

Le droit du travail en évolution: nouveautés jurisprudentielles pour les années 2015 - 2017

Die Entwicklung des Arbeitsrechts in den Jahren 2015 - 2017: Neues aus Rechtsprechung

Factsheet de la présentation de / Factsheet zum Referat von Christian Bruchez + Georges Chanson, 16.06.2017 ¹

Rédigé par Christian Bruchez (texte français) et Georges Chanson (texte allemand, liens Internet + rédaction finale)

verfasst + zusammengestellt von Christian Bruchez (französischer Text) und Georges Chanson (deutscher Text, sämtliche Verlinkungen, Schlussredaktion)

I. Table des matières / Inhaltsverzeichnis

Vous trouverez une table des matières à la fin du présent document (page 38).

Ein Inhaltsverzeichnis befindet sich auf S. 38 hinten in diesem Dokument.

¹ Liens vers les diapositives de la présentation / Link auf die Folien zum Referat:
https://arbrch.ch/ddt-arbr_presentation_2017



II. Introduction / Hinweis

Ce document est un document de travail résumant l'évolution jurisprudentielle en droit du travail à partir de mi-2015 avec des références à des liens internet. Ce document, dont la rédaction a été achevée au début juin 2017, n'a pas aucune prétention d'exhaustivité. Sur chaque thématique, les arrêts sélectionnés sont présentés par ordre chronologique. Les arrêts sont présentés soit en français, soit en allemand ; les auteurs ont renoncé à unifier la forme de présentation des arrêts et à établir une traduction de cette présentation dans l'autre langue. Les "Regestes" des arrêts publiés au recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (ATF) sont toutefois reproduits en deux langues. Les auteurs ont traité des nouveautés législatives et doctrinales dans leur article paru dans l'ouvrage collectif "La pratique de l'avocat"².

Dieses Factsheet ist ein Arbeitspapier ohne Anspruch auf Vollständigkeit, das weiterführende Bemerkungen zur Entwicklung der Rechtsprechung im Arbeitsrecht seit Mitte 2015 samt Internetlinks enthält. Es wurde Anfang Juni 2017 abgeschlossen. Auf eine Übersetzung wurde, abgesehen von den Haupttiteln, verzichtet und die vom jeweiligen Autor gewählte Form ist beibehalten. Alle Regesten der amtlich publizierten Entscheide des Bundesgerichts (BGE) werden zweisprachig wiedergegeben. Innerhalb eines Themas sind die Entscheide in chronologischer Reihenfolge aufgeführt. Über Entwicklungen bei Gesetzgebung und Literatur berichten die Autoren im Sammelband "Aktuelle Anwaltspraxis"³.

III. Jurisprudence / Rechtsprechung

A. Contrat / Vertrag

– Rapports de travail de droit privé / de droit public: [ATF 142 II 154](#)

Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit social dans la cause A. c. Fondation B.

Objet: Droit de la fonction publique (droit privé; droit public)

[TF 8C 506/2015](#) du 22.03.2016

(recours en matière de droit public contre le jugement de la Cour de droit public du Tribunal cantonal Neuchâtel du 09.06.2015, [CDP.2014.172](#))

Übersetzung

Pra 105/2016 Nr. 98 (samt amtlich nicht publizierten Erwägungen 2, 6 + 7)

Regeste

[Art. 83 let. g LTF](#); [art. 80 ss CC](#).

Entrée en matière sur le recours lorsque l'examen des conditions de recevabilité se recoupe avec la question qui constitue le fond du litige (i. c. l'existence éventuelle d'un rapport de travail de droit public; consid. 1.1).

Nature des rapports de service avec une personne morale de droit privé (fondation) accomplissant des tâches de droit public (consid. 5).

[Art. 83 lit. g BGG](#); [Art. 80 ff. ZGB](#).

Eintreten auf eine Beschwerde in der Sache, wenn sich die Prüfung der Eintretensvoraussetzungen mit der Frage deckt, welche Gegenstand der Streitigkeit

² URL: www.sav-fsa.ch, Formation continue » Congrès des avocats » Documents » La pratique de l'avocat

³ URL: <http://www.sav-fsa.ch>, dort Weiterbildung » Anwaltskongress » Unterlagen » Aktuelle Anwaltspraxis

bildet (in casu: allfällige Existenz eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses; E. 1.1).

Art des Dienstverhältnisses mit einer juristischen Person des Privatrechts (Stiftung), welche Aufgaben des öffentlichen Rechts wahrnimmt (E. 5).

Résumé ⁴

Directeur d'institution employé par une personne morale de droit privé exerçant une tâche publique. Saisine par l'employé de la juridiction administrative pour invoquer une discrimination dans la fixation de sa rémunération.

Si une tâche étatique est accomplie par une personne morale de droit privé, celle-ci est régie par le droit privé, même si elle exerce des tâches publiques. Son personnel est donc aussi régi par le droit privé. Tel est également le cas lorsqu'une tâche étatique, précédemment accomplie par des services étatiques, est transférée à une entité de droit privé créée dans ce but. Le fait que cette entité de droit privé est surveillée par des services de l'Etat est également sans incidence (c. 5).

Remarques complémentaires

- a) *Le Tribunal fédéral rappelle dans cet arrêt que si une autorité (c'est-à-dire une personne morale de droit public) est partie au rapport de travail, le droit public est en revanche présumé applicable. Il rappelle toutefois aussi qu'il n'est pas exclu pour les collectivités publiques, à certaines conditions, de soumettre les rapports de travail de certains salariés au droit privé (sur cette question, voir notamment arrêt du [TF 8C 227/2014](#) du 18.02.2015 et [ATF 118 II 213](#)).*

Cette question a une incidence procédurale pour les litiges opposant les collectivités publiques à leurs employés. En effet, en cas de soumission (valable) de leurs rapports de travail au droit privé, la compétence pour traiter de leurs litiges appartient aux tribunaux civils (voir [art. 6 al. 6](#) et [7 LPers](#)) et non pas aux juridictions administratives ; en outre le [CPC](#) est applicable.

La soumission des rapports de travail au droit privé doit être distinguée de l'application du droit privé à titre de droit public supplétif (voir art. 6 al. 2 LPers). Sur les conditions d'application du droit privé à titre de droit public supplétif, voir [ATF 139 I 57](#) et [138 I 232](#) (qui rappellent que le droit de la fonction publique peut s'écarter des standards minimaux du [CO](#) en matière de contrat de travail).

- b) *Cet arrêt, qui est limité à la question de la juridiction compétente, ne traite pas de la discrimination invoquée par le salarié. C'est donc aux tribunaux civils, devant lesquels le salarié est renvoyé à agir, qu'il appartiendra de déterminer si une entité de droit privé chargée de tâches publiques est tenue au respect des droits fondamentaux à l'égard de ses employés, au même titre qu'une entité de droit public (sur cette question, voir commentaire de l'arrêt par Ursula Marti, cité ci-dessous.)*

Commentaires

www.droitdutravail.ch, Jurisprudence, Ursula Marti, (Marti, La qualification des rapports de travail du personnel d'une entité de droit privé exerçant des tâches publiques; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_506/2015, mai 2016

⁴ voir également www.droitdutravail.ch, Newsletter mai 2016

droitdutravailensuisse.com, Ehrenström, Fonction publique: contrat de droit privé ou de droit public? 14.04.2016

B. Durée du travail + Salaire / Arbeitszeit + Lohn

– Heures supplémentaires (art. 321c CO): [TF 4A 73/2016](#) du 11.07.2016

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause X. c. Z. SA

Objet: contrat de travail; heures supplémentaires

(recours en matière civile contre l'arrêt de la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève du 28.12.2015, [CAPH/221/2015](#))

Résumé ⁵

Heures supplémentaires; arbitraire dans la constatation d'un horaire flexible; temps de déplacement depuis le domicile compté comme temps de travail; [art. 9 Cst.](#); [art. 56 CPC](#); [art. 321c CO](#)

Il est arbitraire de retenir qu'un travailleur a un horaire flexible si l'on se fonde sur des témoignages où il n'est dit nulle part que ce travailleur pouvait établir ses horaires comme bon lui semblait (cons. 3.2).

La durée du trajet depuis le domicile du travailleur jusqu'à l'aéroport doit être prise en compte dans les heures supplémentaires en cas de déplacement le week-end, lorsque le travailleur n'est normalement pas tenu de travailler à ce moment-là (cons. 4.2).

Commentaire

www.philnord.ch, Heures supplémentaires: quid d'un employé qui s'organise librement?, 05.09.2017

– Heures supplémentaires (art. 321c CO): [TF 4A 227/2016](#) du 24.10.2016

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause X. c. Z. SA

Objet: contrat de travail, heures supplémentaires

(recours en matière civile contre l'arrêt de l'arrêt du Tribunal cantonal Vaud, Cour d'appel civile, du 19.11.2015, [HC / 2016 / 78](#))

Résumé ⁶

Heures supplémentaires; horaire de travail flexible; [art. 18](#), [321c CO](#)

Rappel de jurisprudence sur la différence entre heures supplémentaires et solde positif accumulé dans le cadre d'un horaire de travail flexible: les parties peuvent convenir que le travailleur, dans un cadre prédéfini, détermine librement la durée de son temps de travail journalier, pourvu qu'à l'issue d'une période de référence, il ait accompli le nombre d'heures contractuellement dues. Généralement, des heures de présence obligatoire (plages «bloquées») doivent être respectées, le travailleur pouvant s'organiser librement le reste du temps. En contrepartie de cette autonomie, le travailleur doit spontanément compenser par un congé le solde de travail excédentaire qu'il a librement accumulé. S'il laisse croître ce solde positif dans une mesure importante, il assume le risque de ne pas pouvoir le compenser en cas de résiliation du contrat, laquelle peut survenir en tout temps. Une indemnisation du travail effectué en plus n'entre en considération que si les besoins de l'entreprise ou des directives de l'employeur empêchent le travailleur de

⁵ Source: www.droitdutravail.ch, Newsletter octobre 2016

⁶ Source: www.droitdutravail.ch, Newsletter décembre 2016

récupérer ses heures en dehors des plages bloquées, à l'intérieur de l'horaire de travail flexible; il ne s'agit alors plus de solde positif dans l'horaire flexible, mais de véritables heures supplémentaires (cons. 4.2).

Le travailleur mis au bénéfice d'un tel horaire de travail doit en principe compenser dans un délai raisonnable les heures qu'il a effectuées en supplément par un congé (cons. 4.3).

Selon les prévisions contractuelles des parties, il ressort que le temps de travail théorique était de 156 heures par mois et que seules les heures supplémentaires le dépassant d'au moins 10 heures étaient compensées par un supplément de 25% (cons. 4.4).

Compte tenu de ces éléments, le travailleur pouvait se prévaloir, uniquement pour 2008, d'un reliquat de 27,6 heures, soit – en tenant compte du supplément – un total de 34,5 heures. Or, il n'a pas été établi que les besoins de l'employeuse ou des directives de celle-ci auraient empêché le salarié de compenser ces 34,5 heures par du temps libre entre 2009 et 2012 (cons. 4.4 et 5).

Commentaire

www.droitdutravail.ch, Stéphanie Fuld, Différence entre heures supplémentaires et solde positif accumulé dans le cadre d'un horaire de travail flexible; Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral, 4A_227/2016, décembre 2016

– Modification de la rémunération (simulation partielle) + atteinte aux droits de la personnalité (art. 328 CO): [TF 4A 90/2016](#) du 25.08.2016

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A. SA c. B.

Objet: contrat de travail, simulation partielle

(recours en matière civile contre l'arrêt de l'arrêt du Tribunal cantonal Vaud,

Cour d'appel civile, du 09.10.2015, [HC / 2015 / 924](#))

Résumé ⁷

Procédure; salaires; protection de la personnalité; prescription; dissimulation; modification de la rémunération; atteinte à l'honneur; [art. 28a CC](#), [art. 6](#), [18](#), [41](#), [49](#), [322 CO](#)

Bien qu'elle relève du droit matériel, la prescription doit être soulevée selon les formes et au stade prévus par la procédure. En l'espèce, c'est au droit cantonal vaudois (qui était encore applicable à cette procédure) qu'il appartient de fixer le moment du procès où cette exception peut être soulevée (cons. 2.1.3).

Du moment qu'il est établi en fait que le salaire indiqué dans le contrat de travail écrit ne correspondait pas à la volonté réelle des parties, que celles-ci étaient bien plutôt convenues de rémunérer le travailleur sous la forme de commissions sur les affaires amenées par celui-ci, que l'accord avait notamment pour but de tromper les autorités fiscales, la Cour cantonale a pu admettre, sans violer le droit fédéral, que les parties avaient réciproquement et d'une manière concordante manifesté la volonté de dissimuler leur accord véritable derrière un acte apparent destiné à induire en erreur (cons. 3.5).

Le mécanisme de l'accord sur une réduction tacite du salaire suppose que l'employeur annonce préalablement au travailleur qu'il entend dorénavant modifier le contrat dans un sens qui lui est défavorable (cons. 6.3).

Un ex-employeur a fait état auprès d'un nouvel employeur de suspicion d'actes délictueux infondés. Il a ainsi fait subir à son ex-travailleur une grave atteinte à sa

⁷ Source: www.droitdutravail.ch, Newsletter octobre 2016

personnalité, qu'aucun intérêt public prépondérant ne pouvait justifier. L'atteinte, illicite et fautive, à la personnalité du travailleur est la cause naturelle et adéquate du dommage qu'il a subi, lequel s'est concrétisé par son incapacité à retrouver un emploi salarié, le comportement de l'ex-employeur ayant ruiné la réputation professionnelle du travailleur auprès du milieu bancaire et de son ancienne clientèle. La Cour cantonale en a conclu à juste titre que la banque a engagé sa responsabilité délictuelle envers le demandeur (cons. 9.2).

Dès lors que l'employeur ne prétend pas que le rapport de l'expert judiciaire qui a calculé la perte de gain du travailleur ne serait pas complet, pas clair ou contradictoire, autrement dit, dès lors qu'il ne critique aucunement les bases du raisonnement de cet expert, lequel a d'ailleurs bel et bien reconnu que le travailleur disposait d'une capacité de gain résiduelle à la suite de son licenciement par son nouvel employeur, les montants admis par l'expert doivent être retenus pour établir le dommage du travailleur (cons. 10.3).

La Cour cantonale a admis à juste titre une réparation morale au regard de l'atteinte particulièrement grave, d'un point de vue objectif, dont a été victime le travailleur, et de la souffrance morale avérée d'un homme qui a passé brutalement d'un statut social de très haut niveau à la ruine de sa réputation professionnelle ayant provoqué une incapacité durable de retrouver un emploi dans le milieu bancaire (cons. 11.2). Le montant de 10'000 francs octroyé à ce titre est confirmé par le Tribunal fédéral (cons. 11.4).

– **Participation aux résultats (art. 322a CO), procédure:**

[TF 4A_390/2016](#) du 25.08.2016

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A. SA c. B.

Objet: contrat de travail; ordonnance de preuves

(recours en matière civile et recours constitutionnel subsidiaire contre l'arrêt de la Cour civile [(autorité de recours en matière civile)] du Tribunal cantonal Neuchâtel, du le 19.05.2016, [ARMC.2016.20](#))

Voir sous H. Procédure / Prozess, page 32

C. Excursus / Exkurs: Bonus

– **Qualifikation. Bonus bei sehr hohem Einkommen: [BGE 141 III 407](#)**

Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A.A. Group SA et B.A. SA c. B.

Objet: bonus, gratification ou élément du salaire, critère de l'accessoriété, notion de très haut revenu

[BGer 4A_653/2014](#) du 11.08.2015

(recours en matière civile contre l'arrêt du Tribunal cantonal Vaud, Cour d'appel civile, du 28.07.2014, [HC / 2014 / 738](#))

Übersetzung

Pra 105/2016 Nr. 38 (samt amtlich nicht publizierten Erwägungen 1 - 3)

Thema

Bonus als Gratifikation bei sehr hohem Einkommen. Erstmalige Quantifizierung des Kriteriums des sehr hohen Einkommens durch Abstellen auf Medianlohn.

Regeste

[Art. 322](#) und [Art. 322d OR](#); sehr hohes Einkommen; Qualifikation eines Bonus als Gratifikation oder Lohnbestandteil?

Erreicht oder übersteigt das gesamte Einkommen des Arbeitnehmers das Fünffache des Schweizer Medianlohns (Privatwirtschaft), ist es als sehr hoch zu qualifizieren, womit der Bonus eine Gratifikation darstellt, die vom Willen des Arbeitgebers abhängt (E. 4-7).

[Art. 322](#) et [322d CO](#); très haut revenu; qualification d'un bonus comme gratification ou élément du salaire?

Lorsque la rémunération totale de l'employé équivaut ou dépasse cinq fois le salaire médian suisse (secteur privé), son revenu doit être qualifié de très haut, de sorte que son bonus est une gratification, laquelle demeure au bon vouloir de l'employeur (consid. 4-7)

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter octobre 2015 (résumé)

Tatsächliches

Managing Director im Senior Management mit CHF 2'050'000 Gesamteinkommen im Jahr 2008, wovon CHF 300'000 auf den Fixlohn, CHF 988'281 auf den in bar ausgerichteten Bonus und der Rest auf sog. Incentive Share Units entfielen. Kündigung des Arbeitsvertrags durch Arbeitnehmer auf Mitte 2009. Verweigerung eines rund CHF 212'000 übersteigenden Bonus durch die Arbeitgeberin. Abweisung der Klage über gut 2.7 Mio Franken durch das Bundesgericht.

Fünffacher Medianlohn für 2009 gemäss Statistik 2008 und Hochrechnung durch Bundesgericht bei CHF 354'000 (12 x CHF 5'900 x 5), davon die Hälfte (CHF 177'000 für 6 Monate) als Referenzgrösse für einen sehr hohen Lohn bei effektiven Einkünften von 2009 von CHF 373'071 (CHF 150'000 + 212'071).

Besprechungen

www.swissblawg.ch, Roland Bachmann, 4A_653/2014: Bonus als Gratifikation bei sehr hohem Einkommen (amtl. Publ.), 04.09.2015

www.droitdutravail.ch, Aurélien Witzig, La notion de «très hauts revenus» précisée par la jurisprudence; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_653/2014, octobre 2015

www.swlegal.ch, Vincent Carron + Aurélien Witzig, Arbeitsrecht, Variable Vergütungen: Willkommene Präzisierungen, Newsletter Schellenberg Wittmer Oktober 2015

www.swlegal.ch, Vincent Carron + Aurélien Witzig, Droit du travail, Rémunérations variables: des précisions bienvenues, Newsletter Schellenberg Wittmer, octobre 2015

Link auf Statistik

Bundesamt für Statistik, dort unter > Statistiken finden > Arbeit und Erwerb > Löhne, Erwerbseinkommen und Arbeitskosten > Lohnniveau – Schweiz – [Privater und öffentlicher Sektor](#), dort Tabelle <Privater Sektor>:

Monatlicher Bruttolohn (Zentralwert = Median) von CHF 6'198 für 2014 bzw. CHF 6'235 für 2016

– Qualifikation. Bonus bei sehr hohem Einkommen (Bestätigung):

[TF 4A 251/2015 et 4A 253/2015](#) du 06.01.2016

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A c. B. SA resp. B. AG c. A.
Objet: contrat de travail; résiliation immédiate

(recours en matière civile contre l'arrêt de la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève du 26.03.2015, [CAPH/54/2015](#))

Siehe den gleichen Entscheid unter F. Excursus : résiliation immédiate / Exkurs: Fristlose Auflösung, Seite 17

Thema

Bonus eines wegen Geldwäscherei fristlos entlassenen Bankers

Regeste, nichtamtliche

Bestätigung der Rechtsprechung von [BGE 141 III 407](#)

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter mars 2016 (résumé partiel)

Tatsächliches

Die Bonusforderung scheitert bereits bei der ersten Instanz und wird auch vom Bundesgericht abgelehnt.

– Qualifikation. Bestimmung des sehr hohen Einkommens: [BGE 142 III 381](#)

Auszug aus dem Entscheid der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. AG c. B.

[BGer 4A 565/2015](#) vom 14.04.2016

Gegenstand: Arbeitsvertrag; Bonus

(Beschwerde in Zivilsachen gegen das Urteil des Obergerichts Zürich,

I. Zivilkammer, vom 16.09.2015, [LA150013](#))

Thema

Bestimmung des sehr hohen Einkommens aufgrund aller Einkünfte im Zeitpunkt ihrer Realisierung, unabhängig von Zeitperiode, für die sie bestimmt waren.

Regeste

[Art. 322](#) und [322d OR](#); Qualifikation einer Sondervergütung (Bonus).

Kriterien, nach denen sich bemisst, ob eine Sondervergütung (Bonus) als Gratifikation i.S. von Art. 322d OR oder als Lohnbestandteil i.S. von Art. 322 OR zu qualifizieren ist (E. 2.1 und 2.2); Feststellung der tatsächlichen Bezüge aus Arbeitsvertrag während der massgebenden Zeitspanne zwecks Beurteilung der Frage, ob das Fünffache des Schweizer Medianlohns überstiegen wird (E. 2.3-2.7).

[Art. 322](#) et [322d CO](#); qualification d'une rétribution spéciale (bonus).

Critères permettant de déterminer si une rétribution spéciale (bonus) doit être qualifiée de gratification au sens de l'art. 322d CO ou d'élément de salaire au sens de l'art. 322 CO (consid. 2.1 et 2.2); constatation de la rémunération effectivement perçue en vertu du contrat de travail pendant la période déterminante pour résoudre la question de savoir si le quintuple du salaire médian suisse est dépassé (consid. 2.3-2.7).

Zusammenfassungen

www.droitdutravail.ch, Newsletter juin 2016 (résumé)

Praxis 2016 Heft 7, Aktuelle Leitentscheide, auch online unter www.legalis.ch

(kostenpflichtig)

Tatsächliches

Abweisung der Bonus-Klage eines Senior-Private Bankers über CHF 318'050 durch das Zürcher Arbeitsgericht. Gutheissung durch Obergericht im Umfang von ca. CHF 128'500. Abweisung der Klage durch das Bundesgericht auf

Beschwerde der Arbeitgeberin hin. Abstellen auf Einnahmen im letzten Vertragsjahr von CHF 483'700 bei einem fünffachen Medianlohn von CHF 367'725.

Besprechungen

www.swissblawg.ch, Roland Bachmann, 4A_565/2015: Bonus als Gratifikation bei sehr hohem Einkommen, 11.05.2016

www.droitdutravail.ch, Aurélien Witzig, La détermination de la rémunération pertinente pour l'atteinte du seuil des très hauts revenus ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_565/2015, juin 2016

– **Bestimmung des sehr hohen Einkommens: [BGE 142 III 456](#)**

Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause X c. Z. AG,

Objet: Contrat de travail, interprétation, bonus

[BGer 4A_557/2015](#) vom 22.06.2016

(recours contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 28.08.2015, [CAPH/146/2015](#))

Übersetzung

Pra 106/2017 Nr. 102 (samt amtlich nicht publizierten Erwägungen 2 + 4 sowie 5)

Thema

Schwellenwert für das Vorliegen eines sehr hohen Einkommens, ausnahmsweise nicht nach dem betreffenden Jahr, sondern über einen längeren Zeitraum bestimmt

Regeste

[Art. 322](#) und [322d OR](#); Bonus (Bank), sehr hohes Einkommen; tatsächliches Entgelt des Arbeitnehmers.

Bei der Bestimmung des "sehr hohen Einkommens" ist auf das tatsächliche Entgelt des Arbeitnehmers abzustellen, das für das Einkommen repräsentativ ist, das er regelmässig erzielt hat. Im Allgemeinen wird das während des Jahres erzielte Einkommen massgebend sein, ausnahmsweise das während der streitigen Zeitperiode (hier 17 Monate) erlangte (E. 3).

[Art. 322](#) et [322d CO](#); bonus (banque), très haut revenu; rémunération effective de l'employé.

Dans la détermination du "très haut revenu", il s'impose de tenir compte de la rémunération effective de l'employé qui est représentative des revenus qu'il a régulièrement perçus. En règle générale, il s'agira des revenus perçus durant l'année, exceptionnellement de ceux acquis durant la période litigieuse (en l'occurrence, une période de 17 mois) (consid. 3).

Zusammenfassungen

www.droitdutravail.ch, Newsletter août 2016 (résumé)

Praxis 2016 Heft 9, Aktuelle Leitentscheide, auch online unter www.legalis.ch (kostenpflichtig)

Tatsächliches

Klage über CHF 2.8 Mio. vor dem Tribunal des prud'hommes im Umfang von gut CHF 1.8 Mio. geschützt, vom Cours de Justice auf gut CHF 200'000 reduziert. Abweisung der Beschwerde des Arbeitnehmers. Gesamteinkommen im Jahr 2011 von ca. CHF 765'000 und im Jahr 2015 CHF 125'000 (Fixum bis zum Austritt Ende Mai). Addition beider Beträge für Ermittlung des Schwellenwerts durch das Bundesgericht

Besprechungen

www.swissblawg.ch, Roland Bachmann, 4A_557/2015: Bonus – Bestimmung des Schwellenwerts für das Vorliegen eines sehr hohen Einkommens, 16.08.2016

www.droitdutravail.ch, Patricia Dietschy-Martinet: Bonus et très haut revenu: du nouveau?; analyse de l'arrêt du TF 4A_557/2015, août 2016

www.lawinside.ch, Tobias Sievert, La requalification d'une gratification en salaire variable en cas de très haut salaire (art. 322d CO), 13.07.2016

– Bestimmung des sehr hohen Einkommens:

[BGer 4A 69/2016](#) vom 17.08.2016

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. AG c. B.B.

Gegenstand: Arbeitsvertrag; Bonus

(Beschwerde in Zivilsachen gegen das Urteil des Obergerichts Zürich, I.

Zivilkammer, vom 15.12.2015, [LA150004](#))

Thema

Anwendung der Rechtsprechung ab [BGE 141 III 407](#) auf konkreten Fall. Gutheissung AG-Beschwerde mangels Abstellen auf das Auszahlungsjahr

Regeste, nichtamtliche

Bestimmung eines sehr hohen Einkommens ausschliesslich nach den im betreffenden Jahr geleisteten Zahlungen, unabhängig vom umstrittenen Bonus für das Austrittsjahr

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter octobre 2016 (résumé)

Tatsächliches

Klage eines Ende August 2008 ausgetretenen Bankmitarbeiters auf CHF 1.02 Mio., je hälftig für den Barbonus und für Ansprüche aus Mitarbeiterbeteiligungsprogramm. Freiwillige Barboni zwischen rund CHF 500'000 bis 765'000 für die Jahre 2005 – 2007, letzterer Anfang 2008 ausbezahlt. Gutheissung durch Obergericht im Umfang von CHF 91'240, d.h. pro rata 8/12 der Differenz zwischen dem Fixlohn von CHF 210'000 und dem fünffachen Medianlohn (CHF 346'080). Bundesgericht weist Klage vollumfänglich ab.

Besprechung

www.swissblawg.ch, Roland Bachmann, 4A_69/2016: Bonus; Ermittlung eines sehr hohen Einkommens, 26.09.2016

– Zusammenfassung der Bonus-Praxis:

[BGer 4A 485/2016](#) et [4A 491/2016](#) du 28.04.2017

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause X. SA c. Z.

Objet contrat de travail, résiliation abusive (art. 336 CO et art. 2 al. 2 CC), qualification du bonus (art. 322 et 322d CO)

(recours en matière civile contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 01.07.2016, [CAPH/126/2016](#))

Thema

Jüngste Zusammenfassung seiner Bonuspraxis durch das Bundesgericht

Regeste, nichtamtliche

Methode zur Qualifikation eines Bonus (E. 4.1 – 4.3).

Bonus bleibt bei sehr hohem Einkommen eine Gratifikation. Konkret Abstellen auf die Einkünfte von 17 Monaten mit proportionaler Aufrechnung des fünffachen Medianlohns. (E. 6)

Tatsächliches

Klage eines Bankkundenbetreuers in leitender Funktion nach Kündigung über rund CHF 1.3 Mio. auf Pönale infolge missbräuchlicher Kündigung, Abgangsschädigung, Bonus 2012 (CHF 399'493), Bonus 2013 (Januar bis Mai, CHF 166'455), Dienstaltersgeschenk und Überlassung von Aktien, wovon das Tribunal des prud'hommes unter anderem CHF 266'778 (Bonus 2012) und CHF 11'157.50 (Bonus 2013) und die zweite Instanz einzig CHF 8'165 als Bonus für die 5 Monate von 2013 guthiessen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde des Arbeitnehmers vollumfänglich ab und heisst jene der Arbeitgeberin gut und weist damit die Klage vollumfänglich ab.

Besprechung

droitdutravailensuisse.com, Philippe Ehrenström, Qualification du bonus: méthode, 07.06.2017

- **Bonus, procédure: [TF 4A 63/2016](#) du 10.10.2016,**
Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A. SA c. B.,
Objet: contrat de travail, bonus; ordonnance de preuves
(recours en matière civile contre l'arrêt de la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève du 17.12.2015, [CAPH/211/2015](#))
voir sous H. Procédure / Prozess, S. 32
- **Bestimmtheit des Rechtsbegehrens bei Bonus-Teilklage: [BGE 142 III 683](#)**
Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. AG c. B.
Gegenstand: Arbeitsvertrag; Teilklage
[BGer 4A 99/2016](#) vom 18.10.2016
(Beschwerde in Zivilsachen gegen das Urteil des Obergerichts Zürich, I. Zivilkammer, vom 11.01.2016 ([LA150011](#)))
siehe zu allem nachstehend unter H. Procédure / Prozess, S. 33
- **Bonus Akzessorietät: [TF 4A 159/2016](#) du 01.12.2016**
Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause X. c. Z. SA
Objet: congé abusif; bonus
(recours contre l'arrêt de la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève du 09.02.2016, [CAPH/28/2016](#))

Thema

Bedingung des Wandels einer freiwilligen Gratifikation zum geschuldeten Lohn. Zugleich Annäherung an das Quantitativ der Akzessorietät.

Regeste, nichtamtliche

Übersteigt der Bonus in 9 Jahren nur 3x in der Folge das fixe Einkommen, gefolgt von einem tieferen Bonus, fehlt die von der Rechtsprechung zur Akzessorietät vorausgesetzte Regelmässigkeit.

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter janvier 2017 (résumé)

Besprechung

www.weblaw.ch, dRSK, Vincent Caron, Congé abusif - Bonus et accessoriété, 28.02.2017 (kostenpflichtig)

D. Fin des rapports de travail / Beendigung des Arbeitsverhältnisses

– Licenciement abusif (art. 336 CO): [TF 4A_694/2015](#) du 04.05.2016

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause X. c. Fondation Z.

Objet: contrat de travail; résiliation

(recours en matière civile contre l'arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal Vaud du 28.08.2015, [HC / 2015 / 910](#))

Résumé ⁸

Congé abusif; protection de la personnalité; conditions pour licencier un employé à la suite d'une dénonciation à son encontre; [art. 328 al. 1](#), [336 al. 1 CO](#)

Un congé ordinaire n'est pas abusif du seul fait qu'en définitive, l'accusation élevée contre l'employé se révèle infondée ou ne peut pas être confirmée; il faut en plus que l'employeur ait accusé le travailleur avec légèreté, sans justification raisonnable; l'employeur doit vérifier les faits dénoncés et permettre au travailleur de se défendre équitablement lorsque son honneur est compromis; les démarches à accomplir par l'employeur se déterminent en fonction des circonstances d'espèce; en l'occurrence, le congé est abusif, l'employeur n'ayant pas procédé à toutes les vérifications qui s'imposaient ni permis à l'employée de se défendre efficacement (c. 2-4).

Commentaire

www.droitdutravail.ch, Christian Bettex, Enquêtes internes, droits du dénoncé; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_694/2015, juin 2016

– Sperrfrist bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit: [BGer 4A_391/2016](#) vom 08.11.2016 (it)

Sentenza dell I Corte di diritto civile I, A. SA c. B.

Oggetto: inabilità al lavoro

(ricorso contro la sentenza dalla II Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino, 16.05.2016, Kurzlink: https://arbrch.ch/IICCATI_12_2015_57V)

Thema

Strittige Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit

Regeste, nichtamtliche

Beweis, dass Arbeitnehmer an anderer Stelle arbeitsfähig war, im konkreten Fall misslungen.

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter février 2017 (résumé)

⁸ Source: www.droitdutravail.ch Newsletter juin 2016

Tatsächliches

Nach der Kündigung vom 30.04.2012 auf den 31.05.2012, wurde ein Tessiner Personalverantwortlicher am 2. April (im 9. Dienstjahr) krank. Nach einer Untersuchung am 18. Mai hielt der Vertrauensarzt der Versicherung eine Arbeitsfähigkeit an einer anderen Stelle ab dem 1. Juli für gegeben. Der Arzt des Arbeitnehmers ging dagegen von einer generellen Arbeitsunfähigkeit über den 31. August bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses aus. Nach Auffassung des Arbeitgebers lief die Kündigungsfrist ab dem 1. Juli weiter und das Arbeitsverhältnis endete am 31.08.2012. Dagegen machte der Arbeitnehmer gestützt auf Art. 336c den Restlohn bis Ende November 2012 geltend.

Alle Instanzen wiesen die Klage ab. Das Bundesgericht beschränkte sich auf die Feststellung, der angefochtene Entscheid sei nicht willkürlich, und unterliess eine Auseinandersetzung mit der Frage der Auswirkung einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit auf die Sperrwirkung gemäss Art. 336c OR, der im Entscheid gar nicht erwähnt wird.

Verweis

Wohl abweichende Praxis in der Westschweiz. Vgl. Entscheid des cour de Justice du Canton de Genève, Chambre des prud'hommes, vom 13.02.2017, [CAPH/24/2017](#), dort E. 2.4.2, S. 12: Die Auffassung der Kläger, das Vertragsverhältnis hätte sich wegen der nur arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit nicht verlängert, verstosse auch gegen die Rechtsprechung des Bundesgerichts, das eine Nichtanwendbarkeit von Art. 336c nur bei unbedeutenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen annehme.

Besprechungen

[www.droitdutravail.ch](#), Werner Gloor, L'incapacité de travail limitée à la place de travail. La relativisation de la protection contre le congé donné en temps inopportun (art. 336b al. 1 let. b CO); analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_391/2016, Newsletter février 2017

[droitdutravailensuisse.com](#), Philippe Ehrenström, Incapacité de travail limitée à la place de travail, 16.02.2017

<https://arbrch.ch/iaz-170607>, Georges Chanson, Beitrag zu BGer 4A_391/2016 im (internen) Nachrichtendienst info.arbeitsrecht.zav der Fachgruppe Arbeitsrecht des Zürcher Anwaltsverbands, überarbeiteter Auszug, 07.06.2017

– Licenciement en temps inopportun (art. 336c CO):

[ATF 143 III 21](#)

Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A. SA et B. Sàrl c. X. Objet: contrat de travail, résiliation en temps inopportun, grossesse (art. 336c al. 1 let. c CO)

[TF 4A 400/2016](#) du 26.01.2017

(recours en matière civile contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 07.06.2016, [CAPH/110/2016](#), et l'arrêt incident du 30.04.2015, [CAPH/70/2015](#) [voir [TF 4A 288/2015](#) du 09.06.2015, refus d'entrer en matière])

Übersetzung

Pra 107/2018 Nr. 16

Regeste

[Art. 336c al. 1 let. c CO](#); point de départ de la grossesse en tant que période de protection contre les congés.

Le début d'une grossesse au sens de l'art. 336c al. 1 let. c CO coïncide avec la fécondation (naturelle) de l'ovule, non avec son implantation (consid. 2).

[Art. 336c Abs. 1 lit. c OR](#); Anfangszeitpunkt der Schwangerschaft als Zeitraum des Kündigungsschutzes.

Der Beginn einer Schwangerschaft im Sinne von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR fällt mit der (natürlichen) Befruchtung der Eizelle zusammen, nicht mit deren Einnistung (E. 2).

Résumé

www.droitdutravail.ch, Newsletter mars 2017

Commentaires

www.droitdutravail.ch, Stéphanie Perrenoud, Protection contre le licenciement en temps inopportun en cas de maternité – début de la grossesse; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_400/2016, mars 2017

www.lawinside.ch, Alberto Tolou, Le point de départ de la protection contre les licenciements durant la grossesse (art. 336c al. 1 let. c CO), 25.02.2017

www.swissblawg.ch, Roland Bachmann, 4A_400/2016: Zeitlicher Kündigungsschutz; Beginn der Schwangerschaft (amtl. Publ.), 15.02.2017

– Convention de résiliation – conditions de validité (art. 341 CO):

[TF 4A 364/2016](#) du 31.10.2016

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause X. c. Fondation Z.

Objet: contrat de travail; résiliation

(recours en matière civile contre l'arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal Vaud du 28.08.2015, [HC / 2015 / 910](#))

Résumé ⁹

Fin des rapports de travail; convention de résiliation; nullité; interprétation; [art. 20](#), [337c](#), [341 CO](#)

Lorsque l'employeur et le travailleur mettent fin à leurs rapports contractuels avec effet immédiat, par une convention, qui se révèle par la suite nulle, il faut se demander si l'employeur aurait résilié le contrat de manière ordinaire ou avec effet immédiat dans l'hypothèse où l'accord de résiliation n'eût pas été conclu. Suivant la réponse apportée à cette question, le travailleur pourra soit faire valoir une prétention de salaire jusqu'à la fin du délai de résiliation ordinaire, soit réclamer des dommages-intérêts et une indemnité fondés sur l'art. 337c al. 1 et 3 CO; c'est au travailleur qui soutient que son employeur l'aurait licencié avec effet immédiat en pareille hypothèse d'en apporter la preuve (cons. 5.2.1).

En l'espèce, les éléments mis en avant par le travailleur ne démontrent nullement que l'employeur, dans l'hypothèse où l'accord de résiliation n'aurait pas été conclu, aurait résilié le contrat avec effet immédiat; ces éléments sont tout aussi bien compatibles avec une résiliation ordinaire du contrat, assortie d'une libération de l'obligation de travailler durant le délai de congé et d'une autorisation d'exercer une activité indépendante pendant le préavis (cons. 5.3.2).

Le travailleur ne peut pas invoquer la nullité partielle d'une convention de résiliation du contrat de travail dans l'hypothèse où l'employeur, respectivement toute personne raisonnable placée dans la même situation, s'il avait envisagé la nullité

⁹ Source: www.droitdutravail.ch, Newsletter janvier 2017

de la convention de résiliation quant à l'accord sur la résiliation immédiate du contrat de travail, n'aurait pas accepté de conclure uniquement un accord par lequel il renonçait au profit du travailleur à percevoir des commissions pour un montant total de plusieurs centaines de milliers de francs (cons. 4).

Commentaires

droitdutravailensuisse.com, Philippe Ehrenström, FAQ no 76 : qu'est-ce qu'une résiliation conventionnelle des rapports de travail?, 06.12.2016

notesjuridiquessuisses.wordpress.com, Jean-Tristan Michel, L'accord de résiliation: quelles conditions?, 22.12.2016

– Convention de résiliation – obligation de fidélité (art. 321a CO): **TF 4A 297/2016 du 17.11.2016**

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause X. c. Fondation Z.

Objet: contrat de travail; résiliation

(recours en matière civile contre l'arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal Vaud du 28.08.2015, [HC / 2015 / 910](#))

Résumé ¹⁰

Obligation de fidélité; convention de fin des rapports de travail; interprétation; [art. 18, 321a CO](#)

En raison de son obligation de fidélité, le travailleur doit sauvegarder les intérêts légitimes de son employeur (art. 321a al. 1 CO) et, par conséquent, s'abstenir de tout ce qui peut lui porter préjudice économiquement. Il ne doit pas faire concurrence à l'employeur pendant la durée du contrat (art. 321a al. 3 CO). L'obligation de fidélité complète l'obligation de travailler en ce sens qu'elle confère au travail un but: la défense des intérêts de l'employeur. Le devoir de fidélité, sous son aspect positif, comprend un devoir d'information et de renseignements à la charge du travailleur, qui l'astreint notamment à avertir l'employeur d'éventuels dommages imminents, de perturbations dans l'exécution du travail et d'autres irrégularités ou abus. Le travailleur libéré de l'obligation de travailler reste tenu d'observer son devoir de fidélité envers son employeur. Le respect du devoir de fidélité est apprécié avec une rigueur accrue pour les cadres supérieurs (cons. 4.3.1).

En ne prévenant pas son employeur que certains de ses collaborateurs consacraient une partie de leurs heures de travail à créer des machines pour leur propre compte, ce qui constituait une violation flagrante de leur obligation de fidélité, le travailleur a lui-même violé son devoir de fidélité (cons. 4.3.2).

Dans un cas où les parties ont conclu une convention prévoyant notamment que l'employeur paierait, durant les 26 mois du délai de congé non travaillé, une très haute rémunération (dépassant en tout 3 millions de francs), le travailleur devait raisonnablement comprendre que le mécanisme – prévu par la même convention – de non-imputation des revenus qu'il percevrait durant le délai de congé en tant qu'administrateur dans des sociétés tierces était subordonné au respect de son devoir de fidélité. Dès lors, la violation du devoir de fidélité devait avoir juridiquement les effets d'une condition résolutoire (cf. art. 154 CO), dont la survenance mettait fin à ce principe de non-imputation. De plus, l'interprétation objective de la convention conduit à admettre que les parties ont prévu que l'imputation des re-

venus perçus auprès de tiers s'appliquerait dès la réalisation de la condition résolutoire, laquelle déploierait un effet rétroactif au jour de la conclusion de l'avenant (cons. 4.2).

Commentaires

droitdutravailensuisse.com, Philippe Ehrenström, Devoir de fidélité du cadre supérieur: exemple, 19.12.2016

www.suterhowald.ch, André Bloch, Mauro Loosli und Sonja Stark-Traber, Rechtsprechung zum Arbeitsrecht, Verletzung der Treuepflicht durch unterlassene Information während Freistellung, Newsletter Mai 2017

weblaw.ch, dRSK, Vincent Carron, Convention de résiliation avec renonciation à l'imputation des revenus réalisés durant la période de résiliation, 28.02.2017 (payant)

E. Excursus : résiliation immédiate / Exkurs: Fristlose Auflösung

– Fristlose Entlassung nach Entwendung: [TF 4A 228/2015](#) vom 29.09.2015

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause Fondation X. c. Z.

Objet: contrat de travail; licenciement immédiat

(recours en matière civile contre l'arrêt de la Cour de justice Genève, Chambre des prud'hommes, du 05.03.2015, [CAPH/41/2015](#))

Thema

Fristlose Entlassung. Entwendung einer Weinflasche durch langjährigen Mitarbeitenden

Regeste, nichtamtliche

Auch ein geringfügiger Diebstahl ist geeignet, das Vertrauensverhältnis zu zerstören, was eine fristlose Entlassung rechtfertigen kann.

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter novembre 2015 (résumé)

Tatsächliches

Fristlose Entlassung des Mitarbeiters mit 11 Dienstjahren in einem Betriebsrestaurant, nachdem Arbeitgeber ihn beim Weggehen mit einer entwendeten, in seiner Tasche gut erkennbaren Weinflasche aus dem Betrieb überrascht hat.

Besprechung

www.swissblawg.ch, Roland Bachmann, 4A_228/2015: Fristlose Entlassung auch bei geringfügigem Diebstahl gerechtfertigt, 02.12.2015

Medienbericht

[Tages-Anzeiger online](#), Andrea Fischer, Auch Bagatelldelikte können Angestellte sofort den Job kosten, 17.04.2016

– Fristlose Entlassung nach Stempeln-Manipulation: [BGer 4A 395/2015](#) vom 02.11.2015

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. c. B. AG

Gegenstand: Arbeitsvertrag; fristlose Entlassung

(Beschwerde in Zivilsachen gegen das Urteil des Obergerichts Zug, I. Zivilabteilung, vom 16.06.2015¹¹)

Thema

Vertrauensbruch durch Stempelmanipulation im Arbeitsverhältnis. Fristlose Entlassung. Behandlung eines positiven Gleitzeitsaldos.

Regeste, nichtamtliche

Stempeluhrmanipulation als schwerwiegender Verstoss gegen die Treuepflicht des Arbeitnehmers. Fristlose Entlassung mangels relativierender Umstände (z.B. Unzulänglichkeiten des Erfassungssystems) gerechtfertigt.

Verantwortung des Arbeitnehmers, bei Gleitzeit fristgerecht für den Ausgleich von Mehrzeit zu sorgen, so dass ein Saldo innert der ordentlichen Kündigungsfrist abgebaut werden kann. Keine Streichung des Saldos bei fristloser Auflösung.

Tatsächliches

Arbeitnehmerin verliess Arbeitsplatz erwiesenermassen dreimal zwischen 16 und 17 Uhr und liess durch Kollegin ausstempeln bzw. kam zum Ausstempeln in den Betrieb zurück. Fristlose Entlassung nach knapp 10 Dienstmonaten.

Besprechung

www.swissblawg.ch, Roland Bachmann, 4A_395/2015: Gerechtfertigte fristlose Entlassung wegen manipulierter Arbeitszeiterfassung, 18.12.2015

Medienbericht

Andrea Fischer, Auch Bagatelldelikte können Angestellte sofort den Job kosten, Tages-Anzeiger online, 17.04.2016

– Reaktionszeit bei fristloser Entlassung:

[TF 4A 251/2015 / 4A 253/2015](#) du 06.01.2016

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A. c. B. AG / B. AG c. A.

Objet: contrat de travail; résiliation immédiate

(recours en matière civile contre l'arrêt de la Cour de justice Genève, Chambre des prud'hommes, du 26.03.2015 [CAPH/54/2015](#))

Thema

Reaktionszeit bei fristloser Entlassung. Bonus

Regeste, nichtamtliche

Eine fristlose Entlassung ist umgehend zu erklären. Im Prinzip genügt eine Reaktionsfrist von zwei bis drei Arbeitstagen. Besondere Umstände, wie weitere Abklärungen zur Erhärtung eines Verdachts, lassen ein längeres Zuwarten zu.

Bereits Zweifel können eine fristlose Entlassung begründen. Erweisen sie sich später als unbegründet, hat der Arbeitgeber die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen.

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter mars 2016 (résumé partiel)

¹¹ unter www.zg.ch, Gerichts- und Verwaltungspraxis GVP, nicht publiziert

Tatsächliches

Verdächtigung eines Angestellten der HBSC, CHF 12 Mio. Drogengelder gewaschen zu haben. Fristlose Entlassung 35 Tage nach seiner Verhaftung, d.h. im Zeitpunkt der Verlängerung der Untersuchungshaft. Bundesgericht weist eine von den Genfer Gerichten geschützte Klage auf Lohnnachzahlung ab. Die Bonusforderung scheidet bereits bei der ersten Instanz und wird auch vom Bundesgericht abgelehnt.

Besprechungen

www.swissblawg.ch, Roland Bachmann, 4A_251/2015, 4A_253/2015: Reaktionszeit für eine fristlose Kündigung; Bonus bei sehr hohem Einkommen, 01.03.2016

www.droitdutravail.ch, Werner Gloor, Licenciement immédiat. Un délai de péremption à géométrie variable; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_251/2015, mars 2016

– **Fristlose Entlassung (Verdachtskündigung): [TF 4A 419/2015](#) du 19.02.2016**

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A. SA c. B.

Objet: contrat de travail; résiliation immédiate

(recours en matière civile contre l'arrêt de la Cour de justice Genève, Chambre des prud'hommes, du 29.06.2015, [CAPH/110/2015](#))

Thema

Verdachtskündigung aufgrund Angaben eines Mitarbeitenden, ohne den fristlos Gekündigten vorher mit den Vorwürfen zu konfrontieren.

Regeste, nichtamtliche

Der blosse Verdacht von groben Fehlern oder Vertragsverletzungen kann nur ausnahmsweise eine fristlose Verdachtskündigung ohne Warnung rechtfertigen, wenn es nach den Umständen unmöglich (z.B. bei unwiderruflich zerstörtem Vertrauen) scheint, den Vertrag noch weiterzuführen, selbst wenn sich der Verdacht später nicht bestätigt. Andernfalls muss der Arbeitgeber alles tun, was von ihm zur Verifizierung eines Verdachts erwartet werden kann.

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter avril 2016

Tatsächliches

Fristlose Entlassung eines kaufmännischen Angestellten einer auf dem Flughafen Genf tätigen Logistikfirma, weil er trotz ausdrücklichem Fotografierverbot einen Arbeitskollegen gebeten haben soll, für ihn in einem Lager mit explosivem Gefahrgut zu fotografieren, was nicht genügend bewiesen war.

– **Ungerechtfertigte fristlose Entlassung mangels Abklärungen:**

[BGer 4A 702/2015](#) vom 20.05.2016

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. AG c. B.

Gegenstand: Arbeitsvertrag; fristlose Entlassung

(Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts Bern, Zivilabteilung, 1. Zivilkammer, vom 16.11.2015¹²)

Thema

Fristlose Entlassung trotz Verwarnung mangels Nachfragen des Arbeitgebers ungerechtfertigt

Regeste, nichtamtliche

Die Arbeitgeberin hätte angesichts der gesamten Umstände nachfragen müssen, weshalb der Arbeitnehmer trotz Aufforderung nicht am Firmensitz erschien, und nicht direkt fristlos entlassen dürfen.

Tatsächliches

Ordentliche Kündigung des Arbeitsvertrags eines Servicetechnikers durch die Arbeitgeberin am 20.09.2013 auf 31.12.2013. Seit einiger Zeit Unzufriedenheit mit den Leistungen und Vorwurf, zu spät mit der Arbeit zu beginnen und die wöchentliche Arbeitszeit nicht einzuhalten. Verwarnung.

Aus dem Sachverhalt:

A.c. Am 25. Oktober 2013, Freitagnachmittag, führte der Arbeitnehmer einen Serviceauftrag nicht aus, nachdem er von seiner Ehefrau erfahren hatte, dass ihm die Arbeitgeberin wegen Minus-Stunden den Oktober-Lohn gekürzt hatte. Die Arbeitgeberin sandte ihm darauf eine schriftliche Verwarnung zu. Am darauf folgenden Montag leistete er der Aufforderung der Arbeitgeberin, sich zu einem Gespräch einzufinden, keine Folge. Er begründete dies mit einem Arzttermin und stellte ein Arzzeugnis in Aussicht. Die Arbeitgeberin erklärte darauf mit E-Mail die fristlose Kündigung.

Besprechung

www.swissblawg.ch, Roland Bachmann, 4A_702/2015: Fristlose Entlassung; Obliegenheit des Arbeitgebers, bei Unklarheiten nachzufragen, 19.08.2016

– **Fristlose Entlassung nach Urkundenfälschung:**

[TF 4A 515/2015](#) du 21.06.2016

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause X. c. Z.

Objet: contrat de travail; licenciement immédiat pour justes motifs

(recours en matière civile contre l'arrêt du Tribunal cantonal Vaud, Cour d'appel civile, du 18.08.2015, [HC / 2015 / 621](#))

Thema

Unregelmässigkeiten beim Ausstellen einer Quittung und Fälschung einer Lohnbestätigung durch einen Kadermitarbeiter

Regeste, nichtamtliche

Wer als Vorgesetzter zu seinem Vorteil ein Dokument fälscht und seinen Untergebenen noch davon erzählt, beweist fehlende Ehrlichkeit und zerstört das Vertrauen seiner Arbeitgeberin nachhaltig, was seine fristlose Entlassung rechtfertigt.

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter août 2016

Tatsächliches

Ein für das Sammeln und den Verkauf gebrauchter Möbel verantwortlicher Mitarbeiter einer sozialen Institution, dem Mitarbeitende unterstellt sind, erstellt zu Händen eines potentiellen Vermieters eine Lohnbestätigung der Arbeitgeberin mit zu hohem Lohn, obwohl ihm diese verweigert wurde. Seine Untergebenen, denen er davon erzählt hat, informieren die Arbeitgeberin, welche ihn fristlos entlässt.

Besprechung

droitdutravailensuisse.com, Philippe Ehrenström, Licenciement immédiat: confection d'un faux, 21.07.2016

– Fristlose Entlassung wegen Weisungsverstoss: **TF 4A 659/2015 du 28.06.2016**

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause X. c. Fondation Z.

Objet: contrat de travail; licenciement immédiat

(recours en matière civile contre l'arrêt du Tribunal cantonal Valais, Cour civile II, du 02.11.2015¹³)

Thema

Fristlose Entlassung wegen Verstoss gegen Weisungen in einem Pflegeheim

Regeste, nichtamtliche

Fristlose Entlassung einer Pflegerin, die sich nicht an die Weisungen beim Auftreten von gesundheitlichen Problemen während der Nacht hält, ist gerechtfertigt, unabhängig davon, ob die Missachtung der Weisung für den Tod der Pflegeheim-Pensionärin kausal war.

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter août 2016 (résumé)

Tatsächliches

Pflegerin in einem Pflegeheim (établissement médico-social, EMS) unterlässt im Nachtdienst die Information der Pikett-Krankenschwester trotz entsprechender Weisung und sich verschlechternder gesundheitlicher Probleme einer 89-Jährigen, die am frühen Morgen verstirbt. Fristlose Entlassung gerechtfertigt.

Besprechung

weblaw.ch, dRSK, Olivier Subilia, Licenciement immédiat pour violation d'une directive en EMS, 27.10.2016 (kostenpflichtig)

– Fristlose Entlassung wegen Beschimpfung: **BGer 4A 56/2016 vom 30.06.2016**

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. AG c. B.

Gegenstand: Arbeitsvertrag; fristlose Entlassung

(Beschwerde in Zivilsachen gegen den Entscheid des Obergerichts Thurgau vom 12.11.2015¹⁴)

Thema

Fristlose Entlassung des Arbeitnehmers aufgrund einer Beschimpfung

Regeste, nichtamtliche

Eine mit einer Verwarnung geahndete Beschimpfung genügt für eine fristlose Entlassung nicht, unabhängig davon, ob sich der Arbeitnehmer nicht entschuldigt haben soll, was unbewiesen bleibt, oder sich bei Übergabe der Abmahnung unkooperativ verhalten hätte.

¹³ unter <https://apps.vs.ch/le> nicht publiziert

¹⁴ unter <http://ogbuch.tg.ch> nicht publiziert

Auszahlung eines noch bestehenden Feriensaldos, wenn dem Arbeitnehmer nicht ausreichend Zeit (in der Regel mehr als zwei oder drei Monate) zum Bezug bleibt. Konkret keine Umstände, die einen Verzicht auf eine Strafentschädigung nach Art. nach [Art. 337c Abs. 3 OR](#) rechtfertigen.

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter août 2016 (résumé)

Tatsächliches

Arbeitnehmer nennt seinen Vorgesetzten ein A.... Umstritten, ob er sich dafür entschuldigt. Übergabe einer Abmahnung der Arbeitgeberin im Rahmen eines Gesprächs, das der Arbeitnehmer verlässt und auch erklärt, er sehe keine Zukunft mehr für das Arbeitsverhältnis. Arbeitgeberin begründet die anderntags ausgesprochene fristlose Entlassung mit der Beschimpfung und im Prozess nachträglich mit unkooperativem Verhalten. Bezirksgericht spricht Lohnersatz, Nachzahlung des Feriensaldos und eine Pönale von einem Monatslohn zu.

– Fristlose Entlassung, Nachschieben von Gründen: [BGE 142 III 579](#)

Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 11.08.2016 i.S. A. AG c. B.

Gegenstand: Arbeitsvertrag; fristlose Entlassung

[BGer 4A 109/2016](#) vom 11.08.2016

(Beschwerde in Zivilsachen gegen den Entscheid des Obergerichts Thurgau vom 15.12.2015¹⁵)

Thema

Nachschieben von Gründen für fristlose Entlassung

Regeste, amtliche

[Art. 337 OR](#); fristlose Auflösung des Arbeitsvertrags.

Ein Kündigungsgrund kann nachgeschoben werden, auch wenn er nicht ähnlich oder von gleicher Art ist wie der in der Kündigung genannte (E. 4.2 und 4.3).

[Art. 337 CO](#); *résiliation immédiate du contrat de travail.*

Un motif de congé peut être ajouté après coup même s'il n'est pas similaire ni de même nature que celui indiqué pour justifier la résiliation (consid. 4.2 et 4.3).

Regeste, nichtamtliche

Als wichtiger Grund kommt nur ein Ereignis in Frage, das sich vor der fristlosen Kündigung abgespielt hat. Nachträglich kann sich der Kündigende darauf aber nur berufen, wenn ihm dieser Umstand im Zeitpunkt der Kündigung weder bekannt war noch bekannt sein konnte (E. 4.3, nicht amtlich publiziert). Andernfalls kann die fristlose Auflösung nicht damit begründet werden.

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter septembre 2016

Tatsächliches

Fristlose Entlassung in gekündigtem Arbeitsverhältnis aufgrund eines Mails des Mitarbeitenden an einen Geschäftspartner, in dem der Vater des Verwaltungspräsidenten der Arbeitgeberin negativ dargestellt wurde. Mit der Klageantwort

nachgeschobene Begründung, der Arbeitnehmer habe eine Festplatte des Verwaltungspräsidenten entwendet und kopiert, was schon vorher Thema, aber in der Kündigungsbegründung nicht erwähnt war. Vor Bundesgericht erfolglose Beschwerde der Arbeitgeberin gegen die Verpflichtung, Lohnersatz zu zahlen.

Besprechungen

www.swissblawg.ch, Roland Bachmann, 4A_109/2016: Nachschieben von Kündigungsgründen bei fristloser Entlassung, 03.09.2016

www.droitdutravail.ch, Aurélien Witzig, L'ajout de motifs en cas de licenciement immédiat; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_109/2016, septembre 2016

– Fristlose Entlassung im öffentlichen Dienst (Willkür-Kognition):

BGer 8C 329/2016 vom 02.09.2016

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. Z. c. Bezirk X

Gegenstand: Öffentliches Personalrecht

(Beschwerde in Zivilsachen gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts Schwyz vom 30.03.2016¹⁶)

Thema

Prozess. Überprüfung der Anwendung von Art. 337 OR im Fall eines öffentlich-rechtlich angestellten Reallehrers

Regeste, nichtamtliche

Rechtsgrundlage des Arbeitsverhältnisses ist das kantonale öffentliche Personalrecht, wozu auch der gestützt auf das massgebende kantonale Recht subsidiär anwendbare [Art. 337 OR](#) zählt. Das Bundesgericht hat deshalb nur eine beschränkte Kognition, die sich vorliegend auf eine Überprüfung von willkürlicher Anwendung von kantonalem Recht ([Art. 9 BV](#)) reduziert.

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter octobre 2016 (résumé)

Tatsächliches

Fristlose Entlassung eines Reallehrers nach Problemen mit Schülern und nach Konfrontationen mit dem Rektor (Strafanzeige + Verweigerung eines Gesprächs in dessen Anwesenheit).

– Keine fristlose Entlassung wegen Entgegennahme einer Zahlung:

BGer 4A 169/2016 vom 12.09.2016

= [BGE 142 III 626](#) (amtliche Publikation auf Verrechnungseinrede beschränkt)

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. c. B.

Gegenstand: Arbeitsvertrag; Verrechnungserklärung im Prozess

(Beschwerde in Zivilsachen gegen den Entscheid des Kantonsgerichts Basellandschaft, Abteilung Zivilrecht, vom 15.12.2015¹⁷)

Thema

Ungerechtfertigte fristlose Entlassung nach Entgegennahme einer Zahlung. Zulassung der Verrechnungseinrede des Arbeitgebers.

¹⁶ unter www.sz.ch/entscheide nicht publiziert

¹⁷ unter www.baselland.ch nicht publiziert

Regeste, amtlich

Verrechnungserklärung im Prozess.

Die Rechtshängigkeit eines Anspruchs steht der Geltendmachung des gleichen Anspruchs durch Verrechnungseinrede in einem anderen Verfahren nicht entgegen (E. 8.4).

Déclaration de compensation dans le procès.

Une partie peut faire valoir une créance par l'exception de compensation même si ladite créance fait l'objet d'une action dans un autre procès (consid. 8.4).

Regeste, nicht amtlich

Die Entgegennahme der Hälfte einer Zahlung des Arbeitgebers an einen Dritten durch den Arbeitnehmer lässt sich nach den konkreten Umständen und dem für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhalt nicht als "rechtswidrig" qualifizieren und reicht nicht als Grund für eine fristlose Entlassung.

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter octobre 2016 (résumé)

Tatsächliches

Als Geschäftsführer einer Einzelfirma begleitete der Arbeitnehmer ein komplexes Bau-Projekt mit mehreren Beteiligten, wofür der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer als Extraprovision CHF 77'000 und einem dieser Beteiligten knapp CHF 155'000 zahlte, wovon dieser die Hälfte (CHF 76'954) an den Arbeitnehmer weitergab und die andere Hälfte dem Arbeitgeber später wieder retournierte. Das Arbeitsverhältnis wurde infolge Umstrukturierung vom Arbeitgeber ordentlich gekündigt und mit dem Vorwurf der ungetreuen Geschäftsführung (durch Entgegennahme dieser CHF 76'954) rund ein halbes Jahr nach Abwicklung dieser Zahlungen fristlos aufgelöst.

Die 1. und 2. Instanz hielten die fristlose Kündigung für nicht gerechtfertigt, sprachen aber keine Strafschädigung zu. Das Bundesgericht bestätigt, unter anderem, weil es gewisse Noven nicht berücksichtigen konnte.

Bereits mit der Klageantwort hatte der Arbeitgeber eventualiter diese CHF 76'954 zur Verrechnung gestellt und die gleiche Summe später adhäsionsweise im Strafverfahren geltend gemacht. Das Bundesgericht weist die Sache an die Vorinstanz zurück, weil die Rechtshängigkeit dieser Forderung im Strafverfahren der – nicht behandelten – Verrechnungseinrede im Zivilverfahren nicht entgegensteht.

Besprechung

www.swissblawg.ch, Roland Bachmann, 4A_169/2016: Verrechnungserklärung im Prozess, 10.10.2016

– **Fristlose Entlassung u.a. wegen Unpünktlichkeit:**

[BGer 4A_288/2016](#) vom 26.09.2016

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. c. B.

Gegenstand: Arbeitsvertrag; fristlose Kündigung

(Beschwerde in Zivilsachen gegen den Entscheid des Obergerichts Aargau, Zivilgericht, 1. Kammer, vom 08.03.2016.¹⁸)

Thema

Fristlose Entlassung eines bereits verwarnten Mitarbeiters wegen vorzeitigem Verlassen des Arbeitsplatzes

Regeste, nichtamtliche

Die Summe von Unzulänglichkeiten bei der Arbeitstätigkeit reicht im konkreten Fall für eine fristlose Entlassung aus, nachdem eine Verwarnung vorangegangen ist.

Eine Abmahnung wegen unpünktlichem Erscheinen am Arbeitsplatz schliesst auch das vorzeitige Verlassen ein.

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter janvier 2017 (résumé)

Tatsächliches

Verwarnung eines Fahrzeugwarts in einer Garage unter anderem wegen Verhalten, Unzuverlässigkeit und Unpünktlichkeit mit Androhung der fristlosen Entlassung im Mai 2012. Fristlose Entlassung im Januar 2014, nachdem Arbeitgeber Kenntnis von vorzeitigem Verlassen der Arbeitsstelle am Abend erfahren hatte und wegen weiteren Vorwürfen, die sich nicht erhärteten.

– **Keine fristlose Entlassung wegen Auftritt der Ex-Freundin:**

[TF 4A 153/2016](#) du 27.09.2016

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A. SA c. B.

Objet: contrat de travail; licenciement pour justes motifs

(recours en matière civile contre l'arrêt du Tribunal cantonal

Neuchâtel du 05.02.2016, [CACIV.2015.81](#))

Thema

Fristlose Entlassung eines Bankangestellten, weil er seine Ex-Freundin in interne Räume der Bank führte.

Regeste, nichtamtliche

Trotz vorangehender einschlägiger Verwarnung wegen privater Situation keine fristlose Entlassung eines Bankangestellten, der seine Ex-Freundin in einem internen Raum beruhigt.

Pönale von 3 Monatslöhnen aufgrund alle Umstände und auch des Dienstalters (13 Dienstjahre) angemessen.

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter novembre 2016 (résumé)

Tatsächliches

Ex-Freundin des Arbeitnehmers, der 17 Monate vorher wegen privaten Telefonen und Mitnahme von Dritten in interne Räume verwarnt worden war, tauchte in der Schalterhalle auf und war sehr aufgebracht. Nachdem er seine Vorgesetzte herbeigerufen hatte, diese aber nicht erschienen ist, nahm er die Ex-Freundin zur Beruhigung in das interne Konferenzzimmer mit. Die Bank hat ihn deswegen fristlos entlassen.

Besprechung

www.swissblawg.ch, Roland Bachmann, 4A_153/2016: Ungerechtfertigte fristlose Entlassung trotz Verwarnung, 20.11.2016

– **Keine fristlose Entlassung wegen Schlägerei: [TF 4A 161/2016](#) du 13.12.2016**

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause X. c. Z. SA

Objet: licenciement immédiat injustifié

(recours en matière civile contre l'arrêt du Tribunal cantonal Vaud, Cour d'appel civile, du 28.10.2015, [HC / 2016 / 115](#))

Thema

Fristlose Entlassung nach Streit mit Arbeitskollegen

Regeste, nichtamtliche

Fristlose Entlassung im konkreten Fall nicht gerechtfertigt, weil unbewiesen ist, dass der bei einem Streit Verletzte den beteiligten Arbeitskollegen auch geschlagen hat.

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter février 2017 (résumé)

Tatsächliches

Allrounder in einer Altpapierfirma wird bei einer Auseinandersetzung von einem Arbeitskollegen umgeworfen und geschlagen und ist eine Zeitlang arbeitsunfähig. Beide werden gleichentags fristlos entlassen.

Besprechung

CJN Weblaw, Stéphanie Fuld, Licenciement immédiat injustifié, altercation entre employés, 17.02.2017, Direktlink: www.bianchischwald.ch

– **Fristlose Entlassung wegen Konkurrenzierung:**

[TF 4A 559/2016](#) du 18.01.2017

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause X. c. Z. SA

Objet: contrat de travail, licenciement immédiat

(recours en matière civile contre l'arrêt du Tribunal cantonal Vaud, Cour d'appel civile, du 03.08.2016: [HC / 2016 / 766](#))

Thema

Fristlose Entlassung eines Arbeitnehmers wegen Konkurrenzierung im laufenden Arbeitsverhältnis

Regeste, nichtamtliche

Das illoyale Verhalten des Arbeitnehmers durch Konkurrenzierung ist derart gravierend, dass die Weiterführung des bereits gekündigten Arbeitsverhältnisses unzumutbar wird.

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter mars 2017

Tatsächliches

Senior Projekt-Manager errichtet bereits im 3. Monat nach Beginn seines Arbeitsverhältnisses eine Konkurrenzfirma, welche die Arbeitgeberin konkurrenziert, und wird nach deren zufälliger Entdeckung fristlos entlassen.

Medienbericht

www.ktipp.ch, Karl Kümin, Neue Gerichtsurteile: Zu Recht fristlos entlassen, 22.03.2017

– **Verspätete fristlose Entlassung durch Suspendierung:**

TF 4A 372/2016 du 02.02.2017

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause X. c. Royaume de Z.
Objet: contrat de travail; qualification de la suspension provisoire immédiate de travail et de salaire; résiliation pour justes motifs tardive (art. 337 al. 1 CO) et conséquences pécuniaires (art. 337c CO)
(recours contre l'arrêt du Cour de justice Genève, Chambre des prud'hommes, du 03.05.2016, [CAPH/80/2016](#))

Thema

Suspendierung ohne Lohn mit Wirkung einer fristlosen Entlassung

Regeste, nichtamtliche

Beurteilung nach schweizerischem Recht und nicht dem Disziplinarrecht des Königreichs aufgrund der Rechtswahl im Arbeitsvertrag.

Die Freistellung von der Arbeit unter Verweigerung des Lohns ist im schweizerischen Arbeitsrecht nicht vorgesehen. Sie entspricht ohne Zustimmung des Arbeitnehmers einer fristlosen Entlassung.

Die rund 4 Monate nach Verfehlungen ausgesprochene Suspendierung gilt als verspätete fristlose Kündigung.

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter avril 2017

Tatsächliches

Suspendierung einer Konsulatsangestellten wegen nicht angemessenem Handeln in zwei Fällen bei der Ausstellung von Pässen mit gleichzeitiger Verweigerung der Lohnzahlung und viel späterer fristloser Entlassung. Bereits die Freistellung ohne Lohnzahlung wird vom Bundesgericht als – verspätete – fristlose Entlassung qualifiziert.

Besprechungen

droitdutravailensuisse.com, Philippe Ehrenström, Suspension du travailleur sans salaire, 15.03.2017

www.droitdutravail.ch, Mercedes Novier, Suspension provisoire de travail sans salaire: fin du c.t de travail ? Qualification en droit privé suisse; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_372/2016, avril 2017

– **Fristlose Entlassung wegen mangelndem Respekt:**

TF 4D 79/2016 du 23.03.2017

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause X. SA c. Z.
Objet: contrat de travail; résiliation immédiate
(recours en matière civile contre l'arrêt du Cour de justice Genève, Chambre des prud'hommes, du 03.10.2016, [CAPH/176/2016](#))

Thema

Fristlose Entlassung nach Auseinandersetzung mit dem Vorgesetzten.

Regeste, nichtamtliche

Eine Auseinandersetzung mit dem Vorgesetzten mit Beschimpfungen und Drohungen nach verspäteter Rückkehr aus den Ferien rechtfertigt typischerweise die fristlose Kündigung ohne Vorwarnung.

Zusammenfassung

droitdutravail.ch, Newsletter mai 2017

Tatsächliches

Ordentliche Kündigung eines Buschauffeurs der Transports Publics Genevois im Sommer 2011 nach zwei Verwarnungen im Februar 2010 und Januar 2011, die zur Gewährung einer zweiten Chance zurückgenommen wird. Fristlose Kündigung Mitte Januar 2014 nach einer Auseinandersetzung mit Beschimpfungen des Vorgesetzten ("t'es un gros con", "t'es un pédé") und verhinderten Handgreiflichkeiten, anlässlich eines Gespräches wegen verspäteter Rückkehr aus den Ferien. Teilweise Gutheissung der Klage wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung durch das Tribunal des prud'hommes, bestätigt durch die 2. Instanz, auch im Umfang einer zwischen den Parteien vereinbarten Summe von CHF 2'000.

Aufhebung des Entscheids durch das Bundesgericht im Rahmen einer subsidiären Verfassungsbeschwerde wegen willkürlicher Anwendung von Art. 337 OR. Die Arbeitgeberin ist lediglich zur Zahlung der vereinbarten CHF 2'000 verpflichtet..

– Rechtzeitige fristlose Auflösung durch Arbeitnehmer: [BGE 143 III 290](#)

Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. AG. c. 1. B. + 2. C. Gegenstand: Forderung aus Arbeitsvertrag

[BGer 4A 662/2016](#) vom 11.05.2017

(Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts Zürich, I. Zivilkammer, vom 21.09.2006 und das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 10.10.2016)¹⁹

Thema

Fristlose Auflösung durch 2 Arbeitnehmer aufgrund drohender Vertragsverletzung

Regeste

[Art. 75 BGG](#); Eintretensvoraussetzungen; Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs.

Ausnahmefall der Anfechtung eines obergerichtlichen Rückweisungsentscheids durch direkte Beschwerde gegen den nachfolgenden erstinstanzlichen Endentscheid, wenn ein erneutes kantonales Rechtsmittel von vornherein nutzlos wäre (E. 1.1-1.7)

[Art. 75 LTF](#); conditions de recevabilité; épuisement des instances cantonales.

Possibilité exceptionnelle de contester une décision de renvoi émanant d'un tribunal supérieur par un recours direct contre la décision finale consécutive du juge de première instance, lorsqu'un nouveau recours cantonal serait d'emblée inutile (consid. 1.1-1.7).

ergänzende Regeste, nichtamtlich

Vorgesehene Änderung der vertraglich zugesicherten Anstellungsbedingungen im Rahmen einer Reorganisation in casu eine "krasse" Vertragsverletzung, die zur fristlosen Auflösung durch Arbeitnehmer berechtigt.

Fristlose Kündigung am Tag vor dem Verwaltungsrats-Entscheid über die gut zwei Monate später inkrafttretende Reorganisation war nicht verspätet.

¹⁹ auf www.gerichte-zh.ch, dort <Entscheide> und in den Entscheiden des Arbeitsgerichts Zürich 2016 nicht publiziert

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter juillet 2017 (résumé)

Tatsächliches

Zwei Arbeitnehmende waren als Handelsreisende und Geschäftsleitungsmitglieder ihrer eigenen AG angestellt. Mit dem Verkauf aller Aktien an eine Drittfirma wurden unter deren Mitwirkung neue Arbeitsverträge abgeschlossen, laut denen die beiden als Verwaltungsräte, Mitglieder der Geschäftsleitung sowie als Handelsreisende tätig waren. Mit einer vorgesehenen Fusion waren für sie keine Organfunktionen mehr vorgesehen.

Besprechung

swissblawg.ch, Roland Bachmann, 4A_662/2016: Ausnahme vom Prinzip der double instance; gerechtfertigte fristlose Kündigung durch Arbeitnehmer, 06.06.2017

www.droitdutravail.ch, Aurélien Witzig, Démission avec effet immédiat : le moment de l'annonce ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_662/2016, juillet 2017

F. Prohibition de concurrence / Konkurrenzverbot

– Kein Wegfall Konkurrenzverbot: [BGer 4A 680/2015](#) vom 01.07.2016

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung in Sachen A. c. B. AG

Gegenstand: Konkurrenzverbot; Konventionalstrafe

(Beschwerde in Zivilsachen gegen den Entscheid des Obergerichts Aargau, Zivilgericht, 1. Kammer, vom 20.10.2015²⁰)

Thema

Unwirksame Berufung auf den Wegfall des Konkurrenzverbots

Regeste, nichtamtliche

Wenn die Parteien eine Kündigung durch den Arbeitnehmer nur wegen der Arbeitslosenkasse simuliert haben, aber eigentlich eine Auflösungsvereinbarung treffen, kann sich Arbeitnehmer nicht mit Erfolg darauf berufen, das Konkurrenzverbot sei nach [OR 340c II](#) weggefallen.

Bei einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses findet [OR 340c II](#) keine Anwendung.

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter août 2016 (résumé)

Tatsächliches

Kündigung des Arbeitsvertrags eines Personalberaters mit Konkurrenzverbot (mit Konventionalstrafe) durch die Arbeitgeberin mit Festhalten am Bestand des Verbots, vom Arbeitnehmer "gelesen + akzeptiert". Spätere Aufnahme einer konkurrierenden Tätigkeit. Erfolgreiche Geltendmachung durch Arbeitgeberin, ihre Kündigung sei simuliert und die Parteien hätten in Tat und Wahrheit einen Auflösungsvertrag abgeschlossen. Arbeitnehmer beruft sich im Prozess erfolglos auf diese Kündigung als Beendigungsgrund.

Medienbericht

www.ktipp.ch, Ernst Meierhofer, Neue Gerichtsurteile: Vermittler muss Strafe zahlen, K-Tipp 14/2016 vom 07.09.2016

G. Droit collectif du travail / Kollektives Arbeitsrecht

– Herausgabe von Unterlagen an tripartite Kommission: [BGE 143 II 102](#)

Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung c. X. AG sowie Volkswirtschaftsdirektion und Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich, Gegenstand: Einreichung von Arbeitsverträgen, Lohnunterlagen und Arbeitszeit [BGer 2C 625/2016](#) vom 12.12.2016

(Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 18.05.2016, [VB.2016.00109](#))

Thema

Recht der tripartiten Kommission auf Auskunft und Einsichtnahme in alle Dokumente.

Regeste

[Art. 360a](#) und [360b OR](#); [Art. 1](#) und [7 EntsG](#); [Art. 11](#) und [16c EntsV](#); *Personenfreizügigkeit, flankierende Massnahmen gegen Lohndumping, Auskunftsrecht der tripartiten Kommissionen.*

Rechtliche Grundlagen und Zweck der so genannten flankierenden Massnahmen (E. 2.1 und 2.2); Funktion und Aufgaben der tripartiten Kommissionen, insbesondere Recht auf Auskunft und Einsichtnahme in Dokumente gemäss Art. 360b Abs. 5 OR (E. 2.3 und 2.4). Werden die Entstehungsgeschichte, die systematische Einordnung der Norm und die entsprechende Bestimmung von Art. 7 Abs. 2 EntsG miteinbezogen, führt die Auslegung von Art. 360b Abs. 5 OR zum Ergebnis, dass eine Verpflichtung der kontrollierten Unternehmen besteht, den tripartiten Kommissionen alle notwendigen Unterlagen, die für die Durchführung der Untersuchung notwendig sind, herauszugeben bzw. zuzustellen (E. 3).

[Art. 360a](#) et [360b CO](#); [art. 1](#) et [7 LDét](#); [art. 11](#) et [16c Odét](#); *libre circulation des personnes, mesures d'accompagnement contre le dumping salarial, droit de renseignement des commissions tripartites.*

Bases légales et but des mesures d'accompagnement (consid. 2.1 et 2.2); fonction et tâches des commissions tripartites, en particulier le droit d'obtenir des renseignements et de consulter des documents conformément à l'art. 360b al. 5 CO (consid. 2.3 et 2.4). Il ressort tant des travaux préparatoires, de la systématique de la loi que de la règle spécifique prévue à l'art. 7 al. 2 LDét que l'art. 360b al. 5 CO doit être interprété en ce sens que l'entreprise contrôlée est tenue de mettre à disposition, respectivement transmettre aux commissions tripartites tous les documents nécessaires à l'exécution de l'enquête (consid. 3).

Zusammenfassungen

www.bger.ch, Arbeitgeber müssen Lohndumping-Kontrollorganen Unterlagen herausgeben, Medienmitteilung vom 29.12.2016

www.droitdutravail.ch, Newsletter janvier 2017 (résumé)

Tatsächliches

Arbeitskontrollstelle für den Kt. Zürich forderte nach einer Baustellenkontrolle vom Arbeitgeber erfolglos verschiedene Unterlagen betr. Lohn- und Arbeitsbedingungen. Aufforderung des kantonalen Amtes für Wirtschaft und Arbeit (AWA) mit anschliessende Androhung der Strafanzeige wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen, bestätigt durch die kantonale Volkswirtschaftsdirektion, vom Verwaltungsgericht des Kt. Zürich aufgehoben. Dagegen führt das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) beim Bundesgericht mit Erfolg Beschwerde

Besprechung

www.swissblawq.ch, Roland Bachmann, 2C_625/2016: Pflicht zur Herausgabe von Arbeitsverträgen, Lohnabrechnungen und Arbeitszeitrapporten; Untersuchungsbefugnisse der tripartiten Kommissionen, 29.12.2016

Medienbericht

www.nzz.ch, Corsin Zander, Verdacht auf Lohndumping, Arbeitgeber müssen Unterlagen herausgeben, 29.12.2016

H. Procédure / Prozess

– Datenherausgabe als nicht vermögensrechtliche Streitigkeit: [BGE 142 III 145](#)

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. gegen Bank B. AG

Gegenstand: Unterlassungsklage, vereinfachtes Verfahren

[BGer 4A_328/2015](#) vom 10.02.2016

(Beschwerde in Zivilsachen gegen das Urteil des Obergerichts Zürich, I. Zivilkammer, vom 19.05.2015, [LA150007](#))

Thema

Herausgabe persönlicher Daten Bankmitarbeiter an US-DOJ als nicht vermögensrechtliche Streitigkeit

Regeste

[Art. 243 ZPO](#); [Art. 91 Abs. 2 ZPO](#); vereinfachtes Verfahren, vermögensrechtlicher Natur einer Streitigkeit.

Nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten aus Bereichen, die in Art. 243 Abs. 2 ZPO unerwähnt bleiben, sind grundsätzlich im ordentlichen Verfahren zu behandeln (E. 4). Keine direkte oder analoge Anwendung von Art. 91 Abs. 2 ZPO für die Beurteilung, ob eine Streitigkeit vermögensrechtlich ist oder nicht (E. 5). Die Klagen von ehemaligen Bankmitarbeitern auf Nichtherausgabe der sie betreffenden Daten an ausländische Justizbehörden sind in der Regel nichtvermögensrechtlicher Natur (E. 6)

[Art. 243 CPC](#); [art. 91 al. 2 CPC](#); *procédure simplifiée, nature pécuniaire d'un litige. Les litiges de nature non pécuniaire qui ne sont pas mentionnés à l'art. 243 al. 2 CPC doivent en principe être traités en procédure ordinaire (consid. 4). L'art. 91 al. 2 CPC n'est pas applicable, ni directement ni par analogie, pour déterminer si un litige est ou non de nature pécuniaire (consid. 5). Sont en règle générale de nature non pécuniaire les actions d'anciens employés de banques tendant à faire interdire la remise, à des autorités judiciaires étrangères, des données les concernant (consid. 6).*

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter mars 2016 (résumé)

Tatsächliches

Klage einer Bankmitarbeiterin beim Arbeitsgericht Zürich, Einzelgericht, es sei ihrer ehemaligen Arbeitgeberin unter Strafandrohung zu verbieten, dem U.S. Department of Justice oder einer anderen Behörde der USA "in irgendeiner Weise direkt oder indirekt die Klägerin identifizierende, bezeichnende oder betreffende Dokumente oder Informationen, namentlich über Art und Umfang der bei der Beklagten ausgeübten Tätigkeiten, der bekleideten Positionen oder der betreuten Kundenbeziehungen, zu übermitteln, herauszugeben oder sonstwie direkt oder indirekt zugänglich zu machen.

Das Arbeitsgericht tritt auf die Klage mangels sachlicher Zuständigkeit nicht ein, was vom Obergericht und vom Bundesgericht geschützt wird. Abweisung der Beschwerde in Zivilsachen mit dem Antrag, es sei das Verfahren statt mit Nichteintreten durch Überweisung an das Kollegialgericht zu erledigen. Keine Anfechtung der obergerichtlichen Kostenaufgabe.

Besprechungen

www.swissblawg.ch, David Vasella, 4A_328/2015: Streitigkeiten über Datenlieferungen an das DOJ sind nicht vermögensrechtlicher Natur, 03.03.2016

www.droitdutravail.ch, François Bohnet, Nature patrimoniale ou non patrimoniale d'un litige ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_328/2015, mars 2016

www.lawinside.ch, Célian Hirsch, La nature patrimoniale de la transmission d'informations au DoJ américain, 07.03.2017

– **Kostenfreiheit nicht vermögensrechtlicher arbeitsrechtlicher Streitigkeiten: BGer 4A 332/2015 vom 10.02.2016**

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. gegen Bank B. AG
Gegenstand: Nichteintreten wegen sachlicher Unzuständigkeit, Gerichtskosten (Beschwerde in Zivilsachen gegen das Urteil des Obergerichts Zürich, I. Zivilkammer, vom 28.05.2015, [LA150005](#))

Thema

Entscheid über Verfahrenskosten (Kostenfreiheit). Gleiches Thema wie BGE 142 III 145 (= BGer 4A_328/2015, vorstehend S. 30)

Regeste, nichtamtliche

Eine Überweisung von Einzelrichter ans Kollegialgericht bei fehlender sachlicher Zuständigkeit (von Amts wegen) ist in der ZPO nicht vorgesehen. Nicht vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Streitigkeiten sind analog [ZPO 114 lit. c](#) kostenfrei.

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter mars 2016

Tatsächliches

Analoger Sachverhalt wie bei BGer 4A_328/2015 (vorstehend S. 30). Anfechtung der Kostenaufgabe des Obergerichts. Dazu E. 6.1: Für den Fall, dass das angefochtene Urteil in der Sache (Nichteintreten) geschützt werden sollte, beanstandet der Beschwerdeführer schliesslich den Kostenentscheid des Obergerichts. Er meint, wenn ihm schon unterstellt werde, "er habe nur im vereinfachten Verfahren klagen wollen und einen vermögensrechtlichen Anspruch geltend gemacht", dann

müsse aber konsequenterweise auch berücksichtigt werden, dass ein solcher Anspruch nach Art. 114 lit. c ZPO kostenlos zu beurteilen sei. Damit hätten ihm keine Gerichtskosten auferlegt werden dürfen. Über diese Rüge hinausgehender Entscheidung des Bundesgerichts, dass nicht vermögensrechtliche Arbeitsstreitigkeiten generell kostenfrei sind, wo die beiden Zivilkammern des Zürcher Obergericht zum Teil unterschiedlich entschieden hatten. Gutheissung der Beschwerde (einzig) im Kostenpunkt.

Besprechung

www.swissblawg.ch, Roland Bachmann, 4A_332/2015: Keine Überweisung von Amtes wegen; Kostenlosigkeit für arbeitsrechtliche Streitigkeiten nicht vermögensrechtlicher Natur, 13.04.2016

– **Participation aux résultats (art. 322a CO), procédure:**
[TF 4A 390/2016](#) du 25.08.2016

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A. SA c. B.

Objet: contrat de travail; ordonnance de preuves

(recours en matière civile et recours constitutionnel subsidiaire contre l'arrêt de la Cour civile [(autorité de recours en matière civile)] du Tribunal cantonal Neuchâtel du 19.05.2016, [ARMC.2016.20](#))

Résumé ²¹

Salaires, procédure; participation au résultat; droit aux renseignements; [art. 322a CO](#); [art. 156 CPC](#); recours immédiat au Tribunal fédéral contre une décision incidente ; art. 92 s LTF

Lorsqu'un recourant soutient que les mesures d'administration des preuves ordonnées par le juge portent atteinte à un prétendu secret d'affaires, il y a un risque de préjudice irréparable. Le recours immédiat au Tribunal fédéral est donc ouvert (cons. 1.1)

Lorsqu'une participation au résultat est convenue, le travailleur dispose d'un droit aux renseignements et d'un droit de regard dans les livres comptables de l'employeur. Ce droit de nature matérielle peut être mis en œuvre dans une procédure indépendante ou dans une action échelonnée (cons. 2.3.1).

Une autorité cantonale ne verse pas dans l'arbitraire lorsqu'elle nie un intérêt prépondérant de l'employeuse à conserver des données secrètes, alors qu'il lui suffit de communiquer deux données brutes dont la révélation n'apparaît pas susceptible de causer un préjudice, et qu'elle ne conteste pas avoir convenu d'un mode de rémunération impliquant d'autoriser l'accès à ses livres comptables (cons. 2.5).

Commentaire

droitdutravailensuisse.com, Philippe Ehrenström, Participation aux résultats: droit aux renseignements et droit de regard de l'employé, 23.02.2017

– **Bonus, procédure: [TF 4A 63/2016](#) du 10.10.2016**

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A. SA c. B.,

Objet: contrat de travail, bonus; ordonnance de preuves

(recours en matière civile contre l'arrêt de la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève du 17.12.2015, [CAPH/211/2015](#))

²¹ Source: www.droitdutravail.ch Newsletter mars 2017

Résumé ²²

Prima facie, un recours immédiat au Tribunal fédéral fondé sur [l'art. 93 LTF](#) semble pouvoir être interjeté même lorsque le risque de préjudice irréparable menace des tiers et non le recourant lui-même (cons. 1.2).

En l'espèce, un employé a intenté une action en paiement non chiffrée en faisant valoir qu'il lui manquait diverses pièces permettant de déterminer précisément le bonus auquel il prétend sur la base d'une convention. Dès lors que les conditions d'une action non chiffrée sont réalisées, l'administration des preuves telles que la demande de production de fiches de salaire et de calcul des bonus est licite (cons. 2.3).

Une demande de production de certificats de salaire et de lettres attestant le montant du bonus et sa méthode de calcul se justifie même à l'égard d'employés non membres de l'équipe de l'employé requérant, dans la mesure où il s'agit de mieux comprendre la manière dont les bonus sont calculés au sein de l'entreprise (cons. 3.2).

Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'application de [l'art. 125 CPC](#) (cons. 4.2).

[L'art. 322a al. 2 CO](#) oblige l'employeur à laisser le travailleur consulter ses livres de comptabilité dans la mesure nécessaire. L'employeur doit certes protéger et respecter la personnalité des travailleurs ([art. 328 CO](#)), mais cette obligation ne fait pas obstacle à la divulgation des revenus de ces derniers; l'employeur ne peut pas refuser de fournir ces données dans le cadre d'une procédure judiciaire entre employeur et travailleur, dans la mesure où le revenu des autres travailleurs au service de l'employeur est pertinent pour le jugement à rendre. La consultation de la comptabilité, garantie par [l'art. 322a CO](#) au travailleur partie à la procédure, implique d'ailleurs la divulgation de ces informations. En l'occurrence, les documents requis sont nécessaires pour fixer le montant dû à l'employée à titre de participation aux bénéfices. Point n'est besoin de déterminer si les documents litigieux sont «protégés par la loi» au sens de [l'art. 163 al. 2 CPC](#). En effet, si tel devait être le cas, il faudrait de toute façon admettre, à l'instar de la Cour de justice, un intérêt prépondérant du demandeur à la manifestation de la vérité (cons. 5.3 et 5.4)

Commentaire

www.droitdutravail.ch, Aurélien Witzig, L'obligation de production de l'employeur et la protection des données des travailleurs; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_63/2016, janvier 2017

– Bestimmtheit des Rechtsbegehrens bei Bonus-Teilklage: [BGE 142 III 683](#)

Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. AG c. B.

[BGer 4A_99/2016](#) vom 18.10.2016

Gegenstand: Arbeitsvertrag; Teilklage

(Beschwerde in Zivilsachen gegen das Urteil des Obergerichts Zürich,

I. Zivilkammer, vom 11.01.2016, [LA150011-O](#))

Thema

Nichteintreten auf Klage mangels genügend bestimmten Rechtsbegehren. Fehlen von Angaben, für welches Jahr und dann in welchem Umfang der Bonus im Rahmen einer Teilklage gefordert wurde.

Regeste

[Art. 86 und 90 ZPO](#); Teilklage, objektive Klagenhäufung, Bestimmtheit des Rechtsbegehrens.

Die Kombination von Teilklage und objektiver Klagenhäufung ist eine Frage des genügend bestimmten Rechtsbegehrens, nicht der Substanziierung (E. 4).

Genügende Bestimmtheit des Rechtsbegehrens, wenn mehrere Ansprüche in einer Teilklage gehäuft werden, ohne dass dabei angegeben wird, in welcher Reihenfolge und/oder in welchem Umfang sie geltend gemacht werden (E. 5)?

[Art. 86 et 90 CPC](#); action partielle, cumul objectif d'actions, détermination des conclusions.

La combinaison d'une action partielle et d'un cumul objectif d'actions est une problématique afférente à la formulation de conclusions suffisamment déterminées, non à la motivation de celles-ci (consid. 4).

Les conclusions sont-elles suffisamment déterminées quand plusieurs prétentions sont cumulées dans une action partielle sans qu'il soit précisé dans quel ordre et/ou quelle étendue elles sont invoquées (consid. 5)?

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter décembre 2016 (résumé)

Besprechung / Commentaires

www.swissblawg.ch, Roland Bachmann, 4A_99/2016: Unzulässige Teilklage betreffend Bonus; alternative objektive Klagenhäufung, 01.11.2016

www.lawinside.ch, Julien Francey, L'action partielle en cas de plusieurs prétentions divisibles et le cumul d'actions, 19.11.2016

I. Autres domaines / Weitere Gebiete

– Créance de l'employeur en restitution de cotisations LPP non prélevées sur le salaire; prescription: [ATF 142 V 118](#)

Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit social dans la cause La Confédération Suisse (Groupement Défense) c. A.

Objet: Prévoyance professionnelle

[TF 9C 720/2015](#) du 26.02.2016

(recours en matière de droit public contre le jugement du Tribunal cantonal Vaud, Cour des assurances sociales (CASSO), du 12.08.2015, [Jug / 2015 / 321](#))

Übersetzung

Pra 105/2016 Nr. 104

Regeste

[Art. 41 al. 2](#) et [art. 66 al. 3 LPP](#); créance de l'employeur en restitution de cotisations non prélevées sur le salaire; prescription.

La créance de l'employeur à l'encontre du salarié en restitution de cotisations de la prévoyance professionnelle non prélevées sur le salaire est fondée sur l'art. 66 al. 3 LPP (consid. 5). Elle est soumise au délai de prescription de cinq ans prévu par l'art. 41 al. 2 LPP (consid. 6).

[Art. 41 Abs. 2](#) und [Art. 66 Abs. 3 BVG](#); Nachforderung von Beiträgen, die nicht vom Lohn abgezogen worden sind, durch den Arbeitgeber; Verjährung.

Die Nachforderung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer über Beiträge der beruflichen Vorsorge, die nicht vom Lohn abgezogen worden sind, beruht auf

Art. 66 Abs. 3 BVG (E. 5). Sie untersteht der fünfjährigen Verjährungsfrist nach Art. 41 Abs. 2 BVG (E. 6).

Résumé ²³

Un litige portant sur le droit de l'employeur (en l'espèce un employeur de droit public) d'obtenir du travailleur le remboursement de cotisations de prévoyance que les dispositions réglementaires mettent à la charge du salarié est fondé sur le droit de la prévoyance professionnelle (art. 66 al. 2 et 3 LPP) et relève des autorités juridictionnelles prévues à l'art. 73 LPP. Le contentieux doit donc être porté devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière de droit public de ce chef (l'art. 85 al. 1 let. b LTF relatif aux contestations pécuniaires en matière de rapports de travail de droit public n'est ainsi pas pertinent dans un tel cas) (cons. 1.1)

La prétention de l'employeur en remboursement des cotisations non déduites du salaire fondée sur l'art. 66 al. 3 LPP est soumise au délai de prescription de cinq ans prévu à l'art. 41 al. 2 LPP, et non pas aux délais de prescription applicables en matière d'enrichissement illégitime (art. 67 CO), ni au délai de dix ans applicable en matière contractuelle (art. 127 CO) (c. 4 à 6).

Ce délai de cinq ans débute à la fin du mois pour lequel la cotisation aurait dû être versée, sauf si le règlement de prévoyance prévoit un autre mode de paiement, par exemple tous les deux mois ou par trimestre (c. 7).

Remarques complémentaires

Cet arrêt a été rendu dans un cas où les rapports de travail relevaient du droit public. A la lecture de l'arrêt, il apparaît que la solution de cet arrêt aurait été identique si les rapports de travail avaient relevé du droit privé (y compris quant aux tribunaux compétents et aux voies de recours au Tribunal fédéral). En pratique, cela signifierait donc qu'un litige en la matière, qui oppose pourtant un employeur (de droit privé) et un travailleur, serait soustrait aux tribunaux civils au profit des tribunaux compétents en matière de prévoyance (art. 73 LPP). Cette solution amènerait ces tribunaux d'assurances à traiter, dans le cadre de tels litiges, d'autres questions relevant du droit privé, notamment si le travailleur invoque des créances compensatoires à l'égard de son employeur.

Il sied de relever que lorsque les prestations prévues par le règlement de l'insitution de prévoyance ne correspondent à ce qui est prévu par le contrat de travail ou la convention collective, le travailleur est en droit de réclamer des dommages-intérêts à son employeur pour mauvaise exécution du contrat (art. 97 CO). Une telle prétention relève quant à elle des tribunaux civils et non pas des tribunaux compétents en matière de prévoyance (l'art. 73 LPP) (ATF 120 V 26).

Besprechung

www.swissblawg.ch, Roland Bachmann, 9C_720/2015: Berufliche Vorsorge; Nachforderungsrecht des Arbeitgebers (amtl. Publ.), 17.14.2016

– Personalrecht – Lohnersatz bei Mutterschaft: [BGE 142 II 425](#)

Auszug aus dem Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung i.S. A. gegen Amt für Wirtschaft und Arbeit Thurgau,
Gegenstand: Öffentliches Personalrecht
[BGer 8C_90/2016](#) vom 11.08.2016

²³ voir également www.droitdutravail.ch, Newsletter mars 2017

(Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts Thurgau vom 25.11.2015²⁴)

Thema

Lohnfortzahlung bei Ausbleiben Mutterschaftsentschädigung (MSE)

Regeste

[Art. 8 Abs. 1](#) und [Art. 49 Abs. 1 BV](#); [Art. 16c Abs. 2 EOG](#); § 20 Abs. 1 und § 22 der Verordnung des Grossen Rates des Kantons Thurgau vom 18. November 1998 über die Besoldung des Staatspersonals ([Besoldungsverordnung](#)).

Eine Arbeitnehmerin, welche die Mutterschaftsentschädigung nach Art. 16c Abs. 2 EOG aufgeschoben hat und in der Zeit bis zur Entlassung ihres Kindes aus dem Spital aus gesundheitlichen Gründen selbst voll arbeitsunfähig ist, hat Anspruch auf Lohnersatz wie bei Krankheit; § 22 Besoldungsverordnung widerspricht dem Gebot der Gleichbehandlung nach Art. 8 Abs. 1 BV und dem Vorrang des Bundesrechts nach Art. 49 Abs. 1 BV (E. 4-6).

[Art. 8 al. 1](#) et [art. 49 al. 1 Cst.](#); [art. 16c al. 2 LAPG](#); § 20 al. 1 et § 22 de l'ordonnance du Grand Conseil du canton de Thurgovie du 18 novembre 1998 sur le traitement du personnel de l'Etat ([ordonnance sur le traitement](#)).

L'employée qui a demandé l'ajournement de l'allocation de maternité selon l'art. 16c al. 2 LAPG et qui, durant cette période et jusqu'à la sortie de son enfant de l'hôpital, est elle-même en incapacité de travail pour raison de santé, a droit au salaire de remplacement comme en cas de maladie; le § 22 de l'ordonnance sur le traitement contrevient au principe de l'égalité de traitement selon l'art. 8 al. 1 Cst. et à la primauté du droit fédéral selon l'art. 49 al. 1 Cst. (consid. 4-6)

Zusammenfassung

www.droitdutravail.ch, Newsletter octobre 2016 (résumé)

Tatsächliches

Die am 01.09.2014 geborene Tochter der Arbeitnehmerin war bis am 31.10.2014 hospitalisiert. Die Mutter schob für diese Zeit, in der sie auch arbeitsunfähig war, die MSE auf. Alle kantonalen Behörden/Instanzen verweigerten ihr eine Lohnfortzahlung für die Monate September und Oktober. Das Bundesgericht korrigiert, lässt aber offen, ob bei Aufschub der Mutterschaftsentschädigung auch ohne persönliche Arbeitsunfähigkeit der Mutter gestützt auf die elterliche Betreuungspflicht Anspruch auf Lohnfortzahlung besteht.

Besprechungen

www.swissblawg.ch, Roland Bachmann, 8C_90/2016: Lohnfortzahlung bei Aufschub der Mutterschaftsentschädigung nach EOG (amtl. Publ.), 26.09.2016

www.droitdutravail.ch, Stéphanie Perrenoud, Droit au salaire en cas d'incapacité de travail de la mère pendant la période de report de l'allocation de maternité; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_90/2016, octobre 2016

– Verletzung von Art. 321 StGB durch Vertrauensarzt: [BGE 143 IV 209](#)

Auszug aus dem Urteil der strafrechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Oberstaatsanwaltschaft Zürich

Gegenstand: Verletzung des Berufsgeheimnisses

[BGer 6B 1199/2016](#) vom 04.05.2017

(Beschwerde in Strafsachen gegen das Urteil des Obergerichts Zürich, II. Strafkammer, vom 30.08.2016, [SB160142-O](#))

Traduction

[www.droitdutravail.ch](#), Traduction en français par Me Werner Gloor, Newsletter juin 2017

Thema

Strafbare Weitergabe von medizinischen Details an Arbeitgeber durch Vertrauensarzt

Regeste

Berufsgeheimnis des Vertrauensarztes eines Arbeitgebers; [Art. 321 StGB](#).

Der Vertrauensarzt, der von einem Arbeitgeber eingesetzt wird, um die Arbeitsfähigkeit eines Arbeitnehmers zu beurteilen, untersteht dem Berufsgeheimnis gemäss [Art. 321 Ziff. 1 StGB](#) (E. 1.2).

Gestützt auf die Ermächtigung des Arbeitnehmers, dem Arbeitgeber ein Arztzeugnis zuzustellen, darf der Vertrauensarzt dem Arbeitgeber keine über den Rahmen von [Art. 328b OR](#) hinausgehende Information erteilen (E. 2.3).

Secret professionnel du médecin-conseil d'un employeur; [art. 321 CP](#).

Le médecin-conseil que l'employeur a désigné pour évaluer la capacité de travail d'un employé est soumis au secret professionnel selon [l'art. 321 ch. 1 CP](#) (consid. 1.2).

Sur la base de l'autorisation donnée par l'employé de remettre à l'employeur un certificat médical, le médecin-conseil ne peut donner à l'employeur aucune information sortant du cadre de [l'art. 328b CO](#) (consid. 2.3).

Zusammenfassung

[www.bger.ch](#), Vertrauensarzt untersteht gegenüber Arbeitgeber dem Berufsgeheimnis, Medienmitteilung vom 22.05.2017

Tatsächliches

Der vom Arbeitgeber als Vertrauensarzt beauftragte Psychiater überlässt seinem Auftraggeber einen detaillierten Bericht von 7 Seiten mit sehr persönlichen Details über seine vertrauensärztliche Untersuchung des Arbeitnehmers wie er üblicherweise an Versicherungen geht. Er hält sich dazu auch aufgrund einer Entbindungserklärung des Arbeitnehmers berechtigt.

Alle Instanzen bestätigen seine Verurteilung aufgrund der Weitergabe dieses Berichts gestützt auf Art. 321 StGB.

Besprechungen

[www.swissblawg.ch](#), David Vasella, 6B_1199/2016: Verletzung des Arztgeheimnisses durch Übermittlung des detaillierten Ergebnisses einer vertrauensärztlichen Untersuchung (amtl. Publ.), 23.05.2017

[www.lawinside.ch](#), Simone Schürch, Un médecin-conseil est-il soumis au secret professionnel à l'égard de l'employeur qui l'a mandaté?, 06.06.2017

[www.droitdutravail.ch](#), Werner Gloor, Le secret professionnel du médecin-conseil de l'employeur; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_1199/2016, juin 2017

Medienbericht

[www.nzz.ch](#), Katharina Fontana, Bundesgericht, Vertrauensarzt darf nicht zu viel preisgeben, 22.5.2017

Table des matières / Inhaltsverzeichnis

I.	Table des matières / Inhaltsverzeichnis	1
II.	Introduction / Hinweis	2
III.	Jurisprudence / Rechtsprechung	2
A.	Contrat / Vertrag	2
	– Rapports de travail de droit privé / de droit public: ATF 142 II 154	2
B.	Durée du travail + Salaire / Arbeitszeit + Lohn	4
	– Heures supplémentaires (art. 321c CO): TF 4A_73/2016 du 11.07.2016	4
	– Heures supplémentaires (art. 321c CO): TF 4A_227/2016 du 24.10.2016	4
	– Modification de la rémunération (simulation partielle) + atteinte aux droits de la personnalité (art. 328 CO): TF 4A_90/2016 du 25.08.2016	5
	– Participation aux résultats (art. 322a CO), procédure: TF 4A_390/2016 du 25.08.2016	6
C.	Excursus / Exkurs: Bonus	6
	– Qualifikation. Bonus bei sehr hohem Einkommen: BGE 141 III 407	6
	– Qualifikation. Bonus bei sehr hohem Einkommen (Bestätigung): TF 4A_251/2015 et 4A_253/2015 du 06.01.2016	7
	– Qualifikation. Bestimmung des sehr hohen Einkommens: BGE 142 III 381	8
	– Bestimmung des sehr hohen Einkommens: BGE 142 III 456	9
	– Bestimmung des sehr hohen Einkommens: BGer 4A_69/2016 vom 17.08.2016	10
	– Zusammenfassung der Bonus-Praxis: BGer 4A_485/2016 et 4A_491/2016 du 28.04.2017	10
	– Bonus, procédure: TF 4A_63/2016 du 10.10.2016,	11
	– Bestimmtheit des Rechtsbegehrens bei Bonus-Teilklage: BGE 142 III 683	11
	– Bonus Akzessorietät: TF 4A_159/2016 du 01.12.2016	11
D.	Fin des rapports de travail / Beendigung des Arbeitsverhältnisses	12
	– Licenciement abusif (art. 336 CO): TF 4A_694/2015 du 04.05.2016	12
	– Sperrfrist bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit: BGer 4A_391/2016 vom 08.11.2016 (it)	12
	– Licenciement en temps inopportun (art. 336c CO): ATF 143 III 21	13
	– Convention de résiliation – conditions de validité (art. 341 CO): TF 4A_364/2016 du 31.10.2016	14
	– Convention de résiliation – obligation de fidélité (art. 321a CO): TF 4A_297/2016 du 17.11.2016	15
E.	Excursus : résiliation immédiate / Exkurs: Fristlose Auflösung	16
	– Fristlose Entlassung nach Entwendung: TF 4A_228/2015 vom 29.09.2015	16
	– Fristlose Entlassung nach Stempeln-Manipulation: BGer 4A_395/2015 vom 02.11.2015	16
	– Reaktionszeit bei fristloser Entlassung: TF 4A_251/2015 / 4A_253/2015 du 06.01.2016	17
	– Fristlose Entlassung (Verdachtskündigung): TF 4A_419/2015 du 19.02.2016	18
	– Ungerechtfertigte fristlose Entlassung mangels Abklärungen: BGer 4A_702/2015 vom 20.05.2016	18
	– Fristlose Entlassung nach Urkundenfälschung: TF 4A_515/2015 du 21.06.2016	19
	– Fristlose Entlassung wegen Weisungsverstoss: TF 4A_659/2015 du 28.06.2016	20
	– Fristlose Entlassung wegen Beschimpfung: BGer 4A_56/2016 vom 30.06.2016	20
	– Fristlose Entlassung, Nachschieben von Gründen: BGE 142 III 579	21

– Fristlose Entlassung im öffentlichen Dienst (Willkür-Kognition): BGer 8C_329/2016 vom 02.09.2016	22
– Keine fristlose Entlassung wegen Entgegennahme einer Zahlung: BGer 4A_169/2016 vom 12.09.2016	22
– Fristlose Entlassung u.a. wegen Unpünktlichkeit: BGer 4A_288/2016 vom 26.09.2016	23
– Keine fristlose Entlassung wegen Auftritt der Ex-Freundin: TF 4A_153/2016 du 27.09.2016	24
– Keine fristlose Entlassung wegen Schlägerei: TF 4A_161/2016 du 13.12.2016	25
– Fristlose Entlassung wegen Konkurrenzierung: TF 4A_559/2016 du 18.01.2017	25
– Verspätete fristlose Entlassung durch Suspendierung: TF 4A_372/2016 du 02.02.2017	26
– Fristlose Entlassung wegen mangelndem Respekt: TF 4D_79/2016 du 23.03.2017	26
– Rechtzeitige fristlose Auflösung durch Arbeitnehmer: BGE 143 III 290	27
F. Prohibition de concurrence / Konkurrenzverbot	28
– Kein Wegfall Konkurrenzverbot: BGer 4A_680/2015 vom 01.07.2016	28
G. Droit collectif du travail / Kollektives Arbeitsrecht	29
– Herausgabe von Unterlagen an tripartite Kommission: BGE 143 II 102	29
H. Procédure / Prozess	30
– Datenherausgabe als nicht vermögensrechtliche Streitigkeit: BGE 142 III 145	30
– Kostenfreiheit nicht vermögensrechtlicher arbeitsrechtlicher Streitigkeiten: BGer 4A_332/2015 vom 10.02.2016	31
– Participation aux résultats (art. 322a CO), procédure: TF 4A_390/2016 du 25.08.2016	32
– Bonus, procédure: TF 4A_63/2016 du 10.10.2016	32
– Bestimmtheit des Rechtsbegehrens bei Bonus-Teilklage: BGE 142 III 683	33
I. Autres domaines / Weitere Gebiete	34
– Créance de l'employeur en restitution de cotisations LPP non prélevées sur le salaire; prescription: ATF 142 V 118	34
– Personalrecht – Lohnersatz bei Mutterschaft: BGE 142 II 425	35
– Verletzung von Art. 321 StGB durch Vertrauensarzt: BGE 143 IV 209	36
Table des matières / Inhaltsverzeichnis	38
Remerciements / Dank	40
Impressum	40

Remerciements / Dank

Les auteurs remercient le professeur Jean-Philippe Dunand qui a autorisé la reproduction de résumés de jurisprudence parus dans la Newsletter de l'Université de Neuchâtel www.droitdutravail.ch (éd. F. Bohnet, J-P. Dunand, P. Mahon, A. Witzig).

Die Autoren danken Prof. Jean-Philippe Dunand für die freundliche Erlaubnis der Wiedergabe von Zusammenfassungen der Rechtsprechung, die im Newsletter www.droitdutravail.ch (Hrsg. F. Bohnet, J-P. Dunand, P. Mahon, A. Witzig) erschienen sind.

Prof. Wolfgang Portmann von der Universität Zürich verdient grossen Dank von Georges Chanson für die Überlassung der umfassenden und sehr wertvollen Sammlung seines Lehrstuhls von arbeitsrechtlichen Fundstellen, was die Vorbereitung des Referats und das Zusammenstellen dieses Factsheets wesentlich erleichtert hat.

Impressum

Christian Bruchez Avocat spécialiste FSA en droit du travail

Waeber Avocats

12, rue Verdaine, Case postale 3647, CH-1211 Genève 3

cb@waeberavocats.ch www.waeberavocats.ch

Georges Chanson Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Chanson Wille Rechtsanwälte

Bodmerstrasse 10, Postfach 1605, 8027 Zürich

Telefon 044 201 10 30 Fax 044 201 47 51

chanson@arbeitsrechtler.ch www.arbeitsrechtler.ch



von Georges Chanson betreute Webseiten:

www.linkliste-arbeitsrecht.ch:

Laufend nachgeführte und erweiterte Sammlung von rund 1'700 Weblinks mit Bezug zum Arbeitsrecht oder zur Anwaltsarbeit, darunter Links auf die Mehrzahl der frei im Internet zugänglichen Gesamtarbeitsverträge in der Schweiz

www.gav.arbeitsrechtler.ch:

Sammlung von PDF-Dateien mit aktuellen und früheren Vertragstexten von Gesamtarbeitsverträgen (GAV), deren Anhängen oder anderen kollektiven Vereinbarungen bzw. Branchenregelungen

www.nav.arbeitsrechtler.ch:

Sammlung von PDF-Dateien mit aktuellen und früheren Vertragstexten von Normalarbeitsverträgen (NAV) mit zwingenden Mindestlöhnen nach Art. 360a OR

www.praxis.arbeitsrechtler.ch:

Sammlung von Publikationen von Georges Chanson mit arbeitsrechtlichem Inhalt (Referate, Urteilsbesprechungen, die auf der Arbeitsrechts-Plattform www.arv-online.ch erschienen sind)

www.erv.arbeitsrechtler.ch:

Sammlung von Informationen, Dokumente (auch Entscheide) zum elektronischen Rechtsverkehr (ERV) mit Behörden und Gerichten