

CoVID-19 ET DROIT DU TRAVAIL – QUELLES MESURES POUR LES ENTREPRISES ?

La pandémie de coronavirus qui sévit actuellement se retrouve au cœur de toutes les discussions, non seulement au vu de son impact sanitaire mais également au vu de ses conséquences économiques, qui affectent lourdement de nombreuses entreprises.

Sans prétendre à une exhaustivité, la présente a pour but de donner un aperçu des différentes possibilités à la disposition des entreprises pour faire face à cette période de crise.

Ces informations sont données à titre informatif sur la base d'une analyse générale. Il va de soi que chaque situation est différente et nécessite un examen approfondi. Nous nous tenons par conséquent à votre disposition.

A. La modification du contrat de travail

La première question examinée ici est celle de savoir si un employeur peut décider de modifier le contrat de travail de ses employés sans respecter le préavis contractuel ou légal.

Lorsqu'il entend modifier unilatéralement un élément essentiel du contrat de travail en défaveur du collaborateur, l'employeur doit avoir recours au congé-modification. Celui-ci n'a pas pour but de mettre fin aux rapports de travail, mais de maintenir les relations, moyennant des droits et des obligations modifiés.

Il existe deux variantes du congé-modification : le congé-modification au sens étroit lorsqu'une partie se voit signifier une résiliation du contrat de travail accompagnée d'une offre de conclure un nouveau contrat à des conditions moins favorables ou le congé-modification au sens large, lorsque l'employeur ne souhaite pas d'emblée résilier le contrat. Il peut ainsi proposer des nouvelles modalités du contrat, qui n'entreront en vigueur qu'après la fin du délai correspondant au préavis.

Cette proposition sera assortie de l'indication selon laquelle, en cas de refus des nouvelles conditions, le contrat sera résilié (WYLER / HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., Berne 2019, p. 620 s.).

En principe, le congé-modification n'est pas abusif.

Il peut toutefois l'être dans certaines circonstances, notamment lorsque le travailleur est licencié parce qu'il n'a pas accepté des modifications du contrat qui devaient entrer en vigueur immédiatement, soit avant l'expiration du délai de congé (ATF 123 III 246, c. 3b et 4a).

Selon le Tribunal fédéral, tant le congé-modification au sens étroit que le congé-modification au sens large sont admissibles moyennant le respect de trois conditions (Arrêt du Tribunal fédéral 4A_166/2018, c.3.2 ; WYLER / HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., Berne 2019, p. 621).

La modification contractuelle proposée ne doit tout d'abord pas, nous l'avons vu, être destinée à entrer en vigueur avant l'expiration du délai de congé. En deuxième lieu, elle ne doit pas violer la loi, une CCT ou un CTT. Enfin, le procédé ne doit pas servir de moyen de pression pour imposer au travailleur une modification défavorable du contrat, sans qu'il n'existe de motifs économiques liés à l'exploitation de l'entreprise ou aux conditions du marché (Arrêt du Tribunal fédéral 4A_166/2018, c.3.2).

Il ressort ainsi sans équivoque de la jurisprudence et de la doctrine qu'un congé-modification supposé entrer en vigueur avant l'expiration du délai de congé est inadmissible et qu'un éventuel licenciement signifié pour cause du refus du travailleur d'accepter des modifications avec effet immédiat sera considéré comme abusif.

Il s'agit d'une règle impérative et l'on imagine mal une crise économique justifier l'imposition d'une modification du contrat en défaveur du travailleur sans respecter le préavis. Ce d'autant plus que, comme nous l'avons vu ci-dessus, les motifs économiques liés à l'exploitation de l'entreprise ou aux conditions du marché peuvent déjà être pris en compte lorsqu'il s'agit d'évaluer la licéité d'une modification contractuelle qui respecte le délai de congé.

Ainsi, même en cas de crise économique grave, l'employeur ne peut pas décider de modifier le contrat de travail sans respecter le préavis contractuel ou légal.

B. La réduction de l'horaire de travail (« chômage technique »)

En accord avec ses employés, un employeur peut introduire une réduction de l'horaire de travail (RHT), voire une suspension temporaire de l'activité dans son entreprise, afin de surmonter des difficultés économiques passagères.

L'indemnité en cas de RHT, avancée par l'employeur (art. 37 let. a LACI) puis remboursée par la caisse de chômage à l'issue d'une procédure spécifique (art. 36 et 39 LACI), s'élève uniformément à 80% de la perte de gain prise en considération (art. 34 al. 1 LACI).

Cette prestation vise à prévenir le chômage partiel ou complet d'employés dont l'activité est momentanément réduite ou suspendue (ATF 120 V 521, c. 3b). Son versement suppose le maintien des contrats de travail du personnel concerné (art. 31 al. 1 let. c LACI).

L'indemnité en cas de RHT ne régleme pas la façon dont la RHT est organisée, qui relève de la liberté de l'employeur, dans les limites du droit du contrat de travail. Les règles concernant l'indemnité en cas de RHT fixent en revanche les conditions d'une indemnisation des employeurs qui ont introduit la RHT (RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, n. 1 ad remarques préliminaires concernant les art. 31 ss LACI).

Conditions :

Avant de commencer, il convient de souligner que sont traitées ici les conditions légales d'octroi de l'indemnité en cas de RHT qui prévalent de manière générale.

Ces règles ont toutefois été assouplies pour faciliter l'octroi d'indemnités aux entreprises touchées par la pandémie de coronavirus actuelle et nous nous y intéresserons ci-après dans une section dédiée.

L'art. 31 LACI traite d'une multitude de conditions du droit à l'indemnité en cas de RHT, qui se rapportent à la personne des employés pour lesquels l'indemnité est revendiquée. Les conditions personnelles mentionnées dans cet article sont énumérées de façon exhaustive (ATF 111 V 379 c. 2b).

Selon l'art. 31 LACI, les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, lorsque :

- Ils sont tenus de cotiser à l'assurance ou qu'ils n'ont pas encore atteint l'âge de l'assujettissement aux cotisations AVS ;
- La perte de travail doit être prise en considération aux termes de l'art. 32 LACI
- Le congé n'a pas été donné ;
- La réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire, et si l'on peut admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question.

Au sens de l'art. 32 LACI, la perte de travail est prise en considération lorsqu'elle est due à des facteurs d'ordre économique et est inévitable, et qu'elle est d'au moins 10 % de l'ensemble des heures normalement effectuées par les travailleurs de l'entreprise.

Il convient encore de noter que l'art. 31 al. 3 LACI définit trois catégories de personnes qui n'ont pas droit à l'indemnité, soit :

- Les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas contrôlable ;
- Le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci ;
- Les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur – ou peuvent les influencer considérablement – en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise ; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise.

Enfin, l'art. 33 al. 1 let. e LACI énonce que les travailleurs sous contrat de durée déterminée n'ont pas non plus droit à l'indemnité¹.

Calcul de l'indemnité :

Nous avons relevé ci-dessus que, selon l'art. 34 al. 1 LACI, l'indemnité s'élève à 80% de la perte de gain prise en considération.

Cette indemnité se monte plus précisément à 80% de la perte de gain prise en considération sur les heures perdues (c'est-à-dire sur la différence entre les heures prévues par le contrat et celles

¹ Nous verrons néanmoins que, face à la situation du coronavirus, ces règles ont été assouplies.

effectivement effectuées). C'est le gain horaire à prendre en considération qui sert de base au calcul de l'indemnité (exemple de calcul : SECO, Circ. RHT E8 ss, janv. 2005). Contrairement à l'art. 22 LACI, qui prévoit des taux d'indemnisation différenciés, l'art. 34 al. 1 LACI prévoit un taux d'indemnisation unique qui est de 80% de la perte de gain (RUBIN, Commentaire de la Loi sur l'assurance-chômage, n.11 ad art. 32 LACI).

Exemples²:

- Les employés sont passés de 100% à 0%, soit une perte de travail de 100% : l'employeur devra avancer 80% du salaire brut, ce qui correspond au montant des indemnités qui lui seront ensuite versées.
- Les employés sont passés de 100% à 60%, soit une perte de travail de 40% : les indemnités s'élevant à 80% du travail perdu, elles seront de 32% (80% de 40%). En sus, l'employeur continuera de verser normalement le salaire correspondant au travail effectué, soit ici 60%.

Il appartient à l'employeur d'avancer l'indemnité et de la verser aux travailleurs le jour de paie habituel et de continuer de payer intégralement les cotisations aux assurances sociales prévues par les dispositions légales et contractuelles, comme si la durée de travail était normale.

Procédure légale :

Bien que l'art. 31 al. 1 LACI désigne le travailleur en tant qu'ayant droit, c'est à l'employeur qu'il appartient de décider d'introduire la RHT, de déposer un préavis et de demander l'indemnité (art. 36 et 38 LACI).

En effet, l'art. 36 LACI prévoit que lorsqu'un employeur a l'intention de requérir une indemnité en faveur de ses travailleurs, il est tenu d'en aviser l'autorité cantonale par écrit dix jours au moins avant le début de la réduction de l'horaire de travail. Le préavis est renouvelé lorsque la réduction de l'horaire de travail dure plus de trois mois.

Dans le préavis, l'employeur doit justifier la réduction de l'horaire de travail envisagée et rendre plausible, à l'aide des documents prescrits, que les conditions dont dépend le droit à l'indemnité en vertu des art. 31 al. 1 et 32 al. 1 let. a LACI sont réunies.

A Genève, la demande se fait au moyen du formulaire de préavis de réduction de l'horaire de travail à déposer en deux exemplaires (<https://www.ge.ch/document/preavis-reduction-horaire-travail>), auquel doivent être joints les documents suivants :

- Présentation des circonstances entraînant la RHT ainsi qu'une analyse des perspectives économiques à court terme de l'entreprise.
- Formulaire d'approbation de la RHT signé par les collaborateurs concernés.
- Feuille séparée pour répondre aux points 9 à 12 du formulaire de préavis RHT.

² Tirés du site de la Fédération des Entreprises Romandes (<https://fer-ge.ch/web/fer-ge/coronavirus>).

- Bilan des 2 dernières années (accompagné du rapport de l'organe de révision pour les SA et Sàrl) avec les chiffres d'affaire par mois.
- Carnets de commandes des 2 dernières années, ainsi que le carnet de commandes actuel et des 4 prochains mois.
- Liste du personnel (nom, fonction, date d'entrée en fonction, nationalité, type de permis).
- Extrait à jour de l'inscription de l'entreprise au Registre du commerce.

Spécificités coronavirus :

Le 20 mars 2020, le Conseil fédéral a adopté l'Ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (COVID-19), qui contient une série de mesures destinées à faciliter l'accès aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail. Les principales mesures sont les suivantes :

Délai de préavis

Le délai de préavis en cas de réduction de l'horaire de travail est exceptionnellement ramené à trois jours.

Délai d'attente

Le délai d'attente est supprimé pour chaque période de décompte (en principe, un délai d'attente de 2 à 3 jours selon le nombre de périodes de décompte est à la charge des entreprises).

Heures supplémentaires

Les travailleurs ne seront plus tenus de solder leurs heures supplémentaires avant de pouvoir bénéficier de l'indemnité RHT.

Extension du droit à la RHT

Le droit à la RHT a été étendu pour :

- Les travailleurs en contrat de durée déterminée ;
- Les travailleurs temporaires ;
- Les apprentis ;
- Les travailleurs assimilés à l'employeur, soit les personnes qui fixent ou qui peuvent influencer considérablement les décisions prises par l'employeur, que ce soit en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière (pour un montant maximal de CHF 3320.-) ;
- Le conjoint ou le partenaire enregistré de l'employeur occupé dans l'entreprise de celui-ci (pour un montant maximal de CHF 3320.-).

Les entreprises ayant déjà déposé une demande RHT et/ou reçu une décision de l'autorité cantonale doivent envoyer les adaptations relatives à l'extension du droit à la caisse de chômage lors de la transmission des décomptes.

Procédure extraordinaire :

La procédure de demande de réduction de l'horaire de travail a également été adaptée à la situation engendrée par le coronavirus.

A Genève, la demande de RHT en situation de COVID-19 doit désormais être effectuée au moyen du formulaire de préavis simplifié (<https://www.ge.ch/actualite/votre-entreprise-subit-perte-travail-liee-au-covid-19-coronavirus-18-03-2020>).

En ce qui concerne les documents annexes, il suffit de joindre un organigramme de l'ensemble de l'entreprise et, si la demande concerne un ou plusieurs secteurs d'exploitation de celle-ci, il faut également indiquer le nombre d'employés dans chacun des secteurs.

Les dossiers doivent être envoyés uniquement par courriel à l'adresse rht@etat.ge.ch³.

C. L'imposition de jours de congé sans solde

Le congé sans solde est une suspension des obligations contractuelles pendant une période déterminée. En ce qui concerne le contrat de travail, deux obligations se voient alors suspendues : l'obligation du travailleur de fournir sa prestation de travail et l'obligation de l'employeur de verser le salaire.

Le contrat de travail reste en vigueur malgré la suspension des obligations contractuelles.

Dans la mesure où le Code des obligations ne traite pas du congé sans solde, le collaborateur ne dispose pas d'un droit à l'obtenir.

Inversement, l'employeur ne peut pas l'imposer unilatéralement. Dès lors, un tel congé doit nécessairement faire l'objet d'un accord (BRUCHEZ / MANGOLD / SCHWAAB, Commentaire du contrat de travail, 4^e éd., N 6 ad art. 329 CO).

Ainsi, même en cas de force majeure, un congé sans solde ne peut pas être imposé au travailleur.

D. Le chômage

Un employé dont le contrat de travail est modifié pour passer à un taux d'activité inférieur et qui perd ainsi une partie de son revenu ou qui se fait licencier peut prétendre à des indemnités de chômage, selon les conditions examinées ci-après.

Pour être indemnisable, une perte de travail doit toujours être d'une certaine ampleur et être liée à une perte de gain minimale. L'art. 11 LACI a pour but d'établir une distinction entre les pertes de travail de faible importance, non indemnisables, et celles plus importantes, qui donnent droit à une indemnisation (RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, n. 12 ss ad art. 11 LACI).

³ Informations tirées du site de l'Etat de Genève :

<https://www.ge.ch/actualite/votre-entreprise-subit-perte-travail-liee-au-covid-19-coronavirus-18-03-2020>

Selon l'al. 1 de cet article, il y a lieu de prendre en considération la perte de travail lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives :

- Ampleur de la perte de travail :

La perte de travail minimale indemnisable est de 20%. Cette fraction représente également le seuil minimal du volume de travail perdu propre à entraîner une indemnisation, ainsi que le seuil minimal de disponibilité pour pouvoir prétendre à une indemnisation (ATF 115 V 428, c. 2c/aa).

- Manque à gagner :

L'indemnité journalière s'élève à 70 ou 80% du gain assuré (art. 22 LACI). Le manque à gagner (ou la perte de gain) ne peut ainsi entraîner une indemnisation que lorsqu'il atteint plus de 30% du gain assuré, respectivement plus de 20%, en fonction du taux d'indemnisation applicable (RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, n. 14 ad art. 11 LACI).

En application de l'art. 22 LACI, l'indemnité journalière correspond en règle générale à 70% du gain assuré. Ce montant sera de 80% concernant les personnes dans les situations suivantes :

- Les assurés célibataires, mariés, séparés ou divorcés ayant un ou des enfants de moins de 25 ans à charge en Suisse ou à l'étranger (les deux parents ont droit à un taux d'indemnisation de 80%) ;
- Les assurés mariés qui ont une obligation d'entretien envers l'enfant (de moins de 25 ans) non commun de leur conjoint ;
- Les assurés au bénéfice d'une rente d'invalidité correspondant à un taux d'invalidité d'au moins 40% ;
- Les assurés dont le gain assuré ne dépasse pas 3'797.- ;
- Les assurés dont l'indemnité journalière est inférieure ou égale à 140.-.

Ainsi, le fait de voir son contrat réduit de 100% à 80% suffit, en ce qui concerne la **perte de travail minimale** indemnisable, à ouvrir un droit au chômage. Il convient par contre de prendre en compte le **manque à gagner** dans le cas d'espèce, qui devra atteindre en règle générale plus de 30% du gain assuré (20% aux conditions exposées ci-dessus).

Le gain assuré correspond à la moyenne du salaire brut des 6 derniers mois précédant le chômage. Si la moyenne du salaire des 12 derniers mois donne un gain assuré plus élevé, c'est ce dernier qui sera retenu. Un éventuel 13^e salaire est également pris en compte dans le calcul des indemnités (art. 23 LACI).

Exemple :

Cas de Pauline qui a 42 ans, est mariée et à deux enfants de 5 et 2 ans.

- Revenu mensuel brut : 6'200.-, versé 13 fois l'an
- **TOTAL : 80'600.-**

- Divisé par 12 mois = 6'717.-

Le montant de **6'717.-** correspond au **gain assuré** de Pauline. Comme elle a deux enfants de moins de 25 ans à charge, son **indemnité journalière** correspondra aux 80% de ce montant. Pour avoir droit à des indemnités chômage, elle doit donc subir une perte de revenus correspondant à au moins 20% du gain assuré, soit 1'344.- par mois⁴.

De plus amples informations ainsi que des explications concernant la procédure à suivre pour faire une demande d'indemnités de chômage sont disponibles sur le site de l'Etat de Genève : <https://www.ge.ch/inscrire-au-chomage>.

Excursus : l'impossibilité de l'exécution des rapports de travail (art. 119 CO)

Finalement, il est encore possible de se demander ce qu'il advient des rapports de travail lorsque l'exécution de la prestation de travail est rendue impossible à cause de circonstances extérieures.

A ce propos, l'art. 119 al. 1 CO prévoit que l'obligation s'éteint lorsque l'exécution en devient impossible par suite de circonstances non imputables au débiteur.

Cet article traite de l'impossibilité dite « subséquente », c'est-à-dire qui survient après la conclusion du contrat. Dans le cadre du contrat de travail, il convient de distinguer selon si l'impossibilité survient en la personne de l'employeur ou en celle du travailleur :

- Lorsque l'impossibilité survient en la personne du **travailleur**, sans faute de sa part, elle entraîne sa libération. S'agissant d'un contrat bilatéral, le cocontractant (en l'espèce l'employeur) est en principe également libéré de l'obligation de payer le salaire en contrepartie de la prestation impossible (art. 119 al. 2 CO). Cette règle ne vaut cependant que si la loi ou le contrat ne met pas le risque à sa charge (art. 119 al. 3 CO). Or, pour le contrat de travail, le problème du risque est régi spécialement par les art. 324, 324a et 324b CO et le salaire reste ainsi notamment dû en cas de maladie ou d'accident du travailleur (ATF 126 III 75, c. 2d ; WYLER / HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., p. 273).
- Lorsque l'impossibilité survient en la personne de **l'employeur**, sans faute de sa part, le travailleur est libéré de l'obligation de travailler, conformément à l'art. 119 al. 1 CO. L'obligation correspondante de l'employeur de payer le salaire s'éteint de son côté aussi, à moins que l'impossibilité ne procède de la réalisation d'un risque d'entreprise ou d'un risque économique, auquel cas l'employeur demeurera tenu de payer le salaire conformément à l'art. 324 CO.

⁴ Exemple tiré du site de l'Etat de Genève (<https://www.ge.ch/indemnites-chomage/droit-aux-indemnites>), qui contient de plus amples informations au sujet du chômage, notamment sur la procédure à suivre pour faire une demande d'indemnités de chômage.

En effet, le risque d'entreprise et le risque économique sont tous deux à la charge de l'employeur : si l'employé est en mesure de fournir sa prestation de services mais que l'employeur la décline pour des motifs techniques liés à l'exploitation de l'entreprise ou pour des motifs économiques, l'employeur se retrouve en demeure et doit le salaire aussi longtemps que le travailleur offre sa prestation de travail (WYLER / HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., p. 270). Il convient par ailleurs de souligner que la réalisation d'un risque d'entreprise ou économique ne représente jamais un juste motif de licenciement avec effet immédiat au sens de l'art. 337 CO (ATF 124 III 346).

Ainsi, dans le contexte actuel, l'une des questions qui se posent est de savoir ce qu'il advient lorsqu'une entreprise doit fermer sur ordre d'une autorité. Dans un tel cas, le personnel se trouve dans l'impossibilité d'effectuer son travail et il s'agit de savoir s'il continue de percevoir son salaire.

Comme examiné ci-dessus, l'impossibilité d'exécuter une obligation est réglée à l'art. 119 CO. Selon l'art. 119 al. 1 CO, le créancier supporte le risque qu'une prestation soit devenue impossible sans faute du débiteur. Dans ce cas, sa créance s'éteint. Dans le contrat de travail, le salaire est la contre-prestation de l'employeur due en raison de l'activité du travailleur à son service. En vertu de ce principe, le salaire ne serait pas dû si la prestation du travailleur s'avérait impossible par suite de circonstances extraordinaires imputables à aucune des deux parties.

Toutefois, l'al. 3 de l'article précité apporte des exceptions à la règle générale, en affirmant que sont réservés les cas dans lesquels la loi ou le contrat mettent les risques à la charge du créancier avant même que l'obligation ne soit exécutée. Comme nous l'avons vu ci-dessus, la question du risque dans le contrat de travail est régie aux art. 324, 324a et 324b CO.

L'art. 324 CO traite de l'empêchement de travailler en cas de demeure de l'employeur et envisage deux cas de figure différents : celui où l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail et celui où il se trouve, pour d'autres raisons, dans l'impossibilité d'utiliser les prestations de travail convenues.

En vertu de cette disposition, l'employeur supporte les risques inhérents à l'activité économique s'il n'est pas en mesure d'accepter la prestation de travail. Le législateur a donc opéré, pour des raisons sociales de protection des travailleurs, un transfert des risques à l'employeur. Ainsi l'employeur n'est pas libéré de l'obligation de verser le salaire, même s'il doit renoncer dans certaines circonstances à la prestation de travail.

L'art. 324 al. 1 CO concerne aussi bien les empêchements fortuits tels que les coupures de courant que les cas provenant de décisions administratives en tout genre, telles que fermeture pour des raisons sanitaires ou de sécurité, ainsi que les cas de force majeure (incendie, inondation, etc.). Dans tous ces cas, le salaire reste dû même si la prestation de travail est impossible.
