, celles-ci doivent se tenir à au moins deux mètres les unes des autres (art. 7c al. 2 aO-2-COVID-2).
- Il est interdit aux hôpitaux, aux cliniques, aux cabinets médicaux et aux cabinets dentaires, de réaliser des examens, des traitements et des thérapies (interventions) non urgentes (art. 10a al. 2 aO-2-COVID-19).
- Les personnes vulnérables sont appelées à rester chez elles et à éviter les regroupements de personnes (art. 10b al. 1 aO-2-COVID-19).

Ces règles de l'ordonnance 2 étaient complétées par de nombreuses recommandations des autorités fédérales et cantonales. L'OFSP demandait notamment à la population de ne quitter le domicile que pour aller au travail ou faire ses courses (alimentaires). Chacun devait réduire ses contacts sociaux « à un minimum absolu »¹⁰. Des mesures d'auto-quarantaine et d'auto-isollement étaient préconisées. De nombreuses autres mesures ont contribué au processus de confinement comme les fermetures des frontières décidées par de très nombreux Etats, dont les pays voisins de la Suisse, ou des réductions importantes de la cadence des transports publics (trains et bus).

B. Déconfinement

Le terme de « déconfinement » ou « dé-confinement » ne se trouve ni dans la loi sur les épidémies, ni dans l'ordonnance 2, ni dans le rapport explicatif de l'OFSP. Il est pourtant très largement utilisé pour qualifier le processus inverse du confinement, à savoir l'allègement progressif des mesures de restrictions imposées à certains groupes déterminés ou à l'ensemble de la population vivant en Suisse. Ainsi, constatant que les mesures de confinement avaient produit des résultats positifs (diminution du nombre de personnes infectées par le Covid-19 et situation maîtrisée dans les services de soins intensifs), le Conseil fédéral a décidé le 16 avril 2020 un plan d'assouplissement des mesures en trois étapes, qui a ensuite été complété et précisé les 20 et 27 mai. Tous les établissements concernés par ces mesures d'assouplissement doivent présenter et mettre en œuvre un plan de protection. Cette exigence vaut également pour les établissements et les activités qui n'étaient pas soumis à une interdiction (cf. *infra*, ch. chapitre III). Par ailleurs, des règles plus précises ont été prévues pour protéger les personnes vulnérables (cf. *infra*, ch. IV).

On peut retracer ici quelques étapes-clés du déconfinement, qui sont concrétisées par des modifications successives de l'ordonnance 2 :

- Première étape (dès le 27 avril 2020)¹¹ : sont ouverts ou autorisés, les inhumations dans le cercle familial, les magasins de bricolage et de jardinage, les salons de coiffure, de massage, de tatouage et de beauté, les établissements en libre-service (stations de lavage de voitures ou solariums) et toutes les interventions effectuées dans tous les établissements de soins et de santé.
- Deuxième étape (dès le 11 mai 2020)¹² : sont ouverts ou autorisés, les magasins et marchés, les restaurants pour les groupes de quatre personnes (les parents pouvant être accompagnés de leurs enfants), les agences de voyages, les musées, bibliothèques et archives, les écoles obligatoires (niveaux primaire et secondaire II), l'enseignement présentiel jusqu'à cinq personnes (secondaire II, niveau tertiaire et autres établissements de formation), les examens dans les centres de formation, le sport de masse sans contact (en groupe de cinq personnes au maximum et sans match) et les sports de compétition et sports dans les ligues professionnelles (sans match).
- Troisième étape (dès le 28 mai 2020)¹³ : sont autorisés, les offices religieux, autres manifestations religieuses (dont les baptêmes et les mariages) et les inhumations, avec liste de présence obligatoire de tous les participants.

¹⁰ OFSP, Rapport explicatif, version du 3 avril 2020, p. 15.

¹¹ Modifications du 16 avril 2020, RO 2020 1249 et du 22 avril 2020, RO 2020 1333.

¹² Modifications du 29 avril 2020, RO 2020 1401 et du 8 mai 2020, RO 2020 1499.

¹³ Modification du 20 mai 2020, RO 2020 1751.

- Quatrième étape (dès le 30 mai)¹⁴ : sont autorisés les rassemblements jusqu'à trente personnes dans l'espace public, sur les promenades et dans les parcs.
- Cinquième étape (dès le 6 juin 2020)¹⁵ : sont ouverts ou autorisés (liste non exhaustive), les écoles du degré secondaire II, du degré III et les autres établissements de formation, les établissements de divertissement et de loisirs, les restaurants pour les groupes de plus de quatre personnes, l'entraînement sportif avec contact physique (lutte, boxe, football américain ou rugby), les théâtres, cinémas, casinos, discothèques, boîtes de nuit, centres de loisirs, parcs animaliers, jardins botaniques et zoologiques, centres de bien-être, piscines, établissements de tourisme estival (campings, parcs de VTT, remontées mécaniques), les services de prostitution, les centres de vacances pour adolescents avec au maximum 300 personnes, les compétitions sportives jusqu'à 300 personnes, ainsi que les manifestations politiques et sociales jusqu'à 300 personnes.

III. Plans de protection en matière de mesures d'hygiène et de distanciation sociale

Il est probable que certaines mesures d'hygiène et de distance sociale doivent encore être maintenues quelques mois, afin de poursuivre la lutte contre le risque de transmission du coronavirus. C'est pourquoi les mesures de déconfinement sont accompagnées par l'introduction simultanée de nouvelles exigences en matière d'hygiène sociale. Jusqu'au 5 juin 2020, les établissements qui échappent désormais à l'interdiction de fermeture au public ne peuvent être ouverts que s'ils disposent d'un **plan de protection** (art. 6 al. 3 O-2-COVID-19) ; il en va de même pour l'exercice des activités sportives en groupe de cinq personnes au plus ou pour les entraînements des membres des équipes qui font partie d'une ligue dont les compétitions sont principalement professionnelles (art. 6 al. 4 et 5 O-2-COVID-19). Depuis le 6 juin 2020, la nécessité des plans de protection sera étendue puisqu'elle s'appliquera aussi aux installations, établissements et organisateurs de manifestations qui bénéficieront des assouplissements supplémentaires ; à cette date entrera en vigueur un nouvel art. 6d O-2-COVID-19 dont la teneur est la suivante :

Art.6d Plan de protection¹⁶

1 Les plans de protection que les exploitants d'installations et d'établissements et les organisateurs de manifestations doivent élaborer et mettre en œuvre conformément aux art.6 à 6c doivent garantir que le risque de transmission est réduit à un minimum pour :

- a. les clients, les visiteurs et les participants, et*
- b. les personnes exerçant une activité dans l'installation ou l'établissement, ou lors de la manifestation.*

2 L'OFSP définit les prescriptions concernant les plans de protection en collaboration avec d'autres autorités fédérales compétentes, notamment avec le SECO en ce qui concerne le droit du travail, avec l'Office fédéral de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires en ce qui concerne les restaurants et avec l'Office fédéral du sport en ce qui concerne les activités sportives.

3 Les associations des branches et des professions ainsi que les fédérations sportives concernées élaborent si possible des plans globaux spécifiques à leur domaine en respectant

¹⁴ Modification du 27 mai 2020, RO 2020 1815.

¹⁵ Modification du 27 mai 2020, RO 2020 1815.

¹⁶ Modification du 27 mai 2020, RO 2020 1815.

les prescriptions visées à l'al. 2. A cette fin, les associations des branches et des professions consultent les partenaires sociaux.

4 Les exploitants et les organisateurs fondent de préférence leurs plans de protection sur les plans globaux de leur branche ou de leur fédération visés à l'al. 3, ou directement sur les prescriptions visées à l'al.2.

5 Les autorités cantonales compétentes ferment les installations et établissements ou interdisent les manifestations qui n'ont pas de plan de protection suffisant ou ne le mettent pas en œuvre.

Globalement, le nouvel art. 6d O-2-COVID-19 reprendra les principes actuellement exprimés à l'art. 6a O-2-COVID-19. On doit dès lors considérer que les assouplissements sont accompagnés d'une obligation générale d'élaborer un plan de protection pour tous les exploitants d'établissements et les organisateurs d'activités et de manifestations¹⁷.

En collaboration avec le SECO, l'OFSP définit les prescriptions en matière de droit du travail et de la santé concernant les plans de protection (art. 6a al. 2 O-2-COVID-19 et art. 6d al. 2 nouveau O-2-COVID-19). Ces prescriptions figurent sur leurs sites internet. Ainsi, le SECO et l'OFSP ont élaboré deux types de plans de protection :

1) **Plan de protection modèle**, à l'intention des associations de branches¹⁸ : il s'adresse en premier lieu aux associations de branches, qui, dans la mesure du possible, élaborent des plans globaux pour leurs membres, d'entente avec les partenaires sociaux concernés et si nécessaire en collaboration avec des spécialistes. Ce plan rappelle notamment l'importance du respect de la distance de deux mètres à maintenir aussi bien entre les collaborateurs qu'avec les clients, en particulier dans les lieux de séjour (par exemple cantines, cuisines, salles communes).

2) **Plans de protection standard**, à l'intention des entreprises¹⁹ : ils s'adressent aux entreprises qui ne disposent d'aucune association de branches leur fournissant un plan global. De tels plans sont proposés pour les secteurs d'activité des (i) magasins et marchés, (ii) magasins de bricolage et de jardinage, pépinières et magasins de fleurs, (iii) postes de travail de bureau dans les entreprises dont l'activité comprend du travail de bureau et un contact occasionnel avec la clientèle, (iv) inhumations dans le cercle familial, (v) établissements en libre-service (comme les solariums, les stations de lavage pour voitures ou les champs de fleurs), (vi) musées, bibliothèques et archives et (vii) prestataires de services impliquant un contact physique. L'adoption de ces plans devrait en principe s'accompagner d'une information et d'une consultation des travailleurs de l'entreprise (art 48 LTr et 6 OLT 3), en conformité avec les règles figurant dans la loi sur la participation ; lorsqu'une représentation des travailleurs a été élue, elle est l'interlocutrice de l'employeur pour ces questions (art. 8 LParticipation)²⁰.

Il est recommandé aux associations des branches et des professions, ainsi qu'aux fédérations sportives concernées d'élaborer des plans globaux spécifiques à leur domaine et respectant les prescriptions définies par l'OFSP en collaboration avec le SECO, étant précisé qu'elles doivent consulter à cet effet les partenaires sociaux (art. 6a al. 3 O-2-COVID-19 et art. 6d al. 3 nouveau O-2-COVID-19). De tels plans ont été notamment élaborés dans les domaines de

¹⁷ OFSP, Rapport explicatif, version du 15 mai 2020, p. 28 ad art. 6a.

¹⁸ <https://backtowork.easygov.swiss/fr/plan-de-protection-modele/>.

¹⁹ <https://backtowork.easygov.swiss/fr/plans-de-protection-standard/>.

²⁰ WILDHABER, p. 173 ; WYLER/HEINZER, pp. 1203-1205.

l'hôtellerie-restauration²¹ et des salons de coiffure qui proposent des services de coiffure à la personne²². Ces plans n'apportent pas d'assouplissement de principe aux règles et recommandations de l'OFSP concernant l'hygiène et l'éloignement social (garder ses distances)²³, sous réserve des spécificités particulières.

Ces plans de protection tendent à protéger, d'une part, les clients, les visiteurs et les participants et, d'autre part, les personnes exerçant une activité dans l'établissement ou lors de la manifestation (art. 6a al. 1 O-2-COVID-19 et art. 6d al. 1 nouveau O-2-COVID-19). Si la finalité (qui est de réduire le risque de transmission à un minimum) est identique, les modalités et exigences des plans de protection varient selon les catégories de personnes concernées. C'est pourquoi il convient de distinguer les rôles de chacun et le paradigme dans lequel intervient chaque protection.

A cet effet, pour illustrer ces différences d'optique, nous prenons comme premier exemple le « **plan de protection sous Covid-19 pour l'hôtellerie-restauration** »²⁴. Ce plan distingue les collaborateurs et les « *groupes de clients* » ; ces derniers sont définis comme étant les clients qui sont arrivés ensemble à l'établissement ou qui ont une réservation commune, faite avant le séjour ou sur place. Les personnes d'un groupe de clients se connaissent. Les mesures contraignent les établissements à s'assurer que les différents groupes de clients ne se mélangent pas, étant précisé qu'un groupe de clients comprend au maximum 4 personnes par table, sous la réserve des exceptions des parents avec enfants et de la restauration scolaire et d'entreprise non publique. Selon la décision du Conseil fédéral du 27 mai, les groupes de plus de 4 personnes sont autorisés à partir du 6 juin, à condition que les données de contact d'au moins une personne soient collectées par l'exploitant du restaurant²⁵. S'agissant des employés, les règles de base sont rappelées, notamment que les collaborateurs et les autres personnes gardent une distance de 2 mètres entre eux. La comparaison entre les règles applicables aux collaborateurs et aux groupes de clients fait apparaître que ces derniers sont autorisés à s'asseoir à la même table, sans le respect de la règle de distance sociale de 2 mètres entre chacun d'entre eux. Même si les règles applicables aux restaurants seront fortement assouplies depuis le 6 juin 2020, en ce sens qu'elles ne se distingueront plus des autres établissements soumis à une obligation d'élaborer des plans de protection (art. 6d al. 2 nouveau O-2-COVID-19), cette dichotomie fait apparaître la différenciation qu'il y a lieu d'appliquer en fonction du rôle de chacun :

- En sa qualité d'employeur, le restaurateur est tenu d'appliquer les règles de protection des travailleurs, le cas échéant précisées pour l'activité considérée ; ainsi pour le service, le plan dispose que dans le cadre des tâches pour lesquelles la distance doit être de moins de 2 mètres, les personnes doivent être exposées le moins possible pendant le travail en réduisant la durée du contact et/ou en prenant des mesures de protection appropriées.

²¹ <https://www.gastrosuisse.ch/fileadmin/fichiers-publics/connaissances-de-la-branche-hotellerie-restauration-gastrosuisse/downloads/plan-de-protection-covid-19-hotellerie-restauration-052020.pdf>.

²² https://coiffuresuisse.ch/fileadmin/user_upload/default/oefentlich/Bilder/Mitgliederseite/2020_Coronavirus/Schutzkonzept/2020_0505_DO_Schutzkonzept_Coiffure_Suisse_V01.03_FR.pdf.

²³ Voir DUNAND/WYLER, Newsletter du 9 avril 2020, ch. IV.

²⁴ <https://www.gastrosuisse.ch/fileadmin/fichiers-publics/connaissances-de-la-branche-hotellerie-restauration-gastrosuisse/downloads/plan-de-protection-covid-19-hotellerie-restauration-052020.pdf>

²⁵ RO 2020 1815, 1817.

- En sa qualité de prestataire de service, le restaurateur est tenu d'appliquer les règles de protection des clients. Il doit notamment s'assurer que le groupe ne soit pas plus grand que le nombre autorisé, que les groupes de clients ne se mélangent pas ou que tous les clients utilisent des places assises.
- Les deux rôles doivent être distingués et les règles ne peuvent être amalgamées. Ainsi, le fait que les clients qui se connaissent puissent s'attabler ensemble au sein du même groupe sans précaution particulière à moins de 2 mètres n'autorise pas les collaborateurs à en faire de même pour boire un verre à la fin du service. Hors du secteur de l'hôtellerie-restauration, la règle des groupes de clients des restaurants n'autorise pas les employés d'un service administratif à se prévaloir d'une règle qui ne les concerne pas dans leur propre environnement professionnel pour s'attabler et partager une pause de midi dans un local de l'employeur, sans respecter la règle de 2 mètres.

Comme second exemple, dans le contexte des **salons de coiffure**, les instructions résultant du concept de protection édicté par l'association suisse de la coiffure précisent que les collaborateurs et autres personnes gardent une distance d'au moins 2 mètres sauf pendant le service, que le collaborateur doit porter un masque d'hygiène ou un protège-visage pendant le service et que chaque client doit porter un masque d'hygiène pendant le service²⁶. A nouveau, les exceptions à la règle de la distance sociale sont strictement limitées, et assorties simultanément d'une obligation de port de masque ; elles ne sauraient être étendues à un contexte autre que la relation coiffeur-client au sein d'un salon de coiffure.

Ainsi, les règles de protection ne sont pas nécessairement coordonnées. Sous l'angle du droit du travail, l'employeur ne peut se reposer sur des règles qui ne sont pas destinées à la protection des personnes exerçant une activité dans l'établissement dont il a la responsabilité ou lors de la manifestation pour accepter un assouplissement des mesures applicables en matière de protection de l'hygiène et de la sécurité au travail ; corollairement, les employés ne peuvent se fonder sur des normes qui n'ont pas pour finalité de régler leur propre protection pour exiger un allègement de ces mesures.

Le non-respect ou l'absence de plan de protection peut entraîner la fermeture de l'établissement ou l'interdiction de la manifestation (art. 6a al. 5 O-2-COVID-19 et art. 6d al. 5 nouveau O-2-COVID-19). Le contrôle est assuré par les autorités cantonales (notamment l'inspecteur du travail, la police du commerce et le médecin cantonal)²⁷. La sanction de la fermeture doit être proportionnée dans sa durée à la gravité de la faute ; elle est prononcée dans un contexte où les règles et principes de la procédure administrative doivent être respectés ; à notre avis, rien n'empêche l'autorité d'adresser d'abord un avertissement, spécialement dans les cas de peu de gravité.

IV. Travailleurs vulnérables

A. Règles de l'ordonnance 2

Dans le contexte de notre précédente contribution, nous avons examiné la protection particulière offerte aux personnes vulnérables par les art. 10b et 10c O-2-COVID-19 (dans leur

²⁶ https://coiffuresuisse.ch/fileadmin/user_upload/default/oeffentlich/Bilder/Mitgliederseite/2020_Coronavirus/Schutzkonzept/2020_0505_DO_Schutzkonzept_Coiffure_Suisse_V01.03_FR.pdf.

²⁷ OFSP, Rapport explicatif, version du 15 mai 2020, p. 29 ad art. 6a.

teneur au 9 avril 2020)²⁸. Depuis le 17 avril 2020, ces deux dispositions ont été modifiées, de sorte que nous en reproduisons ci-dessous la teneur actuelle tout en mettant en italique les passages nouveaux et en caractères normaux ceux qui sont demeurés inchangés :

Art. 10b Principe

1 Les personnes vulnérables sont appelées à rester chez elles et à éviter les regroupements de personnes. *Si elles quittent leur domicile, elles prennent des précautions particulières pour respecter les recommandations de l'OFSP en matière d'hygiène et d'éloignement social*²⁹.

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.

3 Les catégories visées à l'al. 2 sont précisées à l'annexe 6 à l'aide de critères médicaux. La liste est non exhaustive. Une évaluation clinique de la vulnérabilité dans le cas d'espèce est réservée.

4 L'OFSP actualise en permanence l'annexe 6.

Art. 10c Obligation de l'employeur concernant la protection de la santé des employés vulnérables

1 L'employeur permet à ses employés vulnérables de remplir leurs obligations professionnelles depuis leur domicile. A cette fin, il prend les mesures organisationnelles et techniques qui s'imposent.

2 Si l'employé ne peut pas remplir ses obligations professionnelles habituelles depuis son domicile, son employeur lui attribue des tâches de substitution équivalentes qu'il peut effectuer depuis son domicile et les rétribue au même salaire, même si elles divergent du contrat de travail. A cette fin, il prend les mesures organisationnelles et techniques qui s'imposent.

3 Si, pour des raisons d'exploitation, la présence d'employés vulnérables sur place est indispensable en tout ou partie, ces derniers peuvent exercer leur activité habituelle sur place, pour autant que les conditions suivantes soient remplies :

a. la place de travail est aménagée de sorte que tout contact étroit avec d'autres personnes soit exclu, notamment en mettant à disposition un bureau individuel ou une zone clairement délimitée où la distance minimale de deux mètres est respectée ;

b. dans les cas où un contact étroit s'avère parfois inévitable, des mesures de protection appropriées sont prises, selon le principe STOP (substitution, mesures techniques, mesures organisationnelles, équipement de protection individuelle).

4 S'il ne peut pas occuper les employés concernés conformément aux al. 1 à 3, l'employeur leur attribue sur place des tâches de substitution équivalentes respectant les prescriptions visées à l'al. 3, let. a et b, et les rétribue au même salaire, même si elles divergent du contrat de travail.

5 L'employeur consulte les employés concernés avant de prendre les mesures prévues.

6 L'employé concerné peut refuser d'accomplir une tâche qui lui a été attribuée si l'employeur ne remplit pas les conditions visées aux al. 1 à 4 ou si, pour des raisons particulières, il estime que le risque d'infection au coronavirus est trop élevé malgré les mesures prises par l'employeur au sens des al. 3 et 4. L'employeur peut exiger un certificat médical.

7 S'il n'est pas possible d'occuper les employés concernés conformément aux al. 1 à 4, ou dans le cas d'un refus visé à l'al. 6, l'employeur les dispense avec maintien du paiement de leur salaire.

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

Il est à relever qu'aucune protection particulière n'est octroyée à l'employeur vulnérable. Ainsi, l'employeur ne peut invoquer son statut de personne vulnérable pour refuser une

²⁸ Voir DUNAND/WYLER, Newsletter du 9 avril 2020, ch. IV/C.

²⁹ L'art. 10b al. 1 O-2-COVID-19 est abrogé dès le 6 juin 2020 (RO 2020 1815, 1820).

prestation de travail de l'employé qui est à son service. Dans un tel cas, l'employeur est en demeure au sens de l'art. 324 CO et l'employé conserve son droit au salaire. Par exemple, une personne de plus de 65 ans ne saurait refuser en raison de son âge la prestation d'un employé de maison en raison de la crainte d'une transmission du virus ; il appartient dans ce cas à l'employeur de se protéger de ses craintes, par exemple en portant un masque ou en évitant de se trouver dans la même pièce que son employé ; une éventuelle dispense de la personne employée de travailler avec paiement du salaire est admissible, car elle ne présente aucun caractère chicanier ; dans cette hypothèse de demeure, le travailleur pourrait être astreint à une obligation de rechercher un travail de substitution, de manière à réduire le dommage (art. 324 al. 2 CO).

B. Cercle des personnes vulnérables

Une nouveauté est la création d'une liste qui permet de déterminer si un employé appartient au groupe des personnes vulnérables et si l'employeur doit en conséquence prendre des précautions particulières au sens de l'art. 10c O-2-COVID-19³⁰ ; cette liste présente donc une fonction directement liée aux obligations de l'employeur. Dans un contexte plus général, elle permet aussi aux professionnels de la santé d'évaluer si un patient risque de développer une forme sévère en cas d'infection au nouveau coronavirus et quelle prise en charge est la mieux adaptée pour lui dès les premiers symptômes. Cette liste n'est pas exhaustive, l'ordonnance réservant expressément une évaluation clinique au cas par cas, en relation avec l'environnement professionnel, les tâches concrètement attribuées et la délivrance d'un certificat médical. En outre, chaque personne peut également se rendre chez son médecin à titre privé pour déterminer si elle est vulnérable et doit prendre des précautions particulières³¹. Ces nouveautés tendent vers deux formes d'individualisation :

- 1) l'une objective, par rapport à la pathologie : ainsi, l'annexe 6 O-2-COVID-19 a déjà été actualisée pour plusieurs pathologies³². La liste institue une forme de présomption de vulnérabilité pour les pathologies qui y figurent et d'absence de vulnérabilité pour les pathologies qui n'y sont pas mentionnées, laquelle est réfragable.
- 2) l'autre subjective, par rapport à la personne : dans sa nouvelle teneur, l'art. 10b al. 2 O-2-COVID-19 et le rapport explicatif indiquent que la question de la vulnérabilité d'une personne peut être appréciée individuellement ; cette appréciation doit provenir d'un médecin ; elle peut conduire à renverser la présomption de la liste, en ce sens qu'une personne dont la pathologie figure dans la liste est autorisée à travailler sur son lieu de travail habituel, le cas échéant avec des précautions particulières émises en rapport avec l'application de l'art. 10c O-2-COVID-19 ; elle peut aussi conduire à caractériser une personne de vulnérable au regard de sa pathologie, bien que la forme de celle-ci ne figure pas dans la liste de l'annexe 6. S'il n'est pas clairement indiqué que la non-exhaustivité permet d'inclure des pathologies non mentionnées à l'art. 10b al. 2 O-2-COVID-19, cela se déduit aujourd'hui de la formulation de l'al. 3 et de la liste, dans laquelle a notamment été ajoutée l'obésité (qui ne figure pas dans

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

³² RO 2020 1585.

les pathologies mentionnées à l'al. 2) pour les patients ayant un indice de masse corporelle (IMC) d'au moins 40 kg/m²³³.

Il semble que certains médecins attestent de la vulnérabilité de leur patient tout en autorisant l'exécution de leurs obligations professionnelles en indiquant que des mesures de protection organisationnelles doivent être assurées afin de respecter la distance ou tout contact étroit avec autrui ; de tels certificats doivent s'interpréter en ce sens que l'employeur doit s'insérer dans le contexte des obligations lui incombant en application de l'art. 10c O-2-COVID-19 ; en d'autres termes, face à une telle situation, l'employeur peut appliquer le principe de cascade exposé ci-dessous.

C. Conditions de travail et rémunération des travailleurs vulnérables

A l'instar de ce que prévoyait déjà l'art. 10c O-2-COVID-19 dans sa formulation initiale, chaque employé fait valoir sa vulnérabilité moyennant une déclaration personnelle. L'employeur peut exiger un certificat médical. Ce certificat 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 ; il doit toutefois se fonder sur une évaluation technique et objective, en particulier si l'employé refuse les tâches qui lui sont confiées. En cas de doute concernant le certificat de travail, l'employeur peut ordonner un examen par un médecin-conseil³⁴, lequel intervient à ses frais conformément aux règles usuelles³⁵, le tribunal étant libre d'apprécier³⁶. La charge de la preuve de la vulnérabilité appartient au travailleur (art. 8 CC).

La nouvelle formulation de l'art. 10c al. 1^{er} O-2-COVID-19 n'apporte aucun changement matériel, le pluriel des employeurs ayant été singularisé à l'employeur.

Pour le reste, l'art. 10c O-2-COVID-19 prévoit un système en cascade, dans lequel la priorité est donnée au travail à domicile, subsidiairement au travail sur le lieu ordinaire de travail (sur place) lorsque celui-ci est indispensable, avec un droit de dispense ou de refus de l'employé concerné au cas où l'employeur ne peut satisfaire aux exigences posées dans cette disposition³⁷.

Il convient cependant de préciser que les obligations de l'employeur concernant la protection de la santé des personnes vulnérables sont indépendantes du droit de demander l'octroi des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT) aux conditions prévues par les art. 31 à 41 LACI et l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage³⁸. Ainsi, l'application de l'art. 10c O-2-COVID-19 intervient pour la part du temps de travail qui n'est pas l'objet d'une réduction de l'horaire de travail dans un contexte de chômage partiel donnant droit aux indemnités RHT³⁹. Un employé peut dès lors se trouver dans une situation hybride, à savoir bénéficier simultanément d'un taux d'activité réduit couvert par les indemnités RHT et d'un taux d'activité à fournir couvert par les mesures de protection de santé au travail imposées par

³³ Sur ce point, au regard de la nouvelle formulation de l'art. 10b O-2-COVID-19 et du nouveau rapport explicatif, notre opinion a évolué par rapport à celle exprimée *in* : Dunand/Wyler, Newsletter du 9 avril 2020, ch. IV/C.

³⁴ OFSP, Rapport explicatif, version du 15 mai 2020, p. 39 ad art. 10c.

³⁵ PÄRLI, p. 10, ch. 4 ; WYLER/HEINZER, pp. 305-309.

³⁶ PÄRLI, p. 11, ch. 5.

³⁷ PÄRLI, pp. 8-10, ch. 3.2 ; WILDHABER, p. 171.

³⁸ Voir DUNAND/WYLER, Newsletter spéciale du 9 avril 2020 de l'Université de Neuchâtel, ch. V.

³⁹ SUTER-SIEBER, N. 87.

l'art. 10c O-2-COVID-19. Ces deux statuts de bénéficiaire d'indemnités RHT et de travailleur devant fournir une prestation de travail à son employeur doivent être traités distinctement.

Dans le contexte de l'application de l'art. 10c O-2-COVID-19, une catégorisation en cascade est prévue selon le lieu et le type d'activité :

1) Travail à domicile, avec accomplissement des tâches usuelles : pour chaque personne vulnérable, la priorité est donnée à l'accomplissement des obligations professionnelles habituelles à son domicile ; dans ce cas, l'employé a droit à son salaire usuel pour le taux d'activité considéré.

2) Travail à domicile, avec accomplissement de tâches de substitution équivalentes : si l'employé vulnérable ne peut pas remplir ses obligations professionnelles habituelles à son domicile, son employeur peut lui attribuer des tâches de substitution équivalentes à effectuer à domicile, même si elles divergent du contrat de travail. A cette fin, il prend les mesures organisationnelles et techniques qui s'imposent. Le travail de substitution à domicile est privilégié car il est celui qui permet le mieux de protéger l'employé contre le risque d'infection⁴⁰. Une large latitude doit être accordée à l'employeur dans la possibilité d'octroyer des tâches de substitution ; en effet, le travail de remplacement intervient ici dans un contexte de mise en œuvre des mesures de protection de l'employé, de sorte que la possibilité pour celui-ci d'exiger d'être affecté aux tâches contractuellement prévues⁴¹ est très fortement atténuée ; à l'instar des travaux de substitution que l'employeur peut proposer à une travailleuse en remplacement de travaux dangereux pour les femmes enceintes ou qui allaitent (art. 35 LTr), le travailleur doit faire preuve de tolérance et accepter les travaux de remplacement qui sont adaptés à ses compétences et capacités, pour autant qu'ils ne présentent aucun caractère humiliant ou avilissant⁴². L'employé a le droit de recevoir le même salaire que celui habituellement versé pour son activité usuelle.

3) Travail sur place, avec accomplissement des tâches usuelles : si, pour des raisons d'exploitation, la présence de l'employé vulnérable sur le lieu de travail est indispensable en tout ou partie, il peut exercer son activité habituelle sur place, à condition que :

a) la place de travail soit aménagée de sorte que tout contact étroit avec d'autres personnes soit exclu, notamment en mettant à disposition un bureau individuel ou une zone clairement délimitée où la distance minimale de deux mètres est respectée ; par exemple, il est possible d'attribuer une pièce à l'employé ou de délimiter son espace de travail.

b) dans les cas où un contact étroit s'avère parfois inévitable, des mesures de protection appropriées doivent être prises, selon le principe STOP (Substitution⁴³, mesures Techniques⁴⁴, mesures Organisationnelles⁴⁵, mesures de Protection

⁴⁰ OFSP, Rapport explicatif, version du 15 mai 2020, p. 38 ad art. 10c.

⁴¹ WYLER/HEINZER, p. 462.

⁴² WYLER, N 22 ad art. 35 LTr.

⁴³ Une distance suffisante, p. ex. télétravail.

⁴⁴ P. ex. parois en plastique transparent, postes de travail séparés, etc.

⁴⁵ P. ex. équipes séparées, modification du roulement des équipes.

individuelles⁴⁶ (*Substitution, technische Massnahmen, organisatorische Massnahmen, persönliche Schutzmassnahmen*).

Le but est que tout employé vulnérable devant travailler sur le lieu de travail soit aussi bien protégé que s'il travaillait depuis la maison⁴⁷. A nouveau, l'employé a droit à son salaire habituel pour le taux d'activité considéré.

4) Travail sur place, avec accomplissement de tâches de substitution équivalentes : si l'employeur ne peut occuper la personne vulnérable dans l'une des conditions susmentionnées, il peut le plus subsidiairement lui attribuer un travail de remplacement à effectuer sur le lieu de travail. Dans ce cas, le travail de substitution doit cumulativement respecter les principes de substitution exposés ci-dessus (ad ch. 2) et assurer les mesures de protection au travail susmentionnées pour le travail sur place (ad. ch. 3).

Lorsque l'employeur n'est pas en mesure d'occuper l'employé concerné conformément aux conditions exposées ci-dessus, l'employeur le dispense avec maintien du paiement de son salaire (al. 6).

En tout état de cause, pour chaque situation où l'employeur est amené à modifier les conditions usuelles de travail (que ce soit en ce qui concerne le lieu ou les tâches) au regard de la vulnérabilité du travailleur, il est tenu de le consulter. Ce droit de consultation, qui se veut une concrétisation individuelle de l'art. 48 LTr, inclut une information au travailleur sur les mesures d'adaptation envisagées et contient la possibilité pour lui de formuler des remarques ou propositions à ce sujet⁴⁸. A la différence du droit de participation prévu par l'art. 48 LTr, celui prévu par l'art. 10c al. 5 O-2-COVID-19 est individuel et non collectif ; cette particularité est logique et cohérente, car la vulnérabilité est personnelle et porte sur des données sensibles.

Les mesures instaurées par l'art. 10c O-2-COVID-19 sont une expression de l'obligation de l'employeur de protéger la personnalité du travailleur (art. 328 CO), la santé et l'hygiène au travail (art. 6 LTr) et la prévention des maladies professionnelles (art. 82 LAA) ; il en découle que ces obligations s'imposent impérativement à l'employeur. Ainsi, une éventuelle décharge qu'émettrait un employé en faveur de l'employeur pour pouvoir travailler sur place serait sans impact (art. 341 CO). En effet, la protection de la personnalité du travailleur compte parmi les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé en défaveur du travailleur (art. 328 et 362 CO) ; il en va de même des dispositions de droit public édictées en faveur des employés. Seule entre en ligne de compte une appréciation médicale.

Si l'employé vulnérable n'est pas autorisé à valablement renoncer à la protection qui lui est donnée par l'art. 10c O-2-COVID-19, il est autorisé à refuser d'accomplir une tâche qui lui a été attribuée si l'employeur ne remplit pas les conditions visées aux al. 1 à 4 ou si, pour des raisons particulières, il estime que le risque d'infection au coronavirus est trop élevé malgré les mesures prises par l'employeur pour le travail sur place⁴⁹. L'employeur peut exiger un certificat médical qui confirme ces raisons particulières (al. 6). Lorsque le refus est justifié,

⁴⁶ P. ex. masque d'hygiène, etc.

⁴⁷ OFSP, Rapport explicatif, version du 15 mai 2020, p. 38 ad art. 10c.

⁴⁸ NOVIER, pp. 212 à 217 ; WYLER/HEINZER, pp. 1203-1205.

⁴⁹ WILDHABER, p. 172.

l'employeur est tenu de verser le salaire (al. 7) ; cette obligation de payer le salaire est *sui generis*, en ce sens qu'il s'agit d'un risque spécial mis à charge de l'employeur qui intervient en sus des obligations résultant de l'application des art. 324, 324a et 324b CO (art. 119 al. 3 CO)⁵⁰ ; par conséquent, les montants sont dus à ce titre aussi longtemps que les conditions prévues par l'art. 10c al. 7 O-2-COVID-19 sont remplies ; comme la cause de cette obligation est indépendante, le maintien du salaire en cas de dispense de travailler fondée sur l'art. 10c al. 7 O-2-COVID-19 ne peut pas être porté en déduction du crédit dont bénéficie l'employé en cas d'incapacité non fautive de travailler pour chaque année de service en application des art. 324a et 324b CO. En revanche, à notre avis, si son refus d'accomplir la tâche attribuée est injustifié, le travailleur perd son droit au salaire pour la part de travail non accomplie ; en effet, le droit de refus accordé par l'al. 6 s'inscrit dans un contexte où il peut être objectivement considéré que l'employeur ne propose pas des conditions qui respectent les exigences mentionnées aux al. 1 à 4 ou que le risque d'infection est trop élevé en raison de circonstances particulières. Le but de l'al. 7 n'est pas de laisser à la libre appréciation du travailleur vulnérable les conditions de travail qui lui sont proposées ; même s'il délivre un certificat médical, le médecin ne connaît pas nécessairement les conditions matérielles concrètement proposées par l'employeur et se fonde sur les déclarations de son patient. Un éventuel conflit à ce sujet, dont l'enjeu sera le paiement du salaire pour la part de travail refusée, sera tranché par le juge qui déterminera le caractère justifié ou non du refus au regard de l'ensemble des circonstances concrètes du cas.

D. Licenciement des personnes vulnérables

Nous avons vu que l'art. 10c O-2-COVID-19, sur les « obligations de l'employeur concernant la protection de la santé des employés vulnérables », est composé de sept alinéas qui traitent du lieu et des tâches de travail, des mesures sanitaires de protection, ainsi que de certaines modalités du droit au salaire. Il ne contient en revanche aucune règle relative à la protection contre le licenciement. Il faut donc se référer aux dispositions ordinaires du Code des obligations.

On rappellera que, selon la jurisprudence, en droit suisse prévaut la liberté de résilier le contrat de travail. Chaque partie est en principe libre de résilier le contrat, sans justification ou motifs particuliers, moyennant le respect du délai et du terme de congé convenus ou légaux⁵¹. Cette liberté est toutefois restreinte par les règles sur la résiliation en temps inopportun (art. 336c CO) et sur la résiliation abusive (art. 336 CO). Dans notre contribution du 9 avril dernier, nous avons considéré que le licenciement d'une personne vulnérable ne constituait pas en soi un congé donné en temps inopportun, mais qu'il pouvait en revanche, suivant les circonstances, être considéré comme abusif⁵². A notre avis, la révision du 17 avril de l'art. 10c O-2-COVID-19 n'a pas modifié la situation juridique concernant la protection contre le licenciement.

Protection contre le congé en temps inopportun. L'art. 336c al. 1 CO prévoit quatre motifs de protection (qui sont couverts pendant des durées spécifiques) : service obligatoire/service civil (let. a) ; incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident (let. b) ; grossesse/accouchement (let. c) et service d'aide à l'étranger (let. d). Il est admis que cette

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ ATF 131 III 535, c. 4.1 ; TF 4A_78/2018 du 10 octobre 2018, c. 3.1.1.

⁵² Cf. DUNAND/WYLER, pp. 32-33.

liste est exhaustive⁵³. Toutefois, dans la mesure où l'art. 336c CO est de nature relativement impérative (cf. art. 362 CO), les parties peuvent convenir d'autres motifs de protection que ceux énumérés dans la loi. L'ajout d'un motif doit donc résulter d'un accord individuel entre les parties ou d'une convention collective de travail⁵⁴.

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 accidenté⁵⁵. Le travailleur doit apporter la preuve de l'existence d'une telle incapacité de travail, en général en produisant un certificat médical⁵⁶. 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 tombe⁵⁷.

Le licenciement d'un employé vulnérable qui est 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)⁵⁸. Mais tel n'est pas le cas, selon nous, lorsque le travailleur vulnérable n'est pas empêché de travailler en raison d'une maladie. L'art. 10c O-2-COVID-19 a précisément pour objet la protection des travailleurs vulnérables qui ne sont pas empêchés de travailler, mais qu'il convient de protéger afin qu'ils ne soient pas contaminés par le coronavirus. Lorsqu'il n'est pas possible d'organiser la prestation de travail dans des conditions adéquates ou en cas de refus fondé du travailleur, l'art. 10c al. 7 O-2-COVID-19 se limite à instituer une période *sui generis* de congé, avec maintien du droit au salaire⁵⁹. A notre avis, seul le Conseil fédéral, dans le cadre des mesures d'urgence, ou le Parlement sont en mesure de créer une nouvelle période de protection au bénéfice des travailleurs vulnérables. En tant que telles, la vulnérabilité du travailleur et les conditions de l'art. 10c O-2-COVID-19 ne sont pas constitutives d'un cas de protection contre le licenciement en temps inopportun⁶⁰.

Protection contre le congé abusif. 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 exhaustive⁶¹. L'ordre juridique peut reconnaître d'autres cas pour autant qu'ils aient une gravité similaire⁶².

Selon l'art. 336 al. 1 let. a CO, est abusif le congé donné pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie (congé-discriminatoire). L'ensemble des caractéristiques d'une

⁵³ Cf. AUBRY-GIRARDIN, N 19 ad art. 336c CO.

⁵⁴ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 3 ad art. 336c CO ; STAEHELIN, N 25 ad art. 336c CO.

⁵⁵ AUBRY-GIRARDIN, N 26 ad art. 336c CO.

⁵⁶ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 5 ad art. 336c CO.

⁵⁷ ATF 128 III 212, c. 2c.

⁵⁸ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 72.

⁵⁹ Cf. OFSP, Rapport explicatif, version du 15 mai 2020, p. 39.

⁶⁰ Dans le même sens, LIENHART, pp. 22 ss. Contra : GEISER/MÜLLER/PÄRLI, NN 72-73 ; PÄRLI, NN 31-33.

⁶¹ PORTMANN/WILDHABER, N 698.

⁶² ATF 132 III 115, c. 2.1.

personne digne d'être protégée par la loi sont des raisons inhérentes, par exemple l'âge, la séropositivité, la maladie ou le handicap⁶³. Il nous paraît que le statut de personne vulnérable constitue manifestement une caractéristique de la personnalité du travailleur considéré⁶⁴. Selon la loi, le licenciement pour une raison inhérente à la personnalité n'est toutefois 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'entreprise⁶⁵. Vu le spectre de protection de l'art. 10c O-2-COVID-19 (lieu et tâches de travail, protection de la santé), il est peu probable que l'employeur puisse se prévaloir de tels motifs justificatifs. Ainsi, le licenciement d'un employé notifié en raison (motif prépondérant causal) qu'il fait partie du cercle des personnes vulnérables est en principe abusif ; il convient toutefois de réserver les difficultés économiques de l'entreprise qui entraînent plusieurs suppressions de postes, tel qu'évoqué ci-dessous.

Un autre cas de figure peut se présenter. Selon l'art. 336 al. 1 let. d CO, le congé est également abusif lorsqu'il est donné parce que l'autre partie fait valoir, de bonne foi, des prétentions résultant du contrat de travail (congé-vengeance). Cette disposition s'appliquera, par exemple, si l'employeur licencie un employé parce qu'il a, de bonne foi, refusé d'accomplir une tâche qui lui a été confiée, dans les circonstances définies à l'art. 10c al. 6 O-2-COVID-19. Dans la logique de l'art. 336 al. 1 let. d CO, il importe peu que les prétentions invoquées par le travailleur soient réellement fondées ; il suffit que ce dernier ait été légitimé, de bonne foi, à penser qu'elles l'étaient⁶⁶. En principe, la bonne foi du travailleur est présumée (cf. art. 3 al. 1 CC)⁶⁷. Elle doit être d'autant plus facilement admise que la législation est complexe⁶⁸. Tel est le cas des règles sur la détermination du statut de personne vulnérable (cf. supra, ch. IV.A-B). Prenons le cas suivant. Un employé est convaincu, de bonne foi, qu'il fait partie du cercle des personnes vulnérables. Il en informe son employeur (cf. art. 10c al. 8 O-2-COVID-19), lequel ne réclame pas de certificat médical. Par la suite, son employeur le licencie après qu'il ait fait valoir le respect des protections prévues pour les employés vulnérables. Le congé est abusif même s'il est plus tard démontré que l'employé ne faisait, en réalité, pas partie des personnes vulnérables.

Notons encore que, indépendamment des cas prévus dans la loi, un travailleur vulnérable licencié pourrait invoquer l'existence d'un motif abusif *sui generis* s'il parvient à démontrer que les circonstances du cas d'espèce sont constitutives d'un abus de droit de gravité comparable aux cas expressément codifiés à l'art. 336 CO. Selon le Tribunal fédéral, 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 droit⁶⁹. En effet, même lorsqu'elle

⁶³ 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 ; WYLER/HEINZER, pp. 786 ss.

⁶⁴ Dans le même sens, PÄRLI, N 34.

⁶⁵ ATF 127 III 86, c. 2c.

⁶⁶ ATF 136 III 513, c. 2.4.

⁶⁷ TF 4A_346/2009 du 20 octobre 2010, c. 3.1.

⁶⁸ Cf. DUNAND, N 45 ad art. 336 CO.

⁶⁹ WYLER/HEINZER, pp.806 ss.

résilie un contrat de manière légitime, la partie doit exercer son droit avec des égards⁷⁰. Ainsi, le licenciement peut se révéler abusif lorsque l'employeur porte atteinte dans le contexte du licenciement à la protection de la personnalité du travailleur (art. 328 CO)⁷¹. Notre Haute Cour a, par exemple, indiqué que l'employeur a un devoir de protection accru envers les travailleurs âgés et au bénéfice d'une grande ancienneté⁷². Avant de les licencier, il doit les informer préalablement de la mesure envisagée, leur donner l'occasion de se déterminer et rechercher une solution socialement acceptable, telle que le maintien ou l'adaptation des rapports de travail, ou encore l'octroi d'une retraite anticipée⁷³. Dans le contexte actuel, il ne serait pas choquant que de telles exigences s'appliquent également envers les travailleurs vulnérables dans la mesure où les restrictions à l'exercice des tâches habituellement confiées sont liées au contexte du coronavirus.

Pluralité de motifs. En pratique, le congé n'est pas toujours fondé sur une seule raison⁷⁴. Ainsi, la preuve du congé abusif peut s'avérer délicate lorsque plusieurs causes sont envisageables dont seules certaines ou une seule sont abusives : il convient alors d'établir leur influence respective sur le congé. En cas de pluralité de motifs, lorsque l'employé est parvenu à démontrer l'existence d'un motif abusif, il incombe à l'employeur de prouver qu'il aurait licencié le travailleur même en l'absence du motif abusif⁷⁵. Le juge examinera l'ensemble des circonstances du cas d'espèce pour déterminer quel a été le motif causal prépondérant du licenciement.

Selon la jurisprudence, une mauvaise exécution de la prestation de travail constitue le plus souvent un motif digne de protection qui empêche de considérer que le licenciement est abusif⁷⁶. On réservera les situations dans lesquelles l'allégation d'un tel motif ne constitue qu'un prétexte destiné à dissimuler un autre motif, par hypothèse abusif. Le cas de l'employé vulnérable est délicat et appelle des solutions nuancées. En effet, nous avons vu que ce dernier peut se voir attribuer des tâches de substitutions équivalentes à son cahier des charges habituel. Dans de telles circonstances, il sera moins aisé de déterminer si l'employé a mal exécuté le contrat.

Par ailleurs, un motif économique constitue également un intérêt digne de protection qui exclut généralement de considérer que le congé est abusif⁷⁷. 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 travail⁷⁸. L'employeur ne doit pas obligatoirement attendre la survenance concrète de difficultés économiques avant de licencier⁷⁹. Il peut ainsi licencier à titre préventif, s'il anticipe des difficultés liées à l'exploitation de l'entreprise ou aux conditions du marché⁸⁰.

⁷⁰ ATF 132 III 115, c. 2.2.

⁷¹ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 14 ad art. 336 CO ; DUNAND, NN 77 et 78 ad art. 336 CO.

⁷² Cf. HUMBERT/LERCH, NN 11.85-99 ; WYLER/HEINZER, pp. 821 ss.

⁷³ TF 4A_384/2014 du 12 novembre 2014, c. 4.2.1.

⁷⁴ Cf. DUNAND, N 8 ad art. 336 CO.

⁷⁵ Cf. DUNAND, N 19 ad art. 336 CO.

⁷⁶ Cf. DUNAND, N 89 ad art. 336 CO.

⁷⁷ ATF 138 III 362, c. 6.2.1. Voir aussi CHANSON, pp. 76 ss ; DUNAND, N 90 ad art. 336 CO ; HUMBERT/LERCH, N 11.1.

⁷⁸ CAPH/GE du 14 mars 2007, c. 3.3.3, *in* : JAR 2008, p. 386.

⁷⁹ ATF 133 III 512, c. 6.3.

⁸⁰ Cf. BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 17 ad art. 336 CO ; DUNAND, NN 90-91 ad art. 336 CO.

En principe, l'employeur est libre de décider quel(s) employé(s) il entend licencier en se fondant sur un motif économique. En effet, la loi ne prévoit pas d'ordre de licenciement en fonction des statuts et des caractéristiques des employés. Le Tribunal fédéral a, par exemple, précisé qu'un représentant élu des travailleurs, pourtant expressément protégé par l'art. 336 al. 2 let. b CO, ne pouvait prétendre à un privilège dans l'ordre des licenciements dans le sens que l'employeur aurait dû licencier en priorité d'autres employés. Le motif économique invoqué doit cependant être réel et ne peut constituer un simple prétexte. Il résulte de ce qui précède que l'employeur doit aussi pouvoir licencier un travailleur vulnérable s'il éprouve de réelles et durables difficultés économiques. Dans ce sens, le travailleur vulnérable ne bénéficie pas d'une protection spécifique. En revanche, comme nous l'avons évoqué ci-dessus, il peut être recommandé à l'employeur qui entend licencier un tel travailleur d'avoir envers lui des égards particuliers (information préalable sur la mesure de licenciement envisagée, écoute du travailleur, recherche d'une solution alternative au congé).

V. Modifications des conditions de travail en raison du Covid 19

A. Droit de directive de l'employeur

Dans le contexte de la lutte contre le risque de transmission du coronavirus, l'employeur est tenu de respecter les prescriptions d'hygiène au travail et de distance sociale ; il est probable que ces mesures vont encore durer quelques mois. Actuellement, nombre d'entre elles figurent dans l'ordonnance 2 COVID-19 ; celle-ci contient des règles relatives aux établissements et manifestations qui sont accessibles au public, lesquels doivent disposer d'un plan de protection (art. 6 al. 3 à 5 et art. 6a O-2-COVID-19)⁸¹ ; une protection particulière est prévue en faveur des personnes vulnérables (art. 10b et 10c O-2-COVID-19)⁸².

Cependant, même les employeurs qui ne rentrent pas dans les catégories particulières mentionnées dans l'ordonnance 2 COVID-19 sont astreints à respecter des obligations spécifiques dans le contexte de l'épidémie de coronavirus ; à cet égard, tout en rappelant aux employeurs leur obligation d'éviter toute atteinte à la santé de ses employés fondée sur l'art. 6 LTr, le SECO a édicté un aide-mémoire spécifique pour les employeurs⁸³. Ce document peut être considéré comme la référence relative aux obligations générales de l'employeur en lien avec les mesures de précaution à instaurer dans l'environnement de travail aux fins de réduire les risques de propagation du coronavirus. En résumé, les mesures suivantes sont préconisées :

- En présence de symptômes comme par exemple de toux, de mal de gorge, d'essoufflement avec ou sans fièvre, de sensation de fièvre ou de douleurs musculaires, demander aux collaborateurs concernés de rester à la maison et de contacter leur médecin. Ne pas les autoriser à se présenter au travail.
- La distance entre deux personnes sur les lieux du travail doit être d'au moins 2 mètres. Cela concerne les espaces liés au travail, tout comme les espaces de repos, les vestiaires et les cantines.
- Dans la mesure du possible, permettre aux collaborateurs de travailler à domicile et les encourager à le faire.

⁸¹ Voir *supra*, ch. III.

⁸² Voir *supra*, ch. IV.

⁸³ https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Merkblätter_und_Checklisten/merkblatt_arbeitgeber_covid19.html.

- Si possible, installer une séparation qui protège le collaborateur d'éventuelles projections de gouttelettes contaminées lors par exemple d'éternuements des collègues ou de clients à proximité.
- Si possible, introduire des temps de travail et de pause décalés afin que moins de personnes soient présentes en même temps.
- Mettre à disposition des installations qui permettent de respecter les mesures de protection spécifiées par l'OFSP.

Dans le contexte général de la protection de la personnalité du travailleur, de la prévention des atteintes à la santé du travailleur (art. 328 CO, 6 LTr et 82 LAA), l'employeur dispose du droit et du devoir de donner des directives aux travailleurs⁸⁴. En particulier, l'employeur doit identifier les risques, informer le travailleur de tous les risques inhérents au travail, donner des instructions adéquates au sujet des mesures de sécurité à prendre pour les éviter, et veiller à l'application scrupuleuse de ces mesures⁸⁵. Le respect des normes de protection de la santé s'impose impérativement à l'employeur, dont la responsabilité pénale peut être engagée lorsqu'il enfreint les prescriptions y relatives (art. 59 LTr et 112 LAA) ; l'employeur est responsable de l'application de la loi sur le travail, décide de l'organisation du travail et de l'aménagement des postes de travail⁸⁶. Concrètement, ce devoir de protection légitime l'employeur à donner des directives et à modifier l'organisation du travail au sein de l'entreprise pour assurer le respect des normes d'hygiène et de distance sociale permettant de prévenir ou d'endiguer la propagation du coronavirus. Les directives de l'employeur, tant qu'elles sont justifiées par la finalité de lutte contre la pandémie, présentent une prééminence sur d'éventuelles dispositions contractuelles relatives à l'organisation du travail ; en effet, cette prédominance doit être admise lorsque le défaut de prise des mesures adéquates par l'employeur est de nature à engager sa responsabilité civile (contractuelle ou délictuelle), pénale ou administrative. Ainsi, l'employeur doit être admis notamment à prendre les mesures suivantes, pour lesquelles il est autorisé à donner des directives et instructions⁸⁷ :

- Modification des horaires de travail, afin de diminuer le nombre de personnes présentes sur place et d'assurer le respect de la distance de 2 mètres ; la modification des horaires nécessite le respect du processus d'information et de consultation prévu par l'art. 48 LTr. Il est ainsi possible d'organiser un travail en deux équipes, l'une du matin et l'autre de l'après-midi, qui a pour effet de permettre aux travailleurs présents d'être seuls dans un bureau ou de bénéficier de plus d'espace ; il est aussi possible d'instaurer une rotation entre la présence sur place et du télétravail, alternativement selon les jours et les employés. En raison du caractère extraordinaire de la situation, des éventuelles précisions dans le contrat individuel ne sauraient faire obstacle à des modifications d'horaire ou de lieu de travail dans la mesure où elles entraveraient de manière sensible la mise en œuvre des mesures de protection, la prise en compte de l'intérêt collectif l'emportant sur les intérêts individuels⁸⁸. La mise en œuvre des instructions doit se faire dans le respect de l'art. 328 CO ; en particulier doivent être

⁸⁴ DUNAND, N 5 ad art. 321d CO ; PÄRLI, p. 16 ch. IV ; WILDHABER, pp. 170-171 ; WYLER/HEINZER, pp. 154-156, pp. 390-394, pp. 405-412.

⁸⁵ TF 4A_187/2019 du 9 mars 2020, c. 4 ; TF 4A_611/2018 du 5 juin 2019, c. 3.2 ; TF 4A_21/2016 du 13 juin 2016, c. 3.2 ; ATF 102 II 18.

⁸⁶ SECO, ad 59 LTr.

⁸⁷ WILDHABER, pp. 173-174.

⁸⁸ WYLER/HEINZER, p. 157.

évitées des différenciations arbitraires entre les employés concernés⁸⁹ ; les situations personnelles (telles que la garde d'enfant) doivent être prise en compte dans la mesure compatible avec l'exploitation.

- Mesures de protection individuelles et collectives à respecter, telles que le port du masque, l'obligation de se tenir à plus de 2 mètres des collègues ou clients, l'obligation de nettoyer les surfaces ou l'obligation de ventiler les locaux.
- Obligation de prendre connaissance et d'appliquer les mesures figurant dans le plan de protection concernant l'entreprise édicté conformément à l'art. 6a O-2-COVID-19.

Le télétravail ne dispense pas l'employeur de ses obligations usuelles s'agissant notamment du respect des règles imposées par la loi sur le travail et en matière de protection des données⁹⁰. Il en découle que l'employeur peut donner aux travailleurs des instructions sur la manière d'enregistrer les durées de travail effectivement fournies et les pauses effectivement prises (art. 73 al. 1 let. c et d OLT 1)⁹¹.

B. Devoir de diligence de l'employé

Corolaire du droit de l'employeur de donner des directives (art. 321d CO), l'employé est lié par une obligation de les respecter et de les appliquer (art. 321a CO)⁹². L'art. 10 OLT 3 précise expressément que le travailleur est tenu de suivre les directives de l'employeur en matière de protection de la santé et d'observer les règles généralement reconnues. Le non-respect par le travailleur des directives, par hypothèse légitimes, de l'employeur constitue une violation de son devoir de diligence et aussi de fidélité, dans la mesure où cela peut nuire aux intérêts de l'employeur. A titre d'exemple, nous rappelons que les autorités cantonales disposent du droit d'ordonner la fermeture des établissements qui ne respectent pas le plan de protection établi (art. 6a al. 5 O-2-COVID-19). Ainsi le non-respect par un employé d'un salon de coiffure de son obligation de porter un masque d'hygiène ou un protège-visage pendant le service, alors que cette mesure est spécifiquement mentionnée à l'art. 6.4 du concept de protection applicable aux salons de coiffure, est de nature à entraîner une sanction pour l'employeur ; il en va de même de l'employé qui accepterait que plus de 4 convives n'étant pas de la même famille s'attablent ensemble dans un restaurant, alors que cette limite est clairement exprimée dans le plan de protection pour l'hôtellerie-restauration.

En présence de défauts qui compromettent la protection de la santé, qu'il ne peut éliminer par lui-même, chaque employé doit en aviser l'employeur sans délai (art. 10 al. 2 OLT 3). En outre, la responsabilité pénale du travailleur peut également être engagée lorsqu'il enfreint intentionnellement les prescriptions sur la protection de la santé ou qu'il met gravement en danger d'autres personnes (art. 60 LTr). Seul l'employé vulnérable est fondé à exiger la possibilité d'exécuter du travail à domicile (art. 10c al. 1 et 2 O-2-COVID-19), à l'exclusion des autres⁹³.

⁸⁹ WILDHABER, p. 173.

⁹⁰ Cf. DUNAND/WYLER, Newsletter du 9 avril 2020, ch. IX).

⁹¹ WILDHABER, p. 175.

⁹² DUNAND, N 9 ad art. 321a CO.

⁹³ WILDHABER, p. 174.

Le télétravail est en partie fondé sur la confiance de sorte que toute tricherie au sujet de l'utilisation du temps de travail peut être sanctionnée, parfois même par un licenciement avec effet immédiat⁹⁴.

L'employé qui ne suit pas les directives et mesures qui lui ont été régulièrement assignées, ou qui de toute autre manière compromet les exigences en matière de protection de la santé au travail, s'expose aux sanctions usuelles existantes en droit du travail, notamment :

- Un avertissement.
- Un licenciement ordinaire, lorsqu'il est lié à l'employeur par un contrat de durée indéterminée.
- Un licenciement avec effet immédiat pour de justes motifs dans les cas graves, ou en cas de réitération d'un manquement nonobstant avertissement préalable.
- En sus de l'une des mesures précédentes, la réparation du dommage éventuellement causé à l'employeur (art. 321e CO).

En cas de licenciement, les règles de protection usuelles sont applicables⁹⁵ :

- Protection contre le licenciement abusif (art. 336 à 336b CO) : le licenciement peut présenter un caractère abusif lorsque l'instruction considérée est injustifiée ou qu'il fait suite à une demande d'éclaircissement formulée de bonne foi par l'employé. En revanche, la résiliation n'est en principe pas abusive lorsque le travailleur n'applique pas les mesures ordonnées et connues, ou lorsqu'il refuse de manière injustifiée la mise en œuvre des modifications organisationnelles.
- Protection contre le licenciement en temps inopportun (art. 336c CO) : le contexte des mesures particulières en lien avec la lutte contre le coronavirus ne modifie en rien les règles de la protection contre le licenciement en temps inopportun.
- Licenciement avec effet immédiat : la question du caractère justifié ou injustifié de l'éventuel licenciement avec effet immédiat sera examinée par le juge conformément aux règles usuelles. Si la résiliation est considérée comme injustifiée, le travailleur aura droit aux indemnités prévues par l'art. 337c CO.

VI. Exercice du droit aux vacances en période de déconfinement

A. But des vacances

Le droit aux vacances constitue l'une des concrétisations du devoir de l'employeur de protéger la personnalité du travailleur⁹⁶. Les vacances doivent 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 psychique⁹⁷. L'employé doit pouvoir satisfaire ses goûts et se consacrer aux activités de son choix⁹⁸. Dans notre contribution du 9 avril, nous avons estimé que les circonstances (existantes au mois de mars et pendant les fêtes de Pâques) ne permettaient pas, en principe, au travailleur d'exercer son droit aux vacances (temps de vacances) et que par conséquent l'employeur ne pouvait lui imposer des vacances forcées⁹⁹. En effet, les nombreuses règles de confinement ordonnées par le Conseil fédéral (cf. *supra*,

⁹⁴ WYLER/HEINZER, p. 112.

⁹⁵ Voir DUNAND/WYLER, Newsletter du 9 avril 2020, ch. X.

⁹⁶ CEROTTINI, N 2 ad art. 329a CO.

⁹⁷ CEROTTINI, NN 1-2 ad art. 329a CO ; REHBINDER/STÖCKLI, N 1 ad art. 329a CO.

⁹⁸ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 1 ad art. 329a CO ; WAEBER/CHERVAZ, pp. 52 s.

⁹⁹ DUNAND/WYLER, pp. 24-25. Contra : GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 65 ; WILDHABER, p. 177.

ch. II/A), dont la fermeture des écoles imposant aux parents un soutien accru aux activités scolaires de leurs jeunes enfants, la situation économique, sociale et sanitaire, et le climat anxigène n'étaient guère propices à la détente et au repos psychique, et elles ne permettaient pas au travailleur de se consacrer aux activités de son choix. A notre avis, il était donc erroné de conseiller aux employeurs d'ordonner des vacances forcées dans un tel contexte, et ce d'autant plus qu'une période de vacances est incompatible avec la réduction de l'horaire de travail (chômage partiel). Des vacances imposées impliquaient donc la suspension du versement des indemnités en cas de RHT par l'assurance-chômage¹⁰⁰ et l'obligation correspondante pour l'employeur de payer les salaires, au moins à hauteur de 80%¹⁰¹.

A partir de la deuxième moitié du mois d'avril, la situation a sensiblement évolué. Le déconfinement progressif (cf. *supra*, ch. II.B) et l'amélioration notable de la situation sanitaire en Suisse et dans les autres pays européens (réduction du nombre de cas d'infection au Coronavirus et des personnes admises aux urgences en raison de ce virus) permettent à nouveau de bénéficier des buts des vacances. Encore faut-il définir les modalités de leur date et de leur lieu.

B. Date des vacances

Fixation des vacances et délai de préavis. Selon 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 ou du ménage » (art. 329c al. 2 CO). L'employeur doit prendre en considération la situation familiale du travailleur (date des vacances du conjoint, date des vacances scolaires, etc.), ainsi que d'autres paramètres (âge, ancienneté, goûts et intérêts du travailleur, etc.)¹⁰². En cas d'impossibilité de concilier les souhaits du travailleur avec les impératifs de l'entreprise, ces derniers l'emportent et le travailleur doit se conformer aux dates fixées par l'employeur (cf. art. 321a CO)¹⁰³. Evidemment, l'intérêt de l'employeur doit être réel et ne pas être invoqué de manière chicanière¹⁰⁴. En fonction de ces divers critères, un employeur peut, par exemple, refuser de fixer des vacances ces prochaines semaines si les intérêts de l'entreprise l'exigent et qu'une autre solution ne peut, de bonne foi, être mise en œuvre.

Lorsqu'il fixe les vacances, l'employeur doit en principe respecter un délai de préavis afin de permettre au travailleur de s'organiser et de préparer ses vacances¹⁰⁵. En l'absence de précision dans la loi, il est largement admis en doctrine que les dates des vacances doivent dans la règle être communiquées au travailleur au moins trois mois à l'avance¹⁰⁶. Toutefois, la doctrine dominante estime qu'il est possible de réduire ou supprimer ce délai et d'ordonner des vacances immédiates ou avec un délai de préavis réduit, lorsque qu'il existe des circonstances extraordinaires et imprévisibles qui sont susceptibles de mettre l'entreprise en

¹⁰⁰ SUTER-SIEBER, N 50.

¹⁰¹ SUTER-SIEBER, N 46.

¹⁰² CARRUZZO, N 1 ad art. 329c CO ; CEROTTINI, NN 6-7 ad art. 329c CO ; WYLER/HEINZER, p. 497.

¹⁰³ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 3 ad art. 329c CO ; WYLER/HEINZER, p. 497.

¹⁰⁴ SAJEC, N 2.5.1.

¹⁰⁵ WYLER/HEINZER, p. 498.

¹⁰⁶ CEROTTINI, N 16 ad art. 329c CO ; REHBINDER/STÖCKLI, N 11 ad art. 329c CO ; SAJEC, N 2.5.1 ; WYLER/HEINZER, p. 498.

sérieuses difficultés¹⁰⁷. La situation actuelle nous paraît remplir ces conditions¹⁰⁸. Par voie de conséquence, il faut admettre que, durant cette période de déconfinement, l'employeur est en principe en droit de fixer les vacances avec un délai de préavis réduit (par rapport à la règle des trois mois) qu'il convient de définir en fonction des circonstances et du respect des règles de la bonne foi. En outre, en vue de la reprise d'activité qui suit le déconfinement, l'employeur dispose d'un intérêt réel à réduire les arriérés de vacances à prendre, afin de ne pas se trouver ultérieurement confronté à un manque de main-d'œuvre lié au fait que les employés demanderont à prendre leurs vacances, alors que l'employeur avait précédemment renoncé à exiger qu'elles soient prises dans le contexte de la phase aigüe du confinement. Enfin, il convient de rappeler que la règle est que les vacances soient prises durant l'année de service correspondante (art. 329c al. 1 CO). Ainsi, l'employeur doit-il être autorisé à fixer les vacances en tenant compte des besoins de son entreprise, si possible en prenant aussi en compte les désirs du travailleur, étant confronté à la nécessité d'affronter la reprise avec les employés dont l'emploi est maintenu.

Une fois les dates des vacances fixées, d'un commun accord ou unilatéralement par l'employeur, une modification ne peut généralement intervenir que d'un commun accord entre les parties¹⁰⁹. Comme nous allons le voir, certaines circonstances peuvent toutefois justifier le déplacement des vacances dont la date a déjà été arrêtée. Dans tous les cas, le dialogue entre les parties est recommandé en vue de trouver des solutions satisfaisantes.

Report des vacances selon la volonté de l'employeur. Le Tribunal fédéral a indiqué que des circonstances exceptionnelles pouvaient justifier que l'employeur déplace unilatéralement la date de vacances déjà fixées¹¹⁰. L'employeur doit alors se fonder sur des besoins impérieux, soudains et imprévisibles, qui l'emportent sur l'intérêt du travailleur à bénéficier de ses vacances aux dates prévues¹¹¹.

Dans le contexte actuel, de telles circonstances peuvent notamment résulter du besoin de personnel en vue du redémarrage des activités de l'entreprise, de la satisfaction des clients et de la nécessité d'améliorer la trésorerie. Dans le cas d'un report des vacances ordonné par l'employeur, l'employé peut exiger de celui-ci d'être indemnisé pour le dommage résultant des frais déjà engagés et dont il n'a pu obtenir le remboursement (titres de transport et de logement, par exemple)¹¹². La créance du travailleur se fonde notamment sur l'art. 327a CO (frais imposés par l'exécution du travail)¹¹³.

Report des vacances à la demande du travailleur. Certaines circonstances particulières peuvent justifier que le travailleur puisse exiger le déplacement des vacances déjà fixées, en particulier lorsqu'il se trouve dans l'incapacité d'en bénéficier¹¹⁴. Ainsi, pendant la période

¹⁰⁷ CEROTTINI, N 22 ad art. 329c CO ; WYLER/HEINZER, p. 502. Contra : REHBINDER/STÖCKLI, N 11 ad art. 329c CO, et WAEBER/CHERVAZ, p. 54, lesquels considèrent que le délai de préavis de trois mois doit également être respecté en cas de vacances forcées.

¹⁰⁸ DUNAND/WYLER, p. 24.

¹⁰⁹ CEROTTINI, N 32 ad art. 329c CO ; WYLER/HEINZER, p. 499.

¹¹⁰ TF du 4 avril 1996, c. 2b, in : JAR 1996 162.

¹¹¹ TF du 27 novembre 1997, c. 2b, in : JAR 1999 201. Voir aussi WYLER/HEINZER, p. 499.

¹¹² CEROTTINI, N 33 ad art. 329c CO ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 3 ad art. 329c CO ; BRÜHWILER, N 3 ad art. 329c CO, CARRUZZO, N 1 ad art. 329c CO.

¹¹³ Cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 ad art. 329c CO, p. 669.

¹¹⁴ CEROTTINI, N 33 ad art. 329c CO ; WYLER/HEINZER, p. 499.

durant laquelle il ne pouvait en principe pas bénéficier des buts des vacances (jusqu'à la mi-avril environ ; cf. *supra*, ch. VI/A), le travailleur avait la possibilité d'en obtenir le report. Il fallait toutefois qu'il communique sans tarder sa requête à l'employeur et qu'il se tienne prêt à exécuter sa prestation de travail¹¹⁵. S'il n'a pas émis à temps une telle requête, le travailleur est réputé avoir tacitement accepté de prendre ses vacances pendant la période considérée¹¹⁶.

Dans le contexte actuel, il peut arriver qu'un travailleur ne puisse accomplir les projets de vacances qu'il désirait. Tel est le cas d'un travailleur qui avait prévu de se rendre dans un pays qui est inaccessible, en raison de la fermeture des frontières ou du défaut de transport pour s'y rendre, ou qui impose une quarantaine (ou quatorzaine) aux personnes entrant sur son territoire. Le fait que le projet initial ne puisse pas être concrétisé n'empêche pas le travailleur de jouir de ses vacances puisque que de nombreuses autres activités sont possibles. Dans ces circonstances, l'employeur peut refuser la demande de report de son employé lorsque les intérêts de l'entreprise l'exigent.

C. Lieu des vacances

Le travailleur doit sauvegarder les intérêts légitimes de l'employeur pendant toute la durée des rapports de travail, périodes de vacances comprises (art. 321a al. 1 CO). La loi prohibe expressément l'accomplissement d'un travail pour un tiers durant les vacances (art. 329c al. 3 CO). L'obligation de fidélité trouve cependant ses limites dans les intérêts légitimes du travailleur qui comprennent le droit au libre épanouissement de sa personnalité¹¹⁷. Ainsi, le devoir de fidélité ne s'étend en principe pas à la vie privée et sociale du travailleur¹¹⁸.

Au vu de ce qui précède, l'employeur a sans doute la possibilité de donner des recommandations à ses employés quant au lieu de leurs vacances, mais ne peut en revanche pas exiger qu'il les respecte. A notre avis, le travailleur n'est pas tenu d'informer son employeur du lieu qu'il fréquentera ou de ce qu'il fera pendant ses vacances. En revanche, s'il s'est trouvé confronté à un risque de contagion accru (en Suisse ou à l'étranger), s'il souffre de symptômes pouvant laisser penser qu'il a été contaminé par le coronavirus, l'employé doit évidemment immédiatement en informer son employeur à son retour de vacances, afin que ce dernier puisse mettre en œuvre le plan de protection applicable en matière de mesures d'hygiène et de distanciation sociale (cf. *supra*, ch. III) et exercer son droit de donner des directives (cf. *supra*, ch. V/A). Le devoir de fidélité auquel il est soumis lui impose en particulier d'annoncer spontanément à son employeur la maladie contagieuse dont il souffre et qui pourrait être facilement transmise à l'employeur ou à des tiers, tels que les collègues de travail ou les clients de l'entreprise¹¹⁹.

D'une manière générale, le travailleur doit respecter scrupuleusement les recommandations des autorités suisses compétentes en matière de voyage et d'accès à des pays étrangers (ou à certaines zones du territoire suisse). Le non-respect des règles pourra être considéré, suivant

¹¹⁵ DUNAND/WYLER, p. 25.

¹¹⁶ Cf. WYLER/HEINZER, p. 499. Voir aussi SUTER-SIEBER, N 43.

¹¹⁷ DUNAND, N 17 ad art. 321a CO.

¹¹⁸ ATF 140 V 521, c. 7.2.1. Cf. aussi BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 4 ad art. 321a CO ; WITZIG, N 1239.

¹¹⁹ TF 4C.192/2001 du 17 octobre 2001, c. 2b/aa. Voir aussi GEISER/MÜLLER/PARLI, N 23 ; REHBINDER/STÖCKLI, N 9 ad art. 321a CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 ad art. 328b CO.

les cas, comme une violation du devoir de diligence et de fidélité envers l'employeur, notamment s'il a été de nature à créer un risque accru de diffusion du coronavirus dans l'entreprise et auprès des collègues de travail. Par ailleurs, s'il est démontré que l'employé a été contaminé durant ses vacances dans un lieu que les autorités suisses recommandaient de ne pas visiter en raison de la pandémie, une incapacité de travail en résultant serait vraisemblablement considérée comme fautive, ce qui priverait l'employé malade de son droit au salaire (empêchement inhérent fautif). Au sens de l'art. 324a CO, est considéré comme une faute tout manquement à la diligence requise d'un travailleur, dans sa vie professionnelle ou privée, qui entraîne un empêchement de travailler ou qui prolonge la durée de l'empêchement¹²⁰. On ne retient en principe qu'une faute intentionnelle ou une négligence grave. En revanche, une faute légère est en principe sans incidence sur le droit au salaire¹²¹. Constitue, par exemple, une faute (négligence grave) le voyage dans une zone géographique dangereuse nonobstant des mises en garde explicites relatives à des dangers graves et nombreux pour l'intégrité et la vie, ressortant des conseils aux voyageurs du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE)¹²².

S'il se rend dans un pays dont il était à craindre au moment du départ que la Suisse imposerait une quarantaine à toute personne en provenance de ce pays, le travailleur prend également le risque de ne pas pouvoir prétendre à son salaire durant la période où il est mis en quarantaine, à son retour en Suisse. Il en va de même, à notre avis, si le travailleur ne peut rentrer à son domicile en raison d'une décision de mise en quarantaine ou de fermeture des frontières d'un Etat étranger ou de la suppression des moyens de transport prévus pour le retour. En effet, il se trouverait, dans tous ces cas, empêché de travailler pour une cause objective et externe à sa personne, c'est-à-dire une raison qui touche un grand nombre de personnes ou de travailleurs (empêchement objectif)¹²³. Lorsque l'empêchement est dû à une cause objective, l'employeur n'a pas d'obligation de verser le salaire, l'incapacité n'étant pas inhérente à la personne (cf. art. 324a CO)¹²⁴.

VII. Conclusion

Voici près de trois mois que nous vivons une situation d'exception qui affecte gravement l'économie et qui présente des répercussions sur l'emploi. Les mesures prises par le Conseil fédéral doivent être saluées. Outre leur vocation principale de protéger la population, celles-ci ont poursuivi de multiples buts parmi lesquels figurent la protection de l'emploi et la sauvegarde de l'économie. Ainsi, le tissu des ordonnances COVID-19 et du droit ordinaire ont permis aux employeurs et employés de bénéficier d'indemnités RHT à la condition que les contrats des travailleurs concernés ne soient pas résiliés ; des mesures de protection de la santé au travail ont été mises en place, avec une protection particulière en faveur des personnes vulnérables.

¹²⁰ WYLER/HEINZER, p. 299.

¹²¹ AUBERT, N 33 ad art. 324a CO ; CARRUZZO, N 2 ad art. 324a CO ; SUBILIA/DUC, N 6 ad art. 324a CO.

¹²² Cf. ATF 141 V 216. Cf. Aussi WYLER/HEINZER, p. 300.

¹²³ Sur la notion de cause objective, cf. BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 12 ad art. 336c CO ; BRÜHWILER, N 1 ad art. 324a CO ; PORTMANN/WILDHABER, N 314. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 324a CO, citent expressément le cas d'une impossibilité de voyager en raison d'une épidémie ou de l'annulation d'un vol.

¹²⁴ LONGCHAMP, N 6 ad art. 324a CO ; WYLER/HEINZER, p. 277.

La mise en œuvre de ces mesures, le maintien des relations de travail, les tâches à accomplir, l'introduction de nouvelles formes d'organisation, le travail à distance impliquent un effort et une confiance réciproques et collectifs entre chacun des employeurs et chacune des personnes employées concernés.

La période de confinement suivie du déconfinement progressif ont fait apparaître nombre de questions inédites :

- Le salaire est-il dû lorsque l'employeur n'est pas en mesure de fournir du travail suite aux mesures prises par les autorités ?
- L'employeur est-il autorisé à modifier unilatéralement les conditions de travail afin de les adapter aux mesures de protection de la santé ?
- Les vacances peuvent-elles être prises en ces périodes successives de restrictions importantes aux libertés de mouvement et d'interactions sociales, suivies d'un assouplissement important ?
- Quel est le sort réservé à la compensation des heures supplémentaires ?
- Quelles sont les hypothèses dans lesquelles le travailleur est protégé contre un licenciement dans le contexte de la crise liée au COVID-19 ?

Nous avons tenté de répondre à quelques-unes de ces questions pratiques dans notre article précédent¹²⁵ et la présente contribution. Alors même qu'elles sont espacées de sept semaines, ces deux réflexions sont intervenues dans des contextes différents ; la première a été rédigée au plus fort du confinement dans un climat où une grande prudence de santé publique imposait des mesures strictes ; la seconde est écrite dans une période où l'on peut raisonnablement penser qu'un retour à un rythme plus normal est durablement envisagé, avec toutefois le maintien de certaines exigences de précautions qui s'appliqueront dans les rapports de travail.

La troisième étape débutera le 19 juin. Le Conseil fédéral a en effet décidé qu'à cette date, la Suisse passera du « régime extraordinaire » d'urgence (art. 7 LEp) à celui de « situation particulière » (art. 6 LEp). Selon le nouveau régime, le Conseil fédéral devra consulter les cantons avant d'ordonner des mesures (art. 6 al. 2 LEp). L'ordonnance 2 COVID-19 sera largement révisée. Par ailleurs, il est prévu que le Conseil fédéral présente au Parlement une « loi COVID-19 » spécifique au début du mois de septembre prochain¹²⁶. Cette troisième étape sera aussi empreinte de difficultés. En effet, beaucoup de personnes ont déjà souffert de la crise liée au COVID-19. Des employés ont perdu leur emploi ; les jeunes arrivant sur le marché du travail auront de la peine à trouver leur première embauche. Nombre d'employeurs se battent pour sauvegarder leurs entreprises et les postes liés. Des licenciements économiques ne sont pas à exclure ; ils interviendront dans un contexte où le droit du travail s'appliquera dans sa normalité retrouvée.

Pour cette troisième étape, nous formulons un vœu : celui que l'effort et une confiance réciproque et collective se poursuivent pour permettre la préservation de l'emploi et la reconstruction des entreprises fragilisées. Dans les deux premières étapes, les employeurs et les employés se sont trouvés constamment confrontés aux incertitudes. Dans la seconde, les

¹²⁵ DUNAND/WYLER, Newsletter du 9 avril 2020.

¹²⁶ Cf. OFSP, Transfert de l'ordonnance 2 COVID-19 dans le droit ordinaire – sortie de la situation extraordinaire, Fiche d'information, Berne, 27 mai 2020.

associations de branches et des professions ont été sollicitées pour l'élaboration des plans de protection. Dans la période à venir, les partenaires sociaux auront un rôle essentiel à jouer : celui de trouver des consensus pour le maintien des emplois et des entreprises. Il interviendra dans la (re-)négociation des CCT, peut-être aussi dans la mise en œuvre des mesures de combat, mais nous l'espérons avec modération et compréhension réciproque.

Positivement, de nouveaux horizons se sont ouverts suite aux expériences faites, tels que l'extension du télétravail, l'usage accru de moyens informatiques et la familiarisation à ceux-ci, l'apprentissage de nouvelles formes d'organisation du travail, dont il est apparu qu'elles peuvent être profitables à tous. Pour bien avancer il convient d'être ouvert à l'évolution et l'adaptation. Il y aura donc bien un avant et un après COVID-19.

Bibliographie

A. Documents des autorités fédérales spécifiques au coronavirus

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), version du 15 mai 2020.

SECRETARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2, Berne, décembre 2019.

B. Doctrine

AUBERT GABRIEL, ad art. 324a CO, *in* : Commentaire romand du CO I, Bâle 2003.

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

BRUCHEZ CHRISTIAN, MANGOLD PATRICK ET SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, ad art. 321a, 329a, 329c, 336 et 336c CO, *in* : Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2019.

BRÜHWILER JÜRIG, ad art. 324a et 329c, *in* : Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-343 OR, Bâle 2014.

CARRUZZO PHILIPPE, ad art. 324a et 329c CO, *in* : Le contrat individuel de travail, Zurich/Bâle/Genève 2009.

CEROTTINI ERIC, ad art. 329a 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.

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

DUNAND JEAN-PHILIPPE et WYLER RÉMY, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, *in* : Newsletter DroitDuTravail du 9 avril 2020 de l'Université de Neuchâtel.

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

HUMBERT DENIS/LERCH ANDRÉ, Kündigungsschutz, *in* : Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zurich/Bâle/Genève 2018, pp. 411 ss.

LIENHART ASTRID, Von neuen Viren und neuen Personengruppen, *in* : Jusletter du 4 mai 2020.

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

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).

PÄRLI KURT, Besonders gefährdete Arbeitnehmer/innen, *in* : Jusletter du 20 avril 2020.

PORTMANN WOLFGANG et WILDHABER ISABELLE, Schweizerisches Arbeitsrecht, Zurich/St-Gall 2020.

REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, ad art. 321a, 329a et 329c CO, *in* : Commentaire bernois, Berne 2010.

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

STAEHELIN ADRIAN, ad art. 336c CO, *in* : Commentaire zurichois, Zurich/Bâle/Genève 2014.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, ad art. 324a, 328b, 329c et 336, *in* : Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Zurich/Bâle/Genève 2012.

SUBILIA OLIVIER/DUC JEAN-LOUIS, ad art. 324a CO, *in* : Droit du travail, Lausanne 2010.

- SUTER-SIEBER IRÈNE, Lohn und Kurzarbeitsentschädigung während Kurzarbeit, *in* : Jusletter du 18 mai 2020.
- WAEBER JEAN-BERNARD et CHERVAZ DAMIEN, vacances forcées et crise économique, *in* : Plaidoyer 6/09, pp. 52 ss.
- WILDHABER ISABELLE, Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten, *in* : Pandémie et droit, Numéro spécial de la Revue de droit suisse (RDS), mai 2020, pp. 157 ss.
- WITZIG AURÉLIEN, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018.
- WYLER RÉMY, ad art, 35 LTr, *in* : Commentaire LTr, Berne 2005.
- WYLER RÉMY et HEINZER BORIS, Droit du travail, Berne 2019.