

DROIT DU TRAVAIL

MAI 2020
NEWSLETTER **05**

JURISPRUDENCES COMMENTÉES – EXEMPLES PRATIQUES – ACTUALITÉS & PERSPECTIVES



Chère lectrice, cher lecteur,

L'épidémie de COVID-19 bouleverse les habitudes et les certitudes en matière de droit du travail. Nous poursuivons donc l'examen des questions nouvelles posées par ces circonstances exceptionnelles en traitant de la réduction de l'horaire de travail, de la garde des enfants et de la situation des frontaliers en matière de télétravail. Nul doute que nous aurons à revenir encore sur les conséquences de cet étrange et inquiétant état de fait. Et comme le monde ne se résout pas à l'inhabituel,

nous vous présentons aussi dans ces pages le régime applicable aux travailleurs de l'économie domestique, particulièrement en lien avec l'assistance à domicile 24 h/24. Le Tribunal fédéral a aussi rendu récemment une décision intéressante sur les activités «à niveau de confiance élevé» dans la perspective du licenciement immédiat.

Bonne lecture!

Philippe Ehrenström, LL.M., avocat

CONTENUS DE CETTE ÉDITION:

■ Indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail	1
■ Obligations salariales de l'employeur envers ses collaborateurs qui ont des obligations parentales	4
■ Télétravail et frontaliers: quels risques pour les employeurs pendant la pandémie due au COVID-19?	7
■ Economie domestique et assistance à domicile	8
■ Actualité jurisprudentielle: Brèves	12

Assurance-chômage – Indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail

L'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT)

En cette période de pandémie de coronavirus (ou COVID-19), les entreprises sont mises fortement sous pression, en particulier celles qui ont dû cesser toute activité par décision des autorités. Dans ce contexte, la question du chômage «partiel» est sur le devant de la scène.

■ Par Jean-Lou Maury et Christian Giauque, avocats, Lausanne

La pandémie de coronavirus touche de plein fouet l'économie et les entreprises. Malgré la réduction de leurs activités, voire leur cessation complète, les entreprises sont contraintes d'assumer leurs charges habituelles, notamment les salaires de leurs employés. Dans

cette situation, de nombreux employeurs pourraient envisager de réduire leurs charges en licenciant. C'est précisément pour éviter cette conséquence abrupte en période de conjoncture difficile qu'existe l'institution de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire

de travail (RHT), dénommée dans le langage courant chômage «partiel» ou «technique». En optant pour la RHT en lieu et place de licenciements, l'employeur conserve le savoir-faire propre à l'entreprise, dispose d'une main d'œuvre à court terme pour faire face à la charge (réduite) de travail et évite les frais dus aux fluctuations de personnel (frais de recrutement et de formation, démarches administratives, etc.). De son côté, l'employé évite de se retrouver au chômage et conserve la couverture sociale inhérente au contrat de travail. Cette contribution a pour but de présenter les contours de cette institution¹.

Généralités

L'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail est régie par les art. 31 ss de la Loi fédérale sur l'assurance-chômage (LACI)



et les art. 46 ss de l'Ordonnance sur l'assurance-chômage (OACI). Elle permet d'aider les employeurs à surmonter les difficultés économiques passagères liées à une réduction ou à une suspension temporaire de l'activité de l'entreprise, respectivement à éviter des licenciements, en leur permettant de faire des économies sur les charges salariales. Avec l'accord des employés concernés, leur horaire de travail, et partant leur salaire, peuvent être réduits provisoirement, sans incidence sur le maintien du contrat de travail. L'indemnité en cas de RHT couvrira alors 80% de la perte de salaire durant cette période. Les employés sont libres de refuser une réduction de leur horaire de travail et d'exiger le paiement intégral de leur salaire, l'employeur devant supporter les risques économiques de son activité, en application de l'art. 324 CO. Toutefois, ils s'exposent alors à un licenciement ordinaire, qui ne sera pas considéré comme abusif si les difficultés économiques de l'employeur sont établies².

Événements couverts par l'indemnité en cas de RHT

L'indemnité en cas de RHT peut être sollicitée en présence d'une perte de travail temporaire au sein de l'entreprise (réduction ou cessation complète de l'activité) due alternativement à :

- des raisons économiques (art. 32 al. 1 let. a LACI): ces dernières englobent des causes tant conjoncturelles que structurelles entraînant un recul de la demande, une baisse du carnet de commandes ou du chiffre d'affaires;
- des cas de rigueur (art. 32 al. 3 LACI): ceux-ci englobent les mesures prises par des autorités (art. 51 OACI; par ex. la fermeture de certains commerces ordonnée suite à la pandémie de coronavirus), les causes indépendantes de la volonté de l'employeur (art. 51 OACI; par ex. des forces de la nature) ou la baisse de clientèle imputable aux conditions météorologiques (art. 51a OACI; par ex. un manque inhabituel de neige dans les régions de sports d'hiver).

Conditions requises et cas d'exclusion

Le versement de l'indemnité en cas de RHT est soumis aux conditions suivantes:

- le contrat de travail ne doit pas avoir été résilié (art. 31 al. 1 let. c LACI), peu importe qui a donné le congé et quels en sont les motifs;

- la perte de travail est vraisemblablement temporaire et on peut s'attendre à ce que la réduction de l'horaire de travail permette de maintenir les emplois (art. 31 al. 1 let. d LACI);
- l'horaire de travail est contrôlable (art. 31 al. 3 let. a LACI), à savoir que le temps de travail est effectivement contrôlé par l'entreprise (art. 46b OACI), par exemple au moyen d'un système de timbrage ou de rapports d'heures, lequel doit permettre de distinguer les heures perdues pour des raisons économiques de celles correspondant à d'autres absences (vacances, congés, maladie, etc.);
- la perte de travail constitue au moins 10% de l'ensemble des heures de travail normalement effectuées par les travailleurs au cours de la période pour laquelle le décompte est établi (art. 32 al. 1 let. b LACI), après déduction des absences payées et non payées (vacances, congés, maladie, etc.). L'on prendra en compte tous les travailleurs de l'entreprise ayant en principe droit à l'indemnité en cas de RHT, mais non ceux qui ne sont pas éligibles (cf. infra).

A l'inverse, la perte de travail ne donne pas droit aux indemnités pour RHT lorsque, en plus des cas où elle ne remplit pas les conditions précitées:

- elle est due à des mesures touchant l'organisation de l'entreprise (telles que des travaux de nettoyage, de réparation ou d'entretien), à d'autres interruptions habituelles et répétées de l'exploitation, ou à des circonstances inhérentes aux risques normaux d'exploitation que l'employeur doit assumer (art. 33 al. 1 let. a LACI). Selon le SECO, l'apparition inattendue d'un nouveau type de coronavirus et ses conséquences ne font pas partie du risque normal d'exploitation³;
- elle est habituelle dans la branche, la profession ou l'entreprise, ou est causée par des fluctuations saisonnières de l'emploi (art. 33 al. 1 let. b LACI);
- elle coïncide avec des jours fériés, est provoquée par les vacances de l'entreprise ou que l'employeur ne la fait valoir que pour certains jours précédant ou suivant immédiatement des jours fériés ou des vacances d'entreprise (art. 33 al. 1 let. c LACI);

- elle est causée par un conflit collectif de travail au sein de l'exploitation dans laquelle travaille l'assuré (art. 33 al. 1 let. f LACI).

Travailleurs éligibles à l'indemnité en cas de RHT

Pour que l'employeur puisse prétendre à l'indemnité en cas de RHT pour ses travailleurs, ces derniers doivent cumulativement:

- être tenus de cotiser à l'assurance-chômage (art. 31 al. 1 let. a LACI), à savoir être obligatoirement assurés selon la LAVS (art. 2 al. 1 let. a LACI). Cela comprend en d'autres termes les salariés au sens de la LAVS. Les travailleurs n'ayant pas encore atteint l'âge minimum d'assujettissement aux cotisations AVS sont également concernés, de même que les travailleurs étrangers, peu importe leur lieu de domicile ou leur statut de séjour (les frontaliers par ex.);
- avoir accepté la réduction de leur horaire de travail (art. 33 al. 1 let. d LACI; à défaut de quoi ils devront être payés conformément à leur contrat, mais celui-ci risque d'être résilié par l'employeur).

En revanche, les catégories de travailleurs suivantes n'ont pas droit à l'indemnité en cas de RHT:

- les indépendants (art. 31 al. 1 let. a LACI a contrario);
- les travailleurs ayant atteint l'âge légal de la retraite (art. 31 al. 1 let. a LACI a contrario et art. 2 al. 2 let. c LACI);
- les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable (art. 31 al. 3 let. a LACI);
- le conjoint ou partenaire enregistré de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci (art. 31 al. 3 let. b LACI);
- les personnes qui fixent ou influencent considérablement les décisions que prend l'employeur en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière (par ex. les administrateurs d'une SA ou les associés gérants d'une Sàrl); il en va de même des conjoints de ces personnes occupés dans l'entreprise (art. 31 al. 3 let. c LACI);
- les travailleurs titulaires d'un contrat de durée déterminée, les apprentis et les travailleurs temporaires (art. 33 al. 1 let. e LACI).

A noter toutefois que dans le cadre des mesures d'urgence prises face à la pandémie de coronavirus, le Conseil fédéral a provisoirement étendu le droit à l'indemnité en cas de RHT aux trois dernières catégories précitées depuis le 17 mars 2020 et pour une durée de 6 mois (art. 1, 2 et 4 de l'Ordonnance COVID-19 assurance-chômage).

Etendue de l'indemnité

L'indemnité en cas de RHT couvre 80% de la perte de gain prise en considération (art. 34 al. 1 LACI), soit 80% du salaire afférent aux heures de travail perdues⁴. Le salaire maximum pris en considération correspond au montant maximal du gain mensuel assuré selon la LAA, soit actuellement CHF 12 350.– par mois ou CHF 148 000.– par année (art. 3 al. 2 LACI, art. 34 al. 2 LACI et art. 22 al. 1 OLAA). Il comprend notamment le salaire contractuel de base, la part au 13^e salaire, les indemnités pour vacances et jours fériés, le salaire en nature, les gratifications prévues par le contrat et les autres revenus variables (commissions par ex.). En cas de revenus fluctuants, il est procédé à une moyenne fondée sur les 12 derniers mois (art. 57 OACI). Rien n'empêche l'employeur de verser le salaire contractuel complet pendant toute ou partie de la période de RHT, afin notamment de favoriser l'adhésion des employés à cette mesure, dès lors que leur accord est obligatoire.

A compter du premier versement de l'indemnité, un délai-cadre d'indemnisation de deux ans s'ouvre. Durant ce délai, l'indemnité en cas de RHT peut être versée pendant 12 périodes de décompte au maximum, soit 12 mois civils complets ou incomplets (art. 32 al. 5 LACI, art. 35 al. 1 LACI et art. 53 OACI). Si la perte de travail s'élève à au moins 85%, l'indemnité ne peut être versée que pour 4 mois au maximum (art. 35 al. 1^{bis} LACI).

L'employeur qui sollicite l'indemnité en cas de RHT doit verser en avance à ses employés, dans l'attente de son remboursement par la caisse de chômage (art. 37 let. a LACI). En d'autres termes, il doit s'acquitter des salaires aux échéances habituelles, en adaptant toutefois le montant de ceux-ci pour ne verser que 80% de la perte de gain liée à la réduction du temps de tra-

vail. Pour chaque période de décompte (donc pour chaque mois civil), un délai d'attente de maximum trois jours est appliqué (art. 32 al. 2 LACI), durant lequel l'employeur doit s'acquitter du montant de l'indemnité envers ses employés qui ne lui sera pas remboursée (art. 37 let. b LACI). Après avoir dans un premier temps réduit ce délai d'attente à un jour par période du 13 mars au 30 septembre 2020 (art. 50 al. 2 OACI modifié le 13 mars 2020), le Conseil fédéral a décidé de supprimer tout délai d'attente dès le 17 mars 2020 et pour une période de 6 mois, dans le cadre de la crise du coronavirus (art. 3 de l'Ordonnance COVID-19 assurance-chômage). Enfin, malgré la réduction du salaire, l'employeur reste tenu de s'acquitter de l'entier des cotisations sociales, comme si le salaire avait été intégralement maintenu (art. 37 let. c LACI).

Procédure (survol)

La procédure de demande d'indemnité en cas de RHT se déroule en deux étapes. Dans un premier temps, l'employeur doit adresser un formulaire de préavis dûment rempli et accompagné des pièces justificatives⁵ à l'autorité cantonale compétente (du canton dans lequel la société a son siège) en principe 10 jours avant le début de la réduction de l'horaire de travail (art. 36 al. 1 LACI). Ce délai a toutefois été réduit à 3 jours suite à la pandémie de coronavirus (art. 58 al. 1 OACI), puis complètement supprimé de manière transitoire, en l'état jusqu'au 17 septembre 2020 (art. 8b al. 1 de l'Ordonnance COVID-19 assurance-chômage). Aucune indemnité ne peut être versée durant le délai de préavis ou à titre rétroactif (art. 58 al. 4 OACI), raison pour laquelle il est important de déposer le préavis suffisamment tôt. Au terme de l'analyse du préavis, l'autorité cantonale décide sur le principe de l'ouverture du droit à l'indemnité, en fixant le pourcentage maximal de la perte de travail à prendre en considération. Si la RHT perdure au-delà de 3 mois, un nouveau préavis doit être effectué pour 3 mois au maximum, et ainsi de suite. Ce délai a été porté à 6 mois durant la crise pandémique (art. 8c de l'Ordonnance COVID-19 assurance-chômage). Dans un deuxième temps, l'employeur doit déposer auprès de la caisse de chômage qu'il aura choisie, pour chaque période de décompte (soit pour chaque mois civil dans lequel l'horaire de travail a été ré-

duit), une demande d'indemnité pour tous les employés concernés dans un délai de 3 mois après la fin de chaque période (art. 38 al. 1 LACI)⁶. En cas de non-respect de ce délai, le droit à l'indemnité est perdu. Face à la pandémie actuelle, les cantons ont largement simplifié la procédure. Dans le canton de Vaud par exemple, le Conseil d'Etat a annoncé que les formulaires sont désormais simplifiés. Par ailleurs, il n'est plus nécessaire d'obtenir la preuve écrite de l'accord des employés avec la RHT, les demandes sont examinées selon une procédure accélérée, les décisions favorables sont communiquées par e-mail et des acomptes de 80% du salaire seront versés très rapidement dès le dépôt des demandes d'indemnités⁷. En bref, les employeurs ne doivent plus craindre les aspects administratifs de la procédure.

RÉFÉRENCES

- 1 Compte tenu de la complexité et de la densité de la matière, la présente contribution constitue uniquement un aperçu non exhaustif. Elle se fonde sur la législation en vigueur au moment de sa rédaction (26 mars 2020), étant relevé que celle-ci évolue très rapidement, voire quotidiennement, en fonction des décisions prises par les autorités face à la propagation de la pandémie de coronavirus.
- 2 TF, arrêt 4A_555/2011 du 23 février 2012, cons. 2.2.
- 3 https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/neues_coronavirus.html (consulté le 20.03.2020).
- 4 Pour des exemples de calcul, cf. SECO, Bulletin LACI RHT (janvier 2020), E10 à E12.
- 5 Ces formulaires et la liste des pièces à produire sont facilement accessibles sur les sites internet des différentes administrations cantonales.
- 6 Ex: l'employeur qui entend solliciter une indemnité pour le mois de mars 2020 doit envoyer sa demande au plus tard le 30 juin 2020, le délai de 3 mois courant du 1^{er} avril au 30 juin 2020.
- 7 <https://www.vd.ch/toutes-les-actualites/communiques-de-presse/detail/communiquer/reduction-de-lhoraire-de-travail-rht-des-mesures-de-simplification-introduites-pour-alleger-les/> (consulté le 25.03.2020).

AUTEURS



Jean-Lou Maury est avocat inscrit au barreau du Canton de Vaud. Il est également chargé de cours en droit du travail au sein de l'Association vaudoise des employés en assurances sociales.



Christian Giauque, avocat spécialiste FSA en droit du travail et chargé de cours en droit du travail à la Haute École d'ingénierie et de gestion du Canton de Vaud.