

Le droit du travail en évolution: nouveautés jurisprudentielles pour les années 2019 - 2023

Die Entwicklung des Arbeitsrechts in den Jahren 2019 - 2023: Neues aus Rechtsprechung

Factsheet de la présentation de / Factsheet zum Referat von Christian Bruchez + Georges Chanson, 09.06.2023 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, Verlinkungen, Schlussredaktion)

I. Table des matières / Inhaltsverzeichnis

Vous trouverez une table des matières à la fin du présent document (page 80).

Ein Inhaltsverzeichnis befindet sich auf S. 80 hinten in diesem Dokument.

¹ Liens vers les diapositives de la présentation / Link auf die Folien zum Referat:
https://arbrch.ch/ddt-arbr_presentation_2023



II. Introduction / Hinweis

Ce document de travail² résume l'évolution jurisprudentielle en droit du travail à partir de mi-2019 avec des références à des liens internet. La majorité des décisions traitées est publiée (ou destinée à être publiée) dans le recueil officiel. Ce document, dont la rédaction a été achevée au début juin 2023, n'a pas aucune prétention d'exhaustivité. Sa version en ligne sera encore complétée plus tard, lorsque d'importantes références³ sont connues. 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.

Dieses Factsheet ist ein Arbeitspapier⁴ ohne Anspruch auf Vollständigkeit, das primär weiterführende Bemerkungen zur Entwicklung der Rechtsprechung im Arbeitsrecht seit Mitte 2019 samt Internetlinks enthält. Die behandelten Entscheide sind mehrheitlich in der amtlichen Sammlung publiziert bzw. zur dortigen Publikation bestimmt. Dieses Dokument wurde Anfang Juni 2023 abgeschlossen. Seine Online-Version wird später noch einmal ergänzt, wenn noch wichtige Fundstellen⁵ dazukommen. Auf eine Übersetzung (ins Deutsche) wurde verzichtet und die vom jeweiligen Autor gewählte Form ist beibehalten. Alle Regesten der amtlich publizierten Entscheide des Bundesgerichts (BGE) werden zweisprachig wiedergegeben.

III. Jurisprudence / Rechtsprechung

A. Contrat / Vertrag

A1 Contrat de travail, Qualification du contrat / Arbeitsvertrag: Vertragsqualifikation Uber "Eats": [ATF 148 II 426](#))

Arrêt de la I^{le} Cour de droit public, Uber Switzerland GmbH c. Office cantonal de l'emploi du canton de Genève

[TF 2C 575/2020](#) du 30.05.2022

Objet: Location de services

(recours contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre administrative, du 29.05.2020, [ATA/535/2020](#))

Remarque: un autre cas d'Uber (TF 2C_34/2021) est traité ci-dessous sous la rubrique R1⁶

Hinweis: Ein weiterer Uber-Fall (BGer 2C_34/2021) wird nachstehend unter R1⁷ behandelt

Sujet / Thema

Contrat de travail, mais absence de location de services

Arbeitsvertrag, aber kein Personalverleih

Übersetzung (ins Deutsche)

Pra 111/2022 Nr. 16 (kostenpflichtig)

² sans prétendre à la perfection formelle et parfois sans séparation des mots en fin de ligne

³ par exemple commentaires ou la référence ATF pour les décisions non encore officiellement publiées

⁴ ohne Anspruch auf formelle Perfektion und teilweise ohne Worttrennungen am Zeilenende

⁵ wie Besprechungen oder die BGE-Referenz bei noch nicht amtlich publizierten Entscheiden

⁶ p. 71

⁷ S. 71

Regeste (fr)

[Art. 12 LSE](#); [art. 26 OSE](#); [art. 319 CO](#); location de services; plateforme numérique proposant la livraison de plats de restaurants à domicile (Uber Eats).

D'après les autorités cantonales genevoises, la recourante serait soumise à la LSE, car les livreurs seraient ses employés et elle louerait leurs services aux restaurateurs utilisant la plateforme Uber Eats pour la livraison de leurs plats (consid. 4). Notion de location de services et obligations du bailleur (consid. 5). Les livreurs Uber Eats sont des travailleurs (consid. 6). En revanche, la relation entre Uber et les restaurateurs ne relève pas de la location de services (consid. 7). Admission du recours (consid. 8).

Regeste (de)

[Art. 12 AVG](#); [Art. 26 AVV](#); [Art. 319 OR](#); Personalverleih; digitale Plattform, die Essenslieferungen nach Hause anbietet (Uber Eats).

Gemäss den Behörden des Kantons Genf unterstehe die Beschwerdeführerin dem AVG, da ihre Kurierinnen als Arbeitnehmende zu betrachten seien und sie diese den Gastronomiebetrieben überlasse, welche die Plattform Uber Eats für Essenslieferungen nutzen (E. 4). Begriff des Personalverleihs und Pflichten des Verleihers (E. 5). Uber Eats Kurierinnen sind Arbeitnehmende (E. 6). Zwischen Uber und den Gastronomiebetrieben besteht indessen kein Personalverleih (E. 7). Gutheissung der Beschwerde (E. 8).

Faits

En mars 2019, l'Office genevois de l'emploi, a estimé que les activités exercées via la plateforme Uber Eats relevaient de la location de services soumise à autorisation et que le bureau de Carouge de la société Uber Switzerland GmbH (Uber CH) devait impérativement être constitué en succursale. Uber CH a notamment fait valoir qu'elle n'était pas partie aux relations contractuelles avec les restaurateurs et les livreurs, qui ne sont liés qu'à Uber Portier. L'Office a confirmé son point de vue par décision du 11 juin 2019 et a exigé qu'une autorisation de location de services soit requise, ce que la Chambre administrative de la Cour de justice de Genève a confirmé par arrêt du 29 mai 2020. Le Tribunal fédéral a admis le recours d'Uber CH. Il conclut qu'il n'y a pas de location de services, c'est-à-dire une relation tripartite entre l'employeur (ou le bailleur de services), le travailleur et l'entreprise locataire de services. Sur la base des caractéristiques de la relation contractuelle, il existe un rapport de travail entre Uber et les coursiers. En revanche, il n'existe pas de contrat de location de services entre Uber et les entreprises de restauration. Il n'y a pas de transfert du pouvoir de direction des coursiers aux entreprises de restauration, ni d'intégration des coursiers dans l'organisation des restaurants.

Tatsächliches

Im März 2019 hatte das Genfer Arbeitsamt nach vorangegangenen Abklärungen gegenüber Uber Switzerland GmbH (Uber CH) festgehalten, dass die über die Plattform Uber Eats ausgeübten Tätigkeiten unter den bewilligungspflichtigen Personalverleih fielen und das Büro in Carouge zwingend als Zweigniederlassung errichtet werden müsse. Uber CH machte dagegen insbesondere geltend, dass sie nicht Partei der Vertragsbeziehungen mit den Restaurantbesitzern und Lieferdiensten sei, die nur mit Uber Portier verbunden seien. Das Amt bestätigte seine Auffassung mit Entscheid vom 11.06.2019 und verlangte die Beantragung einer Verleihbewilligung, was die Chambre administrative de la Cour de justice Genève mit Entscheid vom 29.05.2020 bestätigte. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde von Uber CH gut. Es kommt zum Schluss, dass kein Personalverleih – d.h. eine dreiseitige Beziehung zwischen dem Arbeitgeber (bzw. Verleiher), dem

Arbeitnehmer und dem Einsatzbetrieb – vorliege. Gestützt auf die Merkmale der vertraglichen Beziehung bestehe zwischen Uber und den Kurieren ein Arbeitsverhältnis. Hingegen bestehe zwischen Uber und den Gastronomiebetrieben kein Personalverleihvertrag. Dazu fehlt es insbesondere an einem Übergang der Weisungsbefugnisse gegenüber den Kurieren auf die Gastronomiebetriebe sowie an der Integration der Kurieri in die Organisation der Restaurants.

Communiqués de presse Tribunal fédéral / Medienmitteilungen Bundesgericht

- bger.ch: Arrêts du 30.05.2022 (2C_575/2020, 2C_34/2021) concernant le service de transport «Uber» et le service de livraison de repas «Uber Eats», 03.06.2022
- bger.ch: Urteile vom 30.05.2022 (2C_575/2020, 2C_34/2021) zu Fahrdienst "Uber" und Essenslieferdienst "Uber Eats", 03.06.2022

Commentaires / Besprechungen

- arbeitsrecht-aktuell.ch: Nicolas Facincani, Uber ist Arbeitgeber, kein Personalverleih bei Uber Eats, 05.06.2022
- droitdutravail.ch: Sabine Magoga-Sabatier, Portée et enjeux de la requalification en travail salarié des relations avec les plateformes Uber et Uber Eats; commentaire des arrêts du Tribunal fédéral 2C_575/2020 et 2C_34/2021, Newsletter octobre 2022
- lawinside.ch: Ariane Legler, Le service de livraison Uber Eats relève-t-il de la location de services?, 20.07.2022
- swissblawg.ch: Patricia Meier, Medienmitteilung vom 03.06.2022: Urteile zu Fahrdienst "Uber" und Essenslieferdienst "Uber Eats", 03.06.2022

A2 Arbeitsvertrag, Vertragsqualifikation delegierte Psychotherapie: BGer 4A 64/2020 vom 06.08.2020 + BGer 4A 84/2020 vom 27.08.2020

(keine Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen)

4A_64/2020: Urteil I. zivilrechtliche Abteilung i.S. A. c. B.

Gegenstand: Arbeitsvertrag

(Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 23.12.2019, [LA190021-O](http://www.arbrch.ch/DelegPsychotherapie))

4A_84/2020: Urteil I. zivilrechtliche Abteilung i.S. A. c. B.

Gegenstand: Arbeitsvertrag

(Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 23.12.2019, [LA190003-O](http://www.arbrch.ch/DelegPsychotherapie))

Dieser Entscheid wird nachstehend auch unter O10⁸ behandelt

Sammeldatei

Beide Entscheide des Bundesgerichts und des Zürcher Obergerichts, sowie einer der beiden Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich (in der Sache, die im Verfahren 4A_84/2020 beurteilt wurde), sind in einer Datei zusammengefügt abrufbar:

<https://arbrch.ch/DelegPsychotherapie>.

Thema

Beurteilung konkreter Verträge zwischen delegierten Psychotherapeutinnen und delegierendem Arzt dahin, ob sie Arbeitsverhältnisse sind (4A_64/2020 + 4A_84/2020).

Regeste, private

Obwohl das Krankenversicherungsrecht eine Anstellung mit dem delegierenden Arzt und eine Abhängigkeit vom ihm verlangt, liegt nicht zwingend ein Arbeitsverhältnis vor (4A_64/2020, E. 3.2)

Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses aufgrund der konkreten Würdigung der Elemente der Unterordnung und des Parteiwillens (4A_64/2020, E. 6, 8 + 9) verneint.

Tatsächliches

In beiden Fällen waren die Klägerinnen gestützt auf eine als "Arbeitsvertrag" bezeichnete Vereinbarung und weitere Zusatzabmachungen als delegierte Psychotherapeutinnen für einen Psychiater/Psychotherapeuten mit eigenen Praxisräumlichkeiten in Zürich tätig. Es kann vermutet werden, dass es sich beim beklagten Arzt in beiden Fällen um die gleiche Person handelt. Nachdem dieser die Vertragsverhältnisse (an unterschiedlichen Daten) gekündigt hatte, erhoben beide Therapeutinnen – wohl unabhängig voneinander – Klagen beim Zürcher Arbeitsgericht und verlangten einerseits eine Beteiligung an einem Poolkonto mit Abrechnung darüber und Ferienlohn (4A_64/2020) und andererseits unter anderem eine Pönale wegen missbräuchlicher Kündigung, Ferienlohn, Abrechnung und die Rückerstattung gewisser Auslagen (4A_84/2020). Die Fälle wurden nicht den gleichen Abteilungen des Arbeitsgerichts zugeteilt und wohl deshalb unterschiedlich entschieden. Im Fall, der zum Verfahren 4A_64/2020 des Bundesgerichts führte, hiess die 4. Abteilung Arbeitsgerichts die Klage weitgehend gut, während das Obergericht auf Berufung des Arztes hin auf Abweisung der Klage erkannte, was das Bundesgericht im Beschwerdeverfahren der ersten Psychotherapeutin bestätigte. Im zweiten Fall, der mit dem Verfahren 4A_84/2020 endete, wies bereits die 1. Abteilung des Arbeitsgerichts die Klage ab, was beide Rechtsmittelinstanzen in den Rechtsmittelverfahren der zweiten Therapeutin bestätigten. Im zweiten Verfahren (4A_84/2020) konnte sich das Bundesgericht wesentlich kürzer halten, weil die Beschwerdeführerin den vorausgesetzten Begründungsanforderungen nicht genügte (4A_84/2020, E. 4.2.3) und es auch unterlassen hatte, im kantonalen Berufungsverfahren zu rügen, dass das Arbeitsgericht die Forderungen nicht aufgrund möglicher anderer Anspruchsgrundlagen beurteilt hatte.

Erwägungen

Das [bei Fällung der Entscheide noch geltende] Modell der delegierten Psychotherapie erklärt sich mit der [damals geltenden] Regelung im Krankenversicherungsrecht⁹, wonach freiberufliche, nichtärztliche Psychologen oder Psychotherapeutinnen nicht berechtigt sind (bzw. waren), Leistungen zu Lasten der sozialen Krankenversicherung zu erbringen, wenn dies nicht im Rahmen einer delegierten Psychotherapie in den Räumen eines Arztes und unter dessen Verantwortung geschieht (4A_64/2020, E. 3.1).

Die – damalige – Rechtslage verlangt eine "Anstellung" der Person, welche die psychotherapeutische Behandlung vornimmt, beim delegierenden Arzt (4A_64/2020, E. 3.1). Mit dem von der Rechtsprechung verwendeten, weit gefassten Kriterium des Anstellungsverhältnisses kommt zum Ausdruck, dass ein Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR nicht unbedingt erforderlich ist, damit die Leistung durch die obligatorische Krankenkasse übernommen wird. Damit die therapeutische Leistung des Psychotherapeuten als Pflichtleistung der Krankenkasse

⁹ Diese Regelung wurde per 01.07.2022 geändert. Seither sind direkte Zulassungen möglich, aber – nach einer Übergangsfrist bis Ende 2022 – keine Delegationen mehr. Siehe dazu die [Webseite des BAG](#) über die Neuregelung der psychologischen Psychotherapie sowie die Änderungen der Krankenpflege-Leistungsverordnung (KLV, [SR 832.112.31](#)) des EDI vom 19.03.2021 ([AS 2021 189](#))

anerkannt wird, wird aber verlangt, dass ein wesentliches rechtliches oder tatsächliches Subordinationsverhältnis vorliegt. Dieses Merkmal definiert sich nicht nur durch eine mehr oder weniger ausgeprägte organisatorische, sondern auch durch eine wirtschaftliche Abhängigkeit vom delegierenden Arzt (4A_64/2020, E. 3.2).

Eine Umgehung der krankensicherungsrechtlichen Voraussetzungen der delegierten Psychotherapie liegt nicht vor, wenn die Vorinstanz das Vorliegen eines Arbeitsvertrages verneint (4A_64/2020, E. 4.2)

In den Erwägungen 6 bis 8 setzt sich der Entscheid im Verfahren 4A_64/2020 auf über 17 Seiten mit dem Element der Unterordnung, mit unterlassenen Sachverhaltsrügen und den Intentionen der Parteien zu diesem Vertrag auseinander und kommt zum Schluss (4A_64/2020, E. 9), dass die konkrete ausgeübte delegierte Psychotherapie verschiedene Kriterien aufweist, die überwiegend gegen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sprechen, nämlich die weitgehend selbstständige Ausübung der Psychotherapie, das praktische Fehlen von Weisungen des Arztes, die völlig freie Gestaltung der Arbeitszeit und Ferien, das Fehlen einer eigentlichen Arbeitsverpflichtung, mithin die autonome Entscheidung über den Umfang der Tätigkeit, die eigene Akquisition der Patienten, der fehlende Anspruch auf Zuteilung von Patienten durch den Arzt, die praktisch vollständige Übernahme der Kosten, die durch ihre Anstellung anfielen, das sehr beschränkte Risiko des Arztes, die Tragung des Unternehmerrisikos und die vollständig variable und schwankende Vergütung. Den teilweise bestehenden gegenläufigen Aspekten, wie das Zurverfügungstellen eines Arbeitsplatzes und das Stellen der Grundeinrichtung durch den Arzt, die im engen Rahmen bestehende wirtschaftliche Abhängigkeit von diesem, sowie die Bezeichnung der Vereinbarung als Arbeitsvertrag und das Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen ist deutlich weniger Gewicht zuzumessen.

Bedeutung der Entscheide

In Bezug auf die Frage der delegierten Psychotherapie haben die beiden Entscheide heute nur noch historische Bedeutung, da diese Form der Abrechnung mit den Krankenkassen seit Anfang dieses Jahres obsolet ist¹⁰. Bedeutsam bleibt die sehr ausführliche und exemplarische Auseinandersetzung des Bundesgerichts im Verfahren 4A_64/2020 mit den verschiedenen Aspekten des Vertragsverhältnisses, insbesondere der Unterordnung, und mit den Motiven der Parteien zum Vertragsschluss.

Zusammenfassung

droitdutravail.ch: Newsletter Octobre 2020¹¹

Besprechungen

- arbeitsrecht-aktuell.ch: Nicolas Facincani, Abgrenzung des Arbeitsvertrages vom Auftrag¹², 16.09.2020
- info.arbeitsrecht.zav-Nachricht¹³: Georges Chanson, neue BGE: Vertragsqualifikation delegierte Psychotherapie¹⁴, 28.09.2020

¹⁰ vgl. dazu vorstehend Fn 9

¹¹ ausführlicher zu 4A_64/2020

¹² zu 4A_64/2020

¹³ für Mitglieder der Fachgruppe Arbeitsrecht des Zürcher Anwaltsverbands + weitere Adressaten der info.arbeitsrecht.zav-Nachrichten verfasst

¹⁴ zu 4A_64/2020 + 4A_84/2020

A3 Arbeitsvertrag, Vertragsqualifikation: Anwaltliche Zusammenarbeit BGer 4A 360/2021 vom 06.01.2022

(keine Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen)

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

Gegenstand: Sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts;

Vertragsqualifikation

(Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 19.05.2021, [LA210008-O](#))

Hinweis: Der Entscheid wird auch nachstehend unter O2¹⁵ behandelt.

Thema

Vorübergehende Tätigkeit einer Anwältin als Konsultantin unter dem Namen einer anderen Anwaltskanzlei, konkret nicht als Arbeitsverhältnis qualifiziert

Regeste, private

Die Vertragsqualifikation ist eine Rechtsfrage (E. 5.1.1). Der Arbeitsvertrag weist nach der gesetzlichen Definition im Wesentlichen vier Merkmale auf: Das Erbringen einer Arbeitsleistung, die Entgeltlichkeit, die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (sog. Subordinations- oder Unterordnungsverhältnis) und das Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses (E. 5.1.3).

Aufgrund der minimalen "organisatorischen Einbindung" der Beschwerdeführerin musste kein eigentliches Subordinationsverhältnis angenommen werden (E. 5.4).

Der Entscheid der Ausgleichskasse über die Einstufung der Tätigkeit als selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit war für die Frage, ob die Zusammenarbeitsvereinbarungen konkret als Arbeitsverträge zu qualifizieren sind, nicht ausschlaggebend (E. 5.3, speziell 5.3.2).

Aus den massgeblichen materiellen Kriterien (wie insbesondere Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation; Weisungsgebundenheit der Arbeitnehmerin und die Tragung des Unternehmensrisikos durch die Arbeitgeberin) lassen sich keine einheitlichen, schematisch anwendbaren Lösungen ableiten, wann ein Vertragsverhältnis als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist.

Die Vertragsqualifikation ist jeweils unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Weil dabei vielfach Merkmale zu Tage treten, die sowohl für als auch gegen einen Arbeitsvertrag sprechen, muss sich der Entscheid des Gerichts danach richten, was im konkreten Fall überwiegt. Entscheidend ist dabei die Würdigung des Gesamtbildes nach dem Massstab der Verkehrsanschauung.

Tatsächliches

"Zusammenarbeitsvereinbarung" einer bisher teilzeitlich selbständigen Rechtsanwältin und einer Anwaltskanzlei (als AG organisiert) über eine temporäre Zusammenarbeit für die Dauer von zwei Monaten mit Erbringung von anwaltlichen Dienstleistungen durch die Klägerin als Konsultantin unter dem Label der Beklagten. Die Sozialversicherungsanstalt (SVA) des Kantons Zürich hat diese Erwerbstätigkeit als eine unselbständige qualifiziert. Nachdem beide Parteien je eine fristlose Auflösung des Vertragsverhältnisses erklärt hatten, reichte die Anwältin beim Zürcher Arbeitsgericht eine Forderungsklage über gut 29'000 Franken ein, wobei den Entscheidpublikationen nicht zu entnehmen ist, wofür.

Das Arbeitsgericht trat auf diese Klage mit der Begründung, es liege kein Arbeitsverhältnis vor, nicht ein, was sowohl vom Zürcher Obergericht wie vom Bundesgericht bestätigt worden ist.

Résumé / Zusammenfassung

droitdutravail.ch: Newsletter mars 2022

Besprechungen

- arbeitsrecht-aktuell.ch: Nicolas Facincani, Zuständigkeit des Arbeitsgerichts für Zusammenarbeitsvereinbarungen, 18.02.2022
- lawstyle.ch: Boris Etter, Verhältnis zwischen Konsultantin und Anwaltskanzlei ist kein Arbeitsvertrag, 18.02.2022
- swissblawg.ch: Patricia Meier, 4A_360/2021: Sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts; Vertragsqualifikation, 18.02.2022

B. Salaire / Lohn

B1 Gratification, égalité de traitement: [TF 4A 239/2021](#) du 16.12.2022

(pas de publication prévue dans le recueil officiel)

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

Objet: contrat de travail; gratification

(recours contre l'arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud, du 10.03.2021, P319.025008-201353 119, [HC / 2021 / 163](#))

Sujet / Thema

Gratification, égalité de traitement ([art. 328 CO](#))

Gratifikation, Gleichbehandlung ([Art. 328 OR](#))

Übersetzung (ins Deutsche)

keine bekannt

Faits

E. faisait partie du Groupe Z. qui exploite les fitness du même nom. E. a engagé T. en qualité de responsable commercial et de manager régional dès le 1er janvier 2018. A ce titre, il avait la gestion managériale de huit clubs en Suisse romande.

Selon le chiffre 7 de son contrat, T. devait bénéficier d'une gratification aux conditions suivantes: " *Si le chiffre d'affaire du Groupe défini selon budget est atteint, CHF 20'000.- de bonus. Si celui-ci est dépassé de plus de 20%, CHF 30'000.- de bonus. S'il est entre deux, une augmentation linéaire jusqu'à 30'000.- sera octroyée en plus.* "

Selon l'organigramme de E, il y avait quatre autres managers régionaux, à savoir A, B, C et D. Ils ont tous quatre perçu un " bonus 2018 " de 20'000 fr. payé avec le salaire du mois de décembre 2018.

Par lettre du 31 octobre 2018, E a résilié les RT de T avec effet au 30 novembre 2018 et l'a libéré de son obligation de travailler. Le licenciement a été reporté au 31 décembre 2018 en raison d'un arrêt maladie de l'employé.

T a saisi le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne d'une demande tendant au paiement par la défenderesse d'un montant brut non inférieur à 20'000 fr. avec intérêts à titre de bonus. Par jugement du 27 avril 2020, le tribunal a rejeté la demande. Il a retenu que la condition à laquelle le versement du bonus contractuel était subordonnée faisait défaut: le chiffre d'affaires réalisé par la société en 2018 n'avait pas atteint le montant budgétisé. Par ailleurs, le demandeur n'avait pas été victime d'une inégalité de traitement par rapport à ses anciens collègues; contrairement à ceux-ci, il avait uniquement assumé les tâches qui s'inscrivaient dans le cahier des charges ordinaires d'un responsable commercial.

T. a formé appel contre ce jugement. Par arrêt du 10 mars 2021, la Cour d'appel civile a admis l'appel du demandeur et réformé le jugement entrepris en ce sens que E devait payer à T. la somme de 20'000 fr., sous déduction des charges légales et conventionnelles, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2019. Le TF a rejeté le recours de E. contre cet arrêt cantonal.

Extraits des considérants

En dernier lieu, la recourante soutient que la cour cantonale aurait violé l'art. 328 CO en faisant bénéficier l'intimé du principe d'égalité de traitement avec les quatre autres managers régionaux.

L'employeuse ne conteste pas en soi que l'employé puisse prétendre au versement d'une gratification pour 2018 en se fondant sur le principe de l'égalité de traitement (sur l'application de ce principe en matière de gratification et ses limites, cf. [ATF 129 III 276](#) consid. 3.1). La recourante fonde bien plutôt sa critique sur les situations prétendument différentes dans lesquelles les managers régionaux se seraient trouvés. Or, les faits qu'elle allègue pour donner une certaine consistance à son argumentation ne ressortent pas de l'arrêt attaqué, qui fait foi à cet égard. Quant aux interrogations que la recourante soulève, elles sont impropres à fonder le grief d'illégalité dont elle fait son fer de lance. C'est donc à tort que la recourante se plaint d'une violation de l'art. 328 CO.

Résumé

droitdutravail.ch: Newsletter février 2023, avec note de Aurélien Witzig

B2 Aufgeschobener Bonus: [BGer 4A 603/2018](#) vom 28.06.2019

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung in Sachen A. Holding AG gegen B.

Gegenstand: Vertragsrecht, Arbeitsvertrag, Bonus

(Beschwerde in Zivilsachen gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 05.10.2018, [LA180006-O](#)¹⁶)

Thema

Aufgeschobener Bonus, Verweigerung der letzten Tranche

Regeste, private

Bedingungen bei aufgeschobenen Gratifikationen – insbesondere der Wegfall bei Kündigung oder Tod oder bei Auflösung "with cause" – sind zulässig.

Mangels Regelung bei Ablauf des Arbeitsverhältnisses durch Befristung kann die Ausübung (Vesting) nicht verweigert werden.

Tatsächliches

Zusicherung von Performance Share Units durch die Holding im Hinblick auf den bevorstehenden Börsengang an den – bei einer Tochtergesellschaft angestellten – Leiter einer Geschäftseinheit in drei Tranchen für die Ausübung (Vesting). Die Holding verweigert die Auszahlung der dritten Tranche, weil der befristete Arbeitsvertrag vor dem Ausübungsdatum zu Ende ging.

In der Klage des Arbeitnehmers gegen sie auf Zahlung der dritten Tranche beruft sich die Holding vor allen drei Instanzen vergeblich auf den Freiwilligkeitscharakter dieser Leistung. Die Verweigerung scheitert an der fehlenden Regelung für den Fall eines befristeten Arbeitsverhältnisses.

¹⁶ Berufung gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 21.12.2017, AN160026-L, publiziert in Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2017, Nr. 4, S. 15f, [EAGZ 2017](#), dort S.

Résumés / Zusammenfassungen

- droitdutravail.ch: Newsletter août 2019 (nur summarisch)
- lawstyle.ch: Bundesgericht entscheidet über die Auslegung von Bonusplänen im Urteil 4A_603/2018 vom 28.06.2019, 14.08.2019

B3 Bonus (unechte Gratifikation): [BGE 148 III 186](#)

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. GmbH c. B.

[BGer 4A_169/2021](#) vom 18.01.2022

Gegenstand: Arbeitsvertrag; Bonus

(Beschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen, III. Zivilkammer, vom 10.02.2021, [BO.2019.36-K3](#))

Hinweis: Der Entscheid ist ein verfahrensrechtlicher und wird auch nachstehend unter O9¹⁷ behandelt.

Thema

Arbeitsvertrag. Bonus im Umfang von 20% des Basissalärs als Lohnbestandteil qualifiziert

Regeste

présenté ci-après sous O9¹⁸

nachstehend unter O9¹⁹ zitiert

Regeste, private

Konkret ist von einer unechten Gratifikation auszugehen, da der Arbeitgeberin aufgrund des Vertragstexts bei der Kalkulation des Bonus zwar ein Ermessen zustand, dieses jedoch nicht derart ausgeprägt war, dass davon ausgegangen werden müsste, die Zusprache des Bonus sei freiwillig (E. 3.3.2).

Tatsächliches

Arbeitsvertrag eines Senior Manager Marketing mit einem Jahresgehalt von CHF 130'000 und folgender Vertragsklausel:

Variable Pay: 20 % of annual base salary, pro rata temporis (Payment in March of the following year, based on achievement of the agreed business and individual objectives.)

Zwischen den Parteien war streitig (was der Standpunkt der Arbeitgeberin war), ob im Rahmen des Arbeitsvertrags eine echte Gratifikation im Sinne von [Art. 322d OR](#) vereinbart worden sei, auf deren Ausrichtung weder der Höhe noch dem Grundsatz nach ein Rechtsanspruch bestehe. Streitig war der Bonus für das Jahr 2017, wo der Arbeitnehmer CHF 26'400.45 eingeklagte, während ihm für den prorata-Bonus für den Januar 2018 mehr überwiesen worden ist, als er verlangt hatte. Diesbezüglich wies das Kreisgericht die Klage über die Forderung für den Januar 2018 aufgrund nachträglicher Zahlung als gegenstandslos ab. Das Kantonsgericht reduzierte auf Berufung der Arbeitgeberin hin die Bonusanspruch für das Jahr 2017 auf CHF 25'735.60 und nahm eine Korrektur der erstinstanzlich zugesprochenen Parteientschädigungen vor. Dagegen hat die Arbeitgeberin beim Bundesgericht Beschwerde erhoben, das diese vollumfänglich abgewiesen hat.

¹⁷ S. 59

¹⁸ S. 5950

¹⁹ S. 59 50

Auszug aus den Erwägungen

3.1. Da der Begriff des Bonus im Obligationenrecht nicht definiert wird, ist im Einzelfall zu prüfen, ob ein vereinbarter Bonus als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR oder als Teil des Lohns im Sinne von Art. 322 OR zu qualifizieren ist [Zitate] ... Das Bundesgericht hat in verschiedenen neueren Entscheiden seine Rechtsprechung zum Bonus zusammengefasst [zahlreiche Zitate]. Daraus folgt, dass drei Situationen zu unterscheiden sind; ein Bonus kann sein: (1) variabler Lohn, (2) Gratifikation, auf welche der Arbeitnehmer Anspruch hat und (3) Gratifikation, auf die er keinen Anspruch hat [Zitat].

3.1.1. Um variablen Lohn - Situation (1) - handelt es sich, wenn ein bestimmter oder aufgrund objektiver Kriterien wie dem Gewinn, dem Umsatz etc. bestimmbarer Bonus vereinbart ist [Zitate].

3.1.2. Eine Gratifikation zeichnet sich gegenüber dem Lohn dadurch aus, dass sie zum Lohn hinzutritt und immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers abhängt. Die Gratifikation wird damit ganz oder zumindest teilweise freiwillig ausgerichtet. Freiwilligkeit ist anzunehmen, wenn dem Arbeitgeber zumindest bei der Festsetzung der Höhe des Bonus ein Ermessen zusteht. Ein solches Ermessen ist zu bejahen, wenn die Höhe des Bonus nicht nur vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses, sondern zudem auch von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber abhängig gemacht wird [Zitate].

3.1.2.1. Es besteht ein Anspruch - Situation (2) -, wenn zwar grundsätzlich ein Bonus vereinbart wurde, jedoch dem Arbeitgeber bei der Bestimmung der Höhe ein gewisses Ermessen verbleibt [Zitate]. Die grundsätzliche Verpflichtung zur Ausrichtung kann im schriftlichen oder mündlichen Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart worden sein. Sie kann aber auch während des laufenden Arbeitsverhältnisses durch konkludentes Verhalten entstehen, wie bspw. durch die regelmässige und vorbehaltlose Ausrichtung eines entsprechenden Betrags [Zitate].

3.1.2.2. Es besteht kein Anspruch - Situation (3) -, wenn gemäss Vertrag sowohl im Grundsatz wie in der Höhe Freiwilligkeit vorbehalten wurde. Freiwillig bleibt der Bonus auch, wenn er Jahr für Jahr ausgeschüttet wird mit dem Hinweis auf seine Freiwilligkeit. Immerhin ist der Vorbehalt der Freiwilligkeit dann unbehelflich, wenn er als nicht ernst gemeinte, leere Floskel angebracht wird, und die Arbeitgeberin durch ihr ganzes Verhalten zeigt, dass sie sich zur Auszahlung einer Gratifikation verpflichtet fühlt [Zitate].

Zusammenfassung

– droitdutravail.ch: Newsletter avril 2022

Commentaires / Besprechungen

– arbeitsrecht-aktuell.ch: Nicolas Facincani, Unzulässige Verweigerung des Bonus (Gratifikation), 06.03.2022

– droitdutravail.ch: François Bohnet/Aurélien Witzig, Gratifikation, collaboration à la preuve et ouverture à appel d'une décision de classement partiel faute d'objet; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_169/2021, Newsletter avril 2022

– swissblawg.ch: Patricia Meier, 4A_169/2021: Arbeitsvertrag; Bonus, Rechtsmittel bei Gegenstandslosigkeit (amtl. Publ.), 05.03.2022

C. Empêchement de travailler / Arbeitsverhinderung

C1 Travail sur appel, droits du travailleur en cas de manque de travail attribué: [TF 4A 89/2022](#) du 20.09.2022

(pas de publication prévue dans le recueil officiel)

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause E. c. T.

Objet: contrat de travail; travail sur appel; congé-représailles

(recours contre l'arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud, du 10.12.2021, n° 580; P319.040075-210896, [HC / 2021 / 913](#))

Sujet / Thema

Travail sur appel, demeure de l'employeur ([art. 324 CO](#)) en cas de cessation d'attributions de nouveaux patients, droit à la différence de salaire; licenciement abusif

Arbeit auf Abruf, Verzug des Arbeitgebers ([Art. 324 OR](#)) bei Beendigung der Zuweisung neuer Patienten, Anspruch auf Lohndifferenz; missbräuchliche Kündigung

Übersetzung (ins Deutsche)

keine bekannt

Regeste privé

L'employeur peut tomber sous le coup de l'art. 324 al. 1 CO même lorsque la demeure tient à des motifs économiques; le législateur n'a pas voulu permettre à l'employeur de déterminer unilatéralement, en fonction de ses propres besoins, la durée du travail et la rétribution du travailleur (rappel de jurisprudence).

En l'espèce, c'est à tort que l'employeur a cru détenir un pouvoir absolu sur le revenu de son employée, en cessant de lui attribuer de nouvelles tâches. Il devait dès lors verser la différence avec le salaire que l'employée aurait dû toucher en se basant sur la période durant laquelle elle avait reçu suffisamment de tâches (cons. 4.3).

Remarque / Hinweis

Les parties étaient un médecin délégué et un psychologue/psychothérapeute. Il n'était pas contesté qu'un contrat de travail les liait (consid. 3).

Parteien waren ein delegierender Arzt und ein Psychologe/Psychotherapeut. Es war nicht streitig, dass sie ein Arbeitsvertrag verband (E. 3).

Faits

E est un médecin psychologue pratiquant dans un cabinet de groupe dans le canton de Vaud. Il a engagé T dès le 1er août 2017 aux conditions suivantes:

3.1 L'Employé est engagé, sous la responsabilité directe de l'Employeur, en qualité de psychologue-psychothérapeute en psychothérapie déléguée, en charge de tous les patients qui lui auront été confiés par l'Employeur.

4. TAUX D'ACTIVITÉ ET DURÉE HEBDOMADAIRE DU TRAVAIL

4.1 Le taux d'activité de l'Employé est variable selon les besoins du cabinet.

4.2 La durée hebdomadaire du Travail est variable selon les besoins du cabinet.

(...)

7. SALAIRE DE BASE

7.1 (...) Le salaire horaire brut [est] fixé à 80 CHF/heure.

(...)

7.3 Le salaire est versé au Prorata du paiement des factures effectives."

T n'était donc payée que si la facture du patient était honorée. Des déductions pour les frais de facturation étaient pratiquées sur la somme encaissée. Le solde était partagé par moitié entre l'employeur et la travailleuse.

A réception du premier relevé de facturation au début du mois d'octobre 2017, T a interpellé E; elle considérait que la répartition des montants ne correspondait pas à ce qui avait été convenu. Le 13 novembre 2017, T s'est plainte auprès de E et lui a demandé de faire corriger la répartition des montants auprès de l'organisme d'encaissement des factures.

Le 13 février 2018, E a accordé un entretien à T et trois autres collaborateurs qui dénonçaient aussi des irrégularités dans le système de rémunération. Entendue, l'une de ces personnes a évoqué un désaccord manifeste avec E, qui avait réagi de façon colérique aux doléances émises, mais avait tout de même décidé de rectifier les salaires, à titre rétroactif et pour l'avenir.

Le 21 février 2018, il a demandé à l'organisme d'encaissement d'opérer une modification de la répartition sous son compte et celui de T à raison de 50 % chacun. Le même jour, il a proposé à T un nouveau contrat de travail qui prévoirait une entrée en fonction au 1er janvier 2018 et instituerait un nouveau temps d'essai, ainsi qu'une indexation du salaire selon les modifications du point TarMed.

Le 24 février 2018, T a dit préférer un avenant et ne pas vouloir modifier son salaire; ou du moins attendait-elle des simulations qui lui permettraient de réaliser la portée de l'indexation. Elle a aussi proposé au médecin qu'il explique à son père X, qui était alors juge suppléant au TF, la manière dont il envisageait de fixer le salaire; les deux hommes pourraient ainsi rechercher une manière claire de formuler le contrat.

Dès février 2018, E a cessé d'attribuer de nouveaux patients à T.

Le 13 juin 2018, il lui a remis en mains propres un courrier lui signifiant son congé pour le 30 septembre 2018. Il l'a libérée sur-le-champ de son obligation de travailler.

T s'est opposée au congé par courrier du 27 septembre 2018 et a offert ses services. Elle a émis des doutes quant au véritable motif du licenciement, qu'elle estimait lié aux prétentions élevées en lien avec son contrat.

T. a assigné E. devant le Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois. Elle a ensuite déposé une demande en paiement de 29'999 fr. nets, exigeant d'une part un complément de salaire pour le manque à gagner subi au cours des relations contractuelles, d'autre part une indemnité pour licenciement abusif.

E a pris des conclusions reconventionnelles par 80'555 fr. 20. Il entendait se faire dédommager pour les pertes consécutives au départ de plusieurs psychologues, que l'employée avait soi-disant poussés à la démission. Il a finalement ramené ses prétentions à 29'999 fr.

Le tribunal a alloué à T un solde salarial de 24'941 fr. 20, sous déduction des charges sociales, cumulé avec une indemnité de 5'057 fr. 80 nets pour le licenciement abusif. Il a rejeté la demande reconventionnelle.

Le Tribunal cantonal vaudois, puis le Tribunal fédéral ont confirmé cette décision.

Extraits des considérants

4. L'employeur conteste devoir un solde salarial de 24'941 fr. 20. Il dénonce une violation des **art. 324 et 326 CO**.

4.1. L'employée s'est plainte de ne pas avoir reçu du travail en suffisance. Elle a établi le salaire moyen (7'914 fr. 30) touché durant les mois où l'entente était encore bonne (septembre à décembre 2017) et a conclu qu'elle aurait dû

percevoir 110'800 fr. 20 sur toute la durée du contrat (7'914 fr. 30 x 14 mois). N'ayant recueilli que 85'859 fr. bruts, elle a réclamé le différentiel (24'941 fr. 20).

4.2. L'autorité précédente a lu dans les clauses 3.1, 4.1 et 4.2 du contrat (let. A.a *supra*) la marque claire d'un travail sur appel, aménagé dans le seul intérêt de l'employeur. Un tel système, où l'employeur pouvait déterminer unilatéralement, en fonction de ses propres besoins, la durée du travail et la rétribution de l'employée, était proscrit par les art. 324 al. 1 et 326 CO. L'employeur ne pouvait pas refuser subitement les services du travailleur et le priver de toute rémunération. Il restait débiteur du salaire lorsqu'il ne procurait plus au travailleur, qui était disposé à en prendre, du travail en suffisance. Le motif du refus - économique ou non - importait peu.

En l'occurrence, le motif invoqué n'était pas même vraisemblable; il ne méritait de toute façon aucune protection. La collaboratrice n'avait soi-disant pas la maturité suffisante pour pratiquer sa fonction, défaut qui se serait révélé au moment où elle avait fait intervenir son père dans leur relation professionnelle. Il était pourtant légitime de demander conseil à un juriste, fût-il son propre père. Au demeurant, s'il jugeait sa collaboratrice trop immature, l'employeur aurait dû non seulement renoncer à lui confier de nouveaux patients, mais aussi lui retirer ceux qu'elle suivait déjà, ce qu'il n'avait pas fait. Il avait bien plutôt appliqué une mesure de rétorsion contre une employée qui tentait de faire valoir ses droits. Aussi avait-elle droit à un salaire calculé d'après la moyenne des rémunérations perçues pendant la période où elle recevait du travail en quantité suffisante. Pour le surplus, le calcul retenu par le tribunal prud'homal n'était pas litigieux.

4.3. La Cour d'appel a souverainement constaté en fait que l'employeur avait cessé d'attribuer de nouveaux patients à l'employée dès février 2018, ce qu'il ne remet pas en cause, à tout le moins pas de manière conforme aux réquisits légaux (*supra* consid. 2). Il explique avoir agi ainsi car les compétences de l'employée ne lui paraissaient pas suffisantes. Rien, dans le jugement cantonal, ne permet toutefois d'aller dans son sens. Il reproche encore à l'employée d'avoir "*adopté un comportement visant à l'intimider et à exercer une pression à son encontre*", en déclarant ouvertement avoir pris conseil auprès de son père, alors juge fédéral suppléant. Il omet toutefois de soulever le grief d'arbitraire en l'adjoignant d'une motivation circonstanciée. De toute façon, l'autorité précédente a expliqué de manière convaincante que cette simple référence, certes loin d'être "idéale", n'était pas de nature à intimider l'employeur. Sachant qu'il avait subitement privé sa collaboratrice de nouveaux patients après qu'elle eut émis des prétentions découlant de son contrat et disputé les modifications suggérées, il est particulièrement malvenu de prétendre avoir été victime d'une intimidation. L'analyse juridique développée dans l'arrêt attaqué ne prête pas le flanc à la critique.

L'autorité précédente a dûment exposé la jurisprudence topique concernant le travail sur appel ([ATF 125 III 65](#) consid. 3b; [124 III 249](#) consid. 2a; arrêt 4A_534/2017 du 27 août 2018 consid. 4.1 et 4.3) et l'a correctement appliquée au cas d'espèce.

N'en déplaise au recourant, elle n'a pas détourné le propos de l'[ATF 125 III 65](#). Il résulte de cet arrêt que l'employeur peut tomber sous le coup de l'art. 324 al. 1 CO (même) lorsque la demeure tient à des motifs économiques (consid. 5 p. 69). Le législateur n'a pas voulu permettre à l'employeur de déterminer unilatéralement, en fonction de ses propres besoins, la durée du travail et la rétribution du travailleur (consid. 5 p. 70). La Cour d'appel n'a pas trahi ces préceptes en concluant que l'employeur devait procurer du travail en quantité suffisante à l'employée ou payer son salaire - que le motif de son refus ait une cause économique ou non. Pour le surplus, l'on se référera à l'arrêt attaqué, qui explique à satisfaction de droit pour quelles raisons les griefs repris dans le cadre du

présent recours sont inopérants (cf. art. 109 al. 3 LTF). Concernant la thématique du salaire convenable, le recourant n'explique d'ailleurs pas où résideraient les failles de la motivation proposée par la cour cantonale.

En bref, c'est à tort que l'employeur a cru détenir un pouvoir absolu sur le revenu de l'intimée, en cessant dès février 2018 de lui attribuer de nouveaux patients. Et les juges d'appel n'ont pas outrepassé les limites du droit fédéral en exigeant qu'il verse la différence avec le salaire que l'employée aurait dû toucher en se basant sur la période durant laquelle elle avait reçu suffisamment de patients. La méthode de calcul appliquée n'est pas contestée.

5. Au chapitre du **licenciement abusif**, l'employeur dénonce une violation de l'art. 8 CC et de l'art. 336 CO.

5.1. La Cour d'appel a retenu un congé abusif pour les raisons suivantes:

Dans un premier temps, l'employeur avait soutenu s'être séparé de sa collaboratrice parce qu'elle ne correspondait plus au poste. Dans son appel, il lui reprochait d'avoir recouru aux conseils de son père, juriste de profession et juge fédéral suppléant, pour faire valoir ses prétentions.

Le fait de prendre conseil dans une matière que l'on ne maîtrise pas - fût-ce auprès de son père - était, au contraire, un signe de maturité. L'employée avait simplement révélé, en toute transparence, qu'elle s'était renseignée sérieusement sur ses droits avant de conclure que la proposition de l'employeur n'était pas conforme et devait être rediscutée. En réalité, le licenciement était un congé-représailles visé par l'art. 336 al. 1 let. d CO.

5.2. La règle précitée déclare abusif le congé donné par une partie (ici l'employeur) parce que l'autre partie (en l'occurrence l'employée) fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail. On parle à cet égard de congé-représailles.

Pour retenir une telle hypothèse, il faut déterminer le motif réel du congé - opération qui relève du fait. Il importe peu que la prétention existe ou non. Il suffit que celui qui l'invoque puisse de bonne foi penser qu'elle est fondée ([ATF 136 III 513](#) consid. 2.3 et 2.4). La bonne foi est présumée (art. 3 al. 1 CC). Les prétentions émises doivent avoir joué un rôle causal dans la décision de licencier. Déterminer s'il existe un rapport de causalité naturelle est une question de fait ([ATF 136 III 513](#) consid. 2.6).

5.3. Dans le passage résumé ci-dessus, la Cour d'appel a laissé entendre qu'elle voyait dans les prétentions émises par l'employée la cause véritable du congé. S'il devait subsister un léger doute quant au motif retenu, il est définitivement levé à lecture d'un autre chapitre, dans lequel la Cour a clairement interprété le refus de fournir des nouveaux clients comme une "mesure de rétorsion face à une employée qui tent[ait] de faire valoir ses droits".

Résumé

[droitdutravail.ch](#): Newsletter novembre 2022

Commentaires / Besprechungen

- [arbeitsrecht-aktuell.ch](#): Nicolas Facincani, Abrufanspruch bei Arbeit auf Abruf, 17.10.2022
- [droitdutravailensuisse.com](#): Philippe Ehrenström, Travail sur appel (psychologue), congé-représailles, 04.10.2022

D. Protection de la personnalité / Persönlichkeitsschutz

D1 Atteinte à la personnalité liée à l'accès à des conversations privées du travailleur: [TF 4A 518/2020](#) du 25.08.2021

(pas de publication prévue dans le recueil officiel)

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

Objet: contrat de travail

(recours en matière civile contre l'arrêt, Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève, du 07.09.2020, C/6596/2017-5, [CAPH/163/2020](#))

Sujet / Thema

Tratitement illicite de données, droit à une indemnité pour tort moral

Unerlaubte Datenverarbeitung, Recht auf Entschädigung für immaterielle Schäden

Übersetzung (ins Deutsche)

keine bekannt

Regeste

Constituent des données au sens de l'[art. 328b CO](#) (en lien avec l'art. 3 let. a LPD) tous les renseignements, indications ou notes concernant la personne du travailleur, ses relations et ses activités, qu'elles portent sur sa vie privée ou professionnelle. La notion de « traitement » vise notamment la démarche de l'employeur qui prend intentionnellement connaissance, ou qui collecte des données personnelles d'un de ses employés. La simple transmission de données personnelles constitue une communication au sens de l'[art. 3 let. f LPD](#), et partant un traitement de données selon l'art. 3 let. e LPD (cons. 4.2.2).

L'art. 328b CO introduit une présomption de licéité du traitement de données lorsqu'elles « portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat ». Il concrétise ce fait justificatif dans le domaine des rapports de travail en désignant deux situations qui autorisent a priori le traitement de données.

De façon générale, la doctrine admet qu'un traitement de données s'inscrivant dans le champ de l'art. 328b CO (donc a priori licite) doit néanmoins respecter les principes généraux de la LPD, en particulier la bonne foi et la proportionnalité. Ce dernier principe commande de mettre en balance l'intérêt de l'auteur du traitement des données et celui de la personne concernée par ce traitement. Lorsque le traitement de données n'entre pas dans le cadre de l'art. 328b CO, il est présumé illicite et doit pouvoir se fonder sur un autre motif justificatif au sens de l'art. 13 LPD.

La doctrine distingue selon que l'employeur a interdit, autorisé ou toléré l'utilisation de la messagerie électronique et du téléphone portable professionnels à des fins privées. La marge de manœuvre de l'employeur serait plus large lorsqu'il a interdit l'utilisation privée de ces moyens de communication, parce qu'il est alors légitimé à contrôler si l'employé respecte ses directives. Des limites doivent être posées. D'aucuns précisent que même en cas d'interdiction, l'employeur doit en principe s'abstenir de prendre connaissance du contenu des courriels privés ou des conversations téléphoniques privées de l'employé.

Selon la doctrine, la nécessité de recueillir des preuves en prévision d'un procès portant sur la fin des rapports de travail peut entrer dans le champ de l'art. 328b CO.

L'autorité précédente a toutefois jugé qu'il existait d'autres moyens d'investigation moins intrusifs permettant d'atteindre le but recherché par l'employeuse, qui pouvait notamment recueillir des renseignements auprès des employés et les faire auditionner comme témoins. Ce faisant, elle a brandi le principe de proportionnalité et soupesé les intérêts en cause, considérant que celui de l'employeuse à récolter des preuves pour se défendre n'était pas prépondérant dans cette affaire de nature patrimoniale et ne justifiait pas pareille intrusion dans la vie intime de l'intéressé.

En jetant en pâture jusque dans son recours des pans de la vie intime de l'employé pour défendre ses intérêts financiers, l'employeuse ne réussit qu'à démontrer son absence totale d'égard pour la personnalité de l'intimé (cons. 4.2.4).

L'octroi d'une indemnité pour tort moral était en l'espèce justifié (cons. 4.2.5).

Faits

E exploite des centres de formation linguistique. Par contrat de travail, elle a engagé T pour le 1er octobre 2013 en qualité de directeur des opérations à un taux d'activité de 100 %.

T était membre du comité de direction de la société, lequel comprenait également D1, directeur général, et D2, directeur financier.

En novembre 2015, E a acquis des succursales en Suisse alémanique. T s'est alors régulièrement rendu dans cette région pour assurer le suivi de la nouvelle équipe, ce qui a augmenté sa charge de travail. Durant les trajets, il travaillait dans le train.

Le 27 août 2016, D1 a annoncé sa décision de modifier l'organigramme de l'entreprise pour intégrer A, responsable des ressources humaines engagé le 1er mai 2016, et B, «responsable qualité» engagé le 1er août 2016, au comité de direction.

Par courriels des 28 août et 2 septembre 2016, T a transmis à A le détail des heures supplémentaires qu'il affirmait avoir effectuées entre le 22 août et le 2 septembre 2016, soit 61 heures.

Le 2 septembre 2016, T a adressé un second courriel à D1 et A en lien avec la problématique des heures supplémentaires, se plaignant notamment d'une répartition inéquitable des tâches.

Ce même mois de septembre 2016, T est parti 10 jours en vacances.

Durant son absence, D1 a approché les collaborateurs du département des ventes afin d'évaluer son type de management. Il souhaitait savoir si l'équipe était heureuse et fiable. A a également intensifié les contacts avec l'équipe de vente pour obtenir des informations sur le comportement de l'employé et ses pratiques managériales. Il cherchait notamment à déterminer si celui-ci ne mettait pas une pression excessive sur les membres de son équipe.

Les relations entre T et D1 se sont tendues dès ce mois. Les séances du comité de direction ont été suspendues durant une période.

Le 28 septembre 2016, D1 a proposé à T de signer un avenant rétablissant les délais de congé légaux en lieu et place du délai de six mois convenu en avril 2015. Le 30 septembre 2016, il lui a soumis pour signature un document qui formalisait cette modification et en introduisait d'autres: le nombre d'heures de travail hebdomadaire passait à 42 et l'employé pouvait être appelé, vu sa fonction, à effectuer des heures supplémentaires dont la rémunération était considérée comme incluse dans le salaire.

Le 21 octobre 2016, les parties ont finalement signé un avenant annulant celui du 24 avril 2015 et réintroduisant les délais de congé légaux à compter du 1er octobre 2016. Les autres modifications envisagées ont été abandonnées.

Par courrier du 18 novembre 2016, E a résilié le contrat de travail de T pour le 31 janvier 2017. E imputait sa décision à un chiffre d'affaires insuffisant, des budgets de vente ne tenant pas compte de la réalité du marché ainsi qu'un management discutable, imprécis et problématique.

La missive a été remise à T en mains propres lors d'un entretien qui s'est tenu le même jour. T a été invité à restituer son téléphone et son ordinateur portables, ce qu'il a fait le 21 novembre suivant, non sans avoir préalablement réinitialisé ledit

téléphone. Il a été libéré de son obligation de travailler. Il a menacé de se mettre en arrêt maladie et de «pourrir la vie» de son employeuse.

Par courrier du 24 novembre 2016, T a formé opposition au congé qu'il estimait abusif. Il a déclaré vouloir invalider l'avenant au contrat de travail du 21 octobre 2016 pour vice du consentement.

Par courrier recommandé du 16 décembre 2016, E a signifié à T qu'elle résiliait son contrat de travail avec effet immédiat en raison d'une rupture du lien de confiance. Elle lui reprochait notamment d'avoir tenu des propos grossiers et indécents sur son lieu de travail et de s'y être rendu coupable d'agissements obscènes à caractère sexuel. Il était précisé que ces faits avaient été portés à la connaissance de D1 via des témoignages écrits d'employés datés des 14 et 15 décembre 2016.

Par courrier du 20 décembre 2016, T a contesté les reproches dont il faisait l'objet, considérant le licenciement immédiat comme injustifié.

Dans le courant du mois d'avril 2017, D1. a chargé sa fille de récupérer les données contenues dans le téléphone portable restitué par T. Consécutivement, T a déposé une plainte pénale auprès du Ministère public pour accès indu à un système informatique et soustraction de données personnelles. Dans le cadre de cette procédure, D1 a expliqué avoir eu des difficultés à accéder aux données WhatsApp figurant sur le téléphone portable utilisé par l'employé car les conversations avaient été effacées. En revanche, il avait facilement pu accéder au compte iCloud de l'employé en mentionnant le numéro de raccordement que ce dernier utilisait.

T a assigné E devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève.

Par jugement du 9 septembre 2019, le Tribunal des prud'hommes a condamné E à verser à T

- son salaire pour la période du 1er juin au 31 août 2017 (62'718 fr. bruts),
- l'indemnisation de la perte de gain causée par l'incapacité de travail entre le 9 mars et le 31 mai 2017 (43'924 fr. 45) et la part patronale à la prévoyance professionnelle pour les mois de juin à août 2017 (4'996 fr. 80), sous déduction de la somme due à la caisse de chômage pour le versement des indemnités de chômage (28'487 fr. 65),
- une rémunération pour ses heures supplémentaires (100'000 fr. bruts) ainsi qu'une indemnité pour le solde de vacances non prises (21'639 fr. 45 bruts),
- une indemnité pour résiliation immédiate injustifiée (104'530 fr.), ainsi qu'une indemnité pour tort moral (5'000 fr.).

Le Tribunal des prud'hommes a également condamné E à rembourser la caisse de chômage pour les indemnités versées entre mai et août 2017. Enfin, E a été astreinte à délivrer un certificat de travail à son ex-employé.

E a formé appel de ce jugement et T a déposé un appel joint.

Par arrêt du 7 septembre 2020, la Cour de justice genevoise a réformé le jugement. Elle a écarté diverses pièces produites (cf. let. B.a supra) au motif qu'il s'agissait de moyens de preuve obtenus illicitement sans que l'employeuse pût invoquer un intérêt prépondérant à la manifestation de la vérité (art. 152 al. 2 CPC a contrario). Sur le fond, elle a estimé que la résiliation immédiate des rapports de travail était justifiée par les comportements déplacés que l'employé avait adoptés sur son lieu de travail, lesquels apparaissaient suffisamment graves pour entraîner la perte du rapport de confiance. En conséquence, elle a débouté T de ses prétentions en versement du salaire et de la part patronale à la prévoyance professionnelle, ainsi qu'en octroi d'une indemnité pour résiliation immédiate injustifiée. Elle a par ailleurs rejeté les prétentions de la caisse de chômage dès

lors que le contrat de travail avait valablement pris fin le 16 décembre 2016. En revanche, elle a condamné l'employeuse à verser à l'employé:

- 35'819 fr. 30 nets au titre d'indemnités perte de gain pour l'incapacité de travail afférente à la période du 9 mars au 31 mai 2017 (l'employeuse ayant omis de payer les primes de l'assurance perte de gain contractée, de sorte que les prestations convenues n'avaient pas été entièrement versées);
- 223'745 fr. 80 bruts pour le solde de vacances non prises (21'639 fr. 45) et pour les heures supplémentaires non rémunérées (202'106 fr. 35),
- 5'000 fr. à titre d'indemnité pour tort moral.

L'autorité d'appel a en outre enjoint à E de délivrer un certificat de travail d'une certaine teneur.

Le Tribunal fédéral a confirmé l'arrêt cantonal

Extraits des considérants

4.1. La cour cantonale a alloué à l'employé une indemnité pour tort moral de 5'000 fr. motivée par la grave atteinte que l'employeuse avait portée à sa personnalité (art. 328 et 328b CO en lien avec l'art. 49 al. 1 CO). Son argumentation peut se résumer comme il suit:

Après le licenciement immédiat de l'employé, l'employeuse avait accédé sans autorisation aux conversations privées que celui-ci avait échangées avec autrui sur son téléphone portable et sa messagerie électronique professionnels.

Le contrat précisait certes que le téléphone portable ne devait être utilisé qu'à des fins professionnelles. L'intéressée savait néanmoins que l'employé en faisait aussi un usage privé puisqu'elle lui avait donné la possibilité de supprimer ses données privées avant de restituer l'appareil. Dans ce contexte, récupérer cinq mois plus tard, sans autorisation, les données du téléphone via le compte iCloud personnel de l'employé constituait non seulement une atteinte à la personnalité, mais aussi une violation du principe de la bonne foi. Quant à la messagerie professionnelle, l'employeuse n'avait pas interdit son utilisation à des fins privées et y avait également accédé sans autorisation alors que le contenu des messages était personnel. Ce faisant, elle avait derechef porté atteinte à la personnalité de l'employé.

L'employeuse entendait récolter des preuves susceptibles d'accabler l'employé. Or, d'autres méthodes moins intrusives lui eussent permis de sauvegarder ses intérêts, notamment en récoltant des informations auprès des employés qui avaient travaillé avec l'intimé et en demandant leur audition en tant que témoins.

D'un point de vue objectif, l'atteinte (illicite) à la personnalité était particulièrement grave. Les données obtenues ne relevaient pas seulement de la sphère privée de l'employé, mais aussi de sa sphère intime, notamment sexuelle. Qui plus est, l'employeuse avait eu accès à l'ensemble des conversations privées que l'employé avait échangées sur son téléphone portable professionnel durant les rapports de travail. Certaines données avaient même été portées à la connaissance de tiers tels que des employés de l'entreprise, des membres de la famille de D1. _____ ou des personnes ayant eu accès à la présente procédure, dont les employés de l'assurance chômage.

Sur le plan subjectif, l'atteinte subie par l'employé, déjà fragilisé psychologiquement par la résiliation des rapports de travail, était effectivement de nature à provoquer la forte souffrance morale qu'il disait avoir ressentie.

4.2. La recourante conteste cette analyse à divers égards.

4.2.1. L'employeur est tenu de protéger et respecter, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur (art. 328 al. 1 CO).

Il ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où elles portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. En outre, les dispositions de la loi fédérale sur la protection des données (LPD, RS 235.1) sont applicables (art. 328b CO).

Selon l'art. 3 LPD, constituent des données (personnelles) toutes les informations se rapportant à une personne identifiée ou identifiable (let. a). Par traitement, il faut comprendre toute opération relative à des données personnelles - quels que soient les moyens et procédés utilisés - notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction de données (let. e).

Tout traitement de données doit être licite, et effectué conformément aux principes de la bonne foi et de la proportionnalité (art. 4 al. 1 et 2 LPD).

Une atteinte à la personnalité est illicite à moins d'être justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi (art. 13 al. 1 LPD; cf. aussi art. 28 al. 2 CC).

4.2.2. La recourante conteste avoir traité des données personnelles au sens de l'art. 3 LPD.

Les informations/données visées par l'art. 3 let. a LPD peuvent consister en des constatations de fait ou en des jugements de valeur se rapportant à une personne identifiée ou identifiable. Peu importe la forme des données (signe, mot, image, son ou une combinaison de ces éléments) et le support sur lequel elles reposent (matériel ou électronique) (cf. entre autres PORTMANN/RUDOLPH, in Basler Kommentar [Obligationenrecht I], 7e éd. 2020, n° 3 ad art. 328b CO; GABOR BLECHTA, in Basler Kommentar [Datenschutzgesetz], 3e éd. 2014, n° 6 ad art. 3 LPD; PHILIPPE MEIER, Protection des données, 2011, n° 422). Constituent ainsi des données au sens de l'art. 328b CO tous les renseignements, indications ou notes concernant la personne du travailleur, ses relations et ses activités, qu'elles portent sur sa vie privée ou professionnelle (MEIER, op. cit., n° 2031).

Quant à la notion de traitement, qui est très large comme le montre la définition légale précitée, il est admis qu'elle vise notamment la démarche de l'employeur qui prend intentionnellement connaissance (ou collecte) des données personnelles d'un de ses employés. La simple transmission de données personnelles constitue une communication au sens de l'art. 3 let. f LPD, et partant un traitement de données selon l'art. 3 let. e LPD (arrêt 4A_661/2016 du 31 août 2017 consid. 3.1).

A l'aune de ces précisions, la recourante conteste sans succès que l'accession à des messages que l'employé avait échangés avec des tiers sur son téléphone portable et sa messagerie électronique professionnels, respectivement leur prise de connaissance et leur transmission à autrui constituent un traitement de données personnelles au sens de l'art. 3 LPD (cf. PETER HAFNER, Auswertung der E-Mails von Arbeitnehmern, PJA 2018 p. 1328 et 1329 point III/A).

4.2.3. Se pose ensuite la question de savoir si ce traitement constitue une atteinte illicite à la personnalité du travailleur, étant entendu que la protection de l'art. 328b CO peut s'exercer même après la fin des rapports de travail (ATF 131 V 298 consid. 6.1 i.f. p. 304).

Les droits de la personnalité d'une personne physique englobent le droit au respect de la vie privée, qui comprend une sphère privée et une sphère intime. En font parties les informations de nature personnelle transmises au moyen de la messagerie électronique. L'irruption d'un tiers dans cette sphère, notamment pour rassembler des informations, constitue une atteinte à la personnalité (ATF 130 III 28 consid. 4.2 p. 33). En l'occurrence, la nature privée, et parfois même intime,

des messages consultés n'est pas contestée, de sorte qu'il n'y a guère de quoi disputer l'atteinte à la sphère privée de l'intéressé (cf. arrêt 4A_465/2012 du 10 décembre 2012 consid. 3.2 ab initio). Le coeur du litige porte bien plutôt sur la licéité de cette atteinte.

4.2.4. Il existe des dissensions doctrinales sur la nature et la portée de l'art. 328b CO (cf. le résumé de la querelle présenté par HAFNER, op. cit., p. 1330; JEAN-PHILIPPE DUNAND, Commentaire du contrat de travail, 2013, n° 4 ad art. 328b CO; MEIER, op. cit., nos 2032 ss; ROSENTHAL/JÖHRI, in Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2008, nos 3 ss ad art. 328b CO). Pour la majorité toutefois, cette norme concrétise les principes de proportionnalité et de finalité ancrés à l'art. 4 al. 2 et 3 LPD (cf. entre autres HAFNER, op. cit., p. 1330; MEIER, op. cit., n° 2037; Message du 23 mars 1988 concernant la loi fédérale sur la protection des données, FF 1988 II 494).

Cela étant, le Tribunal fédéral a précisé que l'art. 328b CO introduit une présomption de licéité du traitement de données lorsqu'elles «portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat» (ATF 130 II 425 consid. 3.3 p. 434). Le traitement de données est en principe licite lorsqu'il est en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat. L'art. 328b CO concrétise ce fait justificatif dans le domaine des rapports de travail en désignant deux situations qui autorisent a priori le traitement de données (GABRIEL AUBERT, La protection des données dans les rapports de travail, in Journée 1995 de droit du travail et de la sécurité sociale, 1999, p. 150).

De façon générale, la doctrine admet qu'un traitement de données s'inscrivant dans le champ de l'art. 328b CO (i.e. a priori licite) doit néanmoins respecter les principes généraux de la LPD, en particulier la bonne foi et la proportionnalité (HAFNER, op. cit., p. 1330 i.f.et 1334; DUNAND op. cit., nos 13 et 34 ad art. 328b CO; STREIFF ET ALII, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7e éd. 2012, p. 583 n. 7 et p. 621 n. 18; MEIER, op. cit., no 2055; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2010, n° 7 ad art. 328b CO; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4e éd. 2006, nos 1 et 8 ad art. 328b CO; AUBERT, op. cit., p. 150 i.f.; cf. aussi ATF 130 II 425 consid. 3.3 p. 434). Ce dernier principe commande de mettre en balance l'intérêt de l'auteur du traitement des données et celui de la personne concernée par ce traitement (cf. par ex. MEIER, op. cit., n° 665 s.). Lorsque le traitement de données n'entre pas dans le cadre de l'art. 328b CO, il est présumé illicite et doit pouvoir se fonder sur un autre motif justificatif au sens de l'art. 13 LPD (PORTMANN/RUDOLPH, op. cit., nos 7 et 23 ad art. 328b CO; DUNAND, op. cit., n° 25 ad art. 328b CO; MEIER, op. cit., nos 2056 et 2060; SUBILIA/DUC, Droit du travail, 2010, nos 20 ss ad art. 328b CO; REHBINDER/STÖCKLI, op. cit., n° 11 ad art. 328b CO; ROSENTHAL/JÖHRI, op. cit., nos 12-14 ad art. 328b CO; AUBERT, op. cit., p. 151; cf. aussi l'arrêt 4A_588/2018 du 27 juin 2019 consid. 4.3.1; contra STREIFF ET ALII, op. cit., p. 579 n. 3).

La doctrine est encline à distinguer selon que l'employeur a interdit, autorisé ou toléré l'utilisation de la messagerie électronique et du téléphone portable professionnels à des fins privées. La marge de manoeuvre de l'employeur serait plus large lorsqu'il a interdit l'utilisation privée de ces moyens de communication, parce qu'il est alors légitimé à contrôler si l'employé respecte ses directives (cf. DUNAND, op. cit., nos 82 ss ad art. 328b CO; STREIFF ET ALII, op. cit., p. 621-623 n. 18; GABRIEL AUBERT, in Commentaire romand [Code des obligations I], 2e éd. 2012, nos 8-9 ad art. 328b CO; MEIER, op. cit., nos 2170 ss; BERTIL COTTIER, La protection des données, in Internet au lieu de travail, 2004, p. 100 s.; cf. en outre le Guide du Préposé fédéral à la protection des données destiné à l'économie privée, «relatif à la surveillance de l'utilisation d'Internet et du courrier

électronique au lieu de travail» [état: septembre 2013], accessible sur le site Internet www.edoeb.admin.ch, spéc. points B.5.4 et B.5.7). Des limites doivent être posées (STREIFF ET ALII, op. cit., p. 622). D'aucuns précisent que même en cas d'interdiction, l'employeur doit en principe s'abstenir de prendre connaissance du contenu des courriels privés ou des conversations téléphoniques privées de l'employé (DUNAND, op. cit., nos 83 i.f., 96 et 103 ad art. 328b CO; MEIER, op. cit., n° 2176, qui concède l'aspect artificiel de cette prescription; ROSENTHAL/JÖHRI, op. cit., no 64 ad art. 328b CO).

En l'occurrence, l'employeuse insiste sur le fait que les messages WhatsApp et les courriers électroniques ont été échangés sur des supports professionnels (téléphone portable et ordinateur) qu'elle avait mis à disposition de l'employé. Elle semble ainsi soutenir entre les lignes que le traitement de ces données s'inscrivait dans le cadre autorisé par l'art. 328b CO, en tant qu'il devait établir les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou s'avérerait nécessaire à l'exécution du contrat de travail. Ces données - qu'elle distille dans son recours - démontreraient que l'employé n'effectuait pas les heures supplémentaires prétendues et mettraient en relief son incapacité à «manager» du personnel.

La doctrine semble encline à interpréter largement la notion de données «nécessaires à l'exécution du contrat de travail». Plusieurs auteurs indiquent que sont notamment visées les données nécessaires à la conduite d'un procès portant sur un litige relatif aux rapports de travail (PORTMANN/RUDOLPH, op. cit., n° 9 ad art. 328b CO; JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, 3e éd. 2014, n° 2 ad art. 328b CO; STREIFF ET ALII, op. cit., p. 583 n. 6 i.f.; MEIER, op. cit., nos 2072 i.f. et 2131; ROSENTHAL/JÖHRI, op. cit., no 27 ad art. 328b CO, qui mentionnent le cas d'une recherche dans les e-mails privés de l'employé; STAEHELIN, op. cit., n° 6 ad art. 328b CO). Toutefois, lors même que l'accession aux messages privés et leur consultation s'inscriraient dans le champ d'activités a priori autorisées par l'art. 328b CO, ces traitements de données restent assujettis aux principes généraux de la LPD.

Il a été constaté en fait que l'employeuse était mue par le souci de trouver des preuves susceptibles d'accabler l'employé. Elle avait successivement notifié deux résiliations de contrat, l'une ordinaire, l'autre avec effet immédiat, et par deux fois l'employé avait manifesté son opposition; dans un possible accès de rage, il avait annoncé son intention de lui «pourrir la vie» et déclaré vouloir invalider l'avenant d'octobre 2016 relatif au délai de congé. Un procès était dès lors prévisible, et l'employeuse devait bien s'attendre à ce que l'ex-employé émette des prétentions pécuniaires. En revanche, un intérêt à protéger les autres employés ne pouvait guère être revendiqué puisque les rapports de travail avaient pris fin.

Selon la doctrine précitée, la nécessité de recueillir des preuves en prévision d'un procès portant sur la fin des rapports de travail peut entrer dans le champ de l'art. 328b CO.

L'autorité précédente a toutefois jugé qu'il existait d'autres moyens d'investigation moins intrusifs permettant d'atteindre le but recherché par l'employeuse, qui pouvait notamment recueillir des renseignements auprès des employés et les faire auditionner comme témoins. Ce faisant, elle a brandi le principe de proportionnalité et soupesé les intérêts en cause, considérant que celui de l'employeuse à récolter des preuves pour se défendre n'était pas prépondérant dans cette affaire de nature patrimoniale et ne justifiait pas pareille intrusion dans la vie intime de l'intéressé (cf. aussi consid. 5.2.1.1 infra).

Dans les circonstances d'espèce, il faut bien admettre que la Cour de justice n'a pas enfreint le droit fédéral en tirant une telle conclusion, ni abusé de son pouvoir d'appréciation. En jetant en pâture jusque dans son recours des pans de la vie

intime de l'employé pour défendre ses intérêts financiers, l'employeuse ne réussit qu'à démontrer son absence totale d'égard pour la personnalité de l'intimé.

4.2.5. Le salarié victime d'une atteinte à la personnalité contraire à l'art. 328 CO (respectivement à l'art. 328b CO) du fait de son employeur peut, le cas échéant, prétendre à une indemnité pour tort moral aux conditions fixées par l'art. 49 al. 1 CO (ATF 130 III 699 consid. 5.1 p. 704; arrêt précité 4A_465/2012 consid. 3.2).

Selon cette disposition, celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement. N'importe quelle atteinte légère à la réputation professionnelle, économique ou sociale d'une personne ne justifie pas une réparation (ATF 130 III 699 consid. 5.1 p. 704; 125 III 70 consid. 3a p. 75). L'atteinte doit avoir une certaine gravité objective et doit avoir été ressentie par la victime, subjectivement, comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime qu'une personne, dans ces circonstances, s'adresse au juge pour obtenir réparation (arrêt précité 4A_465/2012 consid. 3.2; arrêt 4A_665/2010 du 1er mars 2011 consid. 6.1).

En l'espèce, la gravité de l'atteinte a été suffisamment soulignée par la cour cantonale (consid. 4.1 supra). Quant à la souffrance morale de l'employé, elle est d'autant plus évidente que l'employeuse ne lui a pas épargné l'étalage des détails de sa vie intime dans le contexte de la présente procédure. Le fait que l'intéressé ait adopté des comportements importuns à caractère sexuel sur son lieu de travail avant la résiliation de son contrat (arrêt attaqué p. 35) ne le prive pas pour autant du droit au respect de sa sphère privée et intime. L'employeuse a beau jeu de prétendre que la femme et le fils de son directeur général (D1) avaient le droit d'être informés par le menu, à mesure qu'ils seraient eux-mêmes victimes d'atteinte à l'honneur: elle ne saurait légitimer a posteriori son intrusion par ce qu'elle prétend avoir découvert ou l'interprétation qu'elle en livre. Quant aux employés de la caisse de chômage qui n'auraient, à l'en croire et de manière quasi certaine, même pas consulté le dossier, et donc pas pris connaissance des éléments touchant à la vie intime de l'intimé, ce ne sont certes pas les descriptions qui jalonnent les écritures de la recourante qui sont aptes à les en dissuader. C'est donc à bon droit que la cour cantonale a condamné l'employeuse à payer à l'employé une indemnité pour tort moral dont le montant - incontesté en tant que tel - doit être confirmé.

Résumé

droitdutravail.ch: Newsletter octobre 2021

Commentaires / Besprechungen

- arbeitsrecht-aktuell.ch: Nicolas Facincani, Persönlichkeitsschutz bei der Bearbeitung von Personendaten, 13.10.2021
- datenrecht.ch: Valentin Freiermuth, BGer 4A_518/2020: Art. 328b OR keine Verbotsnorm, sondern Bearbeitungsgrundsatz, 24.11.2021
- droitdutravail.ch: David Raedler, La fouille illicite de messages privés par l'employeur: entre traitement et moyens de preuve illicites, commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_518/2020, Newsletter octobre 2021
- droitdutravailensuisse.com: Philippe Ehrenströhm, Protection des données: rapports entre l'art. 328b CO et la LPD, 05.10.2021
- lawinside.ch: Célian Hirsch, L'exploitabilité des échanges privés de l'employé, 23.10.2021

autres références /weitere Fundstellen

- Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT), Accès à la messagerie, www.edoeb.admin.ch
- Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB), Zugriff auf E-Mails von Mitarbeitenden, www.edoeb.admin.ch

E. Vacances + jours fériés / Ferien + Feiertage**E1 Auszahlung Ferienlohn: [BGE 149 III 202](#)**

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

[BGer 4A 357/2022](#) vom 30.01.2023

Gegenstand: Arbeitsvertrag, Ferienlohn

(Beschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, vom 10.05.2022, [400 22 36](#))

Sujet / Thema

Conditions dans lesquelles le salaire afférent aux vacances peut exceptionnellement être inclus dans le salaire

Bedingungen, unter denen ausnahmsweise der Ferienlohn ausnahmsweise ausbezahlt werden kann.

Regeste (fr)

[Art. 329d al. 1 CO](#); inclusion de l'indemnité de vacances dans le salaire courant.

En cas d'emploi à plein temps chez un unique employeur, l'inclusion exceptionnelle de l'indemnité de vacances dans le salaire justifiée par les fluctuations mensuelles du taux d'occupation est exclue (consid. 2).

Regeste (dt)

[Art. 329d Abs. 1 OR](#); Abgeltung des Ferienlohnanspruchs mit dem laufenden Lohn.

Bei einer Vollzeitbeschäftigung bei derselben Arbeitgeberin ist eine ausnahmsweise Abgeltung des Ferienlohnanspruchs aufgrund monatlicher Schwankungen des geschuldeten Lohns ausgeschlossen (E. 2).

Regeste, private

Bei einer Vollzeitbeschäftigung bei derselben Arbeitgeberin ist eine ausnahmsweise Abgeltung des Ferienlohnanspruchs aufgrund monatlicher Schwankungen des geschuldeten Lohnes ausgeschlossen. Die arbeitnehmende Person darf während den Ferien lohnmässig nicht schlechter gestellt werden, als wenn sie in dieser Zeit gearbeitet hätte. Zudem soll ihr Erholung ermöglicht werden, ohne dadurch einen Lohnausfall zu haben.

Die Rechtsprechung lässt nur bei unregelmässiger Beschäftigung Abweichungen von der (grundsätzlich zwingenden) Bestimmung von [Art. 329d Abs. 2 OR](#) zu.

Mit Blick auf die heute zur Verfügung stehenden Softwareangebote und Zeiterfassungssysteme erscheint die Berechnung des Ferienlohns auch bei monatlichen Lohnschwankungen nicht mehr als unzumutbar. Der Schutzzweck von [Art. 329d OR](#) würde ausgehöhlt, wenn bei einem Vollzeitpensum wegen Schwankungen des geschuldeten Lohnes vom Abgeltungsverbot abgewichen werden dürfte.

Tatsächliches

Betroffen war eine Verpackungsmitarbeiterin mit einer Arbeitszeit von 45 Wochenstunden und einem Stundenlohn von CHF 18.00, zu dem jeweils noch eine pro-

zentuale Ferienentschädigung von anfänglich 8.33% und später 10.64% ausbezahlt wurde. Nach Zwangsferien infolge der Covid-19-Pandemie kündigt die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis auf den 30.09.2020 infolge Reorganisation, worauf die Arbeitnehmerin später Klage erhob und unter anderem die Nachzahlung von etwas über 17'000 Franken Ferienlohn verlangte, was sowohl vom Zivilgericht Basel-Landschaft West wie vom Kantonsgericht Basel-Landschaft geschützt worden ist.

Schon in jenem Verfahren berief sich die Arbeitgeberin erfolglos darauf, es liege eine unregelmässige Vollbeschäftigung vor, was die Auszahlung des Feriengelds jeweils mit dem Stundenlohn gerechtfertigt habe. Auch ihre Berufung auf die Entscheide [BGer 4A 619/2019](#) vom 15.04.2020 und [BGer 4A 31/2021](#) vom 30.03.2022, die beide in der gleichen Sache eines vollzeitbeschäftigten Kehrwagen-Chauffeurs ergingen, half ihr nichts. Tatsächlich hatte das Bundesgericht dort trotz Vollzeitbeschäftigung eine unregelmässige Arbeitszeit vorgenommen und die nochmalige Nachforderung des Ferienlohn durch den Arbeitnehmer letztlich verweigert. Mit der Abweisung der Beschwerde durch das Bundesgericht wurde die Nachforderung in diesem Fall auch von der obersten Instanz geschützt. Wohl deshalb dürfte er in der Medienmitteilung des Bundesgerichts als Präzisierung der Rechtsprechung bezeichnet worden sein.

Communiqués de presse Tribunal fédéral / Medienmitteilungen Bundesgericht

- [bger.ch](#): Arrêt du 30.01.2023 (4A_357/2022), Salaire afférent aux vacances inclus dans le salaire courant en cas de travail à temps plein; précision de la jurisprudence, 02.03.2023
- [bger.ch](#): Urteil vom 30.01.2023 (4A_357/2022), Ferienanteil im laufenden Lohn bei Vollzeitanstellung; Präzisierung der Rechtsprechung, 03.06.2022

Résumé

- [droitdutravail.ch](#): Newsletter juin 2023 (seulement regeste)

Commentaires / Besprechungen

- [arbeitsrecht-aktuell.ch](#): Nicolas Facincani, Achtung: Keine Auszahlung des Ferienlohnes bei Vollzeitbeschäftigung, 02.03.2023
- [droitdutravail.ch](#): Diana Tettü Pochon, Salaire afférent aux vacances des employés à plein temps avec un salaire horaire; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_357/2022, Newsletter juin 2023
- [droitdutravailensuisse.com](#): Philippe Ehrenström, Payement des vacances avec le salaire: la porte se ferme, 03.03.2023

F. Certificat de travail / Arbeitszeugnis

F1 Certificat de travail, prescription de l'action: [ATF 147 III 78](#)

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

[TF 4A 295/2020](#) du 28.12.2020

Objet: contrat de travail, prescription

(recours en matière civile contre l'arrêt, Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève, du 28.04.2020, C/29611/2017-3, [CAPH/88/2020](#))

Sujet / Thema

Certificat de travail, délai de prescription applicable: cinq ans ou dix ans ?

Arbeitszeugnis, geltende Verjährungsfrist: fünf oder zehn Jahre?

Übersetzung (ins Deutsche)

Praxis 110/2021 Nr. 75

Regeste (fr)

[Art. 127](#), [330a CO](#); *certificat de travail, prescription.*

Les actions en délivrance, respectivement en rectification du certificat de travail, sont soumises au délai de prescription général de dix ans selon l'art. 127 CO (consid. 6.2-6.9).

Regeste (de)

[Art. 127](#), [330a OR](#); *Arbeitszeugnis, Verjährung.*

Klagen auf Ausstellung bzw. Berichtigung eines Arbeitszeugnisses unterliegen der allgemeinen Verjährungsfrist von zehn Jahren gemäss Art. 127 OR (E. 6.2-6.9).

Extraits des considérants

6.2. Jusqu'ici, le Tribunal fédéral n'a pas eu à examiner à quel délai de prescription était soumise l'action en délivrance, respectivement en rectification, d'un certificat de travail.

6.3. Selon l'art. 330a al. 1 CO, le travailleur peut demander en tout temps à l'employeur un certificat portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite. D'après l'art. 341 al. 2 CO, les dispositions générales en matière de prescription sont applicables aux créances découlant du contrat de travail.

Aux termes de l'art. 127 CO, toutes les actions se prescrivent par dix ans, lorsque le droit civil fédéral n'en dispose pas autrement. Tel est le cas de l'art. 128 ch. 3 CO, qui prévoit un délai de prescription de cinq ans pour les actions des travailleurs pour leurs services (*Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern, azioni per rapporti di lavoro di lavoratori*, dans les versions allemande et italienne).

6.4. La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte se prête à plusieurs interprétations, s'il y a de sérieuses raisons de penser qu'il ne correspond pas à la volonté du législateur, il convient de rechercher sa véritable portée au regard notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique) (ATF 138 III 166 consid. 3.2; 136 III 283 consid. 2.3.1; 135 III 640 consid. 2.3.1). Lorsqu'il est appelé à interpréter une loi, le Tribunal fédéral adopte une position pragmatique en suivant ces différentes interprétations, sans les soumettre à un ordre de priorité (ATF 137 III 344 consid. 5.1; 133 III 257 consid. 2.4; 131 III 623 consid. 2.4.4 et les références).

6.5. Le texte de l'art. 128 ch. 3 CO a une formulation large (ATF 136 III 94 consid. 4.1). Il ne distingue pas les différents types de prétentions que pourrait faire valoir l'employé sur la base de son contrat de travail. Ainsi, en s'arrêtant à la lettre de la loi, il conviendrait de soumettre les actions concernant le certificat de travail à cette disposition (en ce sens: STEPHEN BERTI, Zürcher Kommentar, 2002, n° 61 ad art. 128 CO; arrêt du 20 novembre 1979 de l'Arbeitsgericht de Zurich, in JAR 1981 p. 274).

Une nette majorité de la doctrine conteste ce point de vue et soutient que le délai de 5 ans n'est pas applicable aux actions en lien avec le certificat de travail. Elle justifie sa position en expliquant qu'un tel délai ne concerne que les créances de salaires au sens large ou pécuniaires (ROBERT DÄPPEN, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7e éd. 2020, n° 13 et 13a ad art. 128 CO;

PORTMANN/RUDOLPH, in Basler Kommentar, op. cit., n° 1 ad art. 330a CO; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4e éd. 2019, pp. 522, 894 s.; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 201 4, n° 30 ad art. 341 CO; BOHNET/DIETSCHY, in Commentaire du contrat de travail, 2013, nos 32 et 33 ad art. 341 CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7e éd. 2012, pp. 1300 s.; PASCAL PICHONNAZ, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2e éd. 2012, n° 30 ad art. 128 CO; GABRIEL AUBERT, in Commentaire romand, op. cit., n° 7 ad art. 330a C O; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2010, n° 16 ad art. 330a CO; PHILIPPE CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, 2009, pp. 406 s. et 610 s.; STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, 1996, n° 5a ad art. 330a CO et n° 19 ad art. 341 CO). Elle se réfère au but de cette disposition.

6.6. Jusqu'en 1971, l'art. 128 al. 3 CO prévoyait que se prescrivaient par cinq ans les actions " des commis, employés de bureau, domestiques, journaliers et ouvriers pour leur salaire " (RO 1911 357). Les versions allemande et italienne faisaient état de ce qui suit: " Forderungen aus Arbeit von Angestellten, Dienstboten, Tagelöhnern und Arbeitern " (AS 1911 355; ATF 98 II 184 consid. 3); " azioni per lavoro d'impiegati, giornalieri, domestici ed operai " (RU 1911 410).

Dans son message, le Conseil fédéral a indiqué, au sujet de l'art. 147 aCO (remplacé dès le 1er janvier 1912 par l'art. 128 al. 3 CO), que les obligations concernées par cette prescription de courte durée avaient en commun le fait qu'elles reposaient sur des contrats synallagmatiques dans lesquels il était d'usage de s'exécuter à bref délai et pour lesquels on ne dressait généralement pas d'acte ni ne gardait longtemps de quittance (ATF 132 III 61 consid. 6.1; 123 III 120 consid. 2b; 98 II 184 consid. 3b; Message du 27 novembre 1879 concernant le projet d'une loi fédérale sur les obligations et le droit commercial, FF 1880 I 115 s., p. 156). Le Conseil fédéral a ajouté que pour ces obligations, il était présumé que l'une des parties avait reçu quelque chose qui pouvait être estimé en argent (travail, chose mobilière) et qu'elle était par conséquent devenue débitrice d'une somme d'argent correspondante. Seule l'action ayant pour objet cette somme d'argent était soumise à la prescription de cette disposition (Message du Conseil fédéral précité, p. 157). Cela correspond d'ailleurs à la version française de la disposition, dans laquelle figure le terme de " salaires ".

A l'origine, le but de cette norme visait donc à favoriser la liquidation rapide des créances en rémunération des affaires courantes.

La formulation de l'art. 128 al. 3 CO a été quelque peu modifiée dans le cadre de la révision des dispositions sur le contrat de travail, entrée en vigueur le 1er janvier 1972. La nouvelle formule correspond à la teneur actuelle. Dans le message concernant cette révision, le Conseil fédéral a indiqué que les dispositions sur la prescription devaient être adaptées à la nouvelle terminologie adoptée (Message du 25 août 1967 concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations, FF 1967 II 249, pp. 270 et 437). Désormais, les différentes catégories sont regroupées sous les termes de " travailleurs ", " Arbeitnehmer " et " lavoratori ". En revanche, le Conseil fédéral n'a pas expliqué pourquoi il a remplacé le terme " salaires " par " services ", ou " Arbeit " par " Arbeitsverhältnis ". A cet égard, les propositions de la commission n'ont pas été motivées et, dans le cadre des débats au Parlement, elles ont été approuvées sans discussion (BO 1969 CN 862; BO 1970 CE 366; WALTER HEUBERGER, Die Unverzichtbarkeit von arbeitsvertraglichen Ansprüche, Inauguraldissertation, 1988, p. 75). Il n'a pas été fait mention d'une quelconque volonté de modifier la réglementation relative à la prescription. Le seul remplacement des termes précités ne permet pas de conclure à un changement du droit matériel (HEUBERGER, loc. cit.). Sous l'angle de l'art. 330a CO, le message du Conseil

fédéral n'a pas abordé le thème de la prescription (Message du 25 août 1967 précité, p. 364) et les propositions de la commission, non motivées, ont également été approuvées sans discussion (BO 1969 CN 801 et BO 1970 CE 334). Ainsi, force est de constater que les modifications introduites par la révision entrée en vigueur en 1972 n'ont porté que sur la terminologie et ne visaient pas à élargir la portée de l'art. 128 al. 3 CO (REHBINDER/STÖCKLI, op. cit., n° 30 ad art. 341 CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., p. 1300; STAEHELIN/VISCHER, op. cit., n° 5a ad art. 330 CO et n° 19 ad art. 341 CO; HEUBERGER, op. cit., p. 76).

Avec le développement des usages commerciaux, la ratio legis de l'art. 128 CO a perdu une partie de son sens, raison pour laquelle le Tribunal fédéral a fait état d'une interprétation restrictive de cette disposition (ATF 132 III 61 consid. 6.1; 123 III 120 consid. 2b).

A cet égard, il sied de relever que dans le cadre de la révision du droit de la prescription du 15 juin 2018, le Conseil fédéral a proposé de supprimer les délais spéciaux de l'art. 128 CO. Il a expliqué que les motifs ayant conduit à cette réglementation n'étaient actuellement plus pertinents, et que cette distinction conduisait non seulement à des incertitudes, mais aussi à des inégalités; il devenait difficile de justifier pourquoi, par exemple, les créances salariales se prescrivait par cinq ans seulement, sans qu'il en aille de même pour les créances de l'employeur contre l'employé (cf. Message du 29 novembre 2013 du Conseil fédéral relatif à la modification du code des obligations [Droit de la prescription], FF 2014 221, p. 243 et les références citées; BO 2014 N 1783; BO 2015 E 1297 s.). Devant le Conseil national, la commission a toutefois proposé de maintenir l'art. 128 CO, pour ne pas compliquer un système dont la pratique avait fini par s'accommoder (BO 2014 N 1783). Au final, le Conseil national et le Conseil des Etats ont décidé de conserver l'art. 128 CO (BO précités; consultables sous <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=30820>). On peut déduire de cette analyse que plus récemment, le législateur n'a en tous cas pas voulu étendre le champ d'application de l'art. 128 CO.

6.7. L'interprétation systématique conduit au constat que l'art. 128 CO constitue une exception à l'art. 127 CO. Pour cette raison également, il doit être appliqué restrictivement (ATF 123 III 120 consid. 2a et les références citées; DÄPPEN, op. cit., n° 13a ad art. 128 CO).

6.8. Dans sa jurisprudence plus récente, le Tribunal fédéral a certes soumis le droit aux vacances au délai de prescription de cinq ans (ATF 136 III 94). Il ne s'est toutefois pas prononcé sur la position d'une grande partie de la doctrine, qui exclut l'application de ce délai pour certaines prétentions, dont celles relatives au certificat de travail (cf. de même, arrêt non publié 4C.175/2004 du 31 août 2004 consid. 3, où la question litigieuse se limitait à déterminer si le délai de prescription applicable était celui de l'art. 46 al. 1 LCA ou de l'art. 128 CO; aucune discussion n'a été menée quant au délai de l'art. 127 CO; critiqué par DÄPPEN, op. cit., n° 13 ad art. 128 CO). S'agissant du droit aux vacances, le Tribunal fédéral a expliqué que dans tous les cas, celui-ci comprenait un double aspect, soit le droit au temps libre et le droit au salaire, et qu'il se justifiait de soumettre l'entier au même délai de prescription. Il a ajouté qu'il était incontesté que l'indemnité pour les vacances non prises se prescrivait par cinq ans, et qu'il n'y avait pas lieu de prévoir un délai plus long pour le droit aux vacances, que cette indemnité remplaçait. Enfin, dans le message ayant conduit à la révision du droit aux vacances, le Conseil fédéral avait clairement exprimé que ce droit était assujéti au délai de prescription de cinq ans (ATF 136 III 94 consid. 4.1). Les motifs exposés ci-dessus ne se transposent pas aux prétentions concernant le certificat de travail.

Si les actions en délivrance ou en rectification du certificat de travail sont certes de nature pécuniaire (ATF 116 II 379 consid. 2b), cela ne suffit pas pour les soumettre au délai de prescription de l'art. 128 CO (CARRUZZO, op. cit., p. 407). Elles ne présentent aucune caractéristique d'une créance de salaire, même prise au sens large, étant rappelé que seules les créances en rémunération étaient à l'origine visées par l'art. 128 CO (cf. consid. 6.6supra). Elles ne remplacent pas non plus une créance de ce type. On peut encore souligner que la position du travailleur serait injustement péjorée par rapport à celle de l'employeur si l'on retenait l'application de l'art. 128 CO - qui constitue une exception au régime général - pour l'ensemble de ses prétentions découlant du contrat de travail, alors qu'il n'en va pas de même s'agissant des créances de l'employeur envers l'employé (REHBINDER/STÖCKLI, op. cit., n° 30 ad art. 341; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., p. 1300; ALEX ENZLER, Der arbeitsrechtliche Zeugnisanspruch, 2012, p. 95). Pour cette raison aussi, le seul fait que les moyens de preuve sont plus difficilement disponibles en cas de long intervalle entre la fin des rapports de travail et l'introduction de l'action en justice ne permet pas de conclure à un délai de prescription de cinq ans. Il convient toutefois de réserver les cas d'abus de droit, par exemple si l'employé attend expressément le décès de la personne compétente ou la destruction des documents pertinents pour demander un certificat de travail ou la rectification de celui-ci. Il en va autrement d'un employé qui démissionne de son travail car il a trouvé un nouvel emploi et ne prête pas attention à se voir délivrer un certificat de travail (ou à son contenu), en pensant ne pas en avoir besoin; il se fait toutefois licencier six ans plus tard par son nouvel employeur et se rend compte de la nécessité d'obtenir un certificat de travail de son ancien employeur (au contenu correct) pour compléter son dossier de candidature. Dans ce cas, il n'y a en principe pas d'abus de droit (cf. ROLAND MÜLLER ET AL., Le certificat de travail en question, 2014, p. 103 s).

6.9. Au vu de ce qui précède, on doit retenir que les actions en délivrance, respectivement en rectification du certificat de travail, sont soumises au délai de prescription général de dix ans selon l'art. 127 CO. Dès lors, lorsque l'intimé a déposé sa requête de conciliation, le 13 décembre 2017, soit moins de dix ans après la fin des rapports de travail intervenue le 31 août 2011, la prétention en rectification du certificat de travail n'était pas prescrite. L'arrêt de la cour cantonale doit donc être confirmé sur ce point.

Résumé

droitdutravail.ch: Newsletter février 2021

Commentaires / Besprechungen

- arbeitsrecht-aktuell.ch: Nicolas Facincani, Verjährungsfrist für Zeugnisforderungen – 10 Jahre, 18.01.2021
- arbeitsrechtplus.ch: Boris Etter, Verjährungsfrist Anspruch auf Arbeitszeugnis – 10 Jahre, 20.01.2021
- lawinside.ch: Noé Luisoni, La prescription de l'action en rectification du certificat de travail, 16.02.2021
- swissblawg.ch: Roland Bachmann, 4A_295/2020: Anspruch auf Arbeitszeugnis; zehnjährige Verjährungsfrist anwendbar (amtl. Publ.), 21.01.2021

G. Fin des rapports de travail / Beendigung des Arbeitsverhältnisses

- G1 Licenciement collectif, notion d'établissement: [BGE 149 III 98](#)
[TF 4A 531/2021](#) du 18.07.2022**

Arrêt de la Ire Cour de droit civil, A. c. Poste CH SA

Objet: contrat de travail; notion d'établissement en cas de licenciement collectif (art. 335d CO)

(recours en matière civile contre l'arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud, du 02.09.2021, (P318.048912-210689 438, [HC / 2021 / 591](#))

Sujet/Thema

Licenciement collectif, notion d'entreprise: un office de poste constitue un établissement

Massenentlassung, Betriebsbegriff: Einzelne Poststelle als Betrieb

Regeste (fr)

[Art. 335d CO](#); *notion d'établissement en cas de licenciement collectif.*

Notion d'établissement au sens de l'art. 335d CO (consid. 5.1-5.4).

Des entreprises d'un même employeur qui sont proches géographiquement constituent chacune un établissement (consid. 5.5).

Un office de poste, qui est une filiale, est un établissement au sens de l'art. 335d CO (consid. 5.6 et 5.7).

Regeste (dt)

[Art. 335d OR](#); *Begriff des Betriebs bei einer Massenentlassung.*

Begriff des Betriebs gemäss Art. 335d OR (E. 5.1-5.4).

Unternehmen des gleichen Arbeitgebers, die sich in geografischer Nähe zueinander befinden, bilden je einen Betrieb (E. 5.5).

Eine Poststelle als Filiale ist ein Betrieb gemäss Art. 335d OR (E. 5.6 und 5.7)

Regeste privé / Regeste, private

Par établissement, on entend une structure organisée, dotée de personnel et de moyens matériels et immatériels permettant d'atteindre les objectifs de travail. Lorsqu'un employeur possède plusieurs établissements faisant partie de la même entreprise, l'existence d'un éventuel licenciement collectif se détermine dans chaque établissement et non au niveau de l'entreprise (consid. 5.3).

Tout office de poste est considéré comme un établissement au sens de l'[art. 335d CO](#), c'est-à-dire une structure organisée qui permet d'atteindre les objectifs de travail et qui jouit d'une certaine autonomie. Les licenciements prononcés dans des offices géographiquement proches doivent être comptés séparément (consid. 5.6).

Als Betrieb ist eine organisierte Struktur zu verstehen, die mit Personal und materiellen sowie immateriellen Mitteln ausgestattet ist, mit denen die Arbeitsziele erreicht werden können. Wenn ein Arbeitgeber mehrere Betriebe besitzt, die Teil desselben Unternehmens sind, wird das Vorliegen einer möglichen Massenentlassung in jedem einzelnen Betrieb und nicht auf Unternehmensebene bestimmt (E. 5.3).

Jede Poststelle, die eine Filiale ist, gilt als "Betrieb" im Sinne von [Art. 335d OR](#), d.h. als eine organisierte Struktur, die es ermöglicht, die Arbeitsziele zu erreichen, und die eine gewisse Autonomie genießt. Die in einem geographisch nahen Betrieb ausgesprochenen Kündigungen müssen separat gezählt werden (E. 5.6).

Faits

Le litige avait pour but de déterminer, si pour une travailleuse employée par la Poste CH SA dans un office postal de l'unité "Réseau d'offices de poste", la notion d'établissement au sens de l'art. 335d CO correspondait à l'ensemble de l'unité

"Réseau d'offices de poste" (auquel cas la procédure de licenciement collectif aurait dû être appliquée) ou au seul office postal dans lequel elle était employée.

Tatsächliches

Streitig war bei einer Arbeitnehmerin, welche bei der Post CH AG in der Einheit "Poststellennetz" in einer Filiale angestellt war, ob der Begriff des Betriebs im Sinne von [Art. 335d OR](#) der gesamtschweizerischen Einheit "Post-stellen-Netz" entspreche (womit das Massentlassungsverfahren hätte angewendet werden müssen) oder nur die einzelne Filiale (bei der sie angestellt war) zu betrachten sei.

Résumé

droitdutravail.ch: Newsletter septembre 2022

Besprechungen

- arbeitsrechtplus.ch: Boris Etter, Jede Postfiliale gilt bei Massentlassung als Betrieb im Sinne von Art. 335d OR, 10.08.2022
- arbeitsrecht-aktuell.ch: Nicolas Facincani, Der Betriebsbegriff bei Massentlassungen, 10.08.2022
- droitdutravailensuisse.com: Philippe Ehrenström, Licenciement collectif: notion d' "établissement", 10.08.2022

H. Congé abusif / Missbräuchliche Kündigung

H1 Harcèlement psychologique, licenciement abusif:

[TF 4A 215/2022](#) du 23.08.2022

(pas de publication prévue dans le recueil officiel)

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A. SA c. B. + Caisse de chômage C.

Objet: résiliation du contrat de travail, congé abusif, bonus

(recours contre l'arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud, du 30.03.2022, PT16.018090-211401 173, [HC / 2022 / 159](#))

Sujet / Thema

Licenciement consécutif à un cas de harcèlement; conditions dans lesquelles un tel licenciement est abusif

Kündigung aufgrund von Belästigung; Voraussetzungen, unter denen eine solche Entlassung missbräuchlich ist

Übersetzung (ins Deutsche)

keine bekannt

Regeste, privé

Si le mobbing a provoqué chez le travailleur une baisse de rendement ou une période de maladie et s'il a été toléré par l'employeur en violation de son obligation résultant de l'[art. 328 al. 1 CO](#), celui-ci ne peut pas en tirer argument pour licencier le travailleur, parce que cela reviendrait à invoquer ses propres fautes, soit l'absence de mesures efficaces contre le mobbing, pour en tirer avantage au détriment du travailleur, ce qui est contraire à la bonne foi (rappel de jurisprudence, cons. 4.1).

Est rejeté le recours de l'employeuse contre l'arrêt cantonal ayant confirmé sa condamnation à une indemnité de cinq mois de salaire pour licenciement abusif: l'absence de prise de mesures durables et efficaces pour faire cesser la situation de mobbing dont le demandeur était victime (discrimination et racisme), en

violation de son devoir de protéger la personnalité de son employé découlant de l'art. 328 CO.

Faits

T. harcelé sur son lieu de travail par un collègue. Absence de mesures prises par E. Dégradation de la situation suivie d'un arrêt de travail de longue durée. Licenciement de T à la fin de la période de protection. Licenciement jugé abusif-

Extraits des considérants

Selon l'art. 336 al. 1 let. a CO, le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise. La maladie est une raison inhérente à la personnalité au sens de la disposition précitée. Toutefois, si elle porte atteinte à la capacité de travail, la maladie n'est pas considérée comme une cause abusive de résiliation. Ainsi, **la résiliation des rapports de travail en raison d'une incapacité prolongée perdurant au-delà du délai de protection de l'art. 336c CO n'est pas abusive, à moins notamment que l'incapacité ne trouve sa cause dans une violation de ses obligations par l'employeur** (ATF 123 III 246 consid. 5; arrêts 4A_293/2019 du 22 octobre 2019 consid. 3.5.1; 4A_437/2015 du 4 décembre 2015 consid. 2.2.2; 4A_329/2011 du 11 octobre 2011 consid. 5; 4C.320/2005 du 20 mars 2006 consid. 3.2).

Qu'il y ait mobbing n'implique pas automatiquement que le congé donné au travailleur est abusif; il faut examiner les conséquences du mobbing. **Si le mobbing a provoqué chez le travailleur une baisse de rendement ou une période de maladie et s'il a été toléré par l'employeur en violation de son obligation résultant de l'art. 328 al. 1 CO, celui-ci ne peut pas en tirer argument pour licencier le travailleur, parce que cela reviendrait à invoquer ses propres fautes, soit l'absence de mesures efficaces contre le mobbing, pour en tirer avantage au détriment du travailleur, ce qui est contraire à la bonne foi** (ATF 125 III 70 consid. 2a; arrêts 4A_159/2016 du 1er décembre 2016 consid. 3.1; 4C.320/2005 du 20 mars 2006 consid. 3.2).

Pour qu'un congé soit abusif, il doit exister un lien de causalité entre le motif répréhensible et le licenciement. En d'autres termes, il faut que le motif illicite ait joué un rôle déterminant dans la décision de l'employeur de résilier le contrat. Lorsque plusieurs motifs de congé entrent en jeu et que l'un d'eux n'est pas digne de protection, il convient de déterminer si, sans le motif illicite, le contrat aurait tout de même été résilié: si tel est le cas, le congé n'est pas abusif (arrêts 4A_437/2015 précité consid. 2.2.3 et les arrêts cités; 4A_316/2012 du 1er novembre 2012 consid. 2.1).

Déterminer quels sont les motifs réels d'une résiliation est une question de fait (ATF 136 III 513 consid. 2.3; 131 III 535 consid. 4.3; 130 III 699 consid. 4.1). De même, l'incidence respective des divers motifs de résiliation en concours est une question qui relève de la causalité naturelle, et par conséquent du fait (ATF 130 III 699 consid. 4.1 et les arrêts cités; arrêt 4A_437/2015 précité consid. 2.2.4). Ainsi, les constatations y relatives de l'autorité précédente lient le Tribunal fédéral, qui ne peut s'en écarter que si elles ont été établies de façon manifestement inexacte ou en violation du droit (arrêt 4A_437/2015 précité consid. 2.2.4 et les arrêts cités).

La cour cantonale a jugé qu'en licenciant le demandeur le 25 juin 2015, soit une dizaine de jours seulement après l'échéance du délai de protection découlant de l'art. 336c CO, alors qu'elle savait que le demandeur se trouvait en incapacité de travail en raison d'une dépression liée aux problèmes rencontrés sur son lieu de travail, la défenderesse se prévalait de son propre comportement fautif, à savoir l'absence de prise de mesures durables et efficaces pour faire cesser la situation

de mobbing dont le demandeur était victime, en violation de son devoir de protéger la personnalité de son employé découlant de l'art. 328 CO. La défenderesse ne pouvait tirer avantage de ce comportement au détriment du demandeur, le caractère abusif de la résiliation devant ainsi être confirmé.

Résumés / Zusammenfassungen

- droitdutravail.ch: Newsletter novembre 2022, avec note de Aurélien Witzig
- watson.ch: Rassistische Anfeindungen: Swatch-Tochter muss Opfer fünf Monatslöhne zahlen, 18.10.2022

Commentaire / Besprechung

arbeitsrecht-aktuell.ch: Nicolas Facincani, Missbräuchliche Kündigung und Mobbing, 05.01.2023

autre référence /weitere Fundstelle

Laurent Lehner, Droit du travail et harcèlement psychologique, Prévention et solutions, 13.01.2023, odage.ch

I. Congé immédiat / fristlose Auflösung

I1 Licenciement immédiat, congé-soupçon:

[TF 4A 365/2020](#) du 05.04.2022 (it)

(pas de publication prévue dans le recueil officiel)

Sentenza della I Corte di diritto civile nella causa A. AG c. B.

Ogetto: licenziamento immediato

(ricorso contro la sentenza dalla II Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino del 26.05.2020, [12.2019.96](#)²⁰)

Sujet / Thema

Congé-soupçon immédiat. Cas dans lesquels celui-ci peut être justifié.

Sofortige Verdachtskündigung ohne vorherige Untersuchung.

Übersetzung (ins Deutsche)

keine bekannt

Regeste privé

L'employeur peut justifier un congé-soupçon de deux manières: soit par l'accomplissement d'une enquête objective, soit par la preuve obtenue, après coup, que les faits soupçonnés sont avérés. L'interprétation de la jurisprudence proposée en l'espèce par la Cour tessinoise, selon laquelle le simple défaut – formel – d'enquête par l'employeur entacherait nécessairement la décision de licenciement immédiat d'un vice incompatible avec l'existence de justes motifs, est rejetée.

Regeste, private

Sofortige Verdachtskündigung ohne vorherige Untersuchung. Der Arbeitgeber muss die Möglichkeit haben, die bestrittenen Tatsachen im Gerichtsverfahren feststellen zu lassen. Sind diese erwiesen und liegen triftige Gründe vor, ist die fristlose Entlassung gerechtfertigt

Der Arbeitgeber kann eine Verdachtskündigung auf zwei Arten rechtfertigen: entweder durch die Durchführung einer objektiven Untersuchung oder durch den

²⁰ vom Bundesgericht fälschlicherweise mit [12.2019.56](#) zitiert

im Nachhinein erlangten Beweis, dass sich die vermuteten Tatsachen bewahrheitet haben. Die vom Tessiner Gericht in diesem Fall vorgeschlagene Auslegung der Rechtsprechung, wonach die bloss – formale – Unterlassung einer Untersuchung durch den Arbeitgeber ein Vorgehensfehler sei, der mit dem Vorliegen eines wichtigen Grundes unvereinbar ist, wird abgelehnt.

Résumé / Zusammenfassung

droitdutravail.ch: Newsletter juin 2022

Commentaires / Besprechungen

- arbeitsrecht-aktuell.ch: Nicolas Facincani/Matteo Ritzinger, Notwendige Anhörung bei Verdacht auf strafbares Verhalten, 05.07.2022
- droitdutravail.ch: Aurélien Witzig, Congé-soupçon: l'employeur, même trop hâtif, a bel et bien droit à une session de rattrapage: commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_365/2020, Newsletter juin 2022

J. Prohibition de concurrence / Konkurrenzverbot

J1 Gültigkeit Konkurrenzverbot: [BGE 145 III 365](#)

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

Gegenstand: Arbeitsvertrag; Konkurrenzverbot

[BGer 4A_210/2018](#) vom 02.04.2019 (im Internet publiziert am 04.09.2019)

(Beschwerde in Zivilsachen gegen das Urteil des Kantonsgerichts Luzern, 1. Abteilung, vom 01.03.2018, 1B 17 35²¹)

Thema

Nachvertragliches Konkurrenzverbot: Umschreibung, Voraussetzung

Regeste (fr)

[Art. 340 al. 1](#) et [art. 340a al. 1 CO](#); exigences quant à la forme écrite s'agissant du contenu d'une clause de prohibition de faire concurrence prévue dans un contrat de travail.

Selon le droit en vigueur, l'étendue de la limitation de la prohibition de faire concurrence prévue à l'art. 340a al. 1 CO est un élément objectivement essentiel assujéti à l'exigence de la forme écrite de l'art. 340 al. 1 CO (consid. 3.5).

Refus d'un changement de jurisprudence visant des prescriptions de forme plus strictes quant au contenu écrit d'une prohibition de faire concurrence, dans l'intérêt de la sécurité juridique et en l'absence de motifs fondés. La prohibition de faire concurrence objet du litige, qui interdit toute activité concurrentielle, est, objectivement, déterminée de manière suffisamment précise, respectivement déterminable au moyen des méthodes usuelles d'interprétation (consid. 3).

Regeste (de)

[Art. 340 Abs. 1](#) und [Art. 340a Abs. 1 OR](#); Anforderungen der Schriftlichkeit an den Inhalt einer arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbotsklausel.

Unter geltendem Recht ist der nach Art. 340a Abs. 1 OR zu begrenzende Umfang des Konkurrenzverbots ein objektiv wesentliches Element, welches vom Schriftformvorbehalt im Sinne von Art. 340 Abs. 1 OR erfasst ist (E. 3.5).

Praxisänderung hinsichtlich strengerer Formvorschriften an den schriftlichen Inhalt eines Konkurrenzverbots im Interesse der Rechtssicherheit und mangels triftiger

Gründe verneint. Das streitgegenständliche Konkurrenzverbot, welches jede konkurrenzierende Tätigkeit untersagt, ist in gegenständlicher Hinsicht genügend bestimmt bzw. anhand der allgemeinen Auslegungsmethoden hinreichend bestimmbar (E. 3).

ergänzende private Regeste

Ein als Gesamtes unbegrenztes Konkurrenzverbot oder eines, dessen zeitlicher, örtlicher und sachlicher Umfang weder bestimmt ist noch ermittelt werden kann, ist ungültig (E. 3.5.1).

Wie weit im konkreten Fall Einblick in den Kundenkreis bestand, ist konkret nicht festgestellt, zumal die mit der Inhaberfamilie verwandte Arbeitnehmerin einen Teil der Kundschaft bereits kannte (E. 4.1.1.). Konkret wurde die natürliche Kausalität zwischen dem Einblick in den Kundenkreis und dem erheblichen Schädigungspotential ungenügend festgestellt bzw. begründet (E. 4.1.3).

Mangels anderer Anhaltspunkte ist anzunehmen, dass die Kenntnis der Arbeitnehmerin grundsätzlich in jedem Unternehmen der Branche erworben werden könnte und unter die Berufserfahrung falle (E. 4.1.2).

Tatsächliches

Der Vertrag enthielt folgende Klausel:

Die MA [Marketingassistentin] verpflichtet sich, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses jede konkurrenzierende Tätigkeit zu unterlassen, d.h. weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit der Firma im Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen.

Das Konkurrenzverbot gilt für die ganze Schweiz, für die Dauer von 3 Jahren. Bei einer Verletzung des Konkurrenzverbots wird eine Konventionalstrafe von CHF 30'000.00 erhoben. Die Zahlung der Konventionalstrafe hebt das Konkurrenzverbot nicht auf.

Die Firma kann überdies Ersatz für den weiteren Schaden sowie die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangen.

Die Arbeitnehmerin (Tochter bzw. Schwester der Inhaberfamilie) nahm nach ihrer Kündigung eine Stelle in einem Konkurrenzunternehmen an. Die Arbeitgeberin klagte auf Zahlung der vollen Konventionalstrafe, was das Arbeitsgericht Luzern infolge ungültigem Verbot sowohl mangels Einblicks in den Kundenkreis respektive Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, als auch erheblicher Schädigungsmöglichkeit nach [Art. 340 Abs. 2 OR](#) abwies, während das Obergericht das Vorliegen dieser Voraussetzungen bejahte und das Verbot für verletzt hielt.

Die Arbeitnehmerin beschwerte sich gegen die Auferlegung der Konventionalstrafe beim Bundesgericht, welches die Beschwerde teilweise gutheisst und die Sache zum Neuentscheid zurückweist.

Résumés / Zusammenfassungen

- [droitdutravail.ch](#): Newsletter octobre 2019
- [lawstyle.ch](#): Arbeitsrecht: Leitentscheid des Bundesgerichts zum arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbot (Urteil 4A_210/2018 vom 02.04.2019), 05.09.2019

Besprechungen

- [arbeitsrecht-aktuell.ch](#): Nicolas Facincani, Verbot "jeder konkurrenzierender Tätigkeit", 05.09.2019
- dRSK, Marc Schmid, Gültiges Verbot jeder Konkurrenzierung durch Arbeitnehmer, 30.09.2019, abrufbar unter [rechtsschmid.ch](#)
- [swissblawg.ch](#): Roland Bachmann, 4A_210/2018: Gültigkeit eines Konkurrenzverbots (amtl. Publ.), 03.12.2019

J2 Clause de prohibition de concurrence fondée sur la connaissance de la clientèle: [TF 4A 205/2021](#) du 20.12.2021

(pas de publication prévue dans le recueil officiel)

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A.SA, anciennement B. SA, C., D. et E. c. F.

Objet: clause de prohibition de concurrence

(recours contre l'arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud, du 09.03.2021, CO10.015008-201349, 113, [HC / 2021 / 143](#))

Sujet / Thema

Nullité d'une clause de prohibition de concurrence fondée sur la connaissance de la clientèle lorsque les capacités personnelles du travailleur sont au premier plan.

Nichtigkeit einer Wettbewerbsverbotsklausel, die auf der Kenntnis des Kundenstamms beruht, wenn die persönlichen Fähigkeiten des Arbeitnehmers im Vordergrund stehen.

Übersetzung (ins Deutsche)

keine bekannt

Extraits des considérants

Une clause de prohibition de concurrence, fondée sur la connaissance de la clientèle, ne se justifie que si l'employé, grâce à sa connaissance des clients réguliers et de leurs habitudes, peut facilement leur proposer des prestations analogues à celles de l'employeur et ainsi les détourner de celui-ci. Ce n'est que dans une situation de ce genre que, selon les termes de l'art. 340 al. 2 CO, le fait d'avoir connaissance de la clientèle est de nature, par l'utilisation de ce renseignement, à causer à l'employeur un préjudice sensible. Il apparaît en effet légitime que l'employeur puisse dans une certaine mesure se protéger, par une clause de prohibition de concurrence, contre le risque que le travailleur détourne à son profit les efforts de prospection effectués par le premier ou pour le compte du premier.

La situation se présente différemment lorsque l'employé noue un rapport personnel avec le client en lui fournissant des prestations qui dépendent essentiellement des capacités propres à l'employé. Dans ce cas, en effet, le client attache de l'importance à la personne de l'employé dont il apprécie les capacités personnelles et pour lequel il éprouve de la confiance et de la sympathie. Une telle situation suppose que le travailleur fournisse une prestation qui se caractérise surtout par ses capacités personnelles, de telle sorte que le client attache plus d'importance aux capacités personnelles de l'employé qu'à l'identité de l'employeur. Si, dans une telle situation, le client se détourne de l'employeur pour suivre l'employé, ce préjudice pour l'employeur résulte des capacités personnelles de l'employé et non pas simplement du fait que celui-ci a eu connaissance du nom des clients.

Pour admettre une telle situation - qui exclut la clause de prohibition de concurrence - il faut que l'employé fournisse au client une prestation qui se caractérise par une forte composante personnelle (ATF 138 III 67 consid. 2.2.1; arrêt 4A_116/2018 précité consid. 4.1). Dire si tel est le cas dépend des circonstances, dont la constatation relève du fait et qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF).

Résumé

droitdutravail.ch, Newsletter octobre 2022

Commentaires

- droitdutravail.ch: Marie-Christine Balzan, Clause de prohibition de concurrence fondée sur la connaissance de la clientèle; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_205/2021, Newsletter février 2023
- droitdutravailensuisse.com: Philippe Ehrenström, Clause de prohibition de concurrence (directeur de fiduciaire), 07.09.2022

Remarque

Autres arrêts en la matière:

- Validité de la clause admise: [TF 4A 466/2012](#) du 12 novembre 2012 (placement de personnel); [TF 4A 261/2013](#) du 1er octobre 2013 (esthéticienne), [TF 4A 680/2015](#) du 1er juillet 2016 (placement de personnel), [TF 4A 468/2016](#) du 6 février 2017 (placement de personnel), [TF 4A 241/2020](#) du 9 septembre 2020 (assistante marketing d'une entreprise de torréfaction de café et de commerce en gros de denrées alimentaires)
- Validité de la clause niée: [TF 4C.100/2006](#) du 13 juillet 2007 (dentiste), [ATF 138 III 67](#)²² (training coaches), [TF 4A 286/2017](#) du 1er novembre 2017 (société de conseil en ressources humaines), [TF 4A 116/2018](#) du 28 mars 2019 (gérant de fortune)

K. Prescription / Verjährung

K1 Beginn Verjährung Asbest-Exposition: [BGE 146 III 14](#)

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. Erben des A.A. und der B.A.: C.A. und D.A. c. E. AG,

[BGer 4A 299/2013](#) vom 06.11.2019

Gegenstand: Arbeitsvertrag, Haftpflicht, Verjährung

(Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern, Zivilabteilung, 2. Zivilkammer, vom 25.04.2013, ZK 12 152 HOH²³)

Sujet / Thema

Début de la prescription absolue des droits contractuels et extracontractuels en cas d'actes s'inscrivant dans la durée

Beginn der absoluten Verjährung vertraglicher und ausservertraglicher Ansprüche bei Dauerhandlungen

Regeste (fr)

Art. 60 al. 1 CO; art. 127 en relation avec l'art. 130 al. 1 CO; prétentions en dommages-intérêts des héritiers d'une victime de l'amiante; point de départ du délai de prescription absolu de l'action en dommages-intérêts au regard de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle.

A la suite de l'arrêt rendu le 11.03.2014 par la CourEDH dans la cause Howald Moor et autres contre Suisse²⁴, le Tribunal fédéral n'a pas modifié sa jurisprudence en ce sens que le délai de prescription absolu ne commencerait pas à courir aussi longtemps que le dommage n'est pas connu (consid. 4).

Lorsque le lésé a été exposé de façon ininterrompue à des poussières d'amiante sans qu'il ne soit possible de déterminer, d'un point de vue médical, le moment exact de la survenance de la maladie, le comportement dommageable perdure

²² [TF 4A 489/2011](#) du 10.11.2012

²³ soweit ersichtlich nicht publiziert (letzmals überprüft 02.2024)

²⁴ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-141567>

durant toute l'exposition à l'amiante. Celle-ci est un comportement qui s'inscrit dans la durée, de sorte que - à supposer qu'aucune mesure de protection appropriée n'ait été prise tout au long des rapports de travail - le délai de prescription absolu commence à courir lorsque l'exposition à l'amiante prend fin (consid. 5 et 6).

Regeste (de)

[Art. 60 Abs. 1 OR](#); [Art. 127](#) i.V.m. [Art. 130 Abs. 1 OR](#); Schadenersatzansprüche der Erben eines Asbestopfers; Beginn der absoluten Verjährung vertraglicher und ausservertraglicher Ansprüche.

Keine Änderung der Rechtsprechung nach dem Urteil des EGMR in Sachen Howald Moor und andere gegen Schweiz vom 11.03.2014²⁵ in dem Sinne, dass die absolute Verjährungsfrist nicht zu laufen beginne, solange der Schaden nicht bekannt sei (E. 4).

Wenn der Geschädigte ununterbrochen Asbeststaub ausgesetzt war und sich aus medizinischer Sicht der genaue Zeitpunkt, in dem die Krankheit ausgelöst wurde, nicht bestimmen lässt, entspricht das schädigende Verhalten der Dauer der Asbestexposition. Die Asbestexposition stellt eine Dauerhandlung dar, sodass - unter der Annahme, dass während der ganzen Dauer des Arbeitsverhältnisses keine entsprechenden Schutzmassnahmen ergriffen worden sind - die absolute Verjährung mit Abschluss der Asbestexposition beginnt (E. 5 und 6).

Tatsächliches

Der Fall betraf einen Schlosser bei der BLS, der im Jahr 2003 von seinem bösartigen Brustfellkrebs erfuhr und nachweislich daran im Juli 2004 verstarb. Er war seit Februar 1998 pensioniert. Seine Arbeitgeberin räumte eine schädigende Einwirkung durch Asbest ein, jedoch nur bis 1988. Seine beiden Kinder erhoben im März 2010 Klage auf Schadenersatz, Genugtuung und vorprozessuale Anwaltskosten. Die Beklagte erhob eine negative Feststellungswiderklage.

Das Bundesgericht stellte, wie in anderen vergleichbaren Fällen, für den Beginn der absoluten Verjährung nicht auf Eintritt der gesundheitlichen Beschwerden ab. Da die absolute Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen war, wies es den Fall aber zur Neuurteilung an das Berner Obergericht zurück, damit dieses prüfe, ob und wann damals eine Pflichtverletzung der Bahn vorlag, was für die Ermittlung des Verjährungsbeginns wesentlich sei.

Hinweise

- Der Entscheid erging kurz vor Inkrafttreten Verjährungsfrist-Verlängerung bei Personenschäden (Art. 182a OR) am 01.01.2020²⁶.
- Zum gleichentags entschiedenen Fall [BGer 4A 554/2013](#) erkannte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mit Urteil vom 13.02.2024 ([4976/20](#), Jann c. Schweiz²⁷) das Vorliegen einer Analogie zur Sache Howald Moor und andere gegen Schweiz²⁸ und stellte eine Verletzung von [Artikel 6 EMRK](#) wegen

²⁵ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-141567>
siehe auch den Quartalsbericht des Bundesamts für Justiz "[Ausgewählte Urteile und Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 1. Quartal 2014](#)", mit weiteren Berichten abrufbar unter www.bj.admin.ch

²⁶ vgl. dazu nachstehend unter Wichtige Gesetzesänderungen, S. 73

²⁷ vgl. dazu die ausführlichen Pressemitteilungen des Gerichtshofs auf Englisch + Französisch (ECHR/CEDH 034 [2024]) vom 13.02.2024, Direktlink https://arbrch.ch/EGMR_034-2024)

²⁸ siehe oben bei FN 25

Verweigerung eines fairen Verfahrens²⁹ und zudem aufgrund des übermässig langwierigen innerstaatlichen Verfahrens fest.

Communiqués de presse Tribunal fédéral / Medienmitteilungen Bundesgericht

- bger.ch: Arrêts du 06.11.2019 (4A_299/2013, 4A_554/2013) Indemnisation des victimes de l'amiante – Le Tribunal fédéral se prononce sur deux recours, 22.11.2019
- bger.ch: Urteile vom 06.11.2019 (4A_299/2013, 4A_554/2013), Entschädigung von Asbestopfern – Bundesgericht entscheidet über zwei Beschwerden, 22.11.2019

Besprechungen

- assurances-sociales.info: David Ionta, Indemnisation des victimes de l'amiante – Le Tribunal fédéral se prononce sur deux recours / Arrêts du 06.11.2019 – 4A_299/2013 et 4A_554/2013, 25.11.2019
- humanrights.ch: Das Bundesgericht hält in Asbest-Fällen an seiner Verjährungspraxis fest, 17.02.2020
- schadenanwaelte.ch: Die Erde ist eine Scheibe – oder wie sich das Bundesgericht unablässig weigert, Asbestopfern den Zugang zu ihrem Recht zu verschaffen, 15.01.2020
- swissblawg.ch: Roland Bachman, 4A_299/2013: Absolute Verjährungsfrist bei dauernder Asbestexposition (amtl. Publ.), 27.11.2019

Droit du travail collectif / Kollektives Arbeitsrecht

L1 Qualité de partenaire social (Avenir syndical): [TF 2C 868/2021](#) du 24.08.2022

(pas de publication prévue dans le recueil officiel)

Arrêt de la I^e Cour de droit public dans la cause A. c. Les Hôpitaux B.

Objet: Demande de reconnaissance comme partenaire social des Hôpitaux B.

(recours contre l'arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative, du 28.09.2021, [ATA/1010/2021](#))

Sujet / Thema

Les Hôpitaux universitaires de Genève (HUG) étaient fondés à ne pas reconnaître Avenir Syndical comme partenaire social, car cette organisation ne pouvait pas être considérée comme loyale

Die Hôpitaux universitaires de Genève (HUG) waren 2021 berechtigt, Avenir Syndical nicht als Sozialpartner anzuerkennen. Abweisung der Beschwerde des Verbands als nicht verlässlicher Partner, der nicht nach Treu und Glauben gehandelt hatte.

Übersetzung (ins Deutsche)

keine bekannt

Extraits des considérants

6.2. La condition de loyauté implique que le syndicat concerné se déclare prêt à respecter toutes les obligations découlant de la convention collective de travail et, de manière générale, qu'il soit un partenaire social digne de confiance (ATF 140 I 257 consid. 6.2; cf. aussi ATF 118 II 431 consid. 4a). Le

²⁹ insbesondere durch die Art und Weise, wie der "dies a quo" in Bezug auf den Ablauf der absoluten Verjährungsfrist in Asbestfällen bestimmt wurde

syndicat doit ainsi se montrer comme un interlocuteur fiable et de bonne foi. Tel n'est en particulier pas le cas s'il entrave les négociations collectives de manière abusive ou s'il porte des accusations abusives à l'encontre des autres partenaires sociaux. La condition de loyauté a trait au comportement du syndicat avec les autres partenaires sociaux et non avec ses propres membres (cf. ATF 140 I 257 consid. 6.2).

Dans la règle, la condition de loyauté, qui est une des modalités de la bonne foi, doit être considérée comme présumée. En conséquence, si un syndicat demandant à être reconnu comme partenaire social se déclare prêt à respecter les obligations découlant de la convention collective de travail ou, plus largement, l'obligation de se comporter comme un partenaire social digne de confiance et qu'il remplit par ailleurs les autres conditions de reconnaissance, l'employeur ne peut alors en principe pas refuser de le reconnaître, sauf s'il apporte la preuve que la condition de loyauté n'est pas réalisée en raison de comportements passés de nature à faire sérieusement craindre qu'il n'agirait pas de manière loyale dans le dialogue social (ATF 140 I 257 consid. 6.2; cf. aussi ATF 113 II 37 consid. 5).

Dès lors que les syndicats ont le droit de défendre les intérêts de leurs membres, le fait qu'un syndicat soit ou ait été en conflit avec l'employeur, voire avec un autre partenaire social, n'est pas suffisant pour retenir un manque de loyauté (cf. ATF 129 I 113 consid. 5.3 et 5.4; cf. JÜRIG BRÜHWILER, Gesamtarbeitsvertrag im öffentlichen Dienst, DTA 2001 p. 171 ss, p. 177), pour autant que son comportement reste ou soit demeuré loyal à cette occasion (cf. JACQUES DUBEY, Droits fondamentaux, vol. II, 2018, p. 538).

6.3. Lorsque l'autorité inférieure dispose, comme en l'espèce, d'un pouvoir d'appréciation, le Tribunal fédéral se limite à vérifier qu'elle a exercé ce pouvoir de manière conforme au droit ou si elle a au contraire commis un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation (ATF 140 I 257 consid. 6.3.1 et les arrêts cités). (...)

6.4. En l'occurrence, la Cour de justice s'est fondée, pour retenir que la condition de la loyauté n'était pas remplie, sur le fait qu'un des représentants de la recourante avait fait l'objet d'une condamnation pénale dans le cadre de son activité syndicale antérieure et qu'un autre avait été condamné à la suite d'un comportement diffamatoire visant un membre du personnel des Hôpitaux B. _____. En outre, la Cour de justice a examiné l'attitude de la recourante depuis le moment où elle avait sollicité sa reconnaissance comme partenaire social et en a déduit qu'il existait un risque qu'elle n'agisse pas de manière loyale dans le dialogue social.

6.5. Les condamnations pénales de deux des représentants de la recourante constituaient en l'espèce des éléments pertinents pour examiner le critère de la loyauté, quoi que celle-ci en pense. Certes, ces condamnations ne la concernaient pas directement. Les représentants qui ont été condamnés sont toutefois, à teneur du dossier, les principaux interlocuteurs de la direction des Hôpitaux B. _____ (cf. art. 105 al. 2 LTF). Leur manière de se comporter dans le dialogue social et dans les relations professionnelles renseigne par conséquent, par ricochet, sur l'attitude de la recourante. Le fait qu'ils aient déjà méconnu le cadre légal dans le contexte syndical pour l'un et en lien avec l'employeur dont la recourante veut être le partenaire social pour l'autre était ainsi propre à susciter des doutes sur la volonté et la capacité de la recourante elle-même à agir de manière loyale dans le dialogue social. Que l'une des condamnations remonte à 2012 n'y change rien.

A cela s'ajoute l'attitude de la recourante au cours de la procédure de reconnaissance de son statut de partenaire social. A cet égard, la Cour de justice a retenu que la recourante avait tenté d'obtenir sa reconnaissance par la force, en fixant des ultimatums aux Hôpitaux B. _____ et en faisant fi de la procédure en cours. Un tel comportement n'est pas loyal. La procédure de reconnaissance en

cours, le futur partenaire social n'a pas à faire pression pour obtenir son statut et les droits qui vont avec (droit de participer à des négociations collectives, de conclure des conventions collectives et d'y adhérer, cf. supra consid. 6.1). On pourrait éventuellement apprécier différemment la situation si l'employeur avait tardé à se prononcer sans motif. Tel n'était toutefois pas le cas en l'espèce. Il ressort en effet de l'arrêt attaqué que la procédure de reconnaissance a pris du temps en raison du comportement de la recourante, qui ne fournissait pas les informations permettant notamment d'examiner sa représentativité, et non du fait de lenteurs de la part de la direction des Hôpitaux B. _____.

6.6. La recourante soutient que les mouvements des 1er septembre 2020 et 9 mars 2021 ne visaient pas à forcer sa reconnaissance en tant que partenaire social, mais à défendre les intérêts légitimes des employés qu'elle représente. Considérer que la recourante a agi dans l'intérêt de ses membres et non pour forcer sa reconnaissance ne rend pas son comportement admissible. Il ressort en effet de l'arrêt attaqué que la recourante a instigué et soutenu la grève du 1er septembre 2020, alors qu'elle avait reçu la veille l'information que les mesures contestées ne seraient pas mises en oeuvre, à tout le moins immédiatement. La recourante n'explique pas pourquoi elle a néanmoins maintenu son action. Quant au mouvement du 9 mars 2021, la recourante a, selon l'arrêt attaqué, organisé une grève après que les Hôpitaux B. _____ lui avaient indiqué que les revendications qu'elle portait faisaient déjà l'objet de négociations avec des partenaires reconnus. De tels comportements doivent être qualifiés de déloyaux. Dès lors que, pour être licite, une grève est notamment soumise à l'exigence de constituer une ultima ratio (cf. ATF 144 I 306 consid. 4.3.1; 134 IV 216 consid. 5.1.1; 132 III 122 consid. 4.5.4.1; arrêt 4A_64/2018 du 17 décembre 2018 consid. 4.3.3), la recourante est malvenue de soutenir que les mouvements qu'elle a instigués et soutenus étaient licites. Outre que l'on peut se demander si la recourante a défendu au mieux les intérêts de ses membres, les actions entreprises interrogent sur sa capacité à se conformer aux règles régissant le dialogue social.

Quel qu'ait été le but poursuivi, l'attitude de la recourante n'a pas été conforme aux exigences de la bonne foi. La requête de conciliation devant la Chambre des relations collectives de travail, sur laquelle insiste la recourante comme signe de sa volonté de se conformer aux règles, a été déposée postérieurement à l'action du 1er septembre 2020 et après plusieurs lettres des Hôpitaux B. _____ lui demandant des informations en lien avec la question de sa reconnaissance comme partenaire social. On ne peut donc rien en déduire en faveur de la recourante.

6.7. Eu égard à l'ensemble des circonstances, la Cour de justice n'a pas mésusé de son pouvoir d'appréciation en considérant que la recourante a fait preuve d'un comportement de nature à faire craindre qu'elle ne se comporterait pas de manière loyale dans le dialogue social. La Cour de justice n'a pas méconnu l'interdiction de l'arbitraire, ni n'a violé la liberté syndicale, en retenant que la condition de la loyauté n'était pas remplie. C'est partant à juste titre qu'elle a confirmé le refus de l'autorité intimée de reconnaître la recourante comme partenaire social.

Remarques sur la décision

Arrêts publiés en la matière: [DTF 113 II 37](#) (FTMH), [ATF 129 I 113](#) (Fédération syndicale SUD), [ATF 140 I 257](#) (Union du personnel du domaine des EPF), [ATF 141 III 418](#) (Syndicat autonome des postiers)

Résumé

droitdu travail.ch: Newsletter février 2023

Communiqué de presse

avenirsyndical.ch: Arrêt du Tribunal Fédéral du 24.08.2022: une décision qui menace toute action syndicale, 29.09.2022

Commentaire

droitdutravail.ch: Karine Lempen, Le devoir de loyauté des syndicats; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_868/2021, Newsletter février 2023

L2 Assujettissement à une CCT étendue en matière de retraite anticipée: ATF 147 II 397

Arrêt de la 1^{le} Cour de droit social dans la cause A. SA c. Caisse de retraite anticipée du secteur principal de la construction et du Carrelage du canton du Valais – Retabat

TF 9C 210/2020 du 28.05.2021

Objet: Prévoyance professionnelle

(recours contre le jugement du Tribunal cantonal du Valais, Cour des assurances sociales, du 28.02.2020, S2 18 4³⁰)

Sujet / Thema

Caractère obligatoire d'une convention collective de travail relative à la retraite anticipée pour les collaborateurs d'une entreprise de travail intérimaire; taux de cotisation déterminant pour la retraite flexible

Verbindlichkeit eines Gesamtarbeitsvertrags zum vorzeitigen Altersrücktritt für Mitarbeitende eines Leiharbeitsunternehmens; massgeblicher Beitragssatz für den flexiblen Altersrücktritt

Übersetzung (ins Deutsche)

Pra 110/2021 Nr. 126

Regeste (fr)

Art. 20 al. 3 LSE; art. 48c OSE; convention collective de travail en matière de retraite anticipée pour les travailleurs du secteur principal de la construction et du carrelage du canton du Valais (CCT Retabat³¹); obligation d'affiliation et taux de cotisation.

Une entreprise qui met des travailleurs à disposition d'entreprises locataires de services soumises à la CCT Retabat, laquelle leur a été étendue par une décision de l'autorité cantonale compétente, est tenue de respecter le régime de retraite anticipée envers ces travailleurs. Cette obligation légale implique qu'elle affine les travailleurs soumis à la CCT Retabat auprès de la Caisse de retraite anticipée du secteur principal de la construction et du carrelage du canton du Valais (consid. 4.3).

La modification du taux de cotisation de 5,3 % à 6 % n'ayant pas été déclarée obligatoire au sens des art. 20 al. 3 LSE et 48c OSE (pour la période en cause), elle n'est pas déterminante pour le bailleur de services. La caisse Retabat ne peut pas lui imposer un taux de cotisation plus élevé que celui prévu par la CCT Retabat étendue (consid. 5.2 et 5.3).

³⁰ apparamment pas publié / soweit ersichtlich nicht publiziert (letzmals überprüft 02.2024)

³¹ www.alt.gav-service.ch (F), DFO: www.seco.admin.ch

Regeste (de)

[Art. 20 Abs. 3 AVG](#); [Art. 48c AVV](#); Gesamtarbeitsvertrag über die vorzeitige Pensionierung der Arbeitnehmer im Bauhauptgewerbe und Plattenlegergewerbe des Kantons Wallis (GAV Retabat³²); Anschlusspflicht und Beitragssätze.

Ein Unternehmen, das Arbeitnehmer Einsatzbetrieben zur Verfügung stellt, auf die der GAV Retabat zur Anwendung kommt, da er für sie durch Beschluss der zuständigen kantonalen Behörde für verbindlich erklärt wurde, ist verpflichtet, die Regelung der vorzeitigen Pensionierung gegenüber diesen Arbeitnehmern einzuhalten. Diese gesetzliche Verpflichtung bedeutet, dass das Unternehmen die dem GAV Retabat unterstellten Arbeitnehmer der Frühpensionskasse des Bauhauptgewerbes und des Plattenlegergewerbes des Kantons Wallis anzuschliessen hat (E. 4.3).

Da die Änderung des Beitragssatzes von 5,3 % auf 6 % (für den strittigen Zeitraum) nicht im Sinne der Art. 20 Abs. 3 AVG und 48c AVV allgemeinverbindlich erklärt wurde, gilt sie gegenüber dem Personalverleiher nicht. Die Frühpensionskasse Retabat kann diesem keinen höheren Beitragssatz auferlegen als im erweiterten GAV Retabat vorgesehen (E. 5.2 und 5.3).

Résumés / Zusammenfassungen

[fve.ch](#) Fédération vaudoise des entrepreneurs, Chroniques juridiques: Albert von Braun, N°01/2022, 08.03.2022

Commentaires / Besprechungen

apparamment aucuns / soweit ersichtlich keine

L Protection des travailleurs / Arbeitnehmerschutz**M1 Unterstellung Arbeitsgesetz, 24-Stunden-Betreuung in privater Haushaltung: [BGE 148 II 203](#)**

Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. VPOD c. Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt des Kantons Basel-Stadt

[BGer 2C 470/2020](#) vom 22.12.2021

Gegenstand: 24-Stunden-Betreuung

(Beschwerde gegen das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht vom 10.04.2020, [VD.2019.13](#))

Thema

Unterstellung einer 24-Stunden-Betreuung (als Dreiparteienverhältnis) unter das Arbeitsgesetz

Regeste (fr)

[Art. 1 al. 2](#) et [art. 2 al. 1 let. g LTr](#); [art. 12 LSE](#); [art. 26 OSE](#); garde de personnes âgées 24 heures sur 24; applicabilité de l'[art. 2 al. 1 let. g LTr](#) aux rapports tripartites.

Délimitation entre la location de services et d'autres rapports contractuels (consid. 3.3). Champ d'application de la loi sur le travail quant aux entreprises; exception pour les ménages privés. S'il existe une relation contractuelle entre la structure de prise en charge et la personne à prendre en charge, la société qui fournit des prestations de prise en charge et de soins à un ménage privé par le biais de ses employés est en principe soumise à la loi sur le travail et elle constitue une

entreprise au sens de l'art. 1 al. 2 LTr (consid. 3.4). Il résulte de l'interprétation de l'art. 2 al. 1 let. g LTr que cette disposition s'applique uniquement aux rapports bipartites, c'est-à-dire aux cas dans lesquels le travailleur concerné est directement engagé par le ménage privé, et pas aux rapports tripartites (consid. 4).

Regeste (de)

[Art. 1 Abs. 2](#) und [Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG](#); [Art. 12 AVG](#); [Art. 26 AVV](#); 24-Stunden-Seniorenbetreuung; Anwendbarkeit von [Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG](#) auf Dreiparteienverhältnisse.

Abgrenzung zwischen Personalverleih und anderen Vertragsverhältnissen (E. 3.3). Betrieblicher Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes; Ausnahme für private Haushaltungen. Besteht zwischen der Betreuungsorganisation und der zu betreuenden Person ein Vertragsverhältnis, untersteht das Unternehmen, welches mit seinen Angestellten einem privaten Haushalt Betreuungs- und Pflegedienstleistungen erbringt, grundsätzlich dem Arbeitsgesetz und stellt es den Betrieb i.S.v. Art. 1 Abs. 2 ArG dar (E. 3.4). Aus der Auslegung von Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG folgt, dass diese Bestimmung nur auf Zweiparteienverhältnisse anwendbar ist, d.h. auf Fälle, in welchen die jeweilige Arbeitskraft direkt vom privaten Haushalt angestellt wird, nicht aber auf Dreiparteienverhältnisse (E. 4).

Tatsächliches

Arbeitsvertrag einer Aktiengesellschaft mit einer Arbeitnehmerin als "Seniorenbetreuerin 24h" -Begleitung in einem Turnus von jeweils 21 Tage,n während denen sie (inkl. Wochenende) beim zu betreuenden Kunden wohnt und danach von einer anderen Mitarbeiterin für die Dauer von 21 Tagen abgelöst wird. Der VPOD rügt beim Arbeitsinspektorat Basel-Stadt, dass damit die arbeitsgesetzlichen Höchstleistungs- und Ruhezeitvorschriften nicht eingehalten seien. Sowohl das Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt Basel-Stadt, wie das Appellationsgericht des Kantons als Verwaltungsgericht, entschieden, dieses Arbeitsverhältnis sei nicht dem Arbeitsgesetz unterstellt. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut und stellte fest, dass [Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG](#), d.h. die Nichtunterstellung privater Haushalte unter das Arbeitsgesetz, auf Dreiparteienverhältnisse nicht anwendbar sei.

Zusammenfassung

[droitdutravail.ch](#): Newsletter février 2022 (Regeste)

Commentaires / Besprechungen

- [arbeitsrecht-aktuell.ch](#): Nicolas Facincani, 24-Stunden-Betreuung unter dem Arbeitsgesetz, 24.01.2022
- [careinfo.ch](#): Vanessa von Bothmer / Kurt Pärli, Bundesgerichtsurteil: Für Angestellte von Betreuungsagenturen gilt das Arbeitsgesetz, Februar 2022
- [droitdutravail.ch](#): Jean Christophe Schwaab, Un ménage à trois n'est pas un ménage privé; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_470/2020, Newsletter février 2022

M. Droit de la fonction publique / öffentliches Personalrecht

N1 Rückerstattung von Weiterbildungsbeiträgen, negativer Kompetenzkonflikt: [BGE 148 I 104](#)

Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung i.S. A. c. Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren

[BGer 8C 783/2021](#) vom 26.04.2022

Gegenstand: Öffentliches Personalrecht (negativer Kompetenzkonflikt),

(Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.02.2021 [[100.2020.402U](#)] und den Entscheid der Rekurskommission EDK/GDK vom 20.10.2021 [[A8-2021](#)])

Thema

Aufhebung eines Urteils des Berner Verwaltungsgerichts, welches sich in dieser Sache zu Unrecht als nicht zuständig erklärt.

Regeste (fr)

[Art. 29 al. 1](#), [art. 29a](#), [art. 30 al. 1](#), [art. 48 Cst.](#); concordat du 29.10.1970 sur la coordination scolaire ([concordat scolaire](#)); protection juridique et voies de droit en cas de litiges relevant du droit du personnel au sein d'une agence spécialisée de la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP); conflit négatif de compétence; garantie de l'accès au juge.

Le conflit négatif de compétence équivaut pour le justiciable concerné à un déni de justice formel et à une violation de la garantie de l'accès au juge (consid. 6.1). La compétence à raison de la matière est donnée, en tant que règle transitoire, au Tribunal administratif du canton de Berne (consid. 6.2).

Regeste (de)

[Art. 29 Abs. 1](#), [Art. 29a](#), [Art. 30 Abs. 1](#), [Art. 48 BV](#); Konkordat vom 29.10.1970 über die Schulkoordination ([Schulkonkordat](#)); Rechtsschutz und Instanzenzug bei personalrechtlichen Streitigkeiten innerhalb einer Fachagentur der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK); negativer Kompetenzkonflikt; Rechtsweggarantie.

Der zu beurteilende negative Kompetenzkonflikt läuft für den betroffenen Rechtssuchenden auf eine formelle Rechtsverweigerung und eine Verletzung der Rechtsweggarantie hinaus (E. 6.1). Im Sinne einer Übergangsregel gilt das Verwaltungsgericht des Kantons Bern als sachlich zuständig (E. 6.2).

Tatsächliches

Gegen die Rückforderung aus seiner Weiterbildungsvereinbarung erhob ein Mitarbeiter einer EDK-Fachagentur Beschwerde, welche der EDK Vorstand abwies und in der Rechtsmittelbelehrung auf die Möglichkeit einer Beschwerde beim Berner Verwaltungsgericht hinwies. Dieses überwies mangels Zuständigkeit die Beschwerde-Eingabe an die Rekurskommission EDK/GDK, welche wiederum ihre Zuständigkeit verneinte.

Besprechung

[unifr.ch](#): Andreas Stöckli/Valentin Vonlanthen, Wackeliger Rechtsmittelweg gegen Entscheide interkantonaler Organe Besprechung des Bundesgerichtsurteils 8C_783/2021 vom 26.04.2022 betreffend einen negativen Kompetenzkonflikt, in: [Newsletter IFF](#) 2/2022, 22.11.2022

N2 Verlängerung Probezeit infolge Krankheit eines SBB-Arbeitnehmers: [BGE 148 III 126](#)

Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung i.S. A. c. Schweizerische Bundesbahnen SBB

[BGer 8C 317/2021](#) vom 08.03.2022

Gegenstand: Öffentliches Personalrecht (Beendigung des öffentlichen Dienstverhältnisses)

(Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.03.2021, [A-3757/2020](#))

Thema

Öffentliches Personalrecht: Beendigung des öffentlichen Dienstverhältnisses in der durch Erkrankung verlängerten Probezeit

Regeste (fr)

Ch. 1 al. 3 et ch. 22 de la [convention collective de travail 2019 des CFF](#) (CCT) en relation avec l'[art. 335b al. 3 CO](#); prolongation de la période d'essai en cas de maladie.

En cas d'incapacité de travail pour cause de maladie durant la période d'essai, celle-ci se prolonge du nombre de jours ouvrables entiers pendant lesquels la personne n'a effectivement pas été en mesure de fournir sa prestation de travail. La prolongation de la période d'essai, respectivement la fin de la période d'essai, se détermine de façon à ce que les jours d'absence effectifs soient travaillés (consid. 3 et 5.2.4-5.2.8).

Dans le cas d'espèce, comme la fin de la période d'essai tombait un mardi et que la résiliation du contrat de travail avait été signifiée au recourant la veille, il n'était pas nécessaire d'examiner si la règle spéciale de l'[art. 78 CO](#) trouvait application dans l'éventualité d'une fin de période d'essai tombant déjà le dimanche précédent (consid. 5.2.9).

Regeste (de)

Ziff. 1 Abs. 3 und Ziff. 22 [Gesamtarbeitsvertrag 2019 der SBB](#) (GAV) i.V.m. [Art. 335b Abs. 3 OR](#); Verlängerung der Probezeit bei Krankheit.

Bei krankheitsbedingtem Arbeitsausfall während der Probezeit verlängert sich diese um die Anzahl der ganzen Arbeitstage, an denen die arbeitnehmende Person effektiv an der Arbeitsleistung verhindert war. Die Verlängerung der Probezeit bzw. der Endtermin der Probezeit bestimmt sich dergestalt, dass die effektiven Ausfalltage real "abzuarbeiten" sind (E. 3 und 5.2.4-5.2.8).

Da die Probezeit im vorliegenden Fall erst an einem Dienstag endete und die Kündigung dem Beschwerdeführer tags zuvor eröffnet wurde, brauchte nicht geprüft zu werden, ob bei einem Ablauf bereits am vorangehenden Sonntag die für das Fristende geltende Sonderregel des [Art. 78 OR](#) zum Tragen käme (E. 5.2.9).

Tatsächliches

Ein Produktionsmitarbeiter mit unbefristetem Arbeitsvertrag und einer Probezeit von 3 Monaten trat am Tag des Vertragsschlusses am 16.03.2020 seine Arbeit an. Vom Montag, 15.06.2020, bis Freitag, 19.06.2020, war er krankgeschrieben. Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs beendete die SBB das Arbeitsverhältnis mit Verfügung vom 12.06.2020 auf den 22.06.2020, welche anderntags an den Mitarbeiter und an seinen Rechtsvertreter mit eingeschriebener Post versandt, aber von beiden nicht abgeholt wurde. Bei der Rückkehr zur Arbeit am Mo. 22.06.2020 wurde ihm eine auf diesen datierte Kündigungsverfügung mit Beendigung auf den 29.06.2020 ausgehändigt. Strittig war, wann die Probezeit geendet hat. Aufgrund des Verweises im Gesamtarbeitsvertrag galten gemäss Bundesgericht die Regeln von [Art. 335b OR](#).

Weil der Arbeitsvertrag am Tag des Stellenantritts abgeschlossen worden ist, ging das Bundesgericht analog zu [BGE 144 III 152](#) E. 4.4.3 davon aus, dass dieser Tag nicht mitzuzählen sei und dass das Arbeitsverhältnis ohne die Erkrankung am Di. 16.06.2020 geendet hätte. Damit wären innerhalb der Probezeit zwei Arbeitstage infolge Krankheit versäumt gewesen (der 15. und 16.06.2020). Diese waren real abzuarbeiten, was nicht am arbeitsfreien Wochenende vom 20./21.06.2020, sondern erst ab Montag, 22.06.2020 möglich gewesen sei, weshalb die Probezeit nicht am Sonntag, 21.06.2020, sondern am Dienstag, 23.06.2022, geendet habe

und die (zweite) Kündigungsverfügung noch in der Probezeit ausgehändigt worden sei. Deshalb könne das Schicksal der ersten Kündigungsverfügung offenbleiben.

Bemerkung

Der Entscheid geht, wie schon das Bundesverwaltungsgericht, von zwei Prämissen aus, die man mindestens in Frage stellen kann:

- Gestützt auf BGE wird der erste Tag der Probezeit in diesem – in der Praxis wohl nicht allzu häufig vorkommenden – Fall nicht mitgezählt, weil der Arbeitsvertrag erst an jenem Tag abgeschlossen worden ist.
- Die Entscheide haben – richtigerweise – geprüft, wieviele Krankheitstage in der ursprünglichen Probezeit lagen (nämlich 2 von insgesamt 4) und darauf die Probezeit nicht um zwei Kalendertage, sondern um 2 Arbeitstage, d.h. über Samstag und Sonntag hinaus, verlängert.

Insbesondere der erste Punkt kann nach Auffassung des Autors dieser Zeilen nicht überzeugen, was in seinem Beitrag in der Festschrift für Adrian von Kaenel ausführlich begründet wird³³. Aber auch die Verlängerung um Arbeitstage statt um Kalendertage hat Potential, zu völlig zufälligen Resultaten zu führen, selbst wenn die dahinterstehende Begründung, die Zeit, sich zu probieren, müsse verlängert werden, richtig sein mag. Konsequenterweise darf man dann aber auch nur effektiv ausfallende Arbeitstage zählen, was die Entscheidung allerdings tut.

Résumé / Zusammenfassung

droitdutravail.ch: Newsletter avril 2022

Besprechungen

- www.arbeitsrecht-arbeitsrecht.ch: Nicolas Facincani/Stephanie Villiger, Verlängerung der Probezeit infolge Krankheit, 08.04.2022
- lawinside.ch: Victor Sellier, La prise en compte des jours chômés dans le calcul de la prolongation du temps d'essai, 10.08.2022

N3 Kündigung UZH-Mitarbeiterin: [BGer 8C 7/2020](#) vom 03.11.2020

(keine Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen)

Urteil I. sozialrechtliche Abteilung in Sachen Universität Zürich c. A.

Gegenstand: Öffentliches Personalrecht

(Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 14.11.2019, [VB.2019.00174](#))

Thema

Keine Nichtigkeit einer Kündigung im Zürcher Personalrecht

Regeste privé ³⁴

C'est de manière contraire au droit que le Tribunal administratif du canton de Zurich a déclaré nul le licenciement d'une employée de l'Institut d'histoire de la médecine de l'Université de Zurich (UZH). Le Tribunal fédéral admet partiellement le recours de l'UZH et renvoie la cause pour nouvelle décision à l'instance précédente. Le Tribunal administratif aurait seulement dû prononcer l'illégalité du licenciement et allouer à la personne concernée une indemnité.

³³ Georges Chanson, Terminierungen im Arbeitsvertrag- Mit besonderem Fokus auf Art. 77 OR, in: Wolfgang Portmann/Gabriel Aubert/Roland A. Müller/Roger Rudolph: Festschrift für Adrian von Kaenel, Zürich 2022, dort Teil IV.D, ab S. 76, abrufbar unter www.praxis.arbeitsrechtler.ch/Chanson_BefristungenArbR_FS_AvK_2022.pdf

³⁴ Texte tiré du communiqué de presse du Tribunal fédéral du 03.11.2020

Regeste, private ³⁵

Das Zürcher Verwaltungsgericht hat die Entlassung einer Mitarbeiterin des medizinhistorischen Instituts der Universität Zürich (UZH) zu Unrecht als nichtig beurteilt. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde der UZH teilweise gut und weist die Sache zu neuem Entscheid zurück an die Vorinstanz. Das Verwaltungsgericht hätte die Kündigung nur als unrechtmässig erachten und der Betroffenen dafür eine Entschädigung zusprechen dürfen.

Mangelhafte Verfügungen – wie diejenige zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses – sind in der Regel nicht nichtig. Das Zürcher Personalgesetz kennt keine Nichtigkeit, d.h. keine absolute Unwirksamkeit von Verfügungen. Die Hürde zur Annahme der Nichtigkeit einer Entlassung muss deshalb hoch angesetzt werden.

Tatsächliches

Der Fall ist Teil der Causa "Mörgeli/Ritzmann" die inzwischen mehr als ein Jahrzehnt andauert. Mehr dazu findet sich in den nachstehend aufgeführten Besprechungen Facincani + Sturm. Insgesamt verhielt sich die Zürcher Universität in dieser Personalsache aus Sicht des Autors dieser Zeilen als nicht ausgesprochen professionell.

**Communiqués de presse Tribunal fédéral /
Medienmitteilungen Bundesgericht**

- [bger.ch](#): Arrêt du 03.11.2020 (8C_7/2020) Licenciement d'une employée de l'Université de Zurich déclaré nul: l'arrêt du Tribunal administratif est arbitraire, 03.11.2020
- [bger.ch](#): Urteil vom 03.11.2020 (8C_7/2020) Entlassung von Mitarbeiterin der Universität Zürich als nichtig beurteilt: Entscheid des Verwaltungsgerichts ist willkürlich, 03.11.2020

Résumés / Zusammenfassungen

- [arbeitsrechtplus.ch](#): Boris Etter, Kündigung von Mitarbeiterin des medizinhistorischen Instituts der Universität Zürich war nur unrechtmässig aber nicht nichtig, 03.11.2020
- [droitdutravail.ch](#): Newsletter janvier 2021 (seulement regeste)

Commentaires / Besprechungen

- [arbeitsrecht-aktuell.ch](#): Nicolas Facincani, Aufhebung der Nichtigkeit einer Kündigung nach dem Zürcher Personalgesetz, 07.1.2020
- [droitdutravail.ch](#): Michel Chavanne, Le droit de la fonction publique: une branche à mi-chemin entre le droit privé du travail et le droit administratif ?; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_7/2020, Newsletter janvier 2021
- [oeffentlichespersonal.ch](#): Lea Sturm, Causa «Ritzmann» – Keine Praxisänderung, Urteil des Bundesgerichts 8C_7/2020 vom 03.11.2020, in: ZV Info / November 2020

**N4 Kündigung Berufsmilitär, Verweigerung Covid-19-Impfung:
[ATF 149 I 129](#), [TF 8C 327/2022](#), [BGer 8C 340/2022](#) +
[BGer 8C 362/2022](#), du/vom 22.02.2023**

(ATF 149 I 129 = [TF 8C 351/2022](#) du du 22.02.2023)

Arrêts de la IV^e Cour de droit public dans la cause A. c. Commandement des opérations

Entscheide der IV. öffentlich-rechtlichem Abteilung in der Sache A. c. Kommando

³⁵ Text der Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 03.11.2020 entnommen

Operationen (Kdo Op)
notamment / nämlich

- 8C_327/2022:
Objet: Droit de la fonction publique
(recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 26.04.2022, [A-4705/2021](#))
- 8C_340/2022:
Gegenstand: Öffentliches Personalrecht (Beendigung; Abgangsentschädigung)
(Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26.04.2022, [A-4619/2021](#))
- 8C_351/2022:
Objet: Droit de la fonction publique
(recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 26.04.2022, [A-4723/2021](#))
- 8C_362/2022:
Gegenstand: Öffentliches Personalrecht (Beendigung; Abgangsentschädigung)
(Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26.04.2022, [A-5017/2021](#))

Sujet / Thema

Licenciement ordinaire après des rappels/avertissements infructueux après un refus de vaccination

Ordentliche Kündigungen nach erfolglosen Mahnungen/Verwarnungen nach verweigerter Impfung

Regeste (fr)

[Art. 10 al. 2](#) et [art. 36 Cst.](#); [art. 47 LAAM](#); [art. 20 al. 1](#), [art. 10 al. 3](#) et [art. 37 al. 1 LPers](#); [art. 7 al. 1 OPers-PPOE](#); résiliation des rapports de travail d'un militaire des forces spéciales pour avoir refusé de se soumettre à l'obligation de se faire vacciner contre le Covid-19.

L'ordre donné au recourant de se faire vacciner contre le Covid-19 reposait sur la nécessité d'assurer sa disponibilité opérationnelle immédiate pour des engagements à l'étranger dans le contexte des restrictions prises par de nombreux pays en raison de la pandémie de coronavirus. Cette obligation de vaccination, assortie de l'avertissement d'une possible résiliation des rapports de travail en cas de refus, constitue une restriction de sa liberté personnelle.

La mesure en cause se fonde toutefois sur une base légale suffisante (consid. 5.1). Elle répond à un intérêt public suffisant (consid. 5.2) et respecte le principe de la proportionnalité (consid. 5.3)

Regeste (dt)

[Art. 10 Abs. 2](#) und [Art. 36 BV](#); [Art. 47 MG](#); [Art. 20 Abs. 1](#), [Art. 10 Abs. 3](#) und [Art. 37 Abs. 1 BPG](#); [Art. 7 Abs. 1 PVSPA](#); Auflösung des Arbeitsverhältnisses eines Angehörigen der Spezialkräfte der Armee wegen der Weigerung, sich der für obligatorisch erklärten Covid-19-Impfung zu unterziehen.

Die dem Beschwerdeführer erteilte Weisung, sich gegen Covid-19 impfen zu lassen, beruhte auf der Notwendigkeit, trotz der von zahlreichen Ländern wegen der Coronavirus-Pandemie getroffenen Massnahmen eine kurzfristige operationelle Verfügbarkeit für Einsätze im Ausland sicherzustellen. Diese Impfpflicht, verbunden mit einer Kündigungsandrohung im Falle der Widersetzung, stellt einen Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit dar.

Die vorliegende Grundrechtsbeschränkung stützt sich indessen auf eine genügende gesetzliche Grundlage (E. 5.1). Sie dient einem hinreichenden öffentlichen Interesse (E. 5.2) und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit wird gewahrt (E. 5.3).

Regeste privé ³⁶

Rejet des recours de quatre anciens militaires professionnels du Commandement des forces spéciales de l'Armée suisse dont les rapports de travail ont été résiliés en 2021 au motif qu'ils ont refusé de se faire vacciner contre le Covid-19. Compte tenu de la nécessité de pouvoir détacher immédiatement les intéressés à l'étranger, l'obligation de vaccination imposée était proportionnée. Les licenciements reposaient dès lors sur des motifs objectivement suffisants.

Regeste, private ³⁷

Abweisung der Beschwerden von vier ehemaligen Berufsmilitärs des Kommandos Spezialkräfte der Schweizer Armee, deren Arbeitsverträge 2021 gekündigt wurden, weil sie die Covid-19-Impfung verweigert hatten. Angesichts der Notwendigkeit, die Betroffenen sofort im Ausland einsetzen zu können, war die angeordnete Impfpflicht verhältnismässig. Die Entlassungen beruhten damit auf sachlich hinreichenden Gründen.

**Communiqués de presse Tribunal fédéral /
Medienmitteilungen Bundesgericht**

- bger.ch: Arrêts du 22.02.2023 (8C_327/2022, 8C_340/2022, 8C_351/2022, 8C_362/2022) Licenciement pour refus de vaccination Covid-19: recours de quatre militaires professionnels rejetés, 23.03.2023
- bger.ch: Urteile vom 22.02.2023 (8C_327/2022, 8C_340/2022, 8C_351/2022, 8C_362/2022) Kündigung wegen verweigerter Covid-19-Impfung: Beschwerden von vier Berufsmilitärs abgewiesen, 23.03.2023

Résumé / Zusammenfassung

droitdutravail.ch: Newsletter avril 2023 (concernant TF 8C_351/2022)

Commentaire / Besprechung

arbeitsrecht-aktuell.ch: Nicolas Facincani, Kündigung wegen verweigerter Covid-19-Impfung von vier Berufssoldaten war rechters, 26.03.2023

N. Procédure / Prozess**O1 Pluralité de lieux d'exécution du travail, détermination du for du lieu de travail (art. 34 al. 1 CPC): [TF 4A 548/2021](#) du 22.03.2022**

(pas de publication prévue dans le recueil officiel)

Arrêt de la I^{re} Cour de droit civil dans la cause A. SA c. Z

Objet: contrat de travail; for du lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle

(recours en matière civile contre l'arrêt de la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève du 08.09.2021, C/14493/2019-3;

[CAPH/174/2021](#))

Sujet / Thema

for du lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle

Gerichtsstand am gewöhnlichen Arbeitsort

Übersetzung (ins Deutsche)

keine bekannt

³⁶ Texte tiré du communiqué de presse du Tribunal fédéral du 22.03.2023

³⁷ Text der Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 23.03.2023 entnommen

Regeste privé

Le « lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle » est celui où se situe effectivement et concrètement le centre de l'activité concernée, les circonstances du cas concret étant décisives (tant du point de vue quantitatif que qualitatif).

Lorsque le travailleur est occupé simultanément dans plusieurs endroits, prévaut celui qui se révèle manifestement central, du point de vue de l'activité fournie. Pour les voyageurs de commerce ou autres travailleurs affectés au service extérieur d'une entreprise qui n'ont aucun point de rattachement géographique prépondérant, on peut retenir un tel lien avec le lieu où le travailleur planifie et organise ses déplacements et accomplit ses tâches administratives (y compris, le cas échéant, son domicile personnel). Le for peut donc se trouver là où l'employeur n'a aucun établissement, ni aucune installation fixe. Il ne faut envisager qu'avec retenue la situation singulière où aucun for du lieu de travail habituel n'est disponible (rappel de jurisprudence, cons. 2.2).

La recherche de ce lieu doit se faire en fonction des liens effectifs que le travailleur a entretenus avec un certain endroit. Le lieu de travail prédéfini dans le contrat cède le pas devant le lieu où le travailleur a effectivement exercé son activité de façon habituelle. En d'autres termes, la manière dont la relation de travail s'est effectivement déroulée prime sur l'accord théorique préalable, que les parties sont libres de modifier. La seule réserve concerne le cas où le contrat n'est pas venu à chef ou n'a pas été suivi d'effet (cons. 4.2).

En cas de travail à distance, par informatique et téléphone, l'endroit (ou les endroits) où était accomplie cette activité est certes digne de considération. Toutefois, il s'agit d'un élément parmi d'autres, voué à s'insérer dans l'appréciation globale des éléments quantitatifs et qualitatifs permettant de désigner le lieu habituel de l'activité (cons. 4.5).

Résumé

droitdutravail.ch: Newsletter juin 2022 (et decembre 2022)

Commentaires

- arbeitsrecht-aktuell.ch: Nicolas Facincani, Die Bestimmung des Klageorts (Arbeitsort), 23.06.2022
- droitdutravail.ch: Nathalie Bornozy, Le for du lieu habituel de travail du cadre exerçant son activité dans plusieurs endroits; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_548/2021, Newsletter decembre 2022

O2 Verfahren: Fristwahrung / Sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts: [BGer 4A 360/2021](https://www.bger.ch/4A_360_2021) vom 06.01.2022

(keine Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen)

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

(Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 19.05.2021, [LA210008-O](https://www.sta.vd.ch/la210008-o))

Gegenstand: Sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts;
Vertragsqualifikation

Hinweis: Der Entscheid wird auch vorstehend unter A3³⁸ behandelt. Siehe dort [Résumé / Zusammenfassung](#) und [Besprechungen](#).

Thema

Fristwahrung bei Nachsendeauftrag (Zustellfiktion ab Avisierung Nachsendung).
Sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts verneint

Regeste, private

Eine eingeschriebene Sendung, die nicht direkt zugestellt werden kann und nicht innert der Abholfrist von 7 Tagen abgeholt wird, gilt als am letzten Tag dieser Frist zugestellt (Zustellungsfiktion). Bei einem Nachsendeauftrag wird die siebentägige Frist (Zustellungsfiktion) erst durch die Hinterlegung der Abholungseinladung an der Nachsendeadresse ausgelöst (E. 1.1).

Es ist nicht ersichtlich, wie die Anwältin mit diesem Nachsendeauftrag ihre Melde- und Informationspflichten gemäss [Art. 12 BGFA](#) verletzt hätte und es gibt keine konkreten Anhaltspunkte für einen missbräuchlichen Nachsendeauftrag (E. 1.3).

Schafft ein Kanton ein Arbeitsgericht, so ist die Frage, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsvertrag besteht, eine doppelrelevante Tatsache. Berufte sich der Kläger auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrags, sind die von ihm behaupteten Tatsachen für die Beurteilung der Zuständigkeit grundsätzlich (ausser bei Offensichtlichkeit des Gegenteils) als wahr zu unterstellen. Sie werden erst im Moment der materiellen Prüfung des eingeklagten Anspruchs untersucht (E. 5.1.2).

Tatsächliches (Ergänzung)

Die Anwältin hatte die Post angewiesen, Zustellungen an die Kanzleiadresse an ihren Wohnort weiterzuleiten. Die Beschwerdegegnerin hatte geltend gemacht, damit sei [Art. 12 BGFA](#) verletzt und die Beschwerde sei verspätet.

O3 Öffentlichkeit des Verfahrens: [BGE 146 I 30](#)

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. c. Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung
[BGer 4A 179/2019](#) vom 24.09.2019

Gegenstand: Arbeitsrecht, Öffentlichkeit des Verfahrens
(Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 06.03.2019, [RA190002-O](#))

Thema

Klage einer Gerichtsberichterstatteerin gegen das Gericht gegen ihren Ausschluss an Vergleichsverhandlungen

Regeste (fr)

[Art. 30 al. 3 Cst.](#); [art. 54 CPC](#); *publicité de la justice; procès civil.*

N'entrent pas dans la notion d'audience, respectivement de débats au sens de l'art. 30 al. 3 Cst. et de l'art. 54 al. 1 CPC, des pourparlers transactionnels dans un procès civil auxquels le tribunal participe en tant que médiateur entre les parties dans le but d'un règlement du litige à l'amiable; partant, ils ne sont pas publics (consid. 2).

Regeste (de)

[Art. 30 Abs. 3 BV](#); [Art. 54 ZPO](#); *Justizöffentlichkeit; Zivilprozess.*

Vergleichsgespräche im Zivilprozess, in denen das Gericht mit dem Ziel einer einvernehmlichen Beilegung des Streits zwischen den Parteien vermittelt, gelten nicht als Gerichtsverhandlung respektive Verhandlung im Sinne von Art. 30 Abs. 3 BV und Art. 54 Abs. 1 ZPO und sind daher nicht öffentlich (E. 2).

Communiqués de presse Tribunal fédéral / Medienmitteilungen Bundesgericht

- bger.ch: Arrêt du 24.09.2019 (4A_179/2019) Les pourparlers transactionnels dans un procès civil ne sont pas publics – exclusion justifiée d'une journaliste, 14.10.2019
- bger.ch: Urteil vom 24.09.2019 (4A_179/2019) Vergleichsgespräche in Zivilprozess sind nicht öffentlich – Journalistin zu Recht ausgeschlossen, 14.10.2019

Résumés / Zusammenfassungen

- datenrecht.ch: David Vasella, BGer: Vergleichsgespräche in Zivilprozess sind nicht öffentlich – Journalistin zu Recht ausgeschlossen (4A_179/2019), 14.10.2019
- droitdutravail.ch: Newsletter novembre 2019 (seulement regeste)

Besprechungen

- republik.ch: Brigitte Hürlimann, Das Bundesgericht entscheidet gegen die Öffentlichkeit³⁹, 14.10.2019
- swissblawg.ch, Roland Bachmann, 4A_179/2019: Medienvertreterin von gerichtlicher Vergleichsverhandlung rechtmässig ausgeschlossen (amtl. Publ.), 07.12.2019

O4 Indemnité pour congé abusif, opposition: BGE 149 III 304

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

[TF 4A 412/2022](#) du 11.05.2023

Objet: contrat de travail; résiliation abusive, opposition

(recours en matière civile contre l'arrêt rendu le 11 juillet 2022 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève, C/7492/2019.5, [CAPH/127/2022](#))

Sujet / Thema

Obligation d'alléguer et de prouver l'existence d'une opposition au sens de l'[art. 336b al. 1 CO](#) en cas de licenciement abusif

Nachweis der Einsprache nach [Art. 336b Abs. 1 OR](#) bei missbräuchlicher Kündigung

Regeste (fr)

Opposition au congé abusif ([art. 336b CO](#)).

Le demandeur doit alléguer et prouver les circonstances factuelles dont le juge peut inférer qu'il a formé opposition au congé prétendument abusif (consid. 4).

Regeste (dt)

Einsprache gegen die missbräuchliche Kündigung ([Art. 336b OR](#)).

Der Kläger muss die Tatsachen behaupten und beweisen, gestützt auf welche das Gericht schliessen kann, dass er gegen die angeblich missbräuchliche Kündigung Einsprache erhoben hat (E. 4).

³⁹ Mit dem Hinweis, dass das Verfahren von dieser Journalistin der Online-Zeitschrift "Republik" geführt worden ist. Es ging ihr nicht darum, an den Vergleichsverhandlungen der Parteien teilnehmen zu können, sondern sie sieht ein Interesse der Öffentlichkeit auch darin, von der vorläufigen Einschätzung des Gerichts Kenntnis zu erhalten, wie sie regelmässig an Vergleichsverhandlungen – immer unpräjudiziell – vorgetragen wird. Konkret ging es im Verfahren, an dem sie nur zur Hauptverhandlung zugelassen war, um eine Lohndiskriminierungsklage gemäss Gleichstellungsgesetz gegen eine Grossbank, wo die Journalistin ein besonderes Interesse der Öffentlichkeit sah, über den Verfahrensausgang Kenntnis zu erhalten.

Regeste privé ⁴⁰

Il appartient à l'employé d'alléguer et de prouver que les conditions fondant son droit à une indemnité pour congé abusif sont réunies, soit notamment de prouver qu'une opposition écrite auprès de l'employeur a été formée dans le délai légal. Le Tribunal fédéral admet le recours d'une employeuse contre un arrêt dans lequel la Cour cantonale avait admis que l'existence d'une opposition était un fait implicite qui ne devait être allégué et prouvé que s'il était contesté par la partie défenderesse.

Regeste, private ⁴¹

Es ist Sache des Arbeitnehmers, geltend zu machen und zu beweisen, dass die Voraussetzungen für eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter Entlassung erfüllt sind; das gilt insbesondere für das Erfordernis, dass er gegen die Entlassung vor Ablauf der Kündigungsfrist beim Arbeitgeber schriftlich Einsprache erhoben hat. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde einer Arbeitgeberin gut.

**Communiqués de presse Tribunal fédéral /
Medienmitteilungen Bundesgericht**

- bger.ch: Arrêt du 11.05.2023 (4A_412/2022) Indemnité pour congé abusif: l'employée doit alléguer et prouver les conditions fondant ce droit, 09.06.2023
- bger.ch: Urteil vom 11. Mai 2023 (4A_412/2022) Entschädigung wegen missbräuchlicher Entlassung: Angestellte muss Voraussetzungen geltend machen und beweisen, 09.06.2023

Zusammenfassung

- cash.ch: Bundesgericht: Präzisierung bei Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung, 09.06.2023
- droitdutravail.ch, Newsletter juni 2023

Commentaire / Besprechung

- arbeitsrecht-aktuell.ch: Nicolas Facincani, Wer muss die Einsprache (Art. 336b OR) im Gerichtsverfahren behaupten?, 09.06.2023
- droitdutravailensuisse.com: Philippe Ehrenström, Opposition au congé abusif : fardeau de l'allégation et de la preuve, 09.06.2023
- swissblawq.ch: Patricia Meier, 4A_412/2022: Behauptungslast der Einsprache gegen die Kündigung nach Art. 336b OR (amtl. Publ.), 18.06.2023
- droitdutravail.ch: Werner Gloor, L'opposition au congé: des conditions supplémentaires à sa validité; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_59/2023, Newsletter juin 2023
- Le temps: Jean-Philippe Dunand, Opposition à un congé abusif: attention, danger!, 23.11.2023

O5 Teilklage und negative Feststellungswiderklage: [BGE 145 III 299](#)

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

[BGer 4A 29/2019](#) vom 10.07.2019

Gegenstand: Arbeitsvertrag, Widerklage,

(Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 27.11.2018, [LA180016](#)).

Thema

Zulassung von negativer Feststellungswiderklagen auch gegen unechte Teilklagen

⁴⁰ Texte tiré du communiqué de presse du Tribunal fédéral du 09.06.2023

⁴¹ Text der Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 09.06.2023 entnommen

Regeste (fr)

Action partielle et demande reconventionnelle en constatation de droit négative ([art. 86](#) et [224 CPC](#)).

L'exception à l'exigence de la même procédure prévue à l'art. 224 al. 1 CPC pour les demandes reconventionnelles en constatation de droit négative n'implique pas nécessairement que l'action principale soit une action partielle au sens propre. Elle s'applique de manière générale lorsque l'action partielle génère une incertitude qui justifie de requérir la constatation de l'inexistence d'une créance ou d'un rapport de droit (consid. 2).

Regeste (de)

Teilklage und negative Feststellungswiderklage ([Art. 86](#) und [224 ZPO](#)).

Die Ausnahme vom Erfordernis der gleichen Verfahrensart gemäss Art. 224 Abs. 1 ZPO für negative Feststellungswiderklagen ist nicht auf den Fall beschränkt, dass es sich bei der Hauptklage um eine sogenannte echte Teilklage handelt, sondern gilt allgemein dann, wenn die Teilklage eine Ungewissheit zur Folge hat, die es rechtfertigt, die Feststellung des Nichtbestands einer Forderung oder eines Rechtsverhältnisses zu verlangen (E. 2).

Tatsächliches⁴²

Eine Arbeitnehmerin klagte am Arbeitsgericht Zürich im vereinfachten Verfahren gegen ihre Arbeitgeberin auf die Bezahlung einer Überzeimentschädigung von rund CHF 15'000 für das Jahr 2016 "unter Vorbehalt der Nachklage". Es handle sich um eine Teilklage aus einer Gesamtforderung von rund CHF 50'000 für Überzeimentschädigung der Jahre 2014 bis 2016. Mittels Widerklage beantragte die Arbeitgeberin die Feststellung, dass sie der Arbeitnehmerin "keine Entschädigung aus Überzeit" schulde.

Der Einzelrichter im vereinfachten Verfahren am Arbeitsgericht Zürich trat auf die Widerklage nicht ein und wies den Antrag auf Überweisung in das ordentliche Verfahren ab. Das Obergericht des Kantons Zürich wies die von der Arbeitgeberin erhobene Berufung ab. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der Arbeitgeberin gut, hob das zweitinstanzliche Urteil auf und wies die Sache zu weiteren Behandlung an die Vorinstanz zurück.

Résumé / Zusammenfassung

[droitdutravail.ch](#): Newsletter août (seulement regeste)

Besprechungen

- [arbeitsrecht-aktuell.ch](#): Nicolas Facincani, Negative Feststellungswiderklage auch bei unechter Teilklage?, 23.07.2019
- [swissblawg.ch](#): Roland Bachmann, 4A_29/2019: Zulässigkeit negativer Feststellungswiderklagen im vereinfachten Verfahren (amtl. Publ.), 10.09.2019
- [zpo-cpc.ch](#): Françoise Bastons Bulletti / Michel Heinzmann, Teilklage: noch eine Teilantwort des BGer, 22.08.2019

O6 Teilklagen: [BGer 4A 307/2021](#) vom 23.06.2022

(keine Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen)

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung, A. c. B. AG

Gegenstand: Teilklagen; Verfahrensart

⁴² wörtlich entnommen aus dem gleich nachstehend zitierten Swissblawg-Beitrag von Roland Bachmann

(Beschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 23.04.2021, [RA210006-O](#)⁴³)⁴⁴

Thema

Aufteilung von Forderungen aus dem gleichen Arbeitsverhältnis in auf insgesamt 4 Teilklagen mit einem Streitwert von je unter 30'000 Franken (Objektive Klagenhäufung) als missbräuchlich qualifiziert. Überweisung vom vereinfachten ins ordentliche Verfahren

Regeste, private

Konkret wurde die Teilklage nicht dazu eingesetzt, um den im Gesetz für das vereinfachte Verfahren und die Kostenfreiheit vorgesehene Maximalbetrag einzuhalten, sondern die Klägerin versuchte, die im Gesetz vorgesehenen Streitwertgrenzen zu umgehen. Das ist nicht Zweck der Teilklage. Mit mehreren Teilklagen wird das für Streitwerte bis CHF 30'000 vorgesehene vereinfachte, kostenlose Verfahren für einen Streitwert von über CHF 100'000 in Anspruch genommen und der Zweck der Streitwertbegrenzung ausgehöhlt, was missbräuchlich ist (E. 2.3.2.2.3).

Tatsächliches

Eine Zahnärztin und spätere Geschäftsführerin einer Zahnarztpraxis hat anfänglich in zwei gleichzeitig eingereichten Klagen als Missbrauchsentschädigung und später für Lohnansprüche je CHF 29'999 (also dreimal diesen Betrag) und in einer vierten Klage nochmals Ferienlohn, Arbeitszeugnisse und die Erstellung von Schlussrechnungen eingefordert, was einen Gesamtstreitwert von insgesamt mindestens CHF 113'597 ergab. Das Arbeitsgericht ging nach Eingang der ersten beiden Klagen anfänglich noch von unterschiedlichen Lebenssachverhalten aus, vereinigte sie zwar, aber führte die Prozesse im vereinfachten Verfahren weiter. Mit dem Eingang zweier weiterer Klagen sei jedoch evident geworden, dass sich alle vier Klagen aus demselben Lebenssachverhalt "dem Arbeitsverhältnis der Klägerin gegen die Beklagte" ergeben würden und mithin als objektive Klagenhäufung aufzufassen seien, was die Anwendung von [Art. 93 Abs. 1 ZPO](#) über die Zusammenrechnung der Streitwerte und damit auch den Wechsel des Verfahrens (Art. 93 Abs. 2 ZPO e contrario) zur Folge habe.

Besprechungen

- [arbeitsrecht-aktuell.ch](#): Nicolas Facincani, Teilklagen im Arbeitsrecht, 06.08.2022
- [info.arbeitsrecht.zav-Nachricht](#)⁴⁵: Georges Chanson, neuer BGE: Missbräuchliche Häufung von Teilklagen, auszugsweise unter https://fgarbr.ch/iaz_220711_Teilklagen.pdf abrufbar

07 negative Feststellungswiderklage: [BGer 4A 534/2020](#) vom 29.01.2021

(keine Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen)

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

Gegenstand: negative Feststellungswiderklage; Verfahrensart

Beschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 17.09.2020, [RA200011-O](#)).

⁴³ Beschwerdeentscheid gegen die Verfügung des Arbeitsgerichtes Zürich, 3. Abteilung, im vereinfachten Verfahren vom 09.02.2021 (AH200005-L). publiziert in den Entscheidungen des Arbeitsgericht Zürich 2021 Nr. 20

⁴⁴ Sammeldatei der Publikationen aller 3 Entscheide: https://arbrch.ch/4A_307_2021

⁴⁵ für Mitglieder der Fachgruppe Arbeitsrecht des Zürcher Anwaltsverbands + weitere Adressaten der [info.arbeitsrecht.zav-Nachrichten](#) verfasst, Auszug ohne Namen von Beteiligten

Thema

Prüfung der Zulässigkeit einer negative Feststellungswiderklage

Regeste, private

Muss aufgrund einer negativen Feststellungswiderklage eine im vereinfachten Verfahren eingereichte Klage aufgrund des Streitwerts im ordentlichen Verfahren behandelt werden, hat die klagende Partei einen Anspruch auf einen vorgängigen Entscheid über die Zulässigkeit einer solchen Widerklage, jedenfalls wenn sie dies ausdrücklich verlangt.

Tatsächliches

Eine Arbeitnehmerin erhob im Herbst 2019 beim Arbeitsgericht Bülach Klage gegen ihre ehemalige Arbeitgeberin auf Zahlung einer Geldforderung, um Ausstellung eines geänderten Arbeitszeugnisses, sowie Herausgabe eines Notizbuches. Den Streitwert bezifferte sie auf insgesamt Fr. 16'389.35. Mit ihrer Klageantwort erhob die Arbeitgeberin zugleich Widerklage mit den Rechtsbegehren, es sei festzustellen, dass sie keine Leistung für angeblich gearbeitete Überzeit im Betrag von über 50'000 Franken schulde, wovon sie über gut 45'000 betrieben worden war, was sie mit dem Begehren auf Aufhebung der Betreuung verband.

Auf den darauf gestellten Antrag der Arbeitnehmerin, "ein Zwischenentscheid nach [Art. 237 ZPO](#) über die Zulässigkeit der Widerklage und, falls diese wider Erwarten bejaht werden sollte, über das anwendbare Verfahren zu treffen", trat das Einzelgericht nicht ein und überwies die Klagen ins ordentliche Verfahren. Dabei stellte es sich auf den Standpunkt, über die Zulässigkeit der Widerklage sei im Endentscheid zu befinden. Dagegen wandte sich die Arbeitnehmerin ans Obergericht, welches auf die Beschwerde nicht eintrat und zwar mit der Begründung, es liege - da kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohe - keine anfechtbare prozessleitende Verfügung vor ([Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO](#)). Das Bundesgericht ging stattdessen von einem nicht wiedergutzumachenden Nachteil gemäss [Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG](#) aus und konnte deshalb auf die Beschwerde eintreten (E. 1). Da diese BGG-Bestimmung enger gefasst ist als jene in der ZPO ("nicht" statt "nicht leicht"), hätte der Nichteintretensentscheid des Obergerichtsentscheid bereits aus formellen Gründen aufgehoben werden können. Es wies deshalb das Verfahren zur Prüfung der Zulässigkeit der Widerklage zurück.

Im vorliegenden Fall gab es zwischen der eingeklagten Forderung, die sich nicht auf Überstunden bezog, und der widerklageweise verlangten Feststellung zu Überstundenforderungen, keinerlei Sachzusammenhang. Es steht deshalb keineswegs fest, ob die Feststellungsklage, da sie den Streitwert des einfachen Verfahrens übersteigt, überhaupt behandelt werden konnte oder ob stattdessen auf sie nicht einzutreten wäre

Besprechungen

- [arbeitsrecht-aktuell.ch](#): Nicolas Facincani, Teilklagen im Arbeitsrecht, 06.08.2022⁴⁶
- [info.arbeitsrecht.zav-Nachricht](#)⁴⁷: Georges Chanson, neuer BGE: Klärungen zur negative Feststellungswiderklage, 03.03.2021, auszugsweise unter https://fgarbr.ch/iaz_210303_negFWK.pdf abrufbar
- [zpo-cpc.ch](#): Françoise Bastons Bulletti, Negative Feststellungswiderklage: Der Hauptkläger kann eine vorgängige Prüfung der Zulässigkeit verlangen, 03.03.2021

⁴⁶ unter anderem zu BGer 4A_534/2020

⁴⁷ für Mitglieder der Fachgruppe Arbeitsrecht des Zürcher Anwaltsverbands + weitere Adressaten der [info.arbeitsrecht.zav-Nachrichten](#) verfasst, Auszug ohne Namen von Beteiligten

O8 neue Tatsachen + Beweismittel (Aktenschluss): [BGE 147 III 475](#)

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

[BGer 4A 50/2021](#) vom 06.09.2021

Gegenstand: Arbeitsrecht

(Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 04.12.2020, [LA200023-O](#))

Thema

Bestätigung der Rechtsprechung, wonach neue Tatsachen und Beweismittel in der Hauptverhandlung vor den eigentlichen Parteivorträgen einzubringen sind

Regeste (fr)

[Art. 229 al. 2 CPC](#); *moment de la clôture de la phase de l'allégation.*

Les faits et moyens de preuve nouveaux qui peuvent être invoqués sans restriction "à l'ouverture des débats principaux", doivent être introduits dans la procédure avant les premières plaidoiries des parties au sens de l'[art. 228 CPC](#) (confirmation de la jurisprudence; consid. 2.3.2 et 2.3.3).

Regeste (de)

[Art. 229 Abs. 2 ZPO](#); *Zeitpunkt des Aktenschlusses. Können neue Tatsachen und Beweismittel "zu Beginn der Hauptverhandlung" unbeschränkt vorgebracht werden, sind diese vor den ersten Parteivorträgen nach [Art. 228 ZPO](#) in das Verfahren einzubringen (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 2.3.2 und 2.3.3).*

Tatsächliches

In der Klage eines fristlos entlassenen CEO hatte bereits das Arbeitsgericht Zürich die Verletzung der Treuepflicht verneint. Es hatte auf die schriftliche Klage eine schriftliche Klageantwort eingeholt und die Parteien danach zur Hauptverhandlung vorgeladen. Wie sich aus der auszugsweisen Wiedergabe des erstinstanzlichen Verhandlungsprotokolls im Berufungsentscheid⁴⁸ ergibt, gab es ein Scharmützel: Der Anwalt der Arbeitgeberin beantragte, dass im Sinne der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zunächst die Tatsachenvorträge gehalten würden. Das Bundesgericht verlangte (in [BGE 147 III 67](#) und danach zweimal bestätigt), dass zu Beginn der Hauptverhandlung, also vor Replik und Duplik, die neuen Tatsachen und Beweismittel vorzutragen seien. In der Folge kam es offensichtlich zu einem Hin und Her und der Anwalt des Klägers hat Teile seines Plädoyers für seinen ersten Vortrag in seinem zweiten Vortrag vorgetragen. In den Rechtsmittelverfahren machte die Arbeitgeberin geltend, entlastende Tatsachen seien prozessual zu spät vorgebracht worden. Das Bundesgericht bestätigte zwar⁴⁹ – unter ausführlicher Auseinandersetzung mit der Literatur – seine bisherige Rechtsprechung und hielt fest, "zu Beginn der Hauptverhandlung" gemäss [Art. 229 Abs. 2 ZPO](#) meine einen Zeitpunkt vor den ersten Parteivorträgen im Sinne von [Art. 228 ZPO](#). Allerdings habe der Anwalt der Arbeitgeberin jenen des Klägers in gegen Treu und Glauben verstossender Weise unterbrochen und sei darin von der ersten Instanz noch unterstützt worden. Deshalb seien die vorgebrachten Tatsachen im vorliegenden Fall zu berücksichtigen. In der Sache beurteilte das Bundesgericht die fristlose Entlassung wie die beiden Vorinstanzen als ungerechtfertigt.

⁴⁸ [LA200023-O](#), dort E. III.2.2, S. 14 - 16

⁴⁹ E. 2.3.2 + 2.3.3

Commentaires / Besprechungen

- www.swissblawg.ch: Patricia Meier, 4A_50/2021: Arbeitsrecht; Novenschranke/-verbot (Art. 229 Abs. 2 ZPO); Konkurrenzverbot/Treuepflichtverletzung (amtl. Publ.), 29.09.2021
- baerrkarrer.ch: Cinzia Catelli/Predrag Sunaric, BGer 4A_50/2021: Tatsachenvortrag «zu Beginn der Hauptverhandlung», in: AJP 11/2011, S. 1425-1428, 01.11.2021
- droitdutravail.ch: François Bohnet, L'admission des faits et moyens de preuve nouveaux à l'ouverture des débats principaux: l'étau se resserre. Traduction et commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_50/2021, Newsletter novembre 2021
- lawinside.ch: Marion Chautard, Invocation des novas limitée à la phase d'allégation, 20.11.2021
- Weblaw-Jusletter: Nicolas Facincani/Reto Sutter/Seline Wissler, Bundesgericht definiert den «Beginn der Hauptverhandlung» Die Novenschranke von Art. 229 Abs. 2 ZPO fällt vor den ersten Parteivorträge, 10.01.2022, abrufbar unter www.arbeitsrecht-aktuell.ch, dort Publikationen

O9 Gegenstandslosigkeit: [BGE 148 III 186](#)

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. GmbH c. B.

[BGer 4A 169/2021](#) vom 18.01.2022

Gegenstand: Arbeitsvertrag; Bonus

(Beschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen, III. Zivilkammer, vom 10.02.2021, [BO.2019.36-K3](#))

Hinweis: Der Entscheid wird vorstehend unter B3⁵⁰ behandelt. Siehe dort [Zusammenfassung](#) und [Commentaires / Besprechungen](#).

Thema

Kostenfolgen bei Gegenstandslosigkeit. Abschreibung infolge Gegenstandslosigkeit ist ein Endentscheid

Regeste (fr)

[Art. 242](#), [art. 308 al. 1 let. a](#) et [art. 319 let. a CPC](#); voies de recours en cas de radiation du rôle d'une procédure devenue sans objet pour d'autres raisons.

La radiation du rôle d'une procédure devenue sans objet pour d'autres raisons au sens de l'art. 242 CPC est une décision finale au sens de l'art. 308 al. 1 let. a CPC. Cette décision finale peut être attaquée par la voie de l'appel, si la valeur litigieuse est atteinte, sinon du recours en vertu de l'art. 319 let. a CPC (consid. 6.3-6.5).

Regeste (de)

[Art. 242](#), [Art. 308 Abs. 1 lit. a](#) und [Art. 319 lit. a ZPO](#); Rechtsmittel bei Abschreibung wegen Gegenstandslosigkeit aus anderen Gründen.

Die Abschreibung wegen Gegenstandslosigkeit aus anderen Gründen nach Art. 242 ZPO ist ein Endentscheid im Sinn von Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO. Dieser Endentscheid unterliegt bei gegebenem Streitwert der Berufung, ansonsten der Beschwerde nach Art. 319 lit. a ZPO (E. 6.3-6.5).

Tatsächliches (Ergänzung)

Die Arbeitgeberin hat den Entscheid des Kreisgerichts, die Klage teilweise infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben, nicht separat mit Beschwerde angefochten,

sondern in der Berufung ans Kantonsgericht die vollumfängliche Abweisung der Klage beantragt. Das Kantonsgericht trat diesbezüglich auf die Berufung nicht ein, was vom Bundesgericht im Beschwerdeverfahren der Arbeitgeberin als zutreffend bestätigt worden ist.

O10 Materielle Rechtskraft: [BGer 4A 84/2020](#) vom 27.08.2020

(keine Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen)

4A_84/2020: Urteil I. zivilrechtliche Abteilung i.S. A. c. B.

Gegenstand: Arbeitsvertrag

(Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 23.12.2019, [LA190003-O](#))

Dieser Entscheid wird nachstehend auch unter A2⁵¹ behandelt. Siehe dort [Zusammenfassung](#) und [Besprechungen](#).

Sammeldatei

Beide Entscheide des Bundesgerichts und des Zürcher Obergerichts sowie einer der beiden Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich (in der Sache, die im Verfahren 4A_84/2020 beurteilt wurde) sind in einer Datei zusammengefügt abrufbar:

<https://arbrch.ch/DelegPsychotherapie>.

Thema

Folgen daraus, dass Ansprüche nicht aufgrund einer anderen Vertragsgrundlage geprüft wurden (4A_84/2020).

ergänzende Regeste, private

Hat ein Arbeitsgericht seine Zuständigkeit bejaht, aber kommt beim materiellen Entscheid zum Schluss, es liege kein Arbeitsvertrag vor, so hat es zu prüfen, ob es einer andere – nicht arbeitsvertragliche – Rechtsgrundlage für die eingeklagten Ansprüche gibt

Nachdem die Erstinstanz das Vorliegen eines Arbeitsvertrags nach [Art. 319 ff. OR](#) verneinte und auf eine Prüfung der eingeklagten Ansprüche gestützt auf eine andere Rechtsgrundlage verzichtete, wäre es an der Beschwerdeführerin gewesen, den Entscheid der Erstinstanz in diesem Punkt vor der Vorinstanz rechtsgenügend zu beanstanden. Sie hätte mithin hinreichend vorbringen müssen, dass die Erstinstanz mit diesem Vorgehen den Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (*iura novit curia*) verletzt habe ([Art. 57 ZPO](#)) (4A_64/2020, E. 5.3.2).

Soweit die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht geltend macht, der Grundsatz *iura novit curia* sei verletzt bzw. es liege ein Innominatvertrag vor, auf welchen die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften analog anzuwenden seien, trägt sie diese Argumentation erstmals vor Bundesgericht vor. Im kantonalen Verfahren versäumte sie eine entsprechende Darlegung im Eventualstandpunkt. Sie schöpfte damit den Instanzenzug nicht aus (4A_64/2020, E. 5.3.2).

Auszug aus den Erwägungen

5.2 Schafft ein Kanton ein Arbeitsgericht, stellt die Frage, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsvertrag besteht, eine doppelrelevante Tatsache dar. Beruft sich der Kläger auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages, sind die von ihm behaupteten Tatsachen für die Beurteilung der Zuständigkeit grundsätzlich (ausser bei Offensichtlichkeit des Gegenteils) als wahr zu unterstellen. Sie werden erst im Moment der materiellen Prüfung des eingeklagten Anspruchs untersucht [Zitate]. Geht das Arbeitsgericht in diesem Sinne für das Eintreten von einem Arbeitsverhältnis aus,

verneint es aber in der materiellen Prüfung, dass ein Arbeitsvertrag besteht, darf es keinen Nichteintretensentscheid fällen, sondern es muss einen Sachentscheid fällen und die Klage mit Rechtskraftwirkung abweisen [Zitate]. Das Arbeitsgericht darf aber die Klage nicht ohne Weiteres mit der Begründung abweisen, es liege kein Arbeitsvertrag vor und das Arbeitsgericht sei einzig für die Beurteilung von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten zuständig. (...) Vielmehr hat das Arbeitsgericht in Befolgung des Gebots der Rechtsanwendung von Amtes wegen (*iura novit curia*) gemäss Art. 57 ZPO alle in Frage kommenden Normen auf die Klageansprüche anzuwenden [Zitat]. Es hat mithin zu beurteilen, ob sich die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche auf andere, nicht in den Kompetenzbereich des Arbeitsgerichts fallende Rechtsgrundlagen stützen lassen. Die gegenteilige Auffassung der Vorinstanzen ist nicht korrekt und verletzt das in Art. 57 ZPO statuierte Prinzip der gerichtlichen Rechtsanwendung von Amtes wegen.

Ebenso unzutreffend ist die vom Arbeitsgericht vertretene Auffassung, die materielle Rechtskraft beziehe sich nur auf die vom Gericht geprüfte Anspruchsgrundlage (hier Arbeitsvertrag), nicht aber auf andere mögliche Rechtsgrundlagen, und die Beschwerdeführerin könne ihre Klage aus einem anderen Rechtsgrund vor dem dafür zuständigen Gericht erneut erheben (erstinstanzlicher Entscheid, E. IV.3.2.7 S. 23). Dieser Ansatz lässt sich nicht mit dem zweigliedrigen Begriff des Streitgegenstands vereinbaren, wonach dieser aufgrund der Rechtsbegehren und dem Lebenssachverhalt bestimmt wird [Zitat]. Auch wenn die Klage (wie hier) infolge einer unvollständigen Prüfung abgewiesen wird, kann der Kläger aufgrund der materiellen Rechtskraft des Entscheids später an kein anderes Gericht gelangen, um die noch nicht geprüfte Rechtsgrundlage anzurufen.

O11 Zulässigkeit Beschwerde in Zivilsachen: [BGE 146 III 254](#)

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

[BGer 4A 203/2019](#) vom 11.05.2020

Gegenstand: Arbeitsvertrag

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Aargau, Zivilgericht, 1. Kammer, vom 05.03.2019, ZOR.2018.49⁵²)

Thema

Behandlung von eventuellen Rechtsbegehren neben einem selbständigen Entscheid über das Hauptbegehren

Regeste (fr)

Conditions de recevabilité d'un recours en matière civile: distinction entre une décision partielle ([art. 91 let. a LTF](#)) et une décision incidente ([art. 93 LTF](#)).

Lorsque des conclusions subsidiaires sont formulées, comment faut-il qualifier la décision sur les conclusions principales notifiée séparément?

Conditions auxquelles les conclusions déjà traitées dans la décision attaquée sont indépendantes au sens de l'art. 91 let. a LTF par rapport aux autres conclusions (consid. 2 et 2.1).

Ces conditions ne sont pas remplies en cas de rejet des conclusions principales notifié séparément (précision de la jurisprudence; consid. 2 et 2.2).

Regeste (de)

Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Beschwerde in Zivilsachen: Abgrenzung zwischen einem Teilentscheid ([Art. 91 lit. a BGG](#)) und einem

Zwischenentscheid ([Art. 93 BGG](#)). Wie ist bei eventualgehäuften Rechtsbegehren der selbständig eröffnete Entscheid über das Hauptbegehren zu qualifizieren?

Voraussetzungen, unter denen die im angefochtenen Entscheid bereits behandelten Begehren "unabhängig von den anderen" beurteilt werden können (E. 2 und 2.1).

Bei der selbständig eröffneten Abweisung eines Hauptbegehrens sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt (Präzisierung der Rechtsprechung; E. 2 und 2.2).

Tatsächliches

Zusammenfassung Sachverhalt (BGE [146 III 254](#), S. 255):

Nachdem A. (Arbeitnehmer) von seiner Arbeitgeberin am 20. Mai 2016 auf Ende November 2016 gekündigt worden war, stellte er sich auf den Standpunkt, es habe ein bis zu seinem Eintritt ins AHV-Alter befristetes und damit nicht kündbares Arbeitsverhältnis bestanden. Er reichte Klage ein und verlangte den ihm zustehenden Lohn. Zusammen mit der Lohnforderung beantragte er im Wesentlichen, es sei festzustellen, dass ein bis zu seinem Erreichen des ordentlichen Pensionierungsalters befristeter Arbeitsvertrag bestehe und die von der Arbeitgeberin ausgesprochene Kündigung "nichtig oder ungültig bzw. unwirksam" sei.

Für den Fall, dass die Kündigung rechtsgültig ausgesprochen worden sei und das Arbeitsverhältnis geendet haben sollte, verlangte er im Rahmen eines Eventualbegehrens diverse Entschädigungen (für Spesen, für geleistete Überstunden, die ihm zustehende Abgangsentschädigung sowie für die missbräuchliche Kündigung).

Während das Bezirksgericht (Arbeitsgericht) Brugg die Lohnklage guthiess und feststellte, die ausgesprochene Kündigung sei ungültig, kam das Obergericht des Kantons Aargau zum Schluss, das Arbeitsverhältnis sei unbefristet gewesen und habe am 30. November 2016 geendet. Den auf dieses Datum berechneten Lohnausstand sprach es zu und wies die Lohnklage im Übrigen ab. Sodann wies es die Sache an das Arbeitsgericht zurück zur Prüfung der Ansprüche, die der Arbeitnehmer geltend gemacht hatte für den Fall, dass die Kündigung rechtsgültig ausgesprochen worden sein sollte.

Gegen diesen Entscheid führt der Arbeitnehmer Beschwerde in Zivilsachen und beantragt im Wesentlichen, das Urteil des Arbeitsgerichts zu bestätigen.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut und weist die Sache zur weiteren Abklärung betreffend die Zulässigkeit der Kündigung an das Obergericht zurück.

Résumé

droitdutravail.ch: Newsletter juillet 2020⁵³

Besprechungen

soweit ersichtlich keine

O. Droit des assurances sociales / Sozialversicherungsrecht

P1 AHV-Beitragspflicht (UberPop-Fahrer): [BGE 147 V 174](#)

Urteil der II. sozialrechtlichen Abteilung i.S. Ausgleichskasse des Kantons Zürich gegen Uber Switzerland GmbH

[BGer 9C 692/2020](#) vom 29.03.2021

⁵³ uniquement en ce qui concerne les considérants 3.5.1 + 3.5.2 non publiés au recueil officiel / nur bezogen auf die nicht amtlich publizierten Erwägungen 3.5.1 + 3.5.2

Gegenstand Alters- und Hinterlassenenversicherung
 Beschwerde gegen den Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons
 Zürich vom 16.09.2020, [AB.2020.00061](#))

Thema

AHV-Beitragspflicht von Uber Switzerland GmbH für UberPop-Fahrer verneint

Regeste (fr)

[Art. 12 al. 2 LAVS](#); *obligation de cotiser de l'employeur; établissement stable.*

12 al. 2 LAVS lie l'obligation de cotiser exclusivement à l'employeur, sans étendre le cercle des débiteurs pouvant entrer en considération (consid. 6).

Regeste (de)

[Art. 12 Abs. 2 AHVG](#); *Beitragspflicht des Arbeitgebers; Betriebsstätte.*

Art. 12 Abs. 2 AHVG schafft nicht mehrere in Frage kommende Schuldner, sondern knüpft für die Beitragspflicht ausschliesslich beim Arbeitgeber an (E. 6)

ergänzende private Regeste

Für das Bundesgericht hatte das Sozialversicherungsgericht verbindlich festgestellt, dass Uber Switzerland nicht Arbeitgeberin sei. Für den Fall, dass die AHV-Pflicht an eine schweizerische Betriebsstätte anknüpfe, was unter Umständen möglich sei, wäre aber der ausländische Arbeitgeber und nicht die Betriebsstätte Beitragsschuldner.

Tatsächliches

Auszug aus [BGE 147 V 174](#), S. 174:

A. Mit Verfügung vom 16. August 2019 traf die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, die Feststellungen, dass UberPop-Fahrer eine unselbstständige Erwerbstätigkeit für die Rasier Operations B.V. mit Sitz in den Niederlanden ausüben würden und die Uber Switzerland GmbH die abrechnungspflichtige Betriebsstätte der Rasier Operations B.V. in der Schweiz sei. Im Weiteren verpflichtete die Ausgleichskasse die Rasier Operations B.V. als Arbeitgeberin bzw. die Uber Switzerland GmbH als Betriebsstätte für das Jahr 2014 Sozialversicherungsbeiträge (inklusive Nebenkosten) in der Höhe von Fr. 4'283'763.75 sowie Verzugszinsen von Fr. 991'215.35 zu bezahlen.

Das Zürcher Sozialversicherungsgericht hob diese Verfügung auf Beschwerde von Uber Switzerland GmbH, soweit sie diese betraf, auf. Es stellte fest, dass diese – da nicht Arbeitgeberin der Fahrer – nicht beitragspflichtig sei. wogegen die Sozialversicherungsanstalt Zürich (SVA) als Ausgleichskasse erfolglos Beschwerde beim Bundesgericht erhob.

Dessen Entscheid wurde inzwischen durch die gleich nachstehend unter P2 behandelten Urteile relativiert, welche eine Beitragspflicht von Uber B.V. und Rasier Operations B.V. bejahen⁵⁴

Commentaires / Besprechungen

- [assurances-sociales.info](#): David Ionta, 9C_692/2020 (d) du 29.03.2021, destiné à la publication – Uber Suisse ne doit pas payer l'AVS pour les chauffeurs UberPop / Obligation de cotiser de l'employeur – Etablissement stable au sens de l'art. 12 al. 2 LAVS, 21.05.2021
- Weblaw-Jusletter: Michael E. Meier, Warm, wärmer, daneben – Neues zur Qualifikation von Uber-Fahrern - Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts

54

vgl. dazu die aus der Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 22.03.2023 gleich nachstehend unter [Tatsächliches](#) wiedergegebenen Ausführungen

9C_692/2020 vom 29. März 2021 (zur Publikation vorgesehen) und dessen Bedeutung für die Frage des sozialversicherungsrechtlichen Statuts von Uber Fahrern in der Schweiz, abrufbar unter www.ius.uzh.ch/

P2 AHV-Beitragspflicht (Uber-Fahrer): [BGE 149 V 57](#), [9C 71/2022](#), [9C 75/2022](#), je vom 16.02.2023

BGE 149 V 57 ([9C 70/2022](#), [9C 76/2022](#)):

Urteil der III. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. Ausgleichskasse Kanton Zürich c. Uber B.V. bzw. Uber B.V. c. Ausgleichskasse Kanton Zürich

Gegenstand: Alters- und Hinterlassenenversicherung

(Beschwerden gegen das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 20.12.2021, [AB.2020.00044](#))

9C_71/2022, 9C_75/2022:

Urteil der III. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. Ausgleichskasse Kanton Zürich c. Rasier Operations B.V. bzw. Rasier Operations B.V. c. Ausgleichskasse Kanton Zürich

Gegenstand: Alters- und Hinterlassenenversicherung

(Beschwerden gegen das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 20.12.2021, [AB.2020.00045](#))

Thema

AHV-Beitragspflicht von Uber B.V. + Rasier Operations B.V. für Uber-Fahrer bejaht

Regeste ATF 149 V 57 (fr)

[Art. 5](#) et [8](#) s., [art. 12 al. 2 LAVS](#); délimitation entre activité lucrative indépendante et activité lucrative dépendante; obligation de cotiser de l'employeur ayant son siège à l'étranger et un établissement stable en Suisse.

Les chauffeurs UberX, UberBlack, UberVan et UberGreen exercent une activité lucrative dépendante pour Uber B.V. (consid. 7 et 9.2).

Sont considérés comme établissements stables au sens du droit des assurances sociales les installations et équipements permanents dans lesquels la main-d'oeuvre est active, respectivement où l'activité commerciale est exercée en tout ou en partie (consid. 10.4). A la différence du droit fiscal, il ne doit pas s'agir d'une partie qualitativement ou quantitativement importante de l'activité commerciale; il suffit que l'activité commerciale ait une valeur économique accessoire (consid. 10.5). Par analogie avec le droit fiscal, c'est le pouvoir de disposition qui est déterminant pour savoir quand des installations et des équipements doivent être attribués à un employeur, un tel pouvoir de nature factuelle étant suffisant (consid. 10.6). Uber B.V. est soumise à l'obligation de cotiser en vertu de [l'art. 12 al. 2 LAVS](#), parce que le point de contact qu'elle prévoit pour les chauffeurs dans les locaux d'Uber Switzerland GmbH doit être qualifié d'établissement stable (consid. 10.8 et 10.9).

Regeste BGE 149 V 57 (dt)

[Art. 5](#) und [8](#) f., [Art. 12 Abs. 2 AHVG](#); Abgrenzung selbstständige und unselbstständige Erwerbstätigkeit; Beitragspflicht der Arbeitgeberin mit Sitz im Ausland und Betriebsstätte in der Schweiz.

UberX-, UberBlack-, UberVan- und UberGreen-Fahrer üben eine unselbstständige Erwerbstätigkeit für die Uber B.V. aus (E. 7 und 9.2).

Als Betriebsstätte im sozialversicherungsrechtlichen Sinne gelten ständige Anlagen und Einrichtungen, in denen Arbeitskräfte tätig sind bzw. die Geschäftstätigkeit ganz oder teilweise ausgeübt wird (E. 10.4). Im Unterschied zum Steuerrecht

muss es sich nicht um einen qualitativ oder quantitativ wesentlichen Teil der Geschäftstätigkeit handeln, sondern reicht eine Geschäftstätigkeit von nebensächlichem wirtschaftlichem Wert (E. 10.5). Für die Frage, wann Anlagen und Einrichtungen einem Arbeitgebenden zuzurechnen sind, ist analog zum Steuerrecht die Verfügungsmacht entscheidend, wobei eine solche faktischer Natur genügt (E. 10.6). Die Uber B.V. ist gestützt auf [Art. 12 Abs. 2 AHVG](#) beitragspflichtig, weil die von ihr vorgesehene Anlaufstelle für die Fahrer in den Räumlichkeiten der Uber Switzerland GmbH als Betriebsstätte zu qualifizieren ist (E. 10.8 und 10.9).

Regeste privé⁵⁵

La société néerlandaise Uber B.V., en tant qu'employeur ayant un établissement stable en Suisse, est tenue de payer les cotisations AVS pour l'année 2014 pour les chauffeurs d'UberX, UberBlack et UberVan. Il en va de même pour Rasier Operations B.V. s'agissant des chauffeurs UberPop. Les deux sociétés sont tenues de fournir à la Caisse de compensation du canton de Zurich des indications relatives aux salaires versés. Le Tribunal fédéral rejette leurs recours contre les décisions du Tribunal zurichois des assurances sociales et admet partiellement ceux de la caisse de compensation.

Regeste, private⁵⁶

Die niederländische Uber B.V. muss als Arbeitgeberin mit Betriebsstätte in der Schweiz für das Jahr 2014 AHV-Beiträge für Fahrer von UberX, UberBlack und UberVan bezahlen. Das gleiche gilt für Rasier Operations B.V. in Bezug auf UberPop-Fahrer. Die beiden Gesellschaften sind verpflichtet, der Ausgleichskasse des Kantons Zürich Angaben zu den bezahlten Löhnen zu machen. Das Bundesgericht weist ihre Beschwerden gegen die Urteile des Zürcher Sozialversicherungsgerichts ab und heisst diejenigen der Ausgleichskasse teilweise gut.

Faits⁵⁷

En 2019, la Caisse de compensation du canton de Zurich a considéré que les chauffeurs d'UberX, UberBlack, UberVan et UberGreen exerçaient une activité lucrative dépendante au profit de la société Uber B.V., de même que les chauffeurs d'UberPop exerçaient une activité lucrative dépendante pour le compte de Rasier Operations B.V., et que la société Uber Switzerland GmbH, sise à Zurich, est l'établissement stable tenu d'établir le décompte relatif aux cotisations AVS correspondantes. La caisse de compensation a alors fixé le montant des cotisations pour l'année 2014.

Le Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich a décidé en 2020 que la société Uber Switzerland GmbH n'était pas tenue de payer les cotisations, ce que le Tribunal fédéral a confirmé. Un an plus tard, le Tribunal des assurances sociales a renvoyé l'affaire à la caisse de compensation pour nouvel examen, afin qu'elle évalue individuellement chaque relation entre les chauffeurs et les deux sociétés, qu'elle détermine le montant des salaires respectifs et qu'elle fixe à nouveau les cotisations AVS à la charge des deux sociétés. Ce faisant, il convenait de retenir que l'activité du chauffeur « type » ayant utilisé l'application Uber en 2014 constituait une activité lucrative dépendante.

Le Tribunal fédéral rejette les recours déposés par les deux sociétés et admet partiellement ceux de la caisse de compensation. Dans un premier temps, il confirme le constat de l'instance précédente selon lequel les chauffeurs Uber

⁵⁵ Texte tiré du communiqué de presse du Tribunal fédéral du 22.03.2023

⁵⁶ Text der Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 22.03.2023 entnommen

⁵⁷ Texte tiré du communiqué de presse du Tribunal fédéral du 22.03.2023

exercent une activité lucrative dépendante. L'instance précédente était en droit de le retenir compte tenu des caractéristiques des relations contractuelles entre les chauffeurs Uber et les deux sociétés. Parmi ces caractéristiques figurent les instructions étendues imparties, dont les sociétés contrôlaient le respect par le biais de l'application, le rapport de subordination des chauffeurs dans des domaines essentiels et le risque économique pratiquement inexistant pour lesdits chauffeurs. La relation avec Uber B.V. doit être examinée au cas par cas uniquement pour les chauffeurs qui emploient leurs propres chauffeurs salariés ou qui exercent l'activité Uber par le biais d'une personne morale. Uber B.V. doit être considérée comme étant l'employeur des chauffeurs types UberX, UberBlack, UberVan et UberGreen, et Rasier Operations B.V. comme employeur des chauffeurs UberPop. L'espace d'accueil des chauffeurs à l'adresse d'Uber Switzerland GmbH (Greenlight Center Zurich) doit être qualifié d'établissement stable d'Uber B.V. et de Rasier Operations B.V., dès lors que celles-ci avaient le pouvoir de disposer des installations permanentes qui s'y trouvent et que leurs activités commerciales s'y déroulaient, du moins en partie (ce qui, pour Uber B.V., reste inchangé depuis 2014). Il en résulte que les deux sociétés sont tenues de payer des cotisations AVS en tant qu'employeur ayant un établissement stable en Suisse – indépendamment de la nationalité des chauffeurs. Quant au montant de ces cotisations, les deux sociétés doivent fournir à la caisse de compensation des documents indiquant quels salaires ont été versés à quels chauffeurs. Dans ce cadre, elles devront également établir quels frais généraux – qui ne sont pas compris dans le salaire déterminant des chauffeurs – ont été supportés par ces derniers.

Tatsächliches⁵⁸

Die Ausgleichskasse des Kantons Zürich stellte 2019 fest, dass die Fahrer von UberX, UberBlack, UberVan und UberGreen eine unselbstständige Erwerbstätigkeit für Uber B.V. ausüben würden und die Fahrer von UberPop eine unselbstständige Erwerbstätigkeit für Rasier Operations B.V. Die Uber Switzerland GmbH mit Sitz in Zürich sei die für die Abrechnung der entsprechenden AHV-Beiträge pflichtige Betriebsstätte. Die Ausgleichskasse legte sodann die Höhe der Beiträge für das Jahr 2014 fest.

Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich entschied 2020, dass die Uber Switzerland GmbH nicht beitragspflichtig sei, was vom Bundesgericht bestätigt wurde. Ein Jahr später wies das Sozialversicherungsgericht die Sache zu neuem Entscheid an die Ausgleichskasse zurück; diese habe individuell jede einzelne Beziehung zwischen den Fahrern und den beiden Gesellschaften zu prüfen, die entsprechenden Lohnsummen zu ermitteln und die AHV-Beiträge der Gesellschaften neu festzusetzen. Dabei sei davon auszugehen, dass die Tätigkeit des "typischen" Fahrers, der 2014 die Uber-App verwendet habe, eine unselbstständige Erwerbstätigkeit darstelle.

Das Bundesgericht weist die dagegen erhobenen Beschwerden der beiden Gesellschaften ab und heisst diejenigen der Ausgleichskasse teilweise gut. Es bestätigt zunächst die Feststellung der Vorinstanz, wonach die Uber-Fahrer eine unselbstständige Erwerbstätigkeit ausüben. Davon durfte die Vorinstanz aufgrund verschiedener Merkmale in der Beziehung zwischen den Uber-Fahrern und den zwei Gesellschaften ausgehen. Zu diesen Merkmalen gehören die Erteilung weitreichender Weisungen, deren Einhaltung die Gesellschaften über die App kontrollierten, das in wesentlichen Bereichen bestehende Unterordnungsverhältnis der Fahrer und das für die Fahrer praktisch nicht vorhandene wirtschaftliche Risiko.

⁵⁸ Text der Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 22.03.2023 entnommen

Eine einzelfallweise Prüfung der Beziehung zu Uber B.V. hat einzig bei Fahrern zu erfolgen, die eigene angestellte Fahrer beschäftigen oder das Uber-Geschäft über eine juristische Person abwickeln. Uber B.V. ist als Arbeitgeberin der typischen UberX-, UberBlack-, UberVan- und UberGreen-Fahrer zu betrachten und Rasier Operations B.V. als Arbeitgeberin der UberPop-Fahrer. Die Anlaufstelle für die Fahrer an der Adresse von Uber Switzerland GmbH (Greenlight Center Zürich) gilt als Betriebsstätte von Uber B.V. und Rasier Operations B.V., weil sie über die dortigen ständigen Anlagen Verfügungsmacht hatten und sich ihre Geschäftstätigkeit zumindest teilweise dort abspielte (was bei Uber B.V. seit 2014 unverändert gilt). Daraus ergibt sich – unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Fahrer – die AHV-Beitragspflicht der beiden Gesellschaften als Arbeitgeberinnen mit einer Betriebsstätte in der Schweiz. Was die Höhe der AHV-Beiträge angeht, so müssen die zwei Gesellschaften der Ausgleichskasse Unterlagen zukommen lassen, aus denen hervorgeht, welche Löhne sie an welche Fahrer ausgerichtet haben. Sie werden in diesem Rahmen auch nachzuweisen haben, welche Unkosten – die nicht zum massgebenden Lohn der Fahrer gehören – bei diesen angefallen sind.

Communiqués de presse Tribunal fédéral / Medienmitteilungen Bundesgericht

- [bger.ch](https://www.bger.ch): Arrêts du 16.02.2023 (9C_70/2022, 9C_71/2022, 9C_75/2022, 9C_76/2022). Sociétés néerlandaises tenues de payer les cotisations AVS pour les chauffeurs Uber, 22.03.2023
- [bger.ch](https://www.bger.ch): Urteile vom 16.02.2023 (9C_70/2022, 9C_71/2022, 9C_75/2022, 9C_76/2022). Niederländische Gesellschaften für Uber-Fahrer AHV-pflichtig, 22.03.2023

Commentaires / Besprechungen

- [rcassurances.ch](https://www.rcassurances.ch): Sabine Magoga-Sabatier, Qualification en droit des assurances sociales des activités des chauffeurs et livreurs Uber. Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_70/2022, Newsletter mai 2023
- [lexology.com](https://www.lexology.com) (MME): Oliver Iselin/Michèle Stutz, Uber und die Krux mit der un-selbständigen Erwerbstätigkeit, 31.03.2023

P3 Berechnung Kurzarbeitsentschädigung (KAE): [BGE 148 V 144](#)

Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung i.S. Dienststelle Wirtschaft und Arbeit (WAS), Arbeitslosenkasse des Kantons Luzern gegen A.

[BGer 8C 272/2021](#) vom 17.11.2021

Gegenstand: Arbeitslosenversicherung (Kurzarbeitsentschädigung; Rückerstattung)

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 26.02.2021, 5V 20 396⁵⁹)

Thema

Abrechnungsmethode bei der Kurzarbeitsentschädigung (KAE) während der Covid-19-Pandemie

Regeste (fr)

[Art. 34 al. 2 LAC](#); art. 17 al. 1 let. d de la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19; art. 8i de l'ordonnance du 20 mars 2020 sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (COVID-19)

(ordonnance COVID-19 assurance-chômage); indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail.

Ne viole pas le droit fédéral l'opinion de l'instance précédente, selon laquelle la différence de mode de calcul de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail entre la procédure sommaire et la procédure ordinaire, telle qu'elle est pratiquée par la caisse de chômage, entraîne - outre des différences acceptables dues au système (de décompte) -, entre les employés payés au mois et ceux payés à l'heure, une inégalité de traitement qui ne trouve pas de justification juridique suffisante dans la procédure de décompte sommaire introduite par l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage (consid. 5).

Regeste (de)

[Art. 34 Abs. 2 AVIG](#); Art. 17 Abs. 1 lit. d des Bundesgesetzes vom 25. September 2020 über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie; Art. 8i der Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung); Kurzarbeitsentschädigung.

Die Auffassung der Vorinstanz, wonach die unterschiedliche Berechnungsweise der Kurzarbeitsentschädigung im Summar- und im Normalverfahren, wie sie von der Arbeitslosenkasse praktiziert wird - nebst (abrechnungs)systembedingten, hinnehmbaren Differenzen - bezüglich der Angestellten im Monatslohn gegenüber denjenigen im Stundenlohn eine rechtsungleiche Behandlung mit sich bringt, die nicht durch das mit der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung eingeführte summarische Abrechnungsverfahren ihre hinreichende rechtliche Begründung findet, verletzt kein Bundesrecht (E. 5).

Tatsächliches

Streitig war, ob während der Gültigkeit des summarischen Abrechnungsverfahrens während der Covid-19-Pandemie für Mitarbeitende im Monatslohn bei der Bemessung der Kurzarbeitsentschädigung die Ferien- und Feiertagsentschädigungen von "Monatslöhnern" zu berücksichtigen seien, was das SECO mittels einer Weisung verneinte. Das Bundesgericht entschied diesbezüglich gegen die beschwerdeführende Ausgleichskasse und das SECO.

Besprechungen

- Georges Chanson, Corona & Arbeitsrecht, Factsheet mit Fundstellen zu Vorschriften / Informationen, dort unter <Ausgewählte Entscheide><Kurzarbeit> auf S. 23 in der aktuellen Fassung, abrufbar unter <https://arbrch.ch/Corona01> (mit Verlinkung auf Informationen für Arbeitgebende)
- [swissblawg.ch](https://www.swissblawg.ch): Patricia Meier, 8C_272/2021: Arbeitslosenversicherung; Kurzarbeitsentschädigung, Rückerstattung (amtl. Publ.), 12.12.2021

P4 Mutterschaftsentschädigung (MSE) für Parlamentarierin:

[BGE 148 V 253](#)

Urteil der II. sozialrechtlichen Abteilung i.S. A. c. Ausgleichskasse des Kantons Berns

[BGer 9C 469/2021](#) vom 08.03.2022

Gegenstand: Erwerbsersatz bei Mutterschaft

(Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14.07.2021, [200 20 625 EO](#))

Thema

Wegfall Erwerbsersatz bei Mutterschaft einer Parlamentarierin durch Teilnahme am Parlamentsbetrieb

Regeste (fr)

[Art. 16d al. 3 LAPG](#); [art. 25 RAPG](#); *allocation de maternité*; *conseillère nationale*.

Le mandat parlementaire d'une conseillère nationale constitue une activité lucrative au sens de l'art. 16d al. 3 LAPG. Si la mère reprend cette activité de manière anticipée, le droit à l'allocation de maternité prend fin (consid. 5). Le droit à l'allocation de maternité ne renaît pas si l'activité temporairement reprise est à nouveau interrompue (consid. 6). Une parlementaire perd son droit à l'allocation de maternité, y compris en ce qui concerne ses autres activités lucratives, si elle reprend son mandat politique de manière anticipée et si le revenu annuel obtenu est supérieur à 2'300 fr. ([art. 34d al. 1 RAVS](#)) (consid. 7).

Regeste (de)

[Art. 16d Abs. 3 EOG](#); [Art. 25 EOV](#); *Mutterschaftsentschädigung*; *Nationalrätin*.

Das Parlamentsmandat einer Nationalrätin stellt eine Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 16d Abs. 3 EOG dar. Nimmt die Mutter diese Tätigkeit vorzeitig wieder auf, endet der Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung (E. 5). Wird die vorübergehend aufgenommene Parlamentstätigkeit wiederum eingestellt, lebt der Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung nicht erneut auf (E. 6). Eine Parlamentarierin verliert den Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung bei vorzeitiger Wieder-aufnahme ihres politischen Mandats und bei einem dabei erzielten jährlichen Einkommen von über Fr. 2'300.- ([Art. 34d Abs. 1 AHVV](#)) auch in Bezug auf ihre weiteren Erwerbstätigkeiten (E. 7).

Tatsächliches

Seit der Geburt ihres Kindes im Dezember 2018 bezog Nationalrätin Kathrin Bertschy (GLP) Mutterschaftsentschädigung (MSE). Weil sie in der März-Session 2019 an einzelnen Kommissionssitzungen und Abstimmungen im Rat teilgenommen hatte, verweigerte ihr die Berner Ausgleichskasse die gesamte MSE ab 04.03.2019 und zwar auch für die selbständige Tätigkeit, die sie neben ihrem Parlamentsmandat vor der Geburt, aber nicht während des Mutterschaftsurlaubes ausgeübt hatte. Sowohl das Berner Verwaltungsgericht wie das Bundesgericht haben ihre Beschwerde gegen die Einstellung der MSE abgewiesen.

Communiqués de presse Tribunal fédéral /

Medienmitteilungen Bundesgericht

- [bger.ch](#): Arrêt du 08.03.2022 (9C_469/2021), Extinction anticipée du droit à l'allocation de maternité, 04.04.2022
- [bger.ch](#): Urteil vom 08.03.2022 (9C_469/2021), Vorzeitiges Ende des Anspruchs auf Mutterschaftsentschädigung, 04.04.2022

Besprechungen

- [sui-generis.ch](#): Sabine Steiger-Sackmann, Verlust der Mutterschaftsentschädigung wegen Ausübung eines Parlamentsmandates, 04.05.2022
- [swissblawq.ch](#): Patricia Meier, 9C_469/2021: Erwerbsersatz bei Mutterschaft (amtl. Publ.), 06.04.2022
- [arbeitsrecht-aktuell.ch](#): Nicolas Facincani, Vorzeitiges Ende der Mutterschaftsentschädigung, 26.05.2022

Hinweis

[Tages-Anzeiger online](#): Ivan Städler, Mutterschaftsurlaub im Parlament
Keine politische Zwangspause mehr für Mütter, 07.06.2023

P. Droit des assurances privées / Privatversicherungsrecht

Q1 KTG bei Arbeitslosigkeit: [BGE 147 III 73](#)

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

[BGer 4A 424/2020](#) vom 19.01.2021

Gegenstand: Versicherungsvertrag; Taggeld

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 10.03.2020, [731 19 147/40](#)).

Thema

Krankentaggeldversicherung (KTG). Beschränkung des versicherten Verdienst für das KTG auf den versicherten Verdienst bei Arbeitslosigkeit von 148'000 Franken, wenn eine künftige Arbeitslosigkeit zu vermuten ist

Regeste (fr)

[Art. 8 CC](#); assurance d'indemnités journalières en cas de maladie; preuve de la perte de gain en cas de chômage; présomption de l'activité lucrative.

La présomption de fait selon laquelle, sans la maladie qui l'affecte, une personne sans emploi exercerait une activité lucrative ne s'applique que si l'incapacité de travail est survenue avant la signification du congé (confirmation de la jurisprudence; consid. 3.2 et 3.3).

Regeste (de)

[Art. 8 ZGB](#); Krankentaggeldversicherung; Beweis des Erwerbsausfalls bei Arbeitslosigkeit; Vermutung der Erwerbstätigkeit.

Die tatsächliche Vermutung, dass eine arbeitslose Person ohne Krankheit erwerbstätig wäre, gilt nur dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit vor Aussprechen der Kündigung eintrat (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 3.2 und 3.3).

Tatsächliches

Das Arbeitsverhältnis eines *Controller Sales Insurance* mit überdurchschnittlich hohem Lohn endete aufgrund einer Kündigung durch die Arbeitgeberin. Danach wurde er wegen somatischer und psychischer Beschwerden vollumfänglich arbeitsunfähig. Die AXA stellte sich als Taggeldversicherer auf den Standpunkt, er wäre auch ohne Erkrankung arbeitslos geworden. Es gebe keine Hinweise, wonach er nach der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses einen neuen Arbeitgeber gehabt hätte, wenn er nicht krank geworden wäre. Daher sei ihm ein Schaden in der Höhe der Taggelder der Arbeitslosenversicherung entstanden, nämlich 70 % des maximal arbeitslosenversicherungsrechtlich versicherten Jahreslohns von 148'200 Franken.

Das Bundesgericht hat die Abweisung seiner Teilklage durch das Kantonsgericht bestätigt.

Résumés

- [droitdutravail.ch](#): Newsletter avril 2021
- [rcassurances.ch](#): Newsletter mars 2021

Commentaires / Besprechungen

- [rcassurances.ch](#): Conti Morel Emilie, De la fin du mythe des 730 jours d'indemnisation. Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_424/2020, Newsletter mars 2021
- [Swissblawg.ch](#): Stéphanie Oneyser, 4A_424/2020: Krankentaggeldversicherung; Kündigung des Arbeitsverhältnisses vor Eintritt der Krankheit; Nachweis des Erwerbsausfalls; Beweislast und Beweismass (zur Publikation vorgesehen), 06.02.2021

Q. Droit administratif / Verwaltungsrecht

R1 Uber Fahrdienst als Genfer Transportunternehmen

TF 2C 34/2021 du 30.05.2022

(pas de publication officielle prévue / keine amtliche Publikation vorgesehen)

Arrêt de la 1^{le} Cour de droit public, 1. Uber Switzerland GmbH 2. Uber B.V. c. Service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir du canton de Genève

Objet: Loi sur les taxis et les voitures de transport avec chauffeur ([LTVTC](#)); exploitant d'entreprise de transport

(recours contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre administrative, du 17.11.2020, [ATA/1151/2020](#))

Hinweis: Ein weiterer Uber-Fall (TF 2C_34/2021) wird vorstehend unter A1⁶⁰ behandelt. Siehe dort die (zweisprachigen) Medienmitteilung des Bundesgerichts und [Commentaires / Besprechungen](#).

Thema

Qualifikation von Uber als Betreiber eines Transportunternehmens nach dem Genfer Gesetz über Taxis und Transportfahrzeuge mit Chauffeur (LTVTC)

Übersetzung (ins Deutsche)

Pra 111/2022 Nr.97 (kostenpflichtig)

Regeste, private

Da es in der Streitsache um die Anwendung kantonalen Rechts geht, ist die Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts darauf beschränkt, ob das kantonale Gericht willkürlich entschieden hat, beziehungsweise ob verfassungsmässige Rechte in der gerügten Weise verletzt wurden.

Es ist in Anbetracht der Merkmale der vertraglichen Beziehung nicht willkürlich, von einem Arbeitsvertrag zwischen den in Genf tätigen Uber-Fahrern und Uber B.V. auszugehen. Dementsprechend ist es nicht unhaltbar, Uber B.V. als Transportunternehmen gemäss kantonalem Genfer Recht zu qualifizieren.

Tatsächliches

Der Genfer Service de police du commerce et de lutte contre le travail noir unternahm nach Anzeige eines Uber-Fahrers Abklärungen gegenüber Uber Switzerland GmbH (Uber CH) und Uber B.V. In seiner Verfügung vom 29.10.2019 stellte die Dienststelle fest, dass Uber B.V. ein Betreiber eines Transportunternehmens im Sinne von Art. 4 Bst. c des Genfer Gesetzes vom 13.10.2016 über Taxis und Transportfahrzeuge mit Chauffeur ([LTVTC](#); RS/GE H 1 31) sei und die Pflichten eines Betreibers eines Transportunternehmens sowie die Pflichten gegenüber ausländischen Anbietern nicht einhalte. Es wies Uber B.V. an, seine entsprechenden Pflichten zu erfüllen, insbesondere die Pflichten in Bezug auf den sozialen Schutz der Fahrer und die in ihrer Branche üblichen Arbeitsbedingungen, und überdies die Gepflogenheiten gemäss Art. 25 Abs. 3 Satz 3 [LTVTC](#) einzuhalten. Auf Rekurs von Uber CH und Uber B.V. hin bestätigte die Chambre administrative des Cour de justice Genève am 17.11.2020 die genannte Verfügung. Dagegen haben die beiden Uber-Gesellschaften erfolglos Beschwerde beim Bundesgericht geführt. Nicht zu beantworten war im vorliegenden Verfahren die Frage, ob das von Uber B.V. betriebene System mit dem Freizügigkeitsabkommen ([FZA](#)) vereinbar ist, was von den zuständigen Behörden zu entscheiden sei.

R2 Traitement fiscal de l'indemnité pour licenciement abusif:**[ATF 148 II 551](#)**

Arrêt de la 1^{le} Cour de droit public dans la cause Administration cantonale des impôts du canton de Vaud c. A

[TF 2C_546/2021](#) du 23.08.2022

Objet: Impôt fédéral direct, impôt cantonal et communal de la période fiscale 2017 (recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de droit administratif et public, du 04.06.202, [FI.2020.0158](#)).

Sujet / Thema

Traitement fiscal de l'indemnité pour licenciement abusive
convenue par transaction

Steuerliche Behandlung von Entschädigungen bei missbräuchlicher Kündigung

Übersetzung (ins Deutsche)

keine bekannt

Regeste (fr)

[Art. 16 al. 1](#) et [art. 24 let. g LIFD](#); [art. 18](#) et [336a CO](#); traitement fiscal d'une indemnité convenue par transaction judiciaire au terme d'une procédure prud'homale ouverte pour licenciement abusif.

L'indemnité pour licenciement abusif constitue, dans son ensemble, un versement à titre de réparation du tort moral au sens de l'art. 24 let. g LIFD. La particularité de cette indemnité et sa finalité première, à savoir compenser le tort moral causé par le licenciement, justifient qu'elle soit entièrement exonérée de l'impôt (consid. 5 et 6).

Regeste (de)

[Art. 16 Abs. 1](#) und [Art. 24 lit. g DBG](#); [Art. 18](#) und [336a OR](#); steuerliche Behandlung einer Entschädigung, die im Rahmen einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit wegen missbräuchlicher Kündigung gestützt auf einen gerichtlichen Vergleich vereinbart wurde.

Die Entschädigung für eine missbräuchliche Kündigung stellt als Ganzes eine Genugtuungszahlung im Sinne von Art. 24 lit. g DBG dar. Die Besonderheit dieser Entschädigung und ihr Hauptzweck, den durch die Entlassung verursachten immateriellen Schaden auszugleichen, rechtfertigen, dass sie vollständig steuerfrei ist (E. 5 und 6).

Communiqués de presse Tribunal fédéral /**Medienmitteilungen Bundesgericht**

- [bger.ch](#): Arrêt du 31.10.2022 (2C_546/2021), L'indemnité pour licenciement abusif est exonérée d'impôt, 29.11.2022
- [bger.ch](#): Urteil vom 31.10.2022 (2C_546/2021), Entschädigung für missbräuchliche Kündigung ist steuerfrei, 29.11.2022

Résumés / Zusammenfassungen

- [arbeitsrechtplus.ch](#): Boris Etter, Arbeitsrecht: Entschädigung für missbräuchliche Kündigung ist steuerfrei, 29.11.2022
- [droitdutravail.ch](#): Newsletter mai 2023 (seulement regeste)

Commentaires / Besprechungen

- [arbeitsrecht-aktuell.ch](#): Nicolas Facincani, Entschädigung für missbräuchliche Kündigung ist steuerfrei, 29.11.2022

- droitdutravail.ch: Thierry Obrist + Leila Oufqir, Exonération de l'indemnité pour licenciement abusif au sens de l'art. 336a CO; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_546/2021, Newsletter mai 2023
- droitdutravailensuisse.com: Philippe Ehrenström, Imposition d'une indemnité transactionnelle versée par l'employeur?, 29.11.2022
- droitdutravailensuisse.com: Philippe Ehrenström, Une indemnité versée par l'employeur suite à un litige est-elle imposable?, 30.11.2022
- info.arbeitsrecht.zav⁶¹: Georges Chanson, neuer BGE: Art. 336a OR-Pönale steuerfrei, 02.12.2022
- lawinside.ch: Tobias Sievert, L'indemnité pour licenciement abusif est exonérée de l'impôt, 16.12.2022

IV. Exkurs Gesetzgebung

Wichtige Gesetzesänderungen

Seit Sommer 2019 gab es verschiedene Änderungen beim Arbeitsvertragsrecht. Sie werden nachstehend mit weiteren Änderungen von privatrechtlichen Erlassen mit arbeitsrechtlichen Bezug und mit Revisionen der ArG-Ausführungsverordnungen nachstehend aufgelistet.

Änderung OR, allgemeiner Teil, [Verjährung \(SR 220\)](#)

Revision Verjährungsrecht (BG vom 15.06.2018): u.a. neue Verjährungsfrist von 20 Jahren bei Personenschäden gemäss [Art. 128a OR](#) und Änderungen beim Verjährungsverzicht ([Art. 141 OR](#)), in Kraft ab 01.01.2020, [AS 2018 5343](#), [BBI 2014 235](#)

Änderungen OR, [Arbeitsvertrag \(SR 220\)](#)

- Einführung Vaterschaftsurlaub (Revision Erwerbsersatzgesetz, EOG vom 27.09.2019, [Art. 329b Abs. 3 Bst. c](#), [329g](#), [335c Abs. 3](#) + [362 OR](#)⁶², in Kraft ab 01.01.2021, [AS 2020 4689](#), [BBI 2019 3405](#), [2019 3581](#))
- Einführung Betreuungsurlaub für Angehörige bzw. eines gesundheitlich schwer beeinträchtigten Kindes (BG über die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung vom 20.12.2019): [Art. 329](#)⁶³, [329b Abs. 3 Bst. d](#), [329h](#), [329i](#), [336c](#) + [362 OR](#), in Kraft ab 01.01. bzw. 01.07.2021, [AS 2020 4525](#), [BBI 2019 4103](#))
- Verlängerung Mutterschaft infolge Hospitalisierung des Neugeborenen inkl. Anpassung zeitlicher Kündigungsschutz (Revision Erwerbsersatzgesetz, EOG, vom 18.12.2020): [Art. 329f](#) + [336c OR](#), in Kraft ab 01.07.2021, [AS 2021 288](#), [BBI 2019 141](#))
- Einführung Adoptionsurlaub mit Anpassung Ferienkürzung (Revision Erwerbsersatzgesetz, EOG, vom 01.10.2021): [Art. 329b Abs. 3 Bst. c](#)⁶⁴, [Art. 329b Abs. 3 Bst. c + e](#), [329j](#) + [362 Abs. 1 OR](#), in Kraft ab 01.01.2023, [AS 2022 468](#), [BBI 2019 7095](#), [2019 7303](#))

⁶¹ für Mitglieder der Fachgruppe Arbeitsrecht des Zürcher Anwaltsverbands + weitere Adressaten der info.arbeitsrecht.zav-Nachrichten verfasst

⁶² Die mit diesem neu eingefügten Art. 329b Abs. 3 Bst. c + 329g OR sind mit Einführung der Betreuungsurlaube (BG vom 20.12.2019, AS 2020 4525) erneut erlassen worden.

⁶³ nur Titel

⁶⁴ nur redaktionell bereinigt

- Neues Datenschutzgesetz (DSG, vom 25.09.2020): formelle Anpassung von **Art. 328b zweiter Satz OR**, in Kraft ab 01.09.2023, [AS 2022 491](#) (dort Art. 68, Anhang 1, Ziff. 18 + Art. 74), [BBI 2017 6941](#)

Änderungen Gleichstellungsgesetz (GIG, [SR 151.1](#))

Einführung einer Lohnvergleichsanalyse (Revision GIG vom 14.12.2018): [Art. 13a-13i, 17a + 17b GIG](#), in Kraft ab 01.07.2020, [AS 2019 2815](#), [BBI 2017 5507](#)

Änderungen NAV Hauswirtschaft ([SR 221.215.329.4](#))

Anpassung der allgemeinverbindlichen Mindestlöhne: [Art. 5 Abs. 1 NAV Hauswirtschaft](#) per 01.01.2020 ([AS 2019 4107](#)) + per 01.01.2023 ([AS 2022 809](#)). Verlängerung NAV bis 31.12.2025: [Art. 9 NAV Hauswirtschaft](#)

Änderungen Arbeitsgesetz (ArG, [SR 822.11](#))

- Einführung Betreuungsurlaub für Angehörige bzw. eines gesundheitlich schwer beeinträchtigten Kindes (BG über die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung vom 20.12.2019): [Art. 36 Abs. 3 + 4 ArG](#), in Kraft ab 01.01.2021, [AS 2020 4525](#), [BBI 2019 4103](#)
- Neues Datenschutzgesetz (DSG, vom 25.09.2020): formelle Anpassung von **Art. 46 zweiter Satz ArG**, in Kraft ab 01.09.2023, [AS 2022 491](#) (dort Art. 68, Anhang 1, Ziff. 77 + Art. 74), [BBI 2017 6941](#)

Exkurs Corona

Ab März 2020 wurde vom Bund als Reaktion auf die Covid-19-Pandemie Notrecht in bisher unbekanntem Ausmass mit Änderungen, Anpassungen und Ergänzungen in rascher Kadenz erlassen. Erst im Februar 2022 stellte sich wieder der Courant normal ein.

Der Autor dieser Zeilen⁶⁵ hatte diese Vorschriften-Inflation bezogen auf arbeitsrechtlichem Inhalt regelmässig verfolgt und dokumentiert und auch laufend Fundstellen, einschlägige Literatur und erste Entscheide zusammengetragen. Im daraus entstandenen, immer wieder nachgeführten *Factsheet Corona & Arbeitsrecht*⁶⁶, abrufbar unter <https://arbrch.ch/Corona01>, werden insbesondere erste Entscheide zu folgenden Fragestellungen vorgestellt⁶⁷:

- Lohnfortzahlung nach [Art. 324a OR](#) bei verspäteter Auslandsrückkehr
- Lohnfortzahlung in der Kündigungsfrist nach [Art. 324 OR](#) bei pandemiebedingter Betriebsschliessung⁶⁸
- Ausweitung des Kündigungsschutzes analog zu [Art. 336c OR](#) auf besonders gefährdete Arbeitnehmende
- Kündigung infolge Verweigerung von Corona-Massnahmen (öffentliches Dienstrecht)
- Kündigung infolge Verweigerung von Betriebstestungen (öffentliches Dienstrecht) sowie – für Berufsmilitär – von Covid-19-Impfungen

Es fällt auf, dass verhältnismässig wenige Entscheide zu arbeitsvertraglichen Fragen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie publik geworden sind, was

⁶⁵ Georges Chanson

⁶⁶ Factsheet mit Fundstellen zu Vorschriften / Informationen, Stand derzeit: 27.12.2023

⁶⁷ ab S. 20

⁶⁸ neu mit der Behandlung des am 21.12.2023 im Internet publizierten und zur Publikation in der amtlichen Sammlung bestimmten Entscheid [BGer 4A 53/2023](#) vom 30.08.2023, mit welchem das Bundesgericht erkannt hat, dass keine Lohnzahlungspflicht für Arbeitgebende bei behördlichen Betriebsschliessung wegen Coronavirus bestehe

damit erklärt werden kann, dass das während der Pandemie modifizierte System der Kurzarbeitsentschädigung (KAE) viele Probleme gelöst hat, die deshalb nicht vor Gericht landeten. Mehrfach haben stattdessen KAE-Themen die Gerichte beschäftigt, auch das Bundesgericht.

Hinweis Rechtssetzung

Wohl definitiv gescheitert ist das **Gesetzgebungsverfahren zum Schutz bei Whistleblowing**⁶⁹, wo der Nationalrat am 05.03.2020 Nichteintreten beschlossen hat. Hier waren Ergänzungen der Regeln über die Treupflicht (neue Art. 321a^{bis} ff OR) und Änderungen beim Kündigungsschutz vorgeschlagen.

Weisungen

- In der Regel halbjährlich nachgeführt werden die **SECO-Weisungen zum Arbeitslosenversicherungsrecht** – als Wichtigste die AVIG-Praxis ALE – die unter arbeit.swiss⁷⁰ abrufbar sind.
- Die **Weisungen des SECO zum AVG** stammen aus dem Jahr 2003 und sind seither mehrfach mit separaten Weisungen und Anordnungen ergänzt worden⁷¹. Im Sommer 2020 hat das SECO einen Entwurf zur Anpassung in die Vernehmlassung gegeben. Seither werden die Anpassungen in der Verwaltung diskutiert, ohne dass neue Anordnungen bekannt geworden sind. Aus der ursprünglichen Weisung von 2003 (mit fast 200 Seiten) kann nicht kopiert werden und ein Ausdruck von Seiten ist nicht möglich – ein Ärgernis. Dies bewog den Verfasser dieser Zeilen⁷², wenigstens eine (druck- und vollständige elektronisch lesbare) [nichtoffizielle Sammlung](#)⁷³ aller heute existierenden Anordnungen anzubieten. Von den zu den Weisungen gehörenden Musterverträgen des SECO⁷⁴ sind zwei (Leih-Arbeitsvertrag + temporärer Arbeitsvertrag) anfang 2022 überarbeitet worden.
- In der arbeitsrechtlichen Praxis ist von den AHV-Beitragsweisungen in erster Linie die **BSV-Wegleitung über den massgebenden Lohn (WML)** bedeutsam. Dort wurde Rz. 2097 Ende 2021 auf Anfang 2022 dahin geändert, dass Pönalen nach Art. 336b bzw. 337c Abs. 3 OR nur dann beitragsfrei seien, wenn sie vom Richter zugesprochen seien. Ein gerichtlicher oder aussergerichtlicher Vergleich genüge nicht. Nach der Internetpublikation des später als [BGE 148 II 551](#)⁷⁵ publizierten Entscheids im November 2022 hat das Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) seine Haltung überdacht und in Rz. 2097 der jüngsten WML-Fassung von Anfang 2023 auch aufgrund von Vergleichen bezahlte Pönalen unter gewissen Voraussetzungen für nicht-AHV-pflichtig erklärt.

V. Excursus doctrine / Exkurs Literatur

Depuis juin 2019, sont notamment parus (ou vont paraître) les ouvrages de doctrine suivants en droit du travail en langue française:

⁶⁹ Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz, Geschäft 13.094, www.parlament.ch

⁷⁰ www.arbeit.swiss/secoav/de/home/service/publikationen/kreisschreiben---avig-praxis.html

⁷¹ vgl. zu allem www.arbeit.swiss, dort <Arbeitsvermittler < Private Arbeitsvermittlung und Personalverleih

⁷² Georges Chanson

⁷³ www.doku.arbeitsrechtler.ch/SECO-Weisungen_AVG_nichtamtlicheSammlung.pdf, zuletzt aktualisiert am 07.10.2021

⁷⁴ siehe www.arbeit.swiss, dort <Arbeitsvermittler < Private Arbeitsvermittlung und Personalverleih

⁷⁵ vorstehend unter R2, S. 72 behandelt

- François Bohnet/Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éds): Les procédures en droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2020, Schulthess, 309 pages, [ISBN 978-3-7255-8763-6](#)
- Christian Bruchez/Patrick Mangold/Jean Christophe Schwaab, Commentaire du contrat de travail selon le code des obligations, 4^e ed., Lausanne 2019, Union Syndicale Suisse USS/Éditions Réalités Sociales, 640 pages, [ISBN 978-2-88146-153-8](#)
- Denis Collé/ Valentine Schaller: Guide pratique du certificat de travail, Bâle 2022, Helbing Lichtenhahn, 159 pages, [ISBN 978-3-7190-4537-1](#)
- Valérie Défago/Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éds): Le télétravail, Zurich 2022, Schulthess, 252 pages, [ISBN 978-3-7255-8873-2](#)
- Valérie Défago/Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éds): Congés, vacances et flexibilisation du temps de travail, Zurich 2023, Schulthess, 226 pages, [ISBN 978-3-7255-8925-8](#)
- Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éds): Les aspects internationaux du droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2019, Schulthess, 370 pages. [ISBN 978-3-7255-8699-8](#)
- Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éds): Commentaire du contrat de travail, 2^e éd., Berne 2022, Stämpfli, 1684 pages, [ISBN 978-3-7272-8924-8](#), [Feuilleter le livre](#)
- Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Aurélien Witzig (éds): La révolution 4.0 au travail – Une approche multidisciplinaire, Genève/Zurich/Bâle 2019, Schulthess, 326 pages, [ISBN 978-3-7255-8691-2](#)
- Philippe Ehrenström: Le droit du travail suisse de A à Z – L'essentiel par mots-clés, 4^e éd. revue et corrigée, Zurich 2022, Weka, 281 pages, [ISBN 978-3-297-32094-5](#)
- Pascal Mahon/Anne-Sylvie /Dupont (éds): La fin des rapports de travail, Genève/Zurich/Bâle 2021, Schulthess, 300 pages, [ISBN 978-3-7255-8779-7](#)
- Rémy Wyler/Boris Heinzer (avec la collaboration de David Zandirad): Droit du travail, 4^e éd., Berne 2019, Stämpfli, 1607 pages, [ISBN 978-3-7272-1608-4](#), [Feuilleter le livre](#)
- Rémy Wyler: Panorama IV en droit du travail, Bern 2023, Stämpfli, 900 pages, [ISBN 978-3-7272-5152-8](#) (disponible à partir de juillet)

Seit dem letzten Anwaltskongress im Sommer 2019 sind unter anderem folgende bemerkenswerte Titel⁷⁶ auf Deutsch erschienen bzw. angekündigt:

- Regina E. Aebi-Müller/Christoph Mülle (Hrsg.): Berner Kommentar-Update – Arbeitsrecht – Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Bern 2023, Stämpfli, 408 Seiten, Loseblatt, [ISBN 978-3-7272-2809-4](#)
- Boris Etter/Nicolas Facincani/Reto Sutter (Hrsg.): Arbeitsvertrag. Der Einzelarbeitsvertrag (EAV) unter Einbezug der Art. 319-355 OR sowie Art. 361/362 OR, Stämpfli-Handkommentar, Bern 2021, Stämpfli, 1063 Seiten, [ISBN 978-3-7272-3510-8](#), [Blick ins Buch](#)
- Nicolas Facincani/Monika Hirzel/Reto Sutter/Simone Wetzstein (Hrsg.): Gleichstellungsgesetz (GIG), Bern 2022, Stämpfli, 300 Seiten, [ISBN 978-3-7272-2204-7](#), [Blick ins Buch](#)
- Thomas Geiser/Martin Hilb/Kurt Pärli/Manuel Stengel/Andreas Wittmer (Hrsg.): Ein Kunstflug durch das Recht und die Governance – Festschrift zum 65. Geburtstag von Roland Müller, Zürich/St. Gallen 2021, Dike, 262 Seiten, [ISBN 978-3-03891-278-1](#)

⁷⁶ Die bibliografischen Angaben sind aus der Sammlung von Prof. Wolfgang Portmann (dazu nachstehend S. 82) übernommen.

- Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.): Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 3. Aufl., Basel 2021, Helbing Lichtenhahn, 700 Seiten, [ISBN 978-3-7190-4424-4](#)
- Roland A. Müller/ Roger Rudolph/Anton K. Schnyder/Adrian von Kaenel/Bernd Waas (Hrsg.): Festschrift für Wolfgang Portmann, Zürich 2020, Schulthess, 832 Seiten, [ISBN 978-3-7255-8103-0](#)
- Roland A. Müller/Christian Maduz: Arbeitsrecht plus Verweise – Individual- und Kollektivarbeitsrecht sowie öffentliches Arbeitsrecht, 10. Aufl., Zürich 2022, Orell Füssli, 700 Seiten, [ISBN 978-3-280-07481-7](#)
- Kurt Pärli: Entsendegesetz, 2. Aufl., Bern 2021, Stämpfli, 396 Seiten, [ISBN 978-3-7272-8637-7](#), [Blick ins Buch](#)
- Kurt Pärli: Bedeutung und Aufgabe des Arbeitsrechtes in der Krise, Zürich/St. Gallen 2022, Dike, 172 Seiten, [ISBN 978-3-03891-483-9](#)⁷⁷
- Wolfgang Portmann/Gabriel Aubert/Roland A. Müller/Roger Rudolph: Festschrift für Adrian von Kaenel, Zürich 2022, Schulthess, 472 Seiten, [ISBN 978-3-7255-8375-1](#)⁷⁸
- Wolfgang Portmann/Jean-Philippe Dunand (Hrsg.): JAR 2019 – Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts, Bern 2019, Stämpfli, 750 Seiten, [ISBN 978-3-7272-1382-3](#), [Blick ins Buch](#)
- Wolfgang Portmann/Anne Meier (Hrsg.): JAR 2020 – Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts, Bern 2020, Stämpfli, 828 Seiten, [ISBN 978-3-7272-5358-4](#), [Blick ins Buch](#)
- Wolfgang Portmann/Anne Meier (Hrsg.): JAR 2021 – Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts, Bern 2021, Stämpfli, 914 Seiten, [ISBN 978-3-7272-8143-3](#), [Blick ins Buch](#)
- Wolfgang Portmann/Anne Meier (Hrsg.): JAR 2022 – Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts 2022, Bern 2022, Stämpfli, 800 Seiten, [ISBN 978-3-7272-8631-5](#), [Blick ins Buch](#)
- Wolfgang Portmann/Roland A. Müller/Christian Maduz: Arbeitsrecht in a nutshell, Zürich/St.Gallen 2019, Dike, 272 Seiten, [ISBN 978-3-03891-104-3](#)
- Wolfgang Portmann/Isabelle Wildhaber: Schweizerisches Arbeitsrecht, 4., vollst. überarb. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Dike, 416 Seiten, [ISBN 978-3-03891-199-9](#)
- Thomas Rihm (Hrsg.): Internationales Arbeitsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Schulthess, 414 Seiten, [ISBN 978-3-7255-7907-5](#)
- Roger Rudolph: Richterliche Rechtsfindung im Arbeitsrecht, Zürich 2021, Schulthess, 492 Seiten, [ISBN 978-3-7255-8269-3](#)
- Hans Ueli Schürer/Marianne Wanner: Arbeit und Recht, 14., überarbeitete Aufl., Zürich 2020, SKV AG, 264 Seiten, [ISBN 978-3-286-50385-4](#)
- Hans-Ulrich Stauffer: Berufliche Vorsorge in a nutshell, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, Dike, 177 Seiten, [ISBN 978-3-03891-531-7](#)
- Jean-Fritz Stöckli: ArbR 2018/2019/2020 - Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 2021, Stämpfli, 136 Seiten, [ISSN 1022-5625](#), [Blick ins Buch](#)
- Jean-Fritz Stöckli/Roland A. Müller/Christian Maduz: Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag, Art. 356-360f OR, Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2023, Stämpfli, 600 Seiten, [ISBN-3-7272-0683-2](#) (auf September 2023 angekündigt)

⁷⁷ mit einem Beitrag von Georges Chanson, Flexibilisierung der Arbeit und ihre Grenzen, abrufbar unter www.praxis.arbeitsrechtler.ch/Chanson_FlexibilisierungArbeit_2022.pdf

⁷⁸ mit einem Beitrag von Georges Chanson, Terminierungen im Arbeitsvertrag, Mit besonderem Fokus auf Art. 77 OR, abrufbar unter www.praxis.arbeitsrechtler.ch/Chanson_BefristungenArbR_FS_AvK_2022

- Josef Studer/Michael Sigerist: Repetitorium Arbeitsrecht – Kurz gefasste Darstellung mit Schemata, Übungen und Lösungen, 4. Aufl., Zürich 2022, Orell Füssli, 187 Seiten, [ISBN 978-3-280-07473-2](https://www.orellfussli.ch/ISBN/978-3-280-07473-2)
- Josef Studer/Michael Sigerist: Übungsbuch Arbeitsrecht – Repetitionsfragen, Übungsfälle und bundesgerichtliche Leitentscheide, 4. Aufl., Zürich 2022, Orell Füssli, 268 Seiten, [ISBN 978-3-280-07381-0](https://www.orellfussli.ch/ISBN/978-3-280-07381-0)
- Volkswirtschaftsdirektion Kanton Zürich, Amt für Wirtschaft und Arbeit: Lohnbuch 2023, Zürich 2023, Orell Füssli, 760 Seiten, [ISBN 978-3-280-07504-3](https://www.orellfussli.ch/ISBN/978-3-280-07504-3)
- Marianne Wanner: Arbeit und Recht, 15. Aufl. Zürich 2023, SKV, 280 Seiten, [ISBN 978-3-286-50386-1](https://www.skv.ch/ISBN/978-3-286-50386-1) (neue Auflage von Schürer/Wanner, erscheint im August 2023)
- Isabelle Wildhaber (Hrsg.): Handbuch Homeoffice, Zürich 2021, Dike, 240 Seiten, [ISBN 978-3-03891-312-2](https://www.dike.ch/ISBN/978-3-03891-312-2)
- Marc Wohlwend (Hrsg.): Rechtsnormen zum schweizerischen Arbeitsrecht, 4. Auflage, Bern 2020, Stämpfli, 788 Seiten, [ISBN 978-3-7272-1988-7](https://www.staempfli.ch/ISBN/978-3-7272-1988-7), [Blick ins Buch](#)

Die Nennung der zahlreichen arbeitsrechtlichen Monographien und Dissertationen und die Fülle der zahllosen arbeitsrechtlichen Aufsätze und Beiträge der letzten vier Jahre sprengen den Rahmen dieses Factsheets. Stellvertretend werden hier nur insgesamt vier Aufsätze Fachanwältinnen/Fachanwälten SAV Arbeitsrecht erwähnt, die in der Anwaltsrevue 3/2021⁷⁹ unter dem Editorial "Prozessieren im Arbeitsrecht/Contentieux en droit du travail" erschienen sind. Zur Literatur über arbeitsrechtliche Fragestellungen zur Covid-19-Pandemie wird auf das bereits erwähnte Factsheet⁸⁰ verwiesen.

VI. Praxishinweise

Weiterhin für die anwaltliche Praxis nützlich sind die **Plattformen** www.droitdutravail.ch und – nicht nur auf das Arbeitsrecht beschränkt – www.swissblawg.ch sowie www.rcassurances.ch, wo von der Universität Neuchâtel die Bundesgerichtsrechtsprechung zum Haftpflicht und Versicherungsrecht verfolgt wird. Daneben sind Webseiten von einzelnen Anwälten wertvoll, wie z.B. der derzeit sehr aktiv betriebene Blog von Philippe Ehrenströhm "Le droit du travail et de la protection des données en Suisse"⁸¹ oder die laufenden Beiträge auf seiner Webseite von Nicolas Facincani⁸². Auch dort kann ein Newsletter abonniert werden.

Die vor vier Jahren hier vorgestellte Webseite www.entscheidsuche.ch kann dank einer Crowd-Funding-Aktion und Unterstützung von vielen Seiten eine wichtige Lücke schliessen und eine unentgeltliche Suche in publizierten Gerichtsurteilen von Schweizer Gerichten aller Instanzen anbieten. Sie wird von einem Verein betrieben.

Auch die von RA Philippe Baumann angebotene Seite caselaw.info will den Zugang zu Gerichtsentscheiden in der Schweiz vereinfachen. Sie zeigt über 560 Entscheide des Bundesgerichts ab Anfang 2017 und erlaubt, die amtlich publizierten bzw. zu solcher Publikation bestimmten Entscheide herauszufiltern.

⁷⁹ ab S. 103, Direktlink zum ePaper für auf der Plattform angemeldete SAV-Mitglieder: anwaltsrevue.recht.ch

⁸⁰ vorstehend bei Fn 66, S. 74, abrufbar unter <https://arbrch.ch/Corona01>, dort ab S. 17

⁸¹ unter <https://droitdutravailensuisse.com> abruf- und abonnierbar

⁸² <https://www.arbeitsrecht-aktuell.ch/de/beitraege>, wo unter dem Menü <Kontakt> auch ein Newsletter bestellt werden kann

Das in die Jahre gekommene Portal recht.arbeitsrecht.ch des Stämpfli-Verlags ist durch arbeitsrecht.lexia.ch⁸³ abgelöst worden, das einerseits Zugriff auf Publikationen des Verlags mit arbeitsrechtlichem Inhalt⁸⁴ ermöglicht und andererseits einen periodischen Newservice bietet.

Die seit Jahrzehnten jährlich als Broschüre herausgegebene Publikation "**Entscheidung Arbeitsgericht Zürich**", die interessante Einblicke in erstinstanzliche Entscheide gibt, ist seit 2021 auf der Webseite der Zürcher Gerichte⁸⁵ derzeit in den Jahrgängen 2003 bis 2019 elektronisch abrufbar.

Neue Wege geht Prof. Roger Rudolph von der Uni Zürich: Seit April 2023 ist sein **Lehrstuhlpodcast Arbeitsrecht inside** (in Mundart) abrufbar.

Die Suche nach den statistischen Daten zum **Medianlohn** auf der Webseite des Bundesamts für Statistik (BfS) bleibt ein Ärgernis, weil die Suche nach der anwendbaren Tabelle⁸⁶ schwierig ist. Der Medianlohn – bezogen auf den privaten Sektor – hat seine Bedeutung für die Anwendung des Akzessoritäts-Prinzips bei der Bonus-Rechtsprechung des Bundesgerichts⁸⁷. Dieses zieht die Grenze für sehr hohe Einkommen (revenue très haute) bei Salären über dem 5-fachen Medianlohn und bei niedriges Einkommen (revenue modeste) beim 1-fachen Medianlohn. Dazwischen liegen die mittleren bis höheren Einkommen (salaires moyens et supérieurs). Gemäss den jüngsten BfS-Zahlen, die im März 2022 zur Lohnstrukturerhebung 2020 publiziert wurden, beträgt der Medianlohn derzeit CHF 6'361/Monat = 76'332/Jahr.

Im Sinne eines einjährigen Versuchs hat der Autor dieser Zeilen⁸⁸ für die Mitglieder der Fachgruppe Arbeitsrecht des Zürcher Anwaltsverband eine **Weiterbildungsagenda** eingerichtet, die über einen öffentlichen Link⁸⁹ abrufbar ist und neben der Daten der Fachgruppensitzungen⁹⁰ auch detaillierte Hinweise zu uns bekannten Weiterbildungsangebote enthält, in der Regel solche, die für die Fachanwalts-Weiterbildung creditwürdig sind.

⁸³ Ein Flyer dazu (Stand Mai 2023) mit Link auf den Testzugang ist unter www.fgarbr.ch/LEXIA.ArbR-Flyer.pdf abrufbar.

⁸⁴ unter anderem JAR, Berner Kommentar ab 1999 inkl. Update, derzeit 6 Stämpfli-Handkommentare (zum EAV, GIG, ArG, AVG, BPG + EntsG), Lehrbuch Arbeitsrecht, Normensammlung, derzeit 5 Dissertationen

⁸⁵ <https://www.gerichte-zh.ch/themen/arbeit/hilfen/entscheidsammlung.html> wo es auch Hinweise zur Bestellung der Printpublikation gibt.

⁸⁶ Monatlicher Bruttolohn nach Wirtschaftsabteilungen (NOGA08) und beruflicher Stellung - Privater Sektor - Schweiz [TA1_b], Direktlink: https://arbrch.ch/Medianlohn_PrivatSektor Salaire mensuel brut selon les divisions économiques (NOGA08) et la position professionnelle - Secteur privé - Suisse [TA1_b], Lien direct: https://arbrch.ch/SalaireMediane_SectPriv

⁸⁷ vgl. dazu Swissblawg.ch, Roland Bachmann, 4A_714/2016: Bonus; mittlere bis höhere Einkommen, 16.08.2018 sowie BGE 141 III 407, E. 6.2

⁸⁸ Georges Chanson

⁸⁹ https://arbrch.ch/wbarbr_2023

⁹⁰ die an sich nicht öffentlich sind

Table des matières / Inhaltsverzeichnis

I.	Table des matières / Inhaltsverzeichnis	1
II.	Introduction / Hinweis	2
III.	Jurisprudence / Rechtsprechung	2
A.	Contrat / Vertrag	2
A1	Contrat de travail, Qualification du contrat / Arbeitsvertrag: Vertragsqualifikation Uber "Eats": ATF 148 II 426)	2
A2	Arbeitsvertrag, Vertragsqualifikation delegierte Psychotherapie: BGer 4A_64/2020 vom 06.08.2020 + BGer 4A_84/2020 vom 27.08.2020	4
A3	Arbeitsvertrag, Vertragsqualifikation: Anwaltliche Zusammenarbeit BGer 4A_360/2021 vom 06.01.2022	7
B.	Salaire / Lohn	8
B1	Gratification, égalité de traitement: TF 4A_239/2021 du 16.12.2022	8
B2	Aufgeschobener Bonus: BGer 4A_603/2018 vom 28.06.2019	9
B3	Bonus (unechte Gratifikation): BGE 148 III 186	10
C.	Empêchement de travailler / Arbeitsverhinderung	12
C1	Travail sur appel, droits du travailleur en cas de manque de travail attribué: TF 4A_89/2022 du 20.09.2022	12
D.	Protection de la personnalité / Persönlichkeitsschutz	15
D1	Atteinte à la personnalité liée à l'accès à des conversations privées du travailleur: TF 4A_518/2020 du 25.08.2021	15
E.	Vacances + jours fériés / Ferien + Feiertage	24
E1	Auszahlung Ferienlohn: BGE 149 III 202	24
F.	Certificat de travail / Arbeitszeugnis	25
F1	Certificat de travail, prescription de l'action: ATF 147 III 78	25
G.	Fin des rapports de travail / Beendigung des Arbeitsverhältnisses	29
G1	Licenciement collectif, notion d'établissement: BGE 149 III 98	29
H.	Congé abusif / Missbräuchliche Kündigung	31
H1	Harcèlement psychologique, licenciement abusif: TF 4A_215/2022 du 23.08.2022	31
I.	Congé immédiat / fristlose Auflösung	33
I1	Licenciement immédiat, congé-soupçon: TF 4A_365/2020 du 05.04.2022 (it)	33
J.	Prohibition de concurrence / Konkurrenzverbot	34
J1	Gültigkeit Konkurrenzverbot: BGE 145 III 365	34
J2	Clause de prohibition de concurrence fondée sur la connaissance de la clientèle: TF 4A_205/2021 du 20.12.2021	36
K.	Prescription / Verjährung	37
K1	Beginn Verjährung Asbest-Exposition: BGE 146 III 14	37
	Droit du travail collectif / Kollektives Arbeitsrecht	39
L1	Qualité de partenaire social (Avenir syndical): TF 2C_868/2021 du 24.08.2022	39
L2	Assujettissement à une CCT étendue en matière de retraite anticipée: ATF 147 II 397	42
L.	Protection des travailleurs / Arbeitnehmerschutz	43
M1	Unterstellung Arbeitsgesetz, 24-Stunden-Betreuung in privater Haushaltung: BGE 148 II 203	43
M.	Droit de la fonction publique / öffentliches Personalrecht	44
N1	Rückerstattung von Weiterbildungsbeiträgen, negativer Kompetenzkonflikt: BGE 148 I 104	44
N2	Verlängerung Probezeit infolge Krankheit eines SBB-Arbeitnehmers: BGE 148 III 126	45

N3	Kündigung UZH-Mitarbeiterin: BGer 8C_7/2020 vom 03.11.2020	47
N4	Kündigung Berufsmilitär, Verweigerung Covid-19-Impfung: ATF 149 I 129, TF 8C_327/2022, BGer 8C_340/2022 + BGer 8C_362/2022, du/vom 22.02.2023	48
N.	Procédure / Prozess	50
O1	Pluralité de lieux d'exécution du travail, détermination du for du lieu de travail (art. 34 al. 1 CPC): TF 4A_548/2021 du 22.03.2022	50
O2	Verfahren: Fristwahrung / Sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts: BGer 4A_360/2021 vom 06.01.2022	51
O3	Öffentlichkeit des Verfahrens: BGE 146 I 30	52
O4	Indemnité pour congé abusif, opposition: BGE 149 III 304	53
O5	Teilklage und negative Feststellungswiderklage: BGE 145 III 299	54
O6	Teilklagen: BGer 4A_307/2021 vom 23.06.2022	55
O7	negative Feststellungswiderklage: BGer 4A_534/2020 vom 29.01.2021	56
O8	neue Tatsachen + Beweismittel (Aktenschluss): BGE 147 III 475	58
O9	Gegenstandslosigkeit: BGE 148 III 186	59
O10	Materielle Rechtskraft: BGer 4A_84/2020 vom 27.08.2020	60
O11	Zulässigkeit Beschwerde in Zivilsachen: BGE 146 III 254	61
O.	Droit des assurances sociales / Sozialversicherungsrecht	62
P1	AHV-Beitragspflicht (UberPop-Fahrer): BGE 147 V 174	62
P2	AHV-Beitragspflicht (Uber-Fahrer): BGE 149 V 57, 9C_71/2022, 9C_75/2022, je vom 16.02.2023	64
P3	Berechnung Kurzarbeitsentschädigung (KAE): BGE 148 V 144	67
P4	Mutterschaftsentschädigung (MSE) für Parlamentarierin: BGE 148 V 253	68
P.	Droit des assurances privées / Privatversicherungsrecht	70
Q1	KTG bei Arbeitslosigkeit: BGE 147 III 73	70
Q.	Droit administratif / Verwaltungsrecht	71
R1	Uber Fahrdienst als Genfer Transportunternehmen TF 2C_34/2021 du 30.05.2022	71
R2	Traitement fiscal de l'indemnité pour licenciement abusif: ATF 148 II 551	72
IV.	Exkurs Gesetzgebung	73
	Wichtige Gesetzesänderungen	73
	Exkurs Corona	74
	Hinweis Rechtssetzung	75
	Weisungen	75
V.	Excursus doctrine / Exkurs Literatur	75
VI.	Praxishinweise	78
	Table des matières / Inhaltsverzeichnis	80
	Remerciements / Dank	82
	Impressum	82

Remerciements / Dank

Les auteurs remercient les professeurs Jean-Philippe Dunand et Aurélien Witzig qui ont 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-Philipp Dunand und Aurélien Witzig 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 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

Téléphone +41 22 312 35 55 Téléfax +41 22 312 35 58

cb@waeberavocats.ch www.waeberavocats.ch

Georges Chanson Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

CHANSON Anwalt, Bodmerstrasse 10, Postfach 1606, 8040 Zürich

Telefon +41 44 201 10 30 Fax +41 44 201 47 51

chanson@arbeitsrechtler.ch www.arbeitsrechtler.ch

PrivaSphere-Webformular für vertrauliche Zustellungen: <https://p4u.ch/chanson>

von Georges Chanson betreute Webseiten:

www.linkliste-arbeitsrecht.ch:

Noch umfassend nachzuführende Sammlung von ca. 2'000 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:

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

www.nav.arbeitsrechtler.ch:

Noch nachzuführende 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:

Schon länger nicht mehr aktualisierte Sammlung von Informationen, Dokumente (auch Entscheide) zum elektronischen Rechtsverkehr (ERV) mit Behörden und Gerichten