

Mémento: Coronavirus – Informations relatives au droit du travail pour les sociétés de location de services (29 mai 2020)

L'Office fédéral de la santé publique (OFSP) rend compte en continu de la progression du coronavirus (COVID-19). Il a publié de nombreuses recommandations:

- Campagne d'information «Voici comment nous protéger»;
- Situation actuelle en Suisse;
- Recommandations pour les voyageurs à l'étranger, valables aussi pour les voyages d'affaires à l'étranger.

Vous trouverez des informations détaillées sur le lien www.bag-coronavirus.ch et il existe une **ligne téléphonique accessible 24 heures sur 24** au numéro **+41 58 463 00 00**.

Mémento

Cet aide-mémoire décrit les droits et les obligations des sociétés de location de services en lien avec d'éventuelles questions relatives au droit du travail:

1. Obligation pour l'employeur de protéger la personnalité du travailleur

L'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulus pour sa santé (obligation d'assistance, aussi dénommée obligation de protection, art. 328 CO en corrélation avec l'art. 41 CCTL). En matière de location de services, la particularité est qu'il existe un devoir d'assistance «partagé». Alors que l'obligation générale de protection incombe au bailleur de services, sur les lieux du travail l'obligation incombe à l'entreprise locataire de services. Il convient donc de recommander que les sociétés de location de services (en leur qualité d'employeurs au sens juridique du terme) assurent une coordination avec les sociétés locataires de services (en tant qu'employeurs réels). C'est la seule façon de garantir que les mesures de protection puissent être prises de manière suffisante et efficace.

Afin de protéger comme il se doit la santé des travailleurs, il est important que les sociétés de location de services ainsi que les entreprises locataires suivent de près la situation actuelle concernant le coronavirus (en particulier sa propagation et son intensité). Les mesures de protection des travailleurs doivent être prises au cas par cas et respecter le principe de proportionnalité.

En raison de l'obligation d'assistance qui leur incombe, les employeurs ont un large droit de donner des instructions pour protéger les employés, en fonction de la situation. Il y a lieu de noter que de telles instructions ne doivent pas porter atteinte à la personnalité des travailleurs. Des instructions émanant des employeurs sont envisageables en particulier dans les domaines suivants:

- **Mesures d'hygiène** sur le lieu de travail: il convient de relever que les prescriptions en matière d'hygiène peuvent et doivent varier en fonction des contacts avec les clients et de l'activité en question. Les travailleurs particulièrement exposés doivent être spécialement protégés.

Par ex.: dans les hôpitaux, des exigences d'hygiène accrues et spécifiques sont à respecter.

- Travail à domicile, vidéoconférences et conférences téléphoniques

Afin de minimiser le risque d'infection, il peut s'avérer indiqué que les employeurs ordonnent le travail à domicile, les vidéoconférences ou les téléconférences plutôt que les collaborateurs ne travaillent et se réunissent sur leur lieu de travail habituel. Un tel arrangement est autorisé s'il est raisonnablement acceptable pour les travailleurs au plan individuel, ce qui devrait être généralement le cas.

Exemple: aménagement temporaire du travail à domicile pour quelques jours.

- Restrictions concernant les voyages d'affaires dans des pays à risque

Les employeurs peuvent en principe émettre des directives concernant les restrictions en matière de voyages d'affaires. Toutefois, il faut examiner dans chaque cas particulier s'il s'agit d'un voyage à destination d'un pays à risque et qui doit donc être évité, ou si ce voyage peut être effectué. Pour en juger, il faut respecter les recommandations que le DFAE émet pour les voyages.

Par ex.: annulation d'un voyage d'affaires à Milan.

2. Devoir de fidélité travailleur:

Le travailleur sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur (devoir de fidélité, art. 321a CO en corrélation avec l'art. 41 CCTL). Dans la location de services, le travailleur doit respecter le devoir de fidélité tant envers le bailleur de services qu'envers l'entreprise qui l'emploie (locataire de services). A titre de contrepartie au devoir d'assistance incombant à l'employeur, il découle notamment ce qui suit du devoir de fidélité du travailleur:

- Les travailleurs doivent se conformer aux instructions de l'employeur, dans la mesure où celles-ci sont proportionnées.

Par ex.: les travailleurs ne peuvent pas refuser en soi un voyage d'affaires ordonné par l'employeur. Dans chaque cas particulier, il faut peser les intérêts en présence (la santé du travailleur au regard du maintien du cours des affaires).

- Les travailleurs doivent respecter leurs obligations d'information envers les employeurs.

Par ex.: obligations d'information concernant le risque d'infection et les contaminations par le virus dans l'environnement immédiat des travailleurs.

3. Perte de travail de collaborateurs intérimaires en raison du coronavirus

a) En général

En droit du travail, le principe suivant s'applique: pas de travail, pas de salaire. En cas de perte de travail justifiée, le bailleur de services reste tenu en principe de continuer à verser le salaire. Le cas échéant, les travailleurs devraient être rémunérés comme s'ils avaient rempli leurs obligations pour fournir leur prestation de travail. Le salaire convenu par contrat serait donc dû. Si le travailleur reste absent du travail sans raison excusable (par exemple, un refus injustifié de travailler de sa part ou un empêchement de travailler qui lui est imputable), il perd son droit au maintien du salaire.

b) Foire aux questions (FAQ)

Groupe à risque / personnes vulnérables

Quelles sont les personnes vulnérables et à quoi doit faire attention l'employeur pour ces employés?

Par employés vulnérables (groupes à risques), on entend les employés de 65 ans et plus et/ou qui souffrent de pathologies chroniques (p. ex. diabète, cancer, hypertension, etc.). La notion de groupe à risque a été précisée (voir annexe 6 sous le lien suivant:

<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20200744/index.html>). L'art. 10c de l'Ordonnance 2 Covid-19 régit les obligations de l'employeur pour toutes les branches professionnelles. Les règles suivantes sont prévues pour le groupe à risque (procédure en cascade):

1. Proposer l'option du télétravail dans la mesure du possible.
2. Si la présence sur place est en partie ou totalement indispensable, l'activité de l'employé ne sera autorisée que dans les conditions suivantes:
 - a) Pas de contact étroit avec les autres employés (p. ex. pièce réservée, zone de travail parfaitement délimitée: distance minimum de 2 m)
 - b) Si un contact étroit est inévitable: mesures de protection selon le principe STOP
3. S'il n'est pas possible d'employer les collaborateurs en respectant les points 1 ou 2: dispense de travail et maintien du paiement du salaire.

L'activité des personnes vulnérables fait ainsi l'objet d'un devoir de vigilance accru de la part de l'employeur, mais l'activité reste licite pour peu que les mesures de protection puissent être respectées. S'agissant des activités qui ne peuvent être effectuées que sur le lieu de travail habituel ou sur site pour des raisons liées à leur nature ou à l'impossibilité de mettre en œuvre des mesures de protection ad hoc, l'employeur doit veiller au respect des recommandations de l'OFSP en matière d'hygiène et d'éloignement social en prenant toutes les mesures techniques et organisationnelles appropriées. Il peut s'agir par exemple, dans le commerce de détail, de vitres en Plexiglas destinées à la protection du personnel de caisse. De même, des produits désinfectants seront mis à la disposition des collaborateurs partout où cela est indiqué. Les personnes vulnérables pourront être affectées à d'autres secteurs ou zones de travail plus raisonnables, par exemple à des tâches dans le back-office. Là encore, les employeurs comme les employés sont invités à faire preuve de flexibilité et à trouver des solutions praticables susceptibles de souscrire aux impératifs de santé et aux intérêts de l'entreprise.

En vertu du nouvel article 10c al 6 de l'Ordonnance 2 COVID-19, un employé concerné peut refuser de travailler si l'employeur ne respecte pas les conditions spécifiées aux points 1 et 2 ci-dessus ou si, pour des raisons particulières, l'employé juge particulièrement élevé le risque pour lui de contracter le coronavirus en dépit des mesures prises par l'employeur. L'article 10c al 8 de l'Ordonnance 2 COVID-19 permet à l'employeur d'exiger un certificat médical s'il le souhaite. Le certificat médical peut fournir des informations sur la capacité de travail et la mise en danger spécifiques au regard du COVID-19. Il doit se fonder sur une évaluation technique et objective, en particulier si l'employé refuse le travail qui lui est attribué.

Dans ce contexte, nous vous recommandons de chercher le dialogue avec les employés concernés et les entreprises locataires. Les entreprises locataires sont tenues d'assurer le respect des recommandations formulées par le Conseil fédéral en matière d'hygiène et de distanciation sociale en prenant des mesures appropriées (organisation, équipements techniques). Si des personnes vulnérables se retrouvent dans l'impossibilité de satisfaire à leurs obligations de travail parce que l'entreprise locataire n'est pas à même de prendre les mesures appropriées, le maintien du paiement du salaire est obligatoire. Le groupe à risque ne peut prétendre à une indemnisation pour les personnes en quarantaine (indemnités journalières APG).

Qu'en est-il si le partenaire de vie appartient au groupe à risque mais pas l'employé?

La définition de «personne vulnérable» est régie par l'article 10b, al. 2 de l'Ordonnance COVID 2. Cette réglementation ne s'applique qu'aux personnes vulnérables et pas également à celles qui vivent dans le même ménage avec elles. Pour ces personnes, nous vous renvoyons à

l'obligation générale de diligence (art. 328 CO) du bailleur de services et de l'entreprise de mission.

Soupçon de coronavirus

Notre employé a été en contact avec une personne qui a été testée positive au Covid-19. Après avoir consulté son médecin, il doit rester à la maison pendant environ 10 jours et attendre. Quelle est la situation juridique?

Si l'employé ne présente aucun symptôme, l'employeur a une obligation de diligence envers les employés en vertu de l'article 328 CO. En conséquence, il doit faire tout son possible pour maintenir la possibilité d'infection aussi faible que possible. Dans une telle situation, l'employeur peut organiser du télétravail, une vidéoconférence ou une conférence téléphonique afin qu'il remplisse son devoir de protéger la santé des autres employés. Une telle instruction est autorisée si elle est raisonnable pour l'employé dans des cas particuliers, ce qui devrait normalement être le cas. S'il n'est pas possible de travailler à domicile, les «personnes en quarantaine qui doivent arrêter de travailler» peuvent désormais demander l'allocation perte de gain (cf. ch. 4 ci-dessous)

Si l'employé est manifestement malade, il a droit à des indemnités journalières de maladie (IJM). Dans ce cas, nous vous conseillons de contacter immédiatement votre assurance indemnité journalière.

Pouvons-nous ordonner dans ce cas une prise de vacances?

Les vacances doivent en principe toujours être ordonnées suffisamment à l'avance. Dans cette situation, il est conseillé de parler à l'employé et d'obtenir son consentement.

Fermeture d'entreprise

Nous prévoyons la fermeture d'un chantier de construction. Comment faut-il agir?

Si le chantier est fermé sur ordre des autorités, il n'est pas si simple d'évaluer la situation juridique. Soutenir qu'il devrait y avoir une obligation de principe de continuer à payer les salaires – comme le fait le Seco – ne convainc pas. À notre avis, les règles générales sur la demeure pourraient plutôt s'appliquer, si aucune des parties n'est responsable de l'impossibilité de fournir sa prestation (art. 119 CO). Cela signifierait que l'employeur ne serait pas obligé de continuer à payer le salaire. De plus, il est aussi désormais possible de demander une indemnité de chômage partiel et de la faire approuver. Ainsi, la situation juridique n'est pas claire et doit être vérifiée dans chaque cas concret.

Qu'en est-il de l'obligation de continuer à verser le salaire en cas de fermeture d'un chantier de construction ordonnée par l'entreprise de mission?

Si le chantier est fermé par l'entreprise de mission, il y a en principe une obligation de continuer à payer le salaire.

S'il existe une obligation de continuer à payer le salaire, l'entreprise de mission doit-elle également respecter le délai de préavis convenu par contrat?

La relation entre le bailleur de services et l'entreprise de mission est régie par le contrat de location de services. Si une entreprise de mission ferme de sa propre initiative à cause du coronavirus, et qu'elle ordonne ainsi à ses employés de rester chez eux, elle doit tout de même remplir le contrat de location de services. En d'autres termes, si l'entreprise veut résilier le contrat de location de services, elle doit respecter les délais de préavis convenus dans le contrat et les payer en conséquence. Demeure toutefois réserver toute clause contractuelle spéciale prévoyant des délais de préavis plus courts, voire l'annulation de délais de préavis en

cas d'événements tels que des épidémies (clauses dites de "force majeure"). Si les contrats contiennent de telles clauses, il dépend de la formulation spécifique respective dans le contrat si elles sont applicables dans le cas du coronavirus ou non. Il est donc nécessaire de vérifier avec le client, dans chaque cas particulier, si le contrat de location de services contient des clauses spéciales concernant l'obligation de continuer à payer le salaire, la manière dont celles-ci sont formulées et le risque qu'elles couvrent.

Home-office

Application de la «règle des 25%» pour les frontaliers qui font du télétravail?

Les dispositions en vigueur entre la Suisse et l'UE sur le cumul d'activités (art. 13 du Règlement UE 883/2004) ne sont applicables que si l'emploi est exercé avec une certaine régularité et de manière répétée ("habituellement" et non "temporairement") dans plusieurs pays; en règle générale, c'est la situation des 12 mois prochains qui doit être prise en compte. Quelques semaines ponctuelles de télétravail/travail à domicile, surtout dans la situation économique exceptionnelle d'aujourd'hui, ne justifient pas l'application des dispositions sur la pluriactivité aux travailleurs transfrontaliers concernés (dispositions qui comprennent la "règle des 25%"). Ces travailleurs restent soumis à la législation suisse en matière de sécurité sociale, en application des dispositions de l'UE sur les travailleurs détachés (art. 12 du Règlement 883/2004). Pour eux, il n'est pas non plus nécessaire de délivrer systématiquement des certificats basés sur la disposition relative au détachement (par exemple, le formulaire A1).

Y a-t-il des aspects fiscaux à prendre en compte quand des personnes exercent leur activité en télétravail à l'étranger pendant la crise du coronavirus?

Le Secrétariat d'État aux questions financières internationales (SFI) a engagé des discussions avec différents États en vue de déterminer si les jours effectués en télétravail en raison de la crise du coronavirus peuvent être qualifiés de jours de travail à l'étranger et ainsi donner lieu à une répartition fiscale en cas de résidence à l'étranger. Ces discussions n'ont pas encore abouti. Dans l'attente de leur résultat, l'office des contributions du canton de Zurich suggère la procédure suivante pour l'imposition à la source des employés résidant en Allemagne:

- Employés bénéficiant du statut de frontalier: l'impôt à la source de 4,5% reste exigible avec le télétravail.
- Employés ne bénéficiant pas du statut de frontalier: l'impôt à la source est également exigible selon le tarif régulier pour les télétravailleurs et une éventuelle répartition fiscale doit se faire en tenant compte de la situation sur une période de référence donnée (en règle générale les 12 mois précédents);
- Employés ayant travaillé en télétravail dès leur entrée en fonction en raison de la crise du coronavirus: imposition au tarif frontalier de 4,5% si la distance entre le lieu de travail et le lieu de résidence ne dépasse pas les 100 km; si cette distance est supérieure, la retenue à la source doit être prélevée conformément aux taux réguliers, sans exclusion des revenus obtenus lors des jours de travail effectués à l'étranger.

La procédure décrite ci-dessus s'applique par analogie aux personnes résidant dans des pays autres que l'Allemagne (le taux de 4,5% pour les frontaliers n'est pas pertinent en l'occurrence). Ce mode opératoire a pour but de réduire au minimum le risque lié à la responsabilité des employeurs. Les parties obligées se réservent le droit de demander une décision sur leur assujettissement à l'impôt à la source avant la fin du mois de mars de l'année suivante ou de déposer un recours dans les 90 jours suivant la date à laquelle elles ont eu connaissance de la double imposition internationale (généralement après la signification de l'avis d'imposition étranger). Ceci sous réserve du résultat des discussions entamées par le SFI.

4. Allocation pour perte de gain Coronavirus (APG)

Le 20.03.2020, le Conseil fédéral a pris des mesures pour atténuer les conséquences économiques de la propagation du coronavirus pour les entreprises et les employés concernés. Les mesures s'appliquent rétroactivement à partir du 17 mars 2020. En ce qui concerne l'allocation perte de gain (APG), les personnes ou les employeurs ont les droits suivants:

a) Allocation pour les parents

Les parents d'enfants de moins de 12 ans qui doivent interrompre leur activité lucrative parce que la garde de leurs enfants par des tiers n'est plus assurée ont droit à l'allocation si, au moment de l'interruption de leur activité lucrative:

- ils sont obligatoirement assurés à l'AVS (cela implique d'avoir son domicile ou son activité lucrative en Suisse); et
- ils exercent une activité lucrative salariée ou indépendante.

Le besoin de prise en charge doit être causé par les mesures destinées à lutter contre le coronavirus, par exemple la fermeture des écoles, des écoles maternelles, des crèches ou lorsque la garde est rendue impossible car elle était auparavant assumée par une personne à risque (personnes de plus de 65 ans, personnes avec des maladies chroniques des voies respiratoires, etc.).

b) Allocation pour les personnes placées en quarantaine

Dans la brochure 6.03 sur l'allocation pour perte de gain Coronavirus, il est notamment indiqué que "les personnes en quarantaine qui doivent interrompre leur activité lucrative" (et qui sont obligatoirement assurées à l'AVS, c'est-à-dire qui vivent en Suisse ou qui exercent une activité lucrative en Suisse et qui exercent une activité salariée ou indépendante en Suisse) peuvent faire valoir leur droit à l'allocation Coronavirus. Les indemnités seront versées sous forme d'indemnités journalières. Celles-ci correspondent à 80 % du salaire et sont plafonnées à 196 francs par jour. Le nombre des indemnités journalières est limité à 10 pour les personnes en quarantaine.

Ne peuvent prétendre à l'allocation les personnes qui se placent elles-mêmes en isolement (notamment par crainte d'une contamination).

La personne ayant droit à l'allocation doit elle-même la demander à la caisse de compensation AVS compétente. S'il y a maintien du salaire, l'indemnité va à l'employeur ; s'il n'y a pas de maintien du salaire, elle va à l'employé. Dans ce dernier cas, l'employeur recevra toutefois pour information une copie du décompte des indemnités journalières APG Coronavirus.

Si toute l'entreprise a entretemps introduit le chômage partiel, il est recommandé d'inclure dans le décompte du chômage partiel après le paiement de l'allocation APG Coronavirus de 10 indemnités journalières, ces «personnes vulnérables» placées en quarantaine.

Formulaires et informations sur l'APG en cas de coronavirus (APG):

- Centre d'information AVS/AI: <https://www.ahv-iv.ch/fr/>
- Seco: <https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/eo-msv/grundlagen-und-gesetze/eo-corona.html>
- Consimo: <https://www.consimo.ch/index.php?idp=277&lang=2>

5. Réduction de l'horaire de travail (RHT)

L'instrument de la réduction de l'horaire de travail (chômage partiel) permet de pallier une baisse temporaire de l'activité et de préserver des emplois. La situation économique exceptionnelle qui prévaut aujourd'hui frappe également de plein fouet les personnes qui exercent une activité professionnelle limitée dans le temps, un travail temporaire, ainsi que les personnes qui occupent une position assimilable à celle d'un employeur. C'est pourquoi, le 20 mars 2020, le Conseil fédéral a étendu le droit à l'indemnité de chômage partiel et simplifié la procédure de demande.

La condition préalable au chômage partiel est que la relation de travail ne soit pas résiliée, car le chômage partiel vise à compenser les pertes d'emploi temporaires et à préserver les emplois. Aucune indemnité de chômage partiel n'est versée en cas de cessation de la relation de travail. La question de savoir si le chômage partiel doit être annoncé doit être examinée au cas par cas. Nous vous recommandons donc de toujours contacter l'entreprise de mission. Si l'entreprise de mission vous informe qu'elle ne peut plus proposer de travail après l'"interruption", le chômage partiel n'est pas nécessairement la bonne solution (puisque'il sert à maintenir l'emploi). Les circonstances du cas individuel doivent également être prises en compte. Si l'entreprise de mission continue à avoir du travail après l'"interruption" et que la mission peut être poursuivie dans ce sens, il peut alors être judicieux d'annoncer le chômage partiel.

En ce qui concerne l'indemnité pour réduction de l'horaire de travail, il convient également de noter que la caisse d'assurance chômage ne paie que 80 % de la perte de revenus, mais que l'employeur doit payer des cotisations sociales en fonction de la durée normale de travail, c'est-à-dire à hauteur de 100 % du salaire. Vous trouverez des exemples de calcul dans la brochure 2.11 du centre d'information AVS/AI sur l'obligation de verser des cotisations pour l'indemnisation du chômage partiel (<https://www.ahv-iv.ch/p/2.11.f>). L'indemnité de chômage partiel couvre donc 80 % des heures perdues et la caisse d'assurance chômage rembourse les cotisations de l'employeur à l'AVS/AI/APG et à l'ALV avec le paiement de l'indemnité. Ces aspects doivent être abordés lors de la discussion avec l'entreprise de mission - pour savoir s'il convient de demander une indemnité RHT – afin de minimiser les éventuels risques financiers.

Formulaires et informations sur l'indemnité pour réduction de l'horaire de travail en cas de coronavirus (RHT):

- Nouveaux formulaires pour l'indemnité RHT liée au coronavirus (COVID-19)
<https://www.arbeit.swiss/secoalv/fr/home/service/formulare/fuer-arbeitgeber/kurzarbeitsentschaedigung.html/>
- Mémento swissstaffing:
<https://www.swissstaffing.ch/fr/Service/Service-juridique/Mementos.php>
- Centre d'information AVS/AI: <https://www.ahv-iv.ch/fr/>

6. Disclaimer

Ce memento n'a qu'un but informatif. Il ne constitue pas une checklist complète et ne remplace pas une consultation juridique. swissstaffing rejette toute responsabilité qui pourrait résulter en lien avec une action entreprise ou une omission d'agir dans un cas concret sur la base de ce memento. De plus, nous vous recommandons de vous informer en continu sur les pages web correspondantes de l'Etat:

- www.bag.admin.ch;
- www.seco.admin.ch



Pour toute question dans un cas concret, le service juridique de swissstaffing se tient volontiers à votre disposition à l'adresse legal@swissstaffing.ch

Dübendorf, 29.05.2020