

## Thèmes actuels

L'actualité juridique, les notices et les FAQ sont toujours disponibles sous le lien suivant: [www.gastrosuisse.ch/notices](http://www.gastrosuisse.ch/notices)

- Droit éventuel à un nouveau calcul de l'allocation perte de gain Covid-19 pour les indépendants
- Offre spéciale avantageuse : assurance de protection juridique sur mesure, en exclusivité pour les membres de GastroSuisse

## Communications et rapports

- Délais de blocage: convention d'annulation et primes pour éviter les absences de courte durée
- Certificat médical établi sur la base d'une consultation téléphonique

## Questions des renseignements juridiques

- Que doit-on observer lors d'une libération de l'obligation de travailler à la fin d'un contrat de travail?

## Thèmes actuels

### **Droit éventuel à un nouveau calcul de l'allocation perte de gain Covid-19 pour les indépendants**

Dans son arrêt du 6 novembre 2022 (9C\_663/2021), le Tribunal fédéral a partiellement admis le recours d'une personne exerçant une activité indépendante qui s'était vu refuser un nouveau calcul de son allocation perte de gain Covid-19. L'approbation concerne les périodes de décompte comprises entre le 17 septembre 2020 et le 30 juin 2021 (cf. [Communiqué de presse du Tribunal fédéral du 13 décembre 2022](#)).

À titre préventif, nous recommandons de faire une demande de **nouveau calcul** d'ici au **31 mars 2023 auprès de la caisse de compensation concernée (GastroSocial), dans la mesure où toutes les conditions suivantes sont remplies de manière cumulative:**

- la personne exerce une activité indépendante (c.-à-d. qu'elle n'exerce *pas* de fonction similaire à celle de l'employeur au sein d'une Sàrl ou d'une SA);
- la personne a fait (partiellement) valoir un droit à l'allocation perte de gain Covid-19 durant les périodes de décompte comprises entre le 17 septembre 2020 et le 30 juin 2021;
- les conditions de base ouvrant le droit à l'allocation perte de gain Covid-19 étaient remplies (p. ex. fermeture de l'établissement, perte de salaire);
- le droit à l'allocation perte de gain Covid-19 pendant la période susmentionnée a été calculé sur la base de la facture d'acompte de l'année déterminante (en règle générale 2019 ou, en cas de création d'entreprise en 2020, la facture d'acompte 2020);
- la décision de cotisation définitive de l'AVS pour l'année déterminante (en général 2019 ou, en cas de création d'entreprise en 2020, la décision de cotisation définitive 2020) fixe un **revenu plus élevé** par rapport au calcul de l'acompte.

Sur notre site Internet, nous vous proposons un [modèle de lettre](#) avec demande de nouveau calcul et de suspension.

La demande de suspension qui vient s'ajouter à celle du nouveau calcul est due à la position de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS). En effet, malgré l'arrêt du Tribunal fédéral susmentionné, l'OFAS a demandé expressément à toutes les caisses de compensation (dont GastroSocial) de ne pas donner suite aux demandes de nouveau calcul. Ces demandes devront donc probablement faire l'objet d'une **procédure judiciaire (modèle)** pour être recevables. Durant cette période, les demandes suspendues seront ajournées.

Au vu de la complexité du sujet, GastroSocial ne procédera pas à de nouveaux calculs avant l'entrée en vigueur d'un arrêt modifiant la situation initiale et ne fera pas non plus de communication dans ce contexte. Après avoir reçu les demandes, GastroSocial confirmera toutefois la réception et la suspension à ses clientes et clients à certaines conditions.

Nous demandons en outre aux **membres concernés qui disposent d'une assurance de protection juridique de contacter le [Service juridique de GastroSuisse](#)** dans le but de lancer une procédure modèle.

## **Offre spéciale avantageuse : assurance de protection juridique sur mesure, en exclusivité pour les membres de GastroSuisse**

Le conseil du service juridique fait partie des offres centrales de la Fédération. Il est souvent sollicité, et nos membres l'apprécient particulièrement. Par ailleurs, il est parfois nécessaire d'avoir recours à **l'assistance d'un avocat ou d'une avocate pour se faire représenter dans le cadre d'une procédure judiciaire**. Dans de tels cas, en complément au conseil juridique éprouvé de GastroSuisse, vous pouvez désormais bénéficier d'une **assurance de protection juridique** conçue pour vous et pour les besoins de l'hôtellerie-restauration par le leader du marché Protekta, avec des primes avantageuses.

Une procédure judiciaire nécessite rapidement une représentation par un avocat, ce qui peut générer des coûts élevés. **La solution spécialement conçue pour les membres de GastroSuisse** vous permet de vous assurer de manière optimale contre les risques financiers liés aux litiges. Protekta propose les trois variantes suivantes : *Argent*, *Or* et *Platine*. La variante *Argent*, la moins chère, avec les domaines du droit du travail, du droit du bail et de la location (en tant que locataire), du droit des assurances et du droit pénal ainsi que de la location de locaux (dans le même immeuble) couvre déjà une grande partie des litiges possibles. Si vous souhaitez étendre cette solide couverture de base par le droit des contrats et le droit alimentaire, optez pour la variante *Or*. Pour une protection intégrale, nous recommandons la variante *Platine*. La couverture qui convient à une entreprise et la variante sélectionnée dépendent des risques réels dans l'établissement concerné et de l'évaluation individuelle des risques. Il faut garder à l'esprit que les éventuels frais de procédure judiciaire peuvent très rapidement dépasser les coûts de la prime annuelle de l'assurance. La couverture offerte par une assurance de protection juridique adéquate peut ainsi s'avérer être la meilleure prestation au meilleur prix.

En complément au conseil du service juridique, l'assurance Protekta peut ainsi prendre en charge un cas en vue d'une procédure judiciaire qui s'annonce. Une avocate ou un avocat représente la personne assurée tout au long de la procédure. Profitez de cette opportunité ! Les personnes déjà assurées auprès de Protekta peuvent passer à la nouvelle formule sans complications. Pour ce qui est des autres prestataires, il convient de respecter les conditions contractuelles et de résiliation en vigueur avant de changer pour Protekta.

Vous trouverez de plus amples informations sous [gastrosuisse.ch/assurance-de-protection-juridique](https://gastrosuisse.ch/assurance-de-protection-juridique) ou directement auprès de [Protekta](https://protekta.ch) (T 031 389 85 00 ou [info@protekta.ch](mailto:info@protekta.ch)).

## **Communications et rapports**

### **Délais de blocage: convention d'annulation et primes pour éviter les absences de courte durée**

De très nombreuses demandes adressées au Service juridique concernent les délais de blocage selon l'article 336c CO. Les délais de blocage sont appliqués dans le contexte des licenciements. Si un employeur souhaite résilier un rapport de travail après la période d'essai, il doit impérativement respecter ces délais.

En cas de maladie, d'accident, de grossesse, de congé maternité, de service militaire ou de congé pour s'occuper d'un enfant gravement affecté à la suite d'une maladie ou d'un accident, l'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail pendant une certaine période. Si ces faits se produisent pendant le délai de préavis, celui-ci est prolongé de la durée de l'absence limitée par la durée maximale correspondante de la période de suspension. Les détails et les conséquences des délais de blocage sont indiqués sur le site Internet de GastroSuisse dans la [notice](#) «Délais de congé et de protection» ou encore sous [Droit à la minute](#). Notre site Internet propose en outre deux [calculateurs en ligne](#) pour calculer les délais de blocage.

### **Convention d'annulation (ou convention de résiliation)**

Les délais de blocage étant des dispositions contraignantes, il n'est pas possible d'y renoncer au détriment des employés. Si le collaborateur ne souhaite pas faire usage de la prolongation du délai de préavis, il est possible de conclure une convention d'annulation. Principalement, par exemple, lorsque l'employé prend immédiatement un nouvel emploi, part en voyage ou tout au moins qu'il ne dépend pas des allocations chômage. Si le chômage est imputable à l'employé, ce dernier doit s'attendre à ce que la caisse de chômage prononce des jours de suspension en cas d'accord d'annulation. Si le collaborateur ne reconnaît pas ses désavantages, une convention d'annulation peut avoir un «effet boomerang» pour l'employeur. L'art. 341 al. 1 CO prévoit en effet que, *pendant la durée des rapports de travail et un mois après la fin de ceux-ci, le travailleur ne peut pas renoncer à des créances résultant de dispositions impératives de la loi ou de dispositions impératives d'une convention collective de travail.*

La jurisprudence est ici sans équivoque: une convention portant sur la résiliation d'une relation de travail peut être admissible, pour autant qu'elle ne débouche pas sur un contournement clair de la protection légale impérative contre le licenciement. Si l'échéance fixée d'un commun accord se situe avant la fin du délai de préavis, le travailleur renonce à une partie de son droit au salaire en concluant un contrat de résiliation. Selon l'expérience, il est contraire à l'usage que le travailleur renonce à de tels avantages sans contrepartie, raison pour laquelle on ne peut pas faire ici de suppositions à la légère.

**Conclusion:** une convention de résiliation implique donc une justification fondée allant dans le sens des intérêts du collaborateur ou une indemnité de départ qui compense le préjudice financier. Dans ces conditions, il est possible de renoncer à prolonger le délai de préavis.

### **Pas d'absences de courte durée durant le délai de résiliation: entente sur une prime**

Étant donné que, selon le Tribunal fédéral, le délai de blocage fait également foi en cas d'absences de courte durée (ce qui entraîne une prolongation disproportionnée du délai de résiliation), il convient de réfléchir à la manière de contrer les absences de courte durée. Le collaborateur pourrait par exemple être dissuadé de s'absenter brièvement à la légère si le licenciement était accompagné de la promesse d'une prime versée uniquement si aucune absence n'est enregistrée jusqu'à la fin du délai de résiliation. Le Tribunal fédéral considère comme admissible qu'à la fin des rapports de travail, l'employeur propose le versement d'une indemnité (prime) à sa discrétion et qu'il la lie à la condition que le contrat prenne effectivement fin à une date déterminée (ATF 4A\_74/2018).

## Certificat médical établi sur la base d'une consultation téléphonique

Conformément à l'art. 26 ch. 1 CCNT, *le collaborateur a l'obligation de fournir un certificat médical à partir du quatrième jour d'un empêchement de travailler. Ce certificat doit être présenté à l'employeur dans la semaine qui suit son établissement.*

Ce qu'il est convenu d'appeler la «télémédecine» est une pratique de plus en plus courante dans le quotidien médical depuis la pandémie de coronavirus, et suite au «2<sup>e</sup> volet de mesures visant à maîtriser les coûts» (dans lequel la télémédecine apparaît aussi au niveau législatif). En conséquence, des certificats médicaux sont de plus en plus souvent établis sur la base d'une consultation téléphonique. Ces certificats sont ensuite envoyés par courriel au patient. Mais un employeur est-il tenu d'accepter un tel certificat?

Le «Guide pratique» de la Fédération des médecins suisses précise que les certificats médicaux doivent attester des constatations personnelles du médecin. Par conséquent, une consultation en présence du patient est en principe nécessaire pour l'établissement d'un certificat médical. De rares exceptions sont toutefois possibles, notamment lorsque le médecin connaît son patient et sa situation et qu'il l'a vu récemment. Le certificat délivré sur demande téléphonique est valable pour une courte période et ne peut être prolongé qu'après un rendez-vous personnel avec le médecin. En revanche, un certificat délivré sur demande téléphonique pour un patient inconnu du médecin peut être considéré comme un certificat de complaisance. Soulignons en outre qu'un traitement de longue durée effectué exclusivement à distance déroge au code déontologique de la FMH (Fédération des médecins suisses).

Le fait que des certificats médicaux puissent être délivrés sur consultation télé médicale n'est pas contesté. Mais ces documents n'ont pas la valeur d'un certificat traditionnel, car ils sont établis sur la seule base des descriptions des patients et ne reposent donc pas sur un véritable examen médical. Par conséquent, ces documents n'ont pas de réelle valeur probante au regard du droit du travail. De tels certificats doivent donc mentionner clairement qu'il n'y a pas eu de consultation personnelle. Certains émetteurs de certificats médicaux basés sur la consultation téléphonique (p. ex. Medgate) indiquent en outre explicitement sur leurs certificats que le document est valable uniquement si l'employeur l'accepte. En outre, Medgate a édicté des directives précises concernant l'établissement de certificats médicaux sur consultation téléphonique. Ainsi, aucun certificat médical n'est délivré en cas d'incapacité de travail partielle ou encore aux patients qui ont été licenciés. Par ailleurs, deux certificats téléphoniques au maximum peuvent être délivrés annuellement à un même patient. Il n'existe cependant pas de réglementation juridique générale concernant les certificats médicaux établis sur la base d'une consultation téléphonique.

Les tribunaux ont reconnu ce problème dans la mesure où ils n'accordent pas de valeur probante aux certificats médicaux établis sur la base d'un télédiagnostic fondé uniquement sur les informations données par le patient. Il appartient donc à l'employeur d'accepter ou non un tel certificat.

Le collaborateur qui prétend être en incapacité de travail doit en apporter la preuve. Dans la négative, il perd son droit au salaire. Cela signifie donc que, si l'employeur a des doutes quant au certificat médical établi sur la base d'une consultation téléphonique et qu'il le refuse, l'employeur n'a pas prouvé son incapacité de travail. L'employeur n'est alors pas tenu de verser un salaire durant l'absence, et ce jusqu'à ce que l'employé concerné apporte la preuve (par exemple au moyen d'un certificat médical «classique») qu'il est effectivement malade.

### Conclusion

Le risque d'abus est plus élevé en cas de diagnostic téléphonique et d'absence d'examen direct du patient. À l'avenir, les tribunaux devront examiner de plus en plus fréquemment la question de la valeur probante des certificats d'incapacité de travail délivrés sur consultation téléphonique. En l'état actuel des choses, les employeurs ne sont pas légalement tenus d'accepter les certificats médicaux établis sur la base d'une consultation téléphonique. Comme de tels certificats sont faciles à obtenir et que le médecin n'examine pas le patient au préalable, il est en principe recommandé de **refuser les certificats médicaux établis sur la base d'une téléconsultation** et de continuer à exiger des certificats médicaux écrits «classiques».

## Questions des Renseignements juridiques

### Que doit-on observer lors d'une libération de l'obligation de travailler à la fin d'un contrat de travail?

Cet article aborde ponctuellement des questions qui se posent fréquemment dans la pratique, en rapport avec la libération de l'obligation de travailler.

La *libération de l'obligation de travailler* ou *libération des fonctions* est prononcée par l'employeur, ce dernier étant tenu de continuer à verser le salaire à l'employé concerné sur toute la durée de ladite libération. Dans une telle situation, l'employeur renonce donc volontairement à la prestation de travail de son employé. Il convient de noter que, durant la période de libération, les parties restent liées par un contrat de travail et que l'employé est donc soumis à l'obligation de fidélité ou de restitution (cf. art. 321a et 321b CO). Habituellement, la libération a lieu pendant le délai de préavis.

La libération de l'obligation de travailler peut être prononcée sous la forme d'une **déclaration de libération** de la part de l'employeur **ou** au moyen d'une **convention de libération signée par les deux parties**. La déclaration de libération se fonde sur le pouvoir d'établir des directives de l'employeur, conformément à l'article 321d CO. Pour des raisons de preuve, il est recommandé de déclarer la libération des fonctions par écrit et de consigner les autres dispositions ou conditions générales de la libération dans une convention. En outre, certains contrats de travail exigent la forme écrite pour les modifications et les compléments apportés au contrat de travail.

## Révocation d'une libération des fonctions prononcée

Si la libération des fonctions a été prononcée ou convenue sans réserve pour la durée résiduelle du délai de préavis, l'employeur ne peut pas rappeler son employé au travail. Il est toutefois recommandé de notifier par écrit la possibilité ou la recevabilité d'une révocation de la libération, dans le cas où l'employeur ne sait pas encore s'il fera à nouveau appel au travail de l'employé au moment où il prononce la libération. Une telle clause pourrait être formulée comme suit: «L'employeur est habilité à révoquer la libération de l'obligation de travailler à tout moment».

## Entrée en fonction pendant la libération de l'obligation de travailler

L'employé libéré de ses fonctions sans réserve est en principe autorisé à prendre un autre emploi, pour autant qu'il ne fasse pas concurrence à son employeur. L'employé est tenu d'informer de lui-même son employeur de tout autre revenu obtenu alors qu'il était libéré de ses fonctions. L'obligation de prendre en compte ou non le revenu de substitution obtenu pendant la période de libération de l'obligation de travailler dépend de la qualification juridique de cette dernière. La doctrine dominante considère la libération des fonctions comme une demeure (art. 324 CO). Selon l'art. 324 al. 2 CO, *le travailleur impute sur son salaire ce qu'il a épargné du fait de l'empêchement de travailler ou ce qu'il a gagné en exécutant un autre travail, ou le gain auquel il a intentionnellement renoncé*. L'employeur est libre de ne pas tenir compte des revenus d'un autre travail pendant la durée de la libération.

## Compensation des vacances et des heures supplémentaires pendant la libération des fonctions

Il convient d'évaluer au cas par cas si le droit aux vacances peut être compensé par la libération et de tenir compte de différents critères dans ce contexte. La jurisprudence du Tribunal fédéral enseigne qu'un crédit de vacances (même si l'employeur n'a pas notifié à l'employé de prendre les jours de vacances résiduels pendant la libération) disparaît par compensation si la durée de la libération dépasse nettement le droit résiduel (cf. ATF 128 III 282, consid. 4). Le tribunal du travail de Zurich a établi une autre règle arithmétique selon laquelle un tiers de la durée de la libération peut être comptabilisé comme jours de vacances. Il est néanmoins conseillé **d'ordonner la prise de vacances pendant la période de libération**. Dans certaines circonstances, la prise de vacances n'est toutefois pas possible en raison de la recherche d'emploi du collaborateur libéré de ses fonctions. Signalons enfin que l'art. 321c al. 2 CO établit le principe selon lequel les vacances ne peuvent pas être compensées par des prestations en espèces ou d'autres avantages pendant la durée des rapports de travail.

Selon l'art. 321c al. 2 CO, *l'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale, qui doit être accordé au cours d'une période appropriée*. Si le contrat de travail contient une disposition stipulant que les heures supplémentaires seront compensées par du temps libre, l'employeur peut ordonner la **compensation des heures supplémentaires pendant la libération de l'obligation de travailler**. En l'absence d'une telle disposition, la compensation des heures supplémentaires est possible uniquement avec l'accord préalable de l'employé.

## Prestations de service

### Moyens auxiliaires et informations du Service juridique

Sur [www.gastrosuisse.ch](http://www.gastrosuisse.ch), la plate-forme professionnelle dédiée aux actualités et questions intéressantes, vous pourrez télécharger des moyens auxiliaires et des informations du Service juridique, comme p. ex.:

- contrats de travail (temps plein et partiel, saisonniers, auxiliaires, cadres)
- notices dédiées à des thèmes tels que la durée du travail, les jours de repos, de vacances et fériés
- FAQ
- directives
- calculateur saisonnier
- calculateur en ligne

### Produits du Service juridique disponibles auprès d'édition gastronomique

Tous les **formulaires de contrats de travail** avec des conseils pour les remplir. Set de 5 exemplaires (Fr. 19.50).

**Contrat de travail pour chef d'établissement** (gérant, directeur), sous forme de garniture autocopiante en triple exécution; avec cahier des charges et des directives: prix Fr. 45.-

«**Guide pratique de la CCNT – précis de droit du travail pour l'hôtellerie et la restauration**»: prix Fr. 98.-

**Contrat de location pour cafés, restaurants et hôtels**, prix Fr. 48.-

Les **fiches de contrôle du temps de travail** pour la saisie de la durée du travail, du temps de repos, des vacances, jours fériés et absences sont disponibles pour Fr. 25.50 sous forme de bloc agrafé pour cinq employés par année, avec des instructions de remplissage („contrôle du temps de travail dans l'hôtellerie et la restauration“).

### GastroTime: le contrôle idéal de la durée de travail

Nous recommandons particulièrement le programme **GastroTime**, conforme à la CCNT, développé par GastroConsult (en coopération avec le service juridique de GastroSuisse). Ce programme permet de saisir la durée du travail de manière particulièrement efficace, simple et rapide. De plus, il ne se limite pas à la saisie de la durée du travail, mais permet également un excellent contrôle de cette dernière. Si vous saisissez encore la durée du travail «à la main», vous devriez envisager d'utiliser le programme GastroTime. Vous trouverez de plus amples informations sur le lien suivant: [www.gastroconsult.ch/gastrotime-fr](http://www.gastroconsult.ch/gastrotime-fr).

### Autres produits utiles disponibles auprès d'édition gastronomique

Manuel pour l'application de la solution de la branche dans l'hôtellerie-restauration: «**Manuel Sécurité au travail**», avec une autorisation d'accès au site web [www.hotelgastrosafety.ch](http://www.hotelgastrosafety.ch), pour le prix de Fr. 121.- (Fr. 59.50 pour les membres)

- **Guide des bonnes pratiques dans l'hôtellerie et la restauration (BPHR)**, édition 2019, validé par l'Office fédéral de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires OSAV (membres Fr. 25.-, prix normal Fr. 39.-)
- **Hygiène et sécurité alimentaire vol. 1: Bases théoriques (nouvelle édition 2020)** (membres Fr. 98.-, prix normal Fr. 128.-)



- **Hygiène et sécurité alimentaire vol. 2: Une aide à la mise en œuvre du Guide des bonnes pratiques BPHR (nouvelle édition 2020)**  
(membres Fr. 150.-, prix normal Fr. 300.-)

Les commandes peuvent être passées auprès d'édition gastronomique, la maison d'édition spécialisée de GastroSuisse:

[www.gastrosuisse.ch/shop](http://www.gastrosuisse.ch/shop)

E-Mail: [shop@gastrosuisse.ch](mailto:shop@gastrosuisse.ch)

Février 2023