

Section 1

Assurances sociales (aspects de droit interne)

ANNE-SYLVIE DUPONT*

I. Introduction

Les assurances sociales suisses proposent une couverture par le risque, ce qui signifie que la protection sociale dont une personne bénéficie dépend en premier lieu de l'événement qui se produit et qui la contraint à recourir à des prestations sociales⁸⁵⁹. Contrairement à la majorité des pays possédant une tradition similaire (tradition bismarckienne⁸⁶⁰), la Suisse a choisi, dès l'origine, un modèle de protection sociale à tendance universelle. A l'exception notoire de la prévoyance professionnelle et de l'assurance-accidents, réservées aux personnes qui travaillent, principalement en qualité de salariées⁸⁶¹, les assurances sociales suisses ont vocation à protéger l'ensemble de la population⁸⁶². Si l'exercice d'une activité lucrative est susceptible d'influencer les modalités de la couverture d'assurance, **le lieu de l'exercice de cette activité revêt une importance secondaire** dans un contexte purement interne⁸⁶³. Néanmoins, le télétravail peut soulever certaines difficultés ou poser certaines questions en pratique, dans la mise en œuvre de certaines assurances sociales. Nous proposons dès lors, dans ce chapitre, d'examiner dans un premier temps l'impact du télétravail sur l'affiliation des travailleuses et travailleurs aux différentes assurances sociales, ainsi que sur la qualification de leur statut (III). Nous traiterons dans un second temps des questions propres à certaines assurances (IV-VI). Avant cela, il est utile de nous entendre sur quelques notions et délimitations (II). A la fin de ce chapitre, nous traiterons brièvement, sous

445

* L'auteure remercie Mme Alissa Semenova, MLaw, assistante-doctorante à la Faculté de droit, pour les recherches effectuées en amont de cette contribution, et sa relecture attentive du manuscrit.

859 A ce propos, CR LPGA-DUPONT, Intro. générale, N 7 s.

860 GNAEGI, 42 s.

861 Les personnes de condition indépendante ont la possibilité de s'affilier à titre facultatif (art. 4 LAA et art. 4 LPP).

862 L'assurance-chômage, dont il est souvent dit qu'elle est réservée aux personnes de condition salariée parce qu'elles seules y cotisent (art. 2 LACI), prévoit pourtant, dans certains cas, des prestations en faveur de personnes qui n'ont pas cotisé (art. 14 LACI), de sorte qu'elle mérite à notre sens d'être qualifiée d'universelle.

863 Sur l'importance du lieu de l'exercice de l'activité lucrative dans un contexte transfrontaliers, cf. Chap. VI N 647 ss.

forme d'excursus, de quelques questions relatives à l'assurance perte de gain en cas de maladie (VII).

II. Notions et délimitations

446 Dans le cadre de ce chapitre, consacré aux assurances sociales, nous nous référerons aux termes employés dans cette branche du droit. En particulier, nous nous référerons aux art. 10 à 12 de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) pour définir les notions de personne salariée, d'employeur et de personne de condition indépendante. Est ainsi **de condition salariée** la personne qui fournit un travail dépendant et reçoit pour ce travail un salaire déterminant au sens de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants (art. 10 LPGA). Nous utilisons comme synonyme les termes « personne employée ». **L'employeur** est la personne qui emploie de telles personnes (art. 11 LPGA). Par exclusion, une **personne de condition indépendante** est celle dont le revenu ne provient pas d'une activité salariée (art. 12 LPGA). Les termes « travailleuse » ou « travailleur » désignent une personne qui exerce une activité lucrative, par opposition à une personne sans activité lucrative, sans que le statut – salarié ou indépendant – ne soit précisé à ce stade.

447 Nous définirons le **télétravail, ou travail à distance**, comme l'exercice d'une activité professionnelle en tout ou en partie en dehors du lieu où le résultat du travail est attendu, grâce aux technologies de l'information et de la communication⁸⁶⁴. Si l'activité est déployée au domicile de la travailleuse ou du travailleur, il sera question de **télétravail à domicile, ou home office**. La notion de télétravail est plus large que celle de télétravail à domicile, puisqu'elle désigne également des situations dans lesquelles les tâches sont effectuées depuis un autre endroit que le domicile, comme un espace de travail collaboratif, un café, un lieu de transit (train, aéroport), une résidence secondaire ou tout autre lieu de séjour passager. Le télétravail à domicile doit être distingué du travail à domicile au sens des art. 351 ss CO⁸⁶⁵.

448 Comme évoqué en introduction, nous nous concentrons dans ce chapitre sur des **états de fait relevant du droit interne**, mentionnant néanmoins, pour autant que de besoin, des éléments transfrontaliers intéressants dans le contexte de notre analyse.

864 DUPONT, Nouvelles formes de travail, 302 ; BILLARANT, Télétravail, 5 s. CONSEIL FÉDÉRAL (2016), 7 ss. Cf. ég. GEISER, Neue Arbeitsformen, 565.

865 BILLARANT, Télétravail, 19 ss. Cf. ég. N 488. La distinction est importante dans le contexte des indemnités pour réduction de l'horaire de travail prévues par l'assurance-chômage (RHT). La perte de travail que subissent les travailleuses et travailleurs à domicile n'est en principe pas prise en considération lors du calcul de la perte de travail subie par l'entreprise (cf. art. 48 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [OACI ; RS 837.02]).

III. Impact du télétravail sur l'affiliation aux assurances sociales et sur le statut la personne assurée

Comment mentionné ci-dessus⁸⁶⁶, la plupart des assurances sociales sont universelles, de sorte que la question de l'exercice ou non d'une activité lucrative paraît *a priori* secondaire, de même que, le cas échéant, le lieu de l'exercice de cette activité. Si le domicile est le critère déterminant pour l'affiliation à un régime d'assurance, le télétravail peut soulever des difficultés (A). Par ailleurs, le télétravail peut rendre difficile la qualification du statut de la personne assurée (B). 449

A. Domicile comme critère de rattachement

Lorsque le domicile est le seul critère de rattachement à l'assurance, comme dans le cas de l'assurance-maladie, **le télétravail peut poser la question de l'affiliation**. Il en va principalement ainsi dans le cadre de l'assurance-maladie (LAMal), à laquelle – en dehors du télétravail dans un contexte transfrontalier européen⁸⁶⁷ – seules les personnes domiciliées en Suisse ont en principe accès (art. 3 LAMal). La question du domicile de la travailleuse ou du travailleur qui fournit la prestation de travail à distance, depuis un lieu situé dans un Etat tiers, doit ainsi être clarifiée. Le domicile fondant l'affiliation à la LAMal correspond au domicile civil au sens des art. 23 à 26 CC (art. 13 LPGA) ; il s'agit de l'endroit où la personne séjourne avec l'intention d'y établir le centre de ses intérêts⁸⁶⁸. 450

Par exemple, une personne vivant principalement en Russie, auprès de sa famille, n'a pas accès à la LAMal, même si elle est employée par une société sise en Suisse et travaille pour cette dernière depuis son domicile de Moscou. Cela vaut également si cette personne séjourne régulièrement plusieurs jours par semaine en Suisse, du moment qu'elle n'y transfère pas son domicile au sens des art. 23 à 26 CC.

Il en va différemment si la travailleuse ou le travailleur est **détaché à l'étranger** par l'employeur pour y fournir sa prestation de travail. Dans cette hypothèse, elle ou il demeure affilié à la LAMal si elle ou il était affilié obligatoirement à la LAMal immédiatement avant le détachement et si elle ou il travaille pour le compte d'un employeur dont le domicile ou le siège est en Suisse (art. 4 OAMal⁸⁶⁹). 451

866 Cf. N 446.

867 A ce propos, cf. RIONDEL BESSON, Les frontaliers, 237 ss.

868 Pour plus de détails sur la notion de domicile en droit civil, cf. CR CC I-EIGENMANN, art. 23 CC N 22.

869 Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal ; RS 832.102).

- 452 Les **conventions bilatérales** conclues entre la Suisse et les Etats non membres de l'Union européenne (UE) ou de l'Association économique de libre-échange (AELE) n'ont pas d'influence sur cette question, dans la mesure où elles ne concernent généralement pas l'assurance-maladie, ou alors sur de très rares points de détails non pertinents dans le contexte du télétravail.

B. Statut de la personne assurée

- 453 La question de savoir si la personne exerce ou non une activité lucrative, le cas échéant de savoir si elle l'exerce en qualité de salariée ou d'indépendante, revêt une importance considérable, dans certains régimes d'assurance sociale, pour définir les **conditions d'assurance**, singulièrement les règles applicables aux cotisations. Dans le prolongement, la réponse à cette question permet de déterminer si la personne qui exerce une activité lucrative peut ou non **accéder aux assurances prioritairement destinées aux travailleuses et travailleurs salariés**.
- 454 Dans le régime de l'**assurance-vieillesse, survivants et invalidité** ainsi que dans celui des **allocations pour perte de gain** (AVS/AI/APG), l'obligation de cotiser est réglée de manière différente selon que la personne assurée exerce ou non une activité lucrative. Si elle en exerce une, elle doit cotiser sur le produit de son activité (art. 3 al. 1, 5 et 8 LAVS) ; si elle n'en exerce pas, elle cotise en fonction de son âge (art. 3 al. 1^{bis} LAVS) et de sa condition sociale (art. 10 LAVS). A priori, le fait de travailler à distance ne joue pas de rôle dans le cadre de cette distinction, dans la mesure où il s'agit, précisément, de l'exercice d'une activité lucrative et que la travailleuse ou le travailleur est donc clairement soumis aux règles concernant les personnes exerçant une activité lucrative. Néanmoins, si l'activité est exercée occasionnellement, voire sur appel, il existe un risque que la personne assurée ne perçoive pas son changement de statut et continue de cotiser en tant que personne sans activité lucrative, alors qu'elle n'y serait plus tenue.
- 455 De même, lorsqu'il s'agit de **qualifier**, sous l'angle du droit des assurances sociales⁸⁷⁰, la personne qui exerce une activité lucrative **de salariée ou d'indépendante**, le fait que tout ou partie des tâches soient effectuées depuis un autre lieu que les locaux de l'entreprise n'est pas en soi déterminant. En cas de doute, une grande liberté dans l'organisation du travail, notamment s'agissant du choix du lieu depuis lequel les tâches sont effectuées, est un argument pouvant plaider en faveur d'une activité indépendante⁸⁷¹. L'argument s'avérera souvent décisif lorsque la travailleuse ou le travailleur recourt à

870 Rappelons, à ce sujet, que les critères pertinents diffèrent de ceux que l'on utilise en droit civil, de sorte que la qualification peut être différente (à ce propos, cf. CR LPGA-DUNAND, art. 10 LPGA N 8 ss, en particulier N 16).

871 Pour une discussion en droit du travail, cf. GUIGNARD, Le télétravail, 61 ss.

une structure de portage salarial dans le but de bénéficier des avantages du salariat tout en effectuant, en réalité, un travail de nature indépendante⁸⁷². En l'état actuel de la jurisprudence, le portage salarial est en effet considéré comme une manière de contourner la loi et n'empêche pas la qualification de la personne concernée comme indépendante par les assurances sociales⁸⁷³. Le statut de la personne assurée est décisif pour, d'une part, fixer le taux des cotisations dont elle doit s'acquitter, et, d'autre part, pour déterminer si la personne pour laquelle elle travaille peut être considérée comme un employeur et, partant, être contrainte au paiement de la part patronales des cotisations sociales. Une personne salariée doit par ailleurs cotiser, paritairement avec son employeur, à l'assurance-chômage (art. 2 LACI) ; elle est obligatoirement affiliée à l'assurance-accidents (art. 1a al. 1 LAA) et, sous condition d'âge et de revenu, à la prévoyance professionnelle (art. 2 et 7 LPP).

IV. Assurance-invalidité

Dans le cadre de l'assurance-invalidité, le développement du télétravail pose deux questions principales : premièrement, le rôle de cette forme d'exercice de l'activité lucrative dans la réadaptation (A), et, deuxièmement, sa qualification d'activité adaptée aux limitations fonctionnelles dans le cadre de l'examen du droit à la rente (B). 456

A. Rôle du télétravail dans la réadaptation

L'assurance-invalidité est gouvernée par un principe voulant que « la réadaptation prime la rente »⁸⁷⁴. En conséquence, la loi sur l'assurance-invalidité (LAI) prévoit un catalogue de prestations destinées en premier lieu à **maintenir la capacité de gain** de la personne assurée victime de problèmes de santé. 457

Dans le cadre de l'intervention précoce (art. 7d LAI), les offices AI ont la possibilité d'ordonner différentes mesures dans le but de maintenir la personne assurée à son poste de travail ou, à défaut, de lui garantir une réinsertion rapide sur le marché du travail⁸⁷⁵. 458

Pour un budget maximum de CHF 20 000 par personne assurée (art. 1^{octies} RAI), il est possible, par exemple, de proposer un aménagement du poste de travail, qui pourrait prendre la forme de l'acquisition du matériel nécessaire (ordinateur, borne WiFi, etc.)

872 Pour une discussion, cf. PÄRLI/KÄMPF, 240 ss.

873 Cf. TF, arrêt du 26 octobre 2022, 8C_312/2022, c. 5.2 ; CJ GE, Chambre des assurances sociales, arrêt du 16 décembre 2019, ATAS/1161/2019, c. 2.

874 <<https://www.histoiredelasecuritesociale.ch/synthese/1959>> (2 octobre 2023).

875 AVS-AI, mémento 4.12 (Prestations de l'AI. Conseils axés sur la réadaptation, détection et intervention précoces), 2.

pour que la personne assurée puisse exécuter ses tâches depuis son domicile, si cela s'avère être la solution adéquate compte tenu des problèmes de santé rencontrés et de la nature de l'activité exercée. Les mesures d'intervention précoce sont toutefois soumises à une double limite : premièrement, la personne assurée n'a pas de droit à l'obtention de ces mesures (art. 7d al. 3 LAI), de sorte qu'elle est tributaire du bon vouloir de l'office AI ; deuxièmement, ces mesures ne peuvent être imposées à l'employeur qui n'entend pas entrer en matière. A l'inverse, l'aménagement du télétravail dans le cadre de mesures d'intervention précoce devrait en principe pouvoir être exigé de la personne assurée, qui est tenue de diminuer le dommage (art. 7 LAI), notamment en participant activement aux mesures d'intervention précoce (art. 7 al. 2 lit. a LAI). Rappelons par ailleurs que dans le cadre de l'assurance-invalidité, toute mesure servant à la réadaptation de la personne assurée est réputée raisonnablement exigible, à l'exception des mesures qui ne sont pas adaptées à son état de santé (art. 7a LAI). On doit tout de même se poser la question de l'exigibilité lorsque la situation concrète rend une mesure de télétravail difficilement envisageable en pratique (p. ex. un logement exigu ou des enfants en bas âge gardés à domicile).

459 On pourrait également imaginer que le télétravail soit envisagé dans le cadre des **mesures de réinsertion** préparant à la réadaptation professionnelle (art. 14a LAI), par exemple dans le cadre d'un réentraînement au travail. Le télétravail ne permet en revanche à notre avis pas d'atteindre les objectifs de socialisation de base et de motivation visés par la réadaptation socioprofessionnelle⁸⁷⁶, de sorte qu'un examen au cas par cas, en fonction des besoins et des difficultés de la personne assurée, est indispensable.

B. Examen du droit à la rente

460 Déterminer si une personne assurée a droit à une rente de l'assurance-invalidité suppose d'examiner, avant toute chose, si elle est encore en mesure d'exercer une activité compatible avec les limitations fonctionnelles entraînées par l'atteinte à la santé. Il appartient aux médecins de procéder à cette évaluation, le rôle de l'administration, respectivement des juges, étant de s'assurer ensuite que la personne assurée **peut exploiter économiquement sa capacité de travail résiduelle** sur le marché du travail entrant en considération pour elle, sans subordonner cela à des exigences excessives⁸⁷⁷.

461 Dans quelques situations concrètes, les tribunaux ont eu à connaître de l'influence du télétravail dans ce contexte. Dans certains cas, la possibilité de télétravailler a joué **en défaveur de la personne assurée**. Dans une affaire vaudoise de 2020, les juges avaient tenu compte, dans l'évaluation de la capacité de gain de la personne assurée atteinte

876 Cf. CMRPr, N 0622.

877 TF, arrêt du 23 septembre 2013, 8C_150/2013, c. 3.2 et les réf. cit.

dans sa santé physique, de ce que cette dernière avait la possibilité de télétravailler et que son poste de travail à domicile avait fait l'objet d'aménagements pris en charge par l'AI⁸⁷⁸. A la même époque, le Tribunal fédéral a admis qu'une personne assurée formée aux tâches administratives, très limitée dans ses facultés de déplacement à l'extérieur de son domicile, conservait une capacité de travail à 80 %, pleinement exploitable grâce aux possibilités de travailler à domicile. Elle conservait, d'après les constats médicaux, la faculté de conduire et, ainsi, de se déplacer de temps à autres dans les locaux de son employeur pour des rendez-vous ou pour y accomplir certains travaux⁸⁷⁹. Cet arrêt fait l'objet de critiques en doctrine⁸⁸⁰.

Dans d'autres affaires, **le télétravail n'a pas été considéré comme une perspective réaliste** et n'a pas fait obstacle à l'octroi d'une rente. Peu de temps après l'arrêt 9C_15/2020 relaté au paragraphe précédent, le Tribunal fédéral a considéré que la capacité de travail résiduelle à 50 % en télétravail d'un assuré atteint de graves troubles psychiques qui l'empêchaient totalement de sortir de chez lui ou d'entretenir des contacts avec un employeur n'était, d'un point de vue réaliste, pas exploitable et avait admis le droit de l'assuré à une rente entière de l'assurance-invalidité⁸⁸¹. Dans une affaire genevoise de 2022, concernant un assuré qui présentait à la fois des troubles physiques et des troubles psychiques qui l'entravaient en particulier dans ses contacts avec les tiers et dans le maintien autonome d'une structure journalière, les juges ont estimé, contrairement à l'office AI, que les activités en télétravail n'étaient pas compatibles avec les limitations fonctionnelles présentées⁸⁸². En 2022 également, les juges de Lucerne ont jugé que la capacité de travail résiduelle d'un assuré présentant des troubles psychiques, qui le condamnaient à travailler absolument seul et sans contact avec des tiers, n'était pas exploitable, car même une activité manuelle à domicile (en l'espèce, aiguiser de couteaux) supposait qu'il fasse des démarches pour acquérir une clientèle, ce dont il était incapable⁸⁸³.

En définitive, le télétravail n'a jusqu'ici été jugé comme une activité économiquement exploitable que dans l'hypothèse de personnes assurées atteintes dans leur santé physique exclusivement, qui conservaient tout de même la possibilité de se déplacer dans les locaux de l'entreprise et d'entretenir un contact avec un employeur. Le télétravail n'est en revanche pas une solution réaliste en cas d'atteinte à la santé psychique qui empêche totalement la personne assurée d'entrer en contact avec autrui, ou encore de

878 TC VD, CASSO, arrêt du 14 décembre 2020, AI/349/19-411/2020.

879 TF, arrêt du 10 décembre 2020, 9C_15/2020, c. 6.2.

880 Cf. notamment MEIER M. E., N 16 ss.

881 TF, arrêt du 29 avril 2021, 9C_426/2020, c. 5.

882 CJ GE, CASSO, arrêt du 14 mars 2022, ATAS/236/2022, c. 6.2.

883 TF, arrêt du 2 juin 2022, 8C_52/2022, c. 4.3.

structurer ses journées de manière autonome. Cette délimitation ne pourra toutefois être affinée qu'au fil des différentes situations individuelles appelées à être jugées.

V. Assurance-accidents

- 464 L'assurance-accidents est réservée aux personnes qui exercent une activité lucrative. Les personnes de condition salariée y » sont assujetties obligatoirement (art. 1a al. 1 LAA *cum* art. 1 OLAA). De manière exceptionnelle en comparaison internationale, l'assurance-accidents couvre, chez les personnes assujetties, aussi bien les accidents professionnels que les accidents non professionnels. Ces derniers ne sont toutefois assurés que pour les personnes qui travaillent au moins huit heures par semaine pour le même employeur (art. 8 al. 2 LAA *cum* art. 13 al. 1 OLAA).
- 465 **Pour la travailleuse ou le travailleur dont le taux d'activité dépasse ce plancher**, le fait de télétravailler sera en principe sans impact sur la couverture d'assurance, puisqu'il importe alors peu de savoir s'il s'agit d'un accident professionnel ou non professionnel. En revanche, la qualification peut être importante si on lui reproche un comportement fautif. Une réduction des prestations pour négligence grave en application de l'art. 37 al. 2 LAA ne peut en effet être opérée qu'en cas d'accident non professionnel. Il en va de même si l'on envisage une sanction sous l'angle des dangers extraordinaires (art. 49 OLAA) ou de l'activité téméraire (art. 50 OLAA), même si ces deux dernières hypothèses semblent plutôt théoriques dans le contexte du télétravail.
- 466 **Pour la travailleuse ou le travailleur dont le taux d'activité n'atteint pas huit heures par semaine auprès du même employeur**, la qualification de l'accident est essentielle pour décider de l'existence d'une couverture d'assurance pour l'événement en question.
- 467 **Est un accident professionnel** l'accident qui se produit alors que la travailleuse ou le travailleur exécute des travaux sur ordre ou dans l'intérêt de son employeur, ou encore celui qui se produit au cours d'une interruption de travail, de même qu'avant ou après le travail, lorsqu'il se trouve à bon droit au lieu de travail ou dans la zone de danger liée à son activité professionnelle (art. 7 LAA⁸⁸⁴). **Tout autre accident est réputé non professionnel** (art. 8 al. 1 LAA).
- 468 **Dans le contexte du télétravail**, l'accident qui se produit alors que la travailleuse ou le travailleur exécute ses tâches contractuelles ne devrait en règle générale pas poser de difficulté particulière⁸⁸⁵. Si, par exemple, la personne est blessée par l'explosion de la

884 Cf. ég. art. 12 OLAA, qui vise des cas spécifiques non pertinents dans le contexte du télétravail, sous réserve d'un point traité au N 469 ci-dessous.

885 Dans le même sens, CONSEIL FÉDÉRAL (2016), 60.

batterie de son ordinateur portable alors qu'elle est en train de travailler, la qualification d'accident professionnel semble évidente. Il sera probablement difficile, en pratique, de savoir si, au moment de l'explosion, la personne accidentée exécutait effectivement ses tâches ou utilisait l'ordinateur à des fins personnelles. A notre sens, si l'incident se produit pendant les heures de travail habituelles, il faut alors présumer que la personne assurée était en train d'effectuer ses tâches, à tout le moins jusqu'à preuve du contraire.

L'accident qui se produit pendant une interruption du travail, avant ou après ce dernier, est plus difficile à qualifier, car le lieu de travail n'est alors plus distinct du lieu de domicile ou de loisir. Il est donc difficile de savoir si la personne assurée avait pris une pause, avait commencé ou cessé le travail. On peut par exemple imaginer que la personne assurée se mette au travail, avant de se rendre compte qu'elle avait oublié de faire quelque chose dans son appartement, le fasse rapidement et se remette ensuite au travail. A l'inverse, il est possible que la personne assurée termine son travail, vaque à ses tâches privées avant de se souvenir qu'elle avait oublié d'envoyer un courriel important, et retourne à son ordinateur pour le faire. Finalement, une pause peut être moins marquée que dans les locaux de l'entreprise, par exemple si la personne assurée abandonne rapidement son poste de travail pour débiter la préparation du repas, mais y retourne pendant la cuisson de ce dernier. Les constellations possibles semblent aussi nombreuses que variées, et il est vraisemblablement impossible de tracer une ligne claire, de sorte qu'un jugement au cas par cas est nécessaire⁸⁸⁶. Comme **aide à la distinction**, nous proposons d'examiner la nature des tâches exécutées par la personne assurée pendant son temps de pause. Si elle vaque à des occupations clairement privées qui font intervenir des sources de risque auxquelles elle n'aurait en principe pas été exposée dans les locaux de l'entreprise, l'accident doit être qualifié de non professionnel (p. ex., la personne assurée profite de sa pause pour descendre son linge à la buanderie de l'immeuble et mettre en route une machine ; ce faisant, elle est blessée par l'explosion de la machine à laver ou en se brûlant à un robinet d'eau chaude). En revanche, si la personne assurée ne fait pas d'autres activités durant sa pause que celles qu'elle aurait faites dans les locaux de l'entreprise (p. ex., aller aux toilettes, se préparer un café ou encore fumer une cigarette), l'accident peut être qualifié de professionnel, même si le profil de risque n'est pas exactement le même (p. ex., la personne assurée est tombée dans l'escalier en allant aux toilettes, alors que dans les locaux de l'entreprise, elle aurait disposé de cabinets sur le même étage).

Le télétravail effectué depuis un autre lieu que le domicile donne lieu à d'autres interrogations encore, en particulier si le lieu en question a un impact sur le profil des risques auxquels la travailleuse ou le travailleur est exposé. Par exemple, si la travailleuse ou le travailleur exécute ses tâches depuis l'avion qu'elle ou il emprunte pour un

886 Dans le même sens, CONSEIL FÉDÉRAL (2016), 60. Cf. ég. WILDHABER/PIETRUSZAK, N 15.

voyage réalisé à des fins privées, et que l'avion s'écrase ou que tout autre événement lié au risque d'un voyage en avion se produit, l'accident ne peut à notre sens être qualifié de professionnel si ce type de risque n'est pas propre à l'activité professionnelle (p. ex. une activité commerciale standard). Il en va différemment si l'accident se produit pendant un voyage d'affaire ou de service, c'est-à-dire un voyage commandé par l'employeur ; dans cette hypothèse, l'accident doit être qualifié de professionnel s'il intervient pendant la durée du voyage, soit dès l'instant où la personne assurée quitte son domicile jusqu'au moment où elle le réintègre (art. 12 al. 1 lit. a OLAA) ; il est non professionnel s'il survient alors que la travailleuse ou le travailleur s'adonne à des loisirs pendant le déplacement, par exemple alors qu'elle ou il fréquente la piscine de l'hôtel dans lequel elle ou il séjourne.

- 471 Les accidents qui se produisent sur le trajet entre le domicile de la personne assurée et le lieu de travail (**accidents de trajet**) sont, par principe, des accidents non professionnels. Par exception, ils sont assimilés à des accidents professionnels pour les personnes qui ne travaillent pas huit heures par semaine pour le même employeur (art. 13 al. 2 OLAA). En cas de télétravail à domicile, l'accident de trajet n'est pas une constellation intéressante, puisque, précisément, la personne assurée ne se déplace pas. En revanche, si le télétravail est effectué depuis un lieu distinct du domicile dans lequel la travailleuse ou le travailleur se rend dans le but de travailler (p. ex. un café ou un espace de *coworking*), se pose la question de savoir si l'accident qui se produit pendant le déplacement entre le domicile et ce lieu peut être qualifié d'accident de trajet. Le texte de l'ordonnance ne s'y oppose pas, dans la mesure où elle parle d'accidents subis « pendant le trajet entre [le] domicile et [le] lieu de travail ». A notre sens, la qualification d'accident de trajet doit dans tous les cas être retenue lorsque l'employeur était informé de la situation et tolérait que le travail soit effectué depuis un autre lieu que le domicile. Dans l'hypothèse inverse, l'accident de trajet doit selon nous aussi être admis lorsque le lieu distinct du domicile est un lieu de travail habituel, dans lequel la travailleuse ou le travailleur se rend avec régularité (p. ex., tous les mardis matin de 8h00 à 12h00). Finalement, l'accident de trajet devrait être admis, à notre avis, si la travailleuse ou le travailleur a dû quitter son domicile pour exécuter ses tâches, par exemple en raison de nuisances causées par des travaux ou de la présence au domicile d'un enfant malade, ou de toute autre circonstance empêchant la personne assurée de se consacrer à son travail. Dans cette dernière hypothèse, c'est (aussi) dans l'intérêt de l'employeur que la travailleuse ou le travailleur a quitté son domicile.

- 472 Notons que l'assurance-accidents verse également des prestations en cas de **maladie professionnelle** (art. 9 LAA). Le télétravail ne devrait a priori pas jouer de rôle décisif pour la couverture de ce risque, étant précisé que l'obligation de l'employeur de pro-

téger la santé des personnes qu'il emploie s'étend également au télétravail à domicile (art. 328 CO ; art. 6 LTr)⁸⁸⁷.

VI. Assurance-chômage

Le télétravail étant, lorsqu'il est pratiqué par une travailleuse ou un travailleur salarié, une modalité de l'exécution d'un contrat de travail, il n'est **pas en soi de nature à influencer** leur couverture par l'assurance-chômage, ni leur obligation de verser, conjointement avec leur employeur, des cotisations à cette dernière. 473

Lorsqu'une travailleuse ou un travailleur se retrouve sans emploi, le **droit à l'indemnité de chômage** est néanmoins subordonné à plusieurs conditions (art. 8 LACI), dans l'analyse desquelles le télétravail peut susciter des questions et soulever des difficultés. Ces réflexions s'inscrivent principalement dans l'analyse de l'aptitude au placement. Pour avoir droit à l'indemnité de chômage, la travailleuse ou le travailleur doit en effet être apte au placement (art. 8 al. 1 lit. f LACI), ce qui signifie qu'elle ou il doit être « disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration » et être « en mesure et en droit de le faire » (art. 15 al. 1 LACI). L'aptitude au placement se subdivise ainsi en trois composantes qui sont analysées individuellement : la volonté d'accepter un travail convenable, la capacité de travailler et la disponibilité de le faire⁸⁸⁸. 474

Le télétravail peut intervenir de deux manières dans l'analyse de la première composante, à savoir la **volonté d'accepter un travail convenable**. Premièrement, se pose la question de l'attitude de la chômeuse ou du chômeur qui ne postule que pour des emplois en télétravail ou autorisant le télétravail (A). Deuxièmement, se pose la question de la qualification de travail convenable pour un emploi exercé exclusivement en télétravail, ou pour lequel une partie de télétravail est exigée par l'employeur (B). 475

A. Volonté de travailler

La volonté (subjective) d'accepter un travail convenable doit être **démontrée par des actes**⁸⁸⁹. Font notamment partie des différents comportements attendus de la chômeuse ou du chômeur, et contrôlés par les organes de l'assurance-chômage, le fait de chercher du travail (art. 17 al. 1 LACI), en faisant des recherches d'emploi suffisantes, en quantité et en qualité⁸⁹⁰. La mesure de ces exigences n'est pas uniforme pour toutes les per- 476

887 Cf. BERSET BIRCHER/BRUGGER/MÜLLER KÖNZ, Protection de la santé, 107 ss ; WILDHABER/PIETRUSZAK, N 3 ss.

888 Pour plus de détails, cf. RUBIN, N 181 ss.

889 KUPFER BUCHER, Arbeitslosenversicherung, 226.

890 RUBIN, N 219.

sonnes au chômage, mais dépend de la branche dans laquelle le travail est recherché et du niveau de qualification de la travailleuse ou du travailleur⁸⁹¹. Dans tous les cas, plus le chômage se prolonge, plus il est attendu de cette dernière ou de ce dernier qu'elle ou il élargisse ses recherches, y compris en dehors de la profession exercée précédemment (art. 17 al. 1 LACI).

- 477 Compte tenu des **exigences très élevées formulées par la législation en matière d'assurance-chômage** s'agissant de l'obligation, pour la personne au chômage, de diminuer le dommage⁸⁹², il semble aller de soi que la personne qui se limite à postuler pour des emplois en télétravail ou autorisant celui-ci ne fournit pas des recherches d'emploi suffisantes au sens de ce qui a été décrit au paragraphe précédent. Elle s'expose ainsi à des sanctions sous forme de suspension de l'indemnité de chômage (art. 30 al. 1 lit. c LACI), sanctions dont la mesure sera de plus en plus sévère si la personne assurée persiste dans son comportement (art. 45 al. 5 OACI). Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, la violation répétée de ses obligations par la chômeuse ou le chômeur permet de nier la volonté de celle-ci ou de celui-ci de retrouver un emploi, ce qui entraîne un refus des indemnités de chômage, faute d'aptitude au placement⁸⁹³.
- 478 Par souci de coordination entre les assurances sociales, il faut à notre sens excepter les situations de travailleuses et de travailleurs handicapés, pour lesquels, par hypothèse, l'assurance-invalidité aurait estimé que **seule une activité en télétravail demeurerait compatible avec les limitations fonctionnelles**⁸⁹⁴. Dans ce cas, conformément à l'art. 15 al. 2 LACI⁸⁹⁵, l'aptitude au placement doit être déterminée par rapport au marché du travail effectivement accessible à cette personne, donc le marché des emplois disponibles en télétravail exclusivement.
- 479 Notons, même si leur situation ne doit pas être confondue avec celle des personnes en télétravail (art. 351 ss CO)⁸⁹⁶, que les **travailleuses et travailleurs occupés à domicile avant de tomber au chômage** ne sont réputés être aptes au placement que s'ils sont disposés à accepter également du travail hors de leur domicile, sauf s'ils prouvent ne pas être en mesure de le faire (art. 14 al. 2 OACI). Il est difficile d'imaginer que les personnes en télétravail avant de tomber au chômage soient soumises à un régime moins rigoureux.

891 KUPFER BUCHER, art. 17 LACI N 131.

892 Sur cette thématique, cf. RUBIN, N 287 s.

893 RUBIN, N 184 et les références jurisprudentielles citées en n. 166 et 167.

894 Cf. N 461 ss.

895 Cf. ég. art. 15 OACI. Pour plus de détails, cf. RUBIN, N 225 ss.

896 Cf. ég. BILLARANT, Télétravail, 19 ss.

B. Télétravail et travail convenable

L'obligation de la personne au chômage de diminuer son dommage implique que celle-ci accepte tout emploi convenable qui lui est proposé (art. 15 al. 1 LACI). Un travail est par principe réputé convenable (art. 16 al. 1 LACI), à moins que l'un des critères limitativement énumérés dans la loi ne permette de renverser la présomption (art. 16 al. 2 LACI)⁸⁹⁷. Un **emploi proposé exclusivement en télétravail ou imposant un recours à ce dernier** est *a priori* soumis aux mêmes règles et **doit donc être présumé convenable**, jusqu'à démonstration du contraire. 480

Plusieurs critères sont néanmoins susceptibles d'être invoqués par la personne au chômage **qui n'entend pas accepter un poste en télétravail** ou imposant le recours à ce dernier. Premièrement, elle peut avancer que ce type de poste ne correspond pas à ses aptitudes (art. 16 al. 2 lit. b LACI) si, par exemple, elle n'a jamais travaillé de manière autonome, ni utilisé d'outils informatiques. Deuxièmement, elle peut faire valoir qu'un tel emploi ne convient pas à sa situation personnelle (art. 16 al. 2 lit. c LACI), par exemple si son logement ou son organisation familiale l'empêche de travailler depuis cet endroit (enfants en bas âge gardés à domicile, notamment). Troisièmement, la même disposition permet d'exciper d'une incompatibilité entre le télétravail et l'état de santé ; outre les situations qui ont été évoquées ci-dessus dans le cadre de l'assurance-invalidité⁸⁹², on peut imaginer que la chômeuse ou le chômeur soit, pour des raisons médicales dûment établies, dans l'obligation de travailler dans les locaux de son employeur. 481

Si, par hypothèse, une chômeuse ou un chômeur se voyait proposer un emploi en télétravail et qu'elle ou il était, sur le principe, disposé à l'accepter, sans toutefois disposer à la maison de l'équipement nécessaire (ordinateur, borne WiFi, etc.), se pose la question de savoir **qui doit prendre à sa charge l'acquisition de ce matériel**. En principe, l'employeur qui exige l'exécution des tâches en télétravail doit prendre à sa charge l'acquisition de l'outil de travail (art. 327 al. 1 et 2 CO)⁸⁹⁸. S'il refuse de le faire et si l'emploi, malgré cela, est jugé convenable par les organes de l'assurance-chômage, ce qui reste douteux en l'état (art. 16 al. 2 lit. a LACI), il faut à notre sens considérer que les frais d'acquisition du matériel sont engagés dans le but de diminuer le dommage, et que l'assureur social doit en conséquence les prendre à sa charge. Subsidiairement, on peut se satisfaire d'un examen au cas par cas, sous l'angle de la proportionnalité. Cela étant, seuls des montants de faible importance devraient pouvoir être mis à charge de la personne assurée, en particulier si elle est soumise à un temps d'essai. On peut, sur ce 482

897 Pour plus de détails sur la notion de travail convenable, cf. RUBIN, N 247 ss.

898 Sur cette question, cf. DUNAND/WYLER, Coronavirus, 28.

point, raisonner par analogie avec ce que prévoit la LACI en matière de prise en charge des frais de déplacement et d'hébergement pendant le temps d'essai (art. 68 LACI)⁸⁹⁹.

- 483 Notons que **la chômeuse ou le chômeur qui refuse un emploi réputé convenable** s'expose à des sanctions et, à terme, à une exclusion de l'assurance-chômage, selon le même mécanisme que celui qui a été exposé ci-dessus⁹⁰⁰.

VII. Excursus : l'assurance perte de gain maladie

- 484 La législation helvétique en matière de protection sociale ne prévoit **pas de couverture de la perte de revenu en cas d'incapacité de travailler consécutive à une maladie**. Le droit de la travailleuse ou du travailleur de percevoir son salaire dans une telle situation est régi par le droit du travail, singulièrement par l'art. 324a CO lorsque le contrat de travail relève du droit privé et qu'aucune convention collective de travail ne prévoit un autre régime. Dans ce contexte, il est possible que l'employeur ait opté pour la conclusion d'une assurance collective d'indemnités journalières (art. 324a al. 4 CO). Cette police d'assurance peut théoriquement relever de l'assurance sociale (LAMal) ou de l'assurance privée (LCA) même si, en pratique, c'est surtout la seconde option qui est choisie⁹⁰¹. Le rôle du télétravail dans l'analyse du risque, singulièrement de l'obligation de diminuer le dommage – appelée « obligation de sauvetage » dans le contexte de l'assurance privée – est une question qui occupe parfois les tribunaux (A). Si le télétravail est exercé depuis l'étranger par des personnes qui n'ont pas leur domicile en Suisse, leur couverture peut se trouver affectée par certaines clauses des conditions générales d'assurance (B).

A. Obligation de sauvetage

- 485 Le droit de l'assurance privée connaît également l'obligation de diminuer le dommage à charge de la personne assurée, désignée dans la loi par les termes d'« obligation de sauvetage » (art. 38a LCA), exprimant un principe général⁹⁰². Dans le contexte de l'assurance collective d'indemnités journalières, cette obligation implique, notamment, de

899 Cette disposition prévoit une contribution aux frais de déplacement et de séjour hebdomadaires couvrant partiellement les frais engendrés par l'impossibilité de rentrer chaque jour au lieu de leur domicile. Elle comprend une indemnité forfaitaire pour le logement pris à l'extérieur et pour les frais supplémentaires de subsistance ainsi que le remboursement des frais de voyage indispensables et attestés qui résultent de l'aller et retour hebdomadaire entre le lieu de travail et celui de domicile. Pour plus de détails, cf. KUPFER BUCHER, art. 68 LACI N 1 ss.

900 Cf. N 477.

901 Pour plus de détails à ce sujet, cf. DUPONT, Compensation, 42 ss.

902 ATF 133 III 527, c. 3.2.1 ; ATF 128 III 34, c. 3b.

changer d'activité professionnelle si cela peut raisonnablement être exigé de la personne assurée⁹⁰³. *A fortiori*, un changement des modalités de l'exécution de la prestation de travail pourrait également être exigé dans ce contexte.

Si, de manière inexcusable, la personne assurée ne se plie pas à cette obligation, la compagnie d'assurance peut réduire les prestations au montant auquel elles seraient ramenées si l'obligation avait été remplie (art. 38a al. 2 LCA). Pour ce faire, il faut au préalable que la compagnie d'assurance ait imparti un délai d'adaptation approprié. Si un changement d'activité est nécessaire, un délai de trois à cinq mois est considéré comme approprié⁹⁰⁴. 486

Contrairement à l'assurance-invalidité, qui peut examiner l'exigibilité d'un changement de profession d'un point de vue médico-théorique⁹⁰⁵, **l'assureur privé doit tenir compte de toutes les circonstances du cas d'espèce**, y compris l'âge, la formation et l'expérience de la personne assurée, pour déterminer si cette dernière a des chances réelles de retrouver un emploi⁹⁰⁶. Dans une affaire concernant une personne âgée de 62 ans, ayant travaillé plus de 25 ans au service de la même employeuse, atteinte notamment d'une phobie d'être contaminée dans le contexte de la crise sanitaire du COVID-19, le Tribunal fédéral a considéré que la perspective de retrouver un emploi était purement théorique, cette personne ne pouvant même pas se rendre à un entretien d'embauche. Il a par ailleurs considéré que l'option du télétravail n'était pas réaliste dans le cas d'une employée de commerce, dont les tâches usuelles (traitement du courrier, archivage, réception des clients, etc.) requéraient une présence sur place⁹⁰⁷. 487

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la fixation d'un délai n'est pas nécessaire **lorsque la personne assurée peut reprendre son activité habituelle**⁹⁰⁸. Dans ce contexte, se pose la question de savoir si l'assureur peut exiger de celle-ci qu'elle reprenne son activité habituelle, mais en télétravail exclusivement, si le seul obstacle qui s'oppose à une reprise du travail est le déplacement entre le domicile et les locaux de l'employeur. On peut imaginer une telle constellation, par exemple, à la suite de certaines interventions chirurgicales. A notre sens, cette question appelle une réponse différenciée selon que la personne assurée avait ou non l'habitude, avant le début de l'incapacité de travail, d'effectuer tout ou partie de ses tâches en télétravail et était ou non équipée pour le faire. Si oui, l'on pourrait effectivement admettre que la reprise des tâches à domicile ait lieu plus tôt. Si non, il faut encore se demander si la période 488

903 ATF 133 III 527, c. 3.2.1.

904 TF, arrêt du 15 juin 2023, 4A_472/2022, c. 4.2.

905 N 460 ss.

906 TF, arrêt du 15 juin 2023, 4A_472/2022, c. 4.2. Cf. ég. CR LCA-FRÉSARD, art. 38a LCA N 45.

907 TF, arrêt du 15 juin 2023, 4A_472/2022, c. 5.1.

908 TF, arrêt du 16 avril 2020, 4A_1/2020, c. 4.

de télétravail est une solution transitoire, ou s'inscrit sur le long terme. Dans le premier cas, l'acquisition du matériel et l'habituade de la personne assurée paraissent *a priori* disproportionnées. Dans le second cas, il s'agit de procéder à l'analyse décrite au paragraphe précédent⁹⁰⁹. Dans tous les cas, la situation doit être considérée comme médicalement stabilisée⁹¹⁰, et le télétravail ne doit pas entraver le processus de guérison.

- 489 Les mêmes questions peuvent se poser dans le contexte d'une **assurance perte de gain soumise à la LAMal**. La notion d'incapacité de travail est alors définie par l'art. 6 LPGA et implique, elle aussi, un possible changement de profession en cas d'incapacité de longue durée⁹¹¹.

B. Clauses anti-frontaliers

- 490 Les conditions générales d'assurance (CGA) des polices collectives d'indemnités journalières contiennent souvent des clauses qui sont de nature à péjorer la protection des personnes travaillant depuis l'étranger. En premier lieu, **le droit aux prestations est souvent limité en cas de sinistre survenant à l'étranger**, aussi longtemps que la personne assurée n'est pas revenue en Suisse. Certaines CGA réservent la situation des travailleuses et travailleurs frontaliers, mais ce n'est pas systématique. La personne ne vivant pas en Suisse et travaillant à distance depuis son domicile à l'étranger peut ainsi se trouver pénalisée⁹¹². Ensuite, **le droit de toucher les indemnités journalières à l'étranger peut être limité**, directement ou indirectement, par exemple en exigeant une adresse de paiement en Suisse⁹¹³. **L'absence de domicile en Suisse** peut également être un motif de limitation du droit aux prestations⁹¹⁴. Finalement, un domicile à l'étranger fait en principe systématiquement **obstacle au libre passage dans l'assurance individuelle** au moment où la travailleuse ou le travailleur quitte le cercle des personnes assurées dans l'assurance collective⁹¹⁵.

- 491 **Dans un contexte européen**, si la police d'assurance collective est soumise aux art. 67 ss LAMal, ces difficultés ne devraient en principe pas se présenter, car les indemnités journalières sont des « prestations de maladie » au sens de l'art. 3 ch. 1

909 N 487.

910 CR LCA-FRÉSARD, art. 38a LCA N 39.

911 CR LPGA-MOSER-SZELESS, art. 6 LPGA N 34 ss.

912 DUPONT, Frontaliers, 405 s.

913 DUPONT, Frontaliers, 406.

914 DUPONT, Frontaliers, 405 s. Plusieurs compagnies d'assurance offrent des extensions de couverture spécifiquement destinées aux travailleuses et travailleurs frontaliers.

915 DUPONT, Frontaliers, 407.

lit. a Règlement (CE) n° 883/2004⁹¹⁶. Si ce règlement a vocation à s'appliquer dans une situation individuelle, l'interdiction de discrimination (art. 4) et la levée des clauses de résidence (art. 7) s'opposent à toute différence de traitement entre personne domiciliée en Suisse et personne domiciliée dans l'UE. Dans une affaire récente, le tribunal administratif du canton des Grisons a jugé qu'une police LCA conclue par un employeur tenu de le faire en vertu d'une convention collective de travail ne pouvait entraîner de discrimination entre les personnes salariées, l'interdiction de discrimination prévue à l'art. 9 de l'annexe I ALCP s'imposant également à une tierce personne versant à la travailleuse ou au travailleur des prestations de nature salariale⁹¹⁷.

VIII. Conclusion

En définitive, ce tour d'horizon révèle que l'apparition puis le développement du télétravail n'est pas de nature à bouleverser l'administration de la protection sociale en Suisse, dans la mesure où les modalités de l'exécution de la prestation de travail ne sont en principe pas un paramètre déterminant dans le cadre de la mise en œuvre de cette dernière. Cela étant, nous avons tenté de mettre à jour les différentes questions qui peuvent se poser en l'état et qui, à terme, pourraient nécessiter une réponse des organes des assurances sociales, respectivement des tribunaux. Nous espérons avoir fourni, dans cette perspective, quelques éléments de réflexion utiles.

916 Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (RS 0.831.109.268.1).

917 TA GR, arrêt du 23 janvier 2024, S 23 101, c. 7.3.