

## **Le droit du travail en évolution: nouveautés jurisprudentielles pour les années 2017 - 2019**

## **Die Entwicklung des Arbeitsrechts in den Jahren 2017 - 2019: Neues aus Rechtsprechung**

## **Factsheet de la présentation de / Factsheet zum Referat von Christian Bruchez + Georges Chanson, 14.06.2019 <sup>1</sup>**

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

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

### **I. Table des matières / Inhaltsverzeichnis**

Vous trouverez une table des matières à la fin du présent document (page 68).

Ein Inhaltsverzeichnis befindet sich auf S. 68 hinten in diesem Dokument.

---

<sup>1</sup> Liens vers les diapositives de la présentation / Link auf die Folien zum Referat:  
[https://arbrch.ch/ddt-arbr\\_praesentation\\_2019](https://arbrch.ch/ddt-arbr_praesentation_2019)

Document en forme électronique avec liens / Factsheet in elektronischer Form mit Verlinkungen:

[https://arbrch.ch/ddt-arbr\\_factsheet\\_2019](https://arbrch.ch/ddt-arbr_factsheet_2019)

état / Stand 24.03.2022

(Mise à jour du salaire médian / Nachführung Medianlohn)



## II. Introduction / Hinweis

Ce document est un document de travail résumant l'évolution jurisprudentielle en droit du travail à partir de mi-2017 avec des références à des liens internet. Ce document, dont la rédaction a été achevée au début juin 2019, n'a pas aucune prétention d'exhaustivité. Sa version en ligne sera encore complétée plus tard, lorsque d'importantes références<sup>2</sup> 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 Arbeitspapier ohne Anspruch auf Vollständigkeit, das weiterführende Bemerkungen zur Entwicklung der Rechtsprechung im Arbeitsrecht seit Mitte 2017 samt Internetlinks enthält. Es wurde Anfang Juni 2019 abgeschlossen. Seine Online-Version wird später noch einmal ergänzt, wenn noch wichtige Fundstellen<sup>3</sup> 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. Relations de travail, cadre général / Arbeitsbeziehungen, generell

#### A1 Salaire minimum légal (NE): [ATF 143 I 403](#)

Arrêt de la I<sup>le</sup> Cour de droit public dans la cause Association A. et consorts contre Grand Conseil de la République et canton de Neuchâtel

Objet: Modification de la loi cantonale sur l'emploi et l'assurance-chômage (salaire minimum)

[TF 2C 774/2014](#), 2C\_813/2014, 2C\_815/2014, 2C\_816/2014 vom 21.07.2017

(recours contre la loi portant modification de la loi sur l'emploi et l'assurance-chômage du Grand Conseil de la République et canton de Neuchâtel, du 28.05.2014)

#### Sujet / Thema

Fixation d'un salaire minimal légal de CHF 20.00/heure (avec adaptation au coût de la vie) dans le canton de Neuchâtel (art. 32a ss de la loi cantonale du 25 mai 2004 sur l'emploi et l'assurance-chômage [LEmpl/NE; [RSN 813.10](#)])

Festsetzung eines (teuerungsangepassten) Minimal-Stundenlohns von CHF 20.00 als erster Schweizer Kanton im neuenburgischen Gesetz über die Arbeit und Arbeitslosenversicherung ([RSN 813.10](#), u.a. Art. 32d)

#### Übersetzung (ins Deutsche)

Pra 106/2016 Nr. 100

#### Regeste

[Art. 27](#), [28 al. 1](#), [36](#), [49 al. 1](#), [94](#), [110](#) et [122 Cst.](#); [art. 71 LTr](#); [LPC](#); [art. 4 LECCT](#); [art. 342](#) et [356 ss CO](#); [art. 34a Cst./NE](#); *contrôle abstrait de la loi portant modification de la loi cantonale neuchâteloise du 28 mai 2014 sur l'emploi et*

<sup>2</sup> par exemple commentaires ou la référence ATF pour les décisions non encore officiellement publiées

<sup>3</sup> wie Besprechungen oder die BGE-Referenz bei noch nicht amtlich publizierten Entscheiden

*l'assurance-chômage (LEmpl/NE); constitutionnalité et légalité de l'introduction d'un salaire minimum cantonal.*

*La modification législative qui concrétise, dans le canton de Neuchâtel, un salaire minimum en vue de garantir à tout salarié des conditions de vie décentes, à l'abri du recours à l'aide sociale, et ainsi de lutter contre la pauvreté, ne relève pas de la politique économique mais sociale, et n'est donc pas contraire au principe de la liberté économique (consid. 5.1-5.5). Conformité de la loi cantonale avec la liberté économique individuelle (consid. 5.6 et 5.7) et avec la liberté syndicale, à l'aune du droit des conventions collectives de travail (consid. 6). L'introduction d'un salaire horaire minimum cantonal ne viole la primauté du droit fédéral ni par rapport au droit privé du travail, ni par rapport au droit public (consid. 7).*

*[Art. 27](#), [28 Abs. 1](#), [36](#), [49 Abs. 1](#), [94](#), [110](#) und [122 BV](#); [Art. 71 ArG](#); [ELG](#); [Art. 4 AVEG](#); [Art. 342](#) und [356 ff. OR](#); [Art. 34a KV/NE](#); abstrakte Normenkontrolle des Gesetzes des Kantons Neuenburg vom 28. Mai 2014 zur Änderung des Gesetzes über die Beschäftigung und die Arbeitslosenversicherung (LEmpl/NE); Verfassungs- und Rechtmässigkeit eines kantonalen Minimallohns.*

*Eine Gesetzesänderung, die für den Kanton Neuenburg einen Mindestlohn bestimmt mit dem Ziel, allen Arbeitnehmenden einen angemessenen Lebensstandard zu ermöglichen, ohne dass sie Sozialhilfe beanspruchen müssen, und die Armut zu bekämpfen, ist keine wirtschafts-, sondern eine sozialpolitische Massnahme. Sie verstösst nicht gegen den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (E. 5.1-5.5). Vereinbarkeit des kantonalen Gesetzes mit dem individualrechtlichen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit (E. 5.6 und 5.7) und der Koalitionsfreiheit vor dem Hintergrund der Gesetzgebung über die Gesamtarbeitsverträge (E. 6). Die Einführung eines minimalen Stundenlohns auf kantonaler Ebene verletzt den Vorrang des Bundesrechts weder im Hinblick auf das private noch das öffentliche Arbeitsrecht (E. 7).*

### **Résumés / Zusammenfassungen**

- [Medienmitteilung Bundesgericht](#) vom 04.08.2017  
[Communiqué de presse Tribunal fédéral](#) du 04.08.2017
- Praxis 2017 Heft 10, Aktuelle Leitentscheide, auch online unter [www.legalis.ch](http://www.legalis.ch) (kostenpflichtig)

### **Extrait des considérants**

(problématique du lien entre le salaire minimal légal et le salaire minimal [potentiellement plus bas] prévu par les conventions collectives)

*7.4 Les rapports de travail ne sont pas uniquement soumis au droit privé ([art. 319 ss CO](#)), mais également à toutes sortes de prescriptions de droit public, adoptées par les cantons ou la Confédération, afin d'assurer une protection minimale des travailleurs (MAHON/JEANNERAT, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n° 16 ad art. 342 CO p. 890). L'[art. 342 al. 1 let. b CO](#) rappelle d'ailleurs que "sont réservées les dispositions de droit public de la Confédération et des cantons sur le travail et la formation professionnelle". S'agissant spécifiquement des CCT, l'[art. 358 CO](#) prévoit que le droit impératif de la Confédération et des cantons l'emporte sur la convention; toutefois, les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables, à moins que le droit impératif ne s'y oppose expressément. Selon la doctrine, le droit impératif au sens de l'[art. 358 CO](#) comprend toutes les dispositions impératives, fédérales ou cantonales, qui s'appliquent directement aux rapports de travail individuels ou collectifs, quels que soient la loi, l'ordonnance ou le règlement dont elles émanent (CHRISTIAN BRUCHEZ, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n° 3 ad art. 358 CO p. 1232).*

## Commentaire / Besprechung

[droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Pascal Mahon/Federica Steffanini, Le salaire minimum neuchâtelois est conforme à la Constitution fédérale – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_774/2014, Newsletter octobre 2017

### A2 Rénumération usuelle: [TF 4A 425/2017](#) du 10.04.2018

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

Objet: contrat de travail; conditions de rémunération usuelles (art. 22 LEI et 22 OASA)

(recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, du 26.06.2017, HC/2017/476, [PT13.039595-170203.253](#))

#### Sujet / Thema

Contrat de travail avec un travailleur "au noir" de nationalité kosovare; application des conditions de rémunération usuelles ([art. 22 LEI](#) [aLEtr], [art. 22 OASA](#) en lien avec l'[art. 342 al. 2 CO](#) )

Arbeitsvertrag eines kosovarischen Schwarzarbeiters. Anwendung der üblichen Lohnbedingungen ([Art. 22 AIG](#) [aAuG], [Art. 22 VZAE](#) i.V. mit [Art. 342 Abs. 2 OR](#))

#### Übersetzung (ins Deutsche)

keine

#### Résumé / Zusammenfassung

[droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter juin 2018:

Lorsque l'employeur n'a pas requis d'autorisation du service compétent pour l'engagement d'un travailleur étranger, le juge civil appelé à statuer sur les prétentions salariales de ce dernier est **compétent pour déterminer le caractère usuel du salaire convenu**. En l'espèce, la Cour cantonale a procédé correctement en se référant aux salaires minimaux prévus par un **contrat-type de travail**. Le fait qu'elle se soit référée à un contrat-type valaisan ne porte pas préjudice à l'employeur dès lors que les salaires vaudois ne sauraient être inférieurs aux salaires valaisans (cons. 3.4).

### A3 Salaire en euro / Lohn in Euro

#### A31 [TF 4A 215/2017](#) du 15.01.2019

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

Objet: contrat de travail; paiement du salaire en euros; libre circulation des personnes

(recours en matière civile contre l'arrêt rendu le 10.03.2017 par la Cour civile du Tribunal cantonal du canton du Jura [[CC 96/2016](#)])

#### A32 [BGer 4A 230/2018](#) vom 15.01.2019

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung in Sachen A. GmbH gegen B

Gegenstand: Arbeitsvertrag, Freizügigkeitsabkommen

Beschwerde in Zivilsachen gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 20.02.2018 [[10/2017/1](#)])

#### Sujet (des deux arrêts) / Thema (beider Entscheide)

Réduction de salaire pour les employés de la zone Euro payés en euros. Effet direct de l'interdiction de discrimination prévu à l'[art. 2 ALCP](#) ? (question laissée ouverte). Admission par le TF d'un abus de droit du travailleur à exiger un supplément de salaire après coup.

Lohnreduktion für die in Euro bezahlten Mitarbeitenden aus der Eurozone. Unmittelbare Wirkung des Diskriminierungsverbots nach [Art. 2 FZA](#)? (Frage offengelassen). Bejahung einer rechtsmissbräuchlichen Lohnnachforderung durch das Bundesgericht, nachdem die Arbeitnehmenden der Vertragsänderung früher zugestimmt hatten.

### Résumé (des deux arrêts) / Zusammenfassung (beider Entscheide)

- [Communiqué de presse Tribunal fédéral](#) du 24.01.2019  
[Medienmitteilung Bundesgericht](#) vom 24.01.2019
- [droitdutravail.ch](#), (TF / BGer 4A\_215/2017), Newsletter juni 2019

### Commentaire / Besprechung (TF / BGer 4A\_215/2018)

- [droitdutravail.ch](#), Aurélien Witzig, Discrimination des travailleurs européens: l'abus de droit à la rescousse; note sur l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_215/2017, Newsletter juin 2019

### Commentaires / Besprechungen (TF / BGer 4A\_230/2018)

- [droitdutravail.ch](#), Aurélien Witzig, L'introuvable effet direct du principe de non-discrimination des travailleurs européens; note sur l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_230/2018, Newsletter avril 2019
- [swissblawg.ch](#): Roland Bachmann, 4A\_230/2018: Lohnzahlung in Euro; Diskriminierungsverbot gemäss Freizügigkeitsabkommen, 30.03.2019

### Informations complémentaires / weitere Hinweise

Arrêt du tribunal cantonal Bâle-Campagne, chambre civile, du 17.12.2012 ([400 12 152](#), Congé de rétorsion et violation ALCP)

Urteil Kantonsgericht Basel-Land, Zivilabteilung, vom 17.12.2012 ([400 12 152](#), Rache Kündigung und Verletzung FZA)

Zusammenfassung in [tageswoche.ch](#), Tiefere Grenzgänger-Löhne sind illegal, 17.12.2012

## A4 Grève, licenciement immédiat: [TF 4A 64/2018](#) du 17.12.2018

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A. – T. contre Fondation X.

Objet: Licenciements pour justes motifs, grève, conditions

(recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, Cour d'appel civile, du 12.12.2017 [[CACIV.2017.53](#)])

### Sujet / Thema

Conditions de licéité d'une grève. Licenciement immédiat des grévistes considéré comme justifié suite à une grève jugée illicite.

Bedingungen für die Rechtmässigkeit eines Streiks. Fristlose Entlassung von Streikenden nach einem als rechtswidrig eingestuftem Streik gerechtfertigt.

### Übersetzung (ins Deutsche)

keine

### Résumé / Zusammenfassung

[droitdutravail.ch](#), Newsletter février 2019:

*La grève est le refus collectif de la prestation de travail due, dans le but d'obtenir des conditions de travail déterminées de la part d'un employeur; l'exercice du droit à la grève ne touche pas le rapport contractuel en tant que tel, mais consiste en une **suspension de la prestation de travail par le travailleur, à laquelle répond une suspension du versement de la rémunération par l'employeur** (cons. 4.2).*

La licéité de la grève est subordonnée à l'existence de quatre conditions, « inhérentes » à l'exercice du droit de grève; en tant que telles, **elles ne constituent pas une atteinte à la liberté syndicale qui emporterait l'obligation de respecter les exigences de l'art. 36 Cst.** (cons. 4.3).

Pour être licite, une grève doit: 1° se rapporter **aux relations de travail** (porter sur une question susceptible d'être réglée par une CCT); 2° être conforme aux obligations de préserver la **paix du travail** et de recourir à une **conciliation**; 3° respecter le principe de **proportionnalité** (les mesures collectives de combat ne sont licites qu'au titre d'ultima ratio); 4° être appuyée par une **organisation de travailleurs** ayant la capacité de conclure une convention collective de travail (cons. 4.3.1-4.3.4).

En l'espèce, la grève est jugée licite jusqu'au 23 janvier 2013 au plus tard, date à partir de laquelle les grévistes ont fait valoir une **revendication politique (au sens large)**: la grève a alors poursuivi essentiellement des objectifs ne visant plus la relation de travail, mais la personne du repeneur de l'Hôpital. Il en résulte que la première condition de licéité d'une grève n'était plus remplie (cons. 5.2).

En outre, le maintien de la CCT jusqu'à la fin de l'année 2013 accordait aux employés un instant de répit qui leur permettait de faire valoir leurs revendications **par une mesure moins incisive que la poursuite de la grève**. Ils ne pouvaient alors plus refuser de reprendre le travail en justifiant leur position par la perte d'un moyen de pression indispensable pour amener à la reprise des négociations sur une (nouvelle) CCT, puisque l'Hôpital avait accepté cette reprise des négociations, contrairement aux grévistes (cons. 5.3).

Lorsque la grève est illicite, cela ne signifie pas encore automatiquement que les travailleurs qui y ont participé puissent être licenciés avec effet immédiat: **le juge demeure tenu d'examiner l'ensemble des circonstances qui ont conduit au licenciement**.

En l'espèce, l'employeuse pouvait raisonnablement considérer le rapport de confiance comme rompu, car elle avait **indiqué sa position juridique** lors d'entretiens individuels, avait donné un **avertissement clair**, avait tenu des **entretiens** avec les employés assistés de leur **avocat** avant la notification de leurs licenciements et, à six reprises, avait donné la possibilité aux grévistes d'être **réintégrés** s'ils acceptaient de suspendre immédiatement la grève (cons. 6).

### Commentaires / Besprechungen

- [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Giuseppe Donatiello, Sans liberté, où est le droit de grève constitutionnellement garanti? Ou du glissement de l'exigence de nécessité à l'exigence de proportionnalité au sens étroit; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_64/2018, Newsletter mars 2019
- [droitdutravailensuisse.com](http://droitdutravailensuisse.com), Philippe Ehrenströhm, La grève en droit suisse du travail, 18.01.2019
- [swissblawg.ch](http://swissblawg.ch): Roland Bachmann, 4A\_64/2018: Streikrecht; fristlose Kündigung, 25.03.2019

### A5 Droit de grève: [ATF 144 I 306](#)

Arrêt de la Ire Cour de droit social dans la cause A., B. et C. contre Grand Conseil du canton de Fribourg,

Objet: Droit de la fonction publique (droit de grève)

[TF 8C 80/2018](#) du 09.10.2018

(recours en matière de droit public contre la loi du 17.11.2017 modifiant la loi sur le personnel de l'Etat [[ROF 2017 102](#)])



**Sujet / Thema**

Interdiction du droit de grève pour le personnel de santé du canton de Fribourg jugée inconstitutionnelle

Streikverbot für Pflegepersonal des Kantons Freiburg als verfassungswidrig aufgehoben

**Übersetzung (ins Deutsche)**

Pra 1048/2019 Nr. 27

**Regeste**

[Art. 28 al. 4](#), [art. 36 Cst.](#); [art. 27 al. 4](#), [art. 38 Cst./FR](#); contrôle abstrait de la loi du 17.11.2017 modifiant la loi cantonale fribourgeoise du 17.10.2017 sur le personnel de l'Etat ([LPers/FR](#)); interdiction du recours à la grève au personnel de soins.

Reconnaissance du droit de grève et des restrictions à son exercice (consid. 4.3.1-4.3.3). Evolution du droit de grève dans la fonction publique au niveau cantonal (consid. 4.3.4). Doctrine relative aux limitations du recours à la grève dans le domaine des soins médicaux (consid. 4.3.5).

Examen de la mesure sous l'angle des conditions de restrictions des droits fondamentaux (consid. 4.4). L'interdiction du recours à la grève au personnel de soins prévue par le nouvel art. 68 al. 7 LPers/FR frappe de manière indifférenciée les employés, soumis à la LPers/FR, des établissements publics de soins du canton de Fribourg (consid. 4.4.3.2). L'absence de limitation au personnel dont la présence serait absolument indispensable à la préservation de la vie et de la santé des patients est d'autant plus disproportionnée que la licéité du recours à la grève est soumise à des conditions très strictes. Le système instauré par les art. 68 et 68a LPers/FR offre des garanties suffisantes pour ne pas mettre en péril les prestations indispensables à la population dans le domaine de la santé (consid. 4.4.3.3). Les justifications de la mesure lors des débats parlementaires ne sont pas de nature à permettre une atteinte aussi grave au droit de grève (consid. 4.4.3.4).

[Art. 28 Abs. 4](#), [Art. 36 BV](#); [Art. 27 Abs. 4](#), [Art. 38 KV/FR](#); abstrakte Kontrolle des Gesetzes vom 17. 11.2017 zur Änderung des Gesetzes des Kantons Freiburg vom 17.10.2001 über das Staatspersonal ([StPG/FR](#)); Streikverbot für das Pflegepersonal.

Anerkennung des Streikrechts und Einschränkungen seiner Ausübung (E. 4.3.1-4.3.3). Entwicklung des Streikrechts im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis auf kantonaler Ebene (E. 4.3.4). Lehre zu den Grenzen des Streikrechts im Bereich der Gesundheitspflege (E. 4.3.5).

Prüfung der Massnahme hinsichtlich der Voraussetzungen für Grundrechtseinschränkungen (E. 4.4). Das im neuen Art. 68 Abs. 7 StPG/FR vorgesehene Streikverbot für das Pflegepersonal betrifft die dem StPG/FR unterstellten Beschäftigten der öffentlichen Gesundheitseinrichtungen des Kantons Freiburg in undifferenzierter Weise (E. 4.4.3.2). Die fehlende Beschränkung auf das für den Schutz des Lebens und der Gesundheit der Patienten absolut unverzichtbare Personal ist unverhältnismässig, zumal bereits die rechtmässige Ausübung des Streiks sehr strengen Voraussetzungen unterliegt. Die in den Art. 68 und 68a StPG/FR vorgesehene Regelung bietet hinreichende Garantien, um die für die Bevölkerung unabdingbaren Leistungen im Gesundheitsbereich nicht zu gefährden (E. 4.4.3.3). Die in den parlamentarischen Beratungen für die Massnahme genannten Gründe vermögen einen so schweren Eingriff ins Streikrecht nicht zu rechtfertigen (E. 4.4.3.4).

## Résumés / Zusammenfassungen

- [Communiqué de presse Tribunal fédéral](#) du 09.10.2018  
[Medienmitteilung Bundesgericht](#) vom 09.10.2018
- [droitdutravail.ch](#), Newsletter novembre 2018
- Praxis 2018 Heft 12, Aktuelle Leitentscheide, auch online unter [www.legalis.ch](http://www.legalis.ch) (kostenpflichtig)

## Commentaire / Besprechung

[www.lawinside.ch](http://www.lawinside.ch), Tobias Sievert, L'interdiction de grève au personnel de soins du canton de Fribourg, 05.11.2018

## A6 Liberté syndicale: [DTF 144 I 50](#)

Estratto della sentenza della II Corte di diritto pubblico nella causa Sindacato svizzero dei servizi pubblici, SSP/VPOD Zurigo/Lugano contro Consiglio di Stato del Cantone Ticino

Oggetto: Libertà sindacale: accesso a stabili amministrativi nonché esercizio di attività sindacali al loro interno

[TF 2C 499/2015](#) del 06.09.2017

(ricorso in materia di diritto pubblico contra la sentenza dal Tribunale amministrativo del Cantone Ticino del 23.04.2015 [52.2012.24])<sup>4</sup>

## Sujet / Thema

Droit d'accès des syndicats aux bâtiments de l'administration cantonale

Zugang von Gewerkschaften zu den Räumen der Kantonsverwaltung

## Übersetzung (ins Deutsche)

Pra 108/2019 Nr. 12

## Regeste

*[Art. 28 Cst.](#) ad., [art. 11 CEDH](#), [art. 22 Pacte ONU II](#), [art. 8 Pacte ONU I](#), [Conventions OIT n° 87](#) et [98](#), en particulier [art. 3 de la Convention OIT n° 87](#); arrêté du Conseil d'Etat qui instaure à l'encontre des syndicats une interdiction de principe d'accès aux bâtiments qui, hormis être propriété de l'Etat, sont administrés par lui comme employeur, et qui soumet à certaines conditions l'exercice d'activités syndicales en leur sein.*

*Contenu et portée de la liberté syndicale garantie par l'art. 28 Cst., en particulier quant aux activités des syndicats (consid. 4.1). Rappel des normes de droit international qui protègent également cette liberté (consid. 4.2). Présentation des opinions doctrinales divergentes sur le droit d'accès des représentants syndicaux aux bâtiments d'une entreprise ainsi que des "droits dérivés" considérés comme indispensables par l'Organisation internationale du travail pour assurer l'exercice effectif de la liberté syndicale (consid. 4.3). L'arrêt [6B 758/2011](#) du 24 septembre 2012 n'est pas applicable en l'espèce puisque le droit d'accès au lieu de travail concerne des bâtiments publics et non pas des biens-fonds privés (consid. 5.1-5.3).*

*L'Etat doit, entre autres devoirs, placer les syndicats en position effective d'organiser librement leurs activités (consid. 5.3.2), en ligne avec les obligations résultant du droit international, en particulier des Conventions OIT n° 87 et 98; il n'importe pas de déterminer dans quelle mesure ces dernières ont un caractère self-executing puisque leur contenu se recouvre partiellement avec celui des art. 11 CEDH et 22 Pacte ONU II (consid. 5.3.3).*

---

<sup>4</sup> apparamment pas publié / soweit ersichtlich nicht publiziert



*Appartenance des bâtiments de l'Administration cantonale au patrimoine administratif de l'Etat et modalités concernant l'usage ordinaire et/ou extraordinaire des biens publics (consid. 6.2.1). L'Etat doit respecter les droits fondamentaux (consid. 6.3). Le droit d'accès aux bâtiments administratifs est une composante essentielle de la liberté syndicale (consid. 5.3.3.1, 5.3.3.2 et 5.4). Si l'arrêté qui instaure à l'encontre des syndicats une interdiction générale d'accès aux bâtiments administratifs et soumet à des conditions déterminées l'exercice de l'activité syndicale en leur sein poursuit bien un intérêt public pertinent (consid. 6.4.1), il prévoit toutefois une restriction excessive à la liberté syndicale: il viole par conséquent le principe de proportionnalité et doit être annulé. Invitation aux parties à chercher un accord par la voie de la négociation et exemples de mesures admissibles (consid. 6.4.2 et 6.4.3).*

[Art. 28 BV](#), [Art. 11 EMRK](#), [Art. 22 UNO-Pakt II](#), [Art. 8 UNO-Pakt I](#), [ILO-Übereinkommen Nr. 87](#) und [98](#), insb. [Art. 3 ILO-Übereinkommen Nr. 87](#);

*Regierungsbeschluss, welcher den Gewerkschaften grundsätzlich den Zutritt zu den Gebäuden verbietet, die der Staat - ausser als deren Eigentümer - auch als Arbeitgeber verwaltet, und welcher die Ausübung gewerkschaftlicher Tätigkeiten im Gebäudeinnern bestimmten Bedingungen unterwirft.*

*Inhalt und Tragweite der Koalitionsfreiheit gemäss Art. 28 BV, besonders in Bezug auf die Tätigkeiten der Gewerkschaften (E. 4.1). Hinweis auf die Normen des internationalen Rechts, welche diese Freiheit ebenfalls schützen (E. 4.2).*

*Darstellung der (nicht einhellig vertretenen) Auffassung der Lehre zur Frage des Zutrittsrechts der Gewerkschaftsvertreter zu den Gebäuden einer Unternehmung sowie der "abgeleiteten Rechte", welche die Internationale Arbeitsorganisation als unabdingbar erachtet, um die Ausübung der Koalitionsfreiheit effektiv sicherzustellen (E. 4.3). Das Urteil [6B 758/2011](#) vom 24. September 2012 ist hier nicht massgeblich, weil das Recht auf Zugang zum Arbeitsort öffentliche Gebäude und nicht privaten Grund betrifft (E. 5.1-5.3).*

*Der Staat muss unter anderem die Gewerkschaften in die Lage versetzen, dass sie ihre Aktivitäten tatsächlich frei gestalten können (E. 5.3.2), im Einklang mit den Verpflichtungen des internationalen Rechts, namentlich der ILO-Übereinkommen Nr. 87 und 98; wie weit diese self-executing-Charakter haben, ist nicht entscheidend, da sie sich teilweise mit Art. 11 EMRK und Art. 22 UNO-Pakt II überschneiden (E. 5.3.3).*

*Zugehörigkeit der Gebäude der Kantonsverwaltung zum Verwaltungsvermögen des Staates und Modalitäten betreffend den gewöhnlichen Gebrauch und/oder den ausserordentlichen Gebrauch der öffentlichen Güter (E. 6.2.1). Der Staat muss die Grundrechte einhalten (E. 6.3). Das Recht auf Zutritt zu den Verwaltungsgebäuden ist ein wesentlicher Teilgehalt der Koalitionsfreiheit (E. 5.3.3.1, 5.3.3.2 und 5.4). Wenngleich das hier beanstandete System, welches den Gewerkschaften den Zutritt zu den Verwaltungsgebäuden grundsätzlich verweigert, und welches die Ausübung von gewerkschaftlichen Tätigkeiten im Gebäudeinnern bestimmten Bedingungen unterwirft, von einem relevanten öffentlichen Interesse getragen wird (E. 6.4.1), stellt es dennoch einen übermässigen Eingriff in die Koalitionsfreiheit dar. Es ist somit unverhältnismässig und wird aufgehoben. Einladung an die betreffenden Parteien, auf dem Verhandlungsweg eine Einigung zu suchen, sowie Beispiele für zulässige Massnahmen (E. 6.4.2 und 6.4.3).*

## **Résumés / Zusammenfassungen**

- [Communiqué de presse Tribunal fédéral](#) du 06.09.2017
- [Medienmitteilung Bundesgericht](#) vom 06.09.2017
- [droitdutravail.ch](#), Newsletter mai 2018

- Praxis 2018 Heft 6, Aktuelle Leitentscheide, auch online unter [www.legalis.ch](http://www.legalis.ch) (kostenpflichtig)

### **Commentaire / Besprechung**

[droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch): Jean-Philippe Dunand, Liberté syndicale et droit de l'Organisation internationale du travail (OIT): un cadeau avant l'anniversaire! - Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_499/2015, Newsletter mai 2018

## **B. Loi sur l'égalité (LEg) / Gleichstellungsgesetz (GIG)**

### **B1 Lohngleichheit Lehrpersonen Kindergarten (ZH):**

**BGer 8C 696/2016 vom 19.09.2017**

Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung in Sachen  
Verband Kindergarten Zürich, Schweizerischer Verband des Personals öffentlicher Dienste VPOD, Zürcher Lehrerinnen- und Lehrerverband, und A. - C.  
gegen Staat Zürich  
Gegenstand: Öffentliches Personalrecht (Lohngleichheit Mann und Frau)  
(Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 07.09.2016 [[VB.2015.00802](#)])

#### **Sujet / Thema**

Lohndiskriminierung: Feststellungsklagen von Personalverbänden / Lohnklagen von Zürcher Lehrpersonen auf Kindergartenstufe. Diskriminierung verneint.  
Discrimination salariale des enseignants zurichois d'école enfantine.  
Discrimination niée.

#### **private Regeste**

Keine Anhaltspunkte für eine Schlechterbehandlung oder gar einer Geschlechtsdiskriminierung der Kindergärtnerinnen gegenüber anderen, als männlich oder geschlechtsneutral definierten Berufsgruppen.  
Kantonale LohnEinstufung liegt im Rahmen des rechtlichen Gestaltungsspielraums.  
Berechnung des Gehalts aufgrund eines 87%-Arbeitszeitpensums nicht zu beanstanden.  
Anforderungen an Kindergartenlehrpersonen (und auch Ausbildung) haben sich in den vergangenen Jahren stark verändert, was aber auf das ganze Lehrpersonal zutrifft und nicht nur auf Kindergartenlehrkräfte.

#### **Tatsächliches**

Bestätigung der Abweisung der Verbandsklage auf Feststellung einer geschlechtsdiskriminierenden Entlohnung und von drei Zürcher Kindergärtnerinnen auf Lohnnachzahlung mit 3:2-Entscheid an öffentlicher Beratung

#### **Résumés / Zusammenfassungen**

- [Medienmitteilung Bundesgericht](#) vom 19.09.2017
- [Communiqué de presse Tribunal fédéral](#) du 19.09.2017
- [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter novembre 2017

#### **Commentaires / Besprechungen**

- [swissblawq.ch](http://swissblawq.ch), Roland Bachmann, 8C\_696/2016: Diskriminierungsfreie Einstufung der Zürcher Kindergartenlehrkräfte, 13.12.2017

- [nzz.ch](http://nzz.ch), Barblina Töndury, Es bleibt beim tieferen Lohn für Zürcher Kindergärtnerinnen, NZZ-Online 19.09.2017

### Dokumentation

Dokumentation zum Entscheid und zum Verfahren: [www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch) (Fall 290 ZH).

## B2 Lohngleichheit Lehrpersonen Kindergarten (SH): [BGE 144 II 65](#)

Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung in Sachen Erziehungsdepartement und Regierungsrat des Kantons Schaffhausen gegen A bis X (24 Beschwerdegegnerinnen)

Gegenstand: Öffentliches Personalrecht (Lohngleichheit)

[BGer 8C 56/2017](#) vom 21.02.2018

(Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 06.12.2016 [60/2012/44])<sup>5</sup>

### Sujet / Thema

Lohndiskriminierungsklagen von Schaffhauser Lehrpersonen auf Kindergartenstufe

Discrimination salariale des enseignants schaffhousois d'école enfantine

### Regeste

[Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV](#); [Art. 3](#) und [6 GIG](#); Anforderungen an die Glaubhaftmachung einer Lohndiskriminierung.

*Bei kollektiven Diskriminierungskonstellationen wird gewöhnlich ein Beruf oder eine Funktion als Gesamtes mit Vergleichsfunktionen verglichen. Das Bundesgericht lässt offen, ob eine innerhalb einer Funktion sich bildende Gruppe von erfahreneren Kindergartenlehrpersonen separat eine geschlechtsbedingte Lohndiskriminierung geltend machen kann (E. 6).*

*Die Glaubhaftmachung einer Geschlechterdiskriminierung erfordert einen Vergleich von Verdienstmöglichkeiten aus verschiedenen Tätigkeiten und zudem ist aufzuzeigen, aus welchen Gründen von einer Gleichwertigkeit der genannten Funktionen auszugehen ist (E. 7).*

[Art. 8 al. 3, 3<sup>e</sup> phrase, Cst.](#); [art. 3](#) et [6 LEg](#); exigences relatives à l'établissement de la vraisemblance d'une discrimination salariale.

*En présence de situations collectives de discrimination, une profession ou une fonction est généralement comparée globalement avec des fonctions comparables. Le Tribunal fédéral laisse indécis le point de savoir si un groupe de membres plus expérimentés du personnel d'un jardin d'enfants qui s'est formé au sein d'une fonction peut faire valoir séparément une discrimination salariale à raison du sexe (consid. 6).*

*L'établissement de la vraisemblance d'une discrimination à raison du sexe dépend d'une comparaison des possibilités de gain de différentes activités; de plus il faut démontrer les motifs pour lesquels il y a lieu de partir d'une équivalence des fonctions citées (consid. 7).*

### Tatsächliches

Aufhebung des Obergerichtsentscheids, der eine Lohndiskriminierung von langjährigen gegenüber jüngeren Kindergartenlehrpersonen bestätigte, und Rückweisung an die Vorinstanz zur Beurteilung der Rüge einer Ungleichbehandlung dieser

<sup>5</sup> soweit ersichtlich nicht publiziert / apparamment pas publié

beiden Gruppen gemäss [Art. 8 Abs. 1 BV](#). Glaubhaftmachung einer Geschlechterdiskriminierung durch die 24 Klägerinnen verneint. Teilweise Gutheissung der Beschwerde des Kantons mit 3:2-Entscheid an öffentlicher Beratung.

### Résumés / Zusammenfassungen

- [Medienmitteilung Bundesgericht](#) vom 21.02.2018  
[Communiqué de presse Tribunal federal](#) du 21.02.2018
- Praxis 2018 Heft 5, Aktuelle Leitentscheide, auch online unter [www.legalis.ch](http://www.legalis.ch) (*kostenpflichtig*)
- [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter avril 2018

### Commentaires / Besprechungen

- [swissblawq.ch](http://swissblawq.ch), Roland Bachmann, 8C\_56/2017: Lohngleichheit; Anforderungen an die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung (amtl. Publ.), 20.04.2018

### Dokumentation

Dokumentation zum Entscheid und zum Verfahren: [www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch) (Fall 11 SH).

## B3 Lohngleichheit Primarlehrperson (AG): [BGE 143 II 366](#)

Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung in Sachen A. gegen Schulpflege B.

Gegenstand: Rechtsgleichheit, Gleichstellung von Mann und Frau

([BGer 8C 693/2016](#) vom 04.07.2017)

(Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 31.08.2016)<sup>6</sup>

### Sujet / Thema

Lohndiskriminierungsklage einer Aargauer Primarlehrerin

Discrimination dans le système salarial en vigueur pour les institutrices et les instituteurs dans le canton d'Argovie dans les fonctions degré primaire/classe préparatoire

### Regeste

[Art. 8 Abs. 3 BV](#); [Art. 3 GIG](#); (Lohn-)Gleichheit von Mann und Frau.

*Eine geschlechtsspezifische Diskriminierung der Lehrpersonen Primarstufe/Einschulungsklasse durch das im Kanton Aargau geltende Lohnsystem für Lehrerinnen und Lehrer ist weder erstellt noch glaubhaft gemacht (E. 3)*

[Art. 8 al. 3 Cst.](#); [art. 3 LEg](#); égalité (salariale) entre hommes et femmes.

*Il n'est ni établi ni rendu plausible que le système salarial en vigueur pour les institutrices et les instituteurs dans le canton d'Argovie est constitutif d'une discrimination fondée sur le sexe dans les fonctions degré primaire/classe préparatoire (consid. 3).*

### Tatsächliches

Abweisung einer ersten Beschwerde durch das Verwaltungsgericht AG

([AGVE 2014 43](#))<sup>7</sup>, u.a. mit der Begründung der Beruf einer Primarlehrperson sei als geschlechtsneutral zu qualifizieren. Aufhebung dieses Entscheids und Rückweisung u.a. mit der Begründung, die Funktion der Primarlehrperson sei heute anders als noch vor einigen Jahren als frauenspezifisch zu betrachten ([BGE 141 II](#))

<sup>6</sup> soweit ersichtlich nicht publiziert / apparamment pas publié

<sup>7</sup> Entscheid vom 29.01.2014

411 = [BGer 8C 366/2014](#) vom 01.12.2015). Zweiter Gang vor Bundesgericht gegen den erneut abweisenden Verwaltungsgerichtsentscheid bleibt erfolglos.

### Résumés / Zusammenfassungen

- [Medienmitteilung Bundesgericht](#) vom 19.07.2017  
[Communiqué de presse Tribunal fédéral](#) du 19.07.2017
- Praxis 2017 Heft 10, Aktuelle Leitentscheide, auch online unter [www.legalis.ch](http://www.legalis.ch) (*kostenpflichtig*)
- [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter septembre 2017

### Commentaires / Besprechungen

- [swissblawg.ch](http://swissblawg.ch): Fabian Klaber, 8C\_693/2016: Zulässigkeit eines eigenen Lohnsystems für Lehrpersonen (amtl. Publ.), 23.07.2017
- [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Christine Sattiva Spring, Professions féminines et égalité salariale: un pas en avant et deux en arrière; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C\_693/2016, Newsletter septembre 2017

### Dokumentation

Dokumentation zum Entscheid und zum Verfahren: [www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch) (Fall 49 AG).

## B4 Diskriminierung aufgrund sexueller Orientierung: [BGE 145 II 153](#)

Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung in Sachen A. gegen Gruppe Verteidigung  
Gegenstand: Öffentliches Personalrecht (Diskriminierung)

[BGer 8C 594/2018](#) vom 05.04.2019

(Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 07.08.2018 [[A-1276/2017](#)])

### Sujet / Thema

Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung (Homosexualität).

Anwendung des Gleichstellungsgesetzes ([GIG](#)) verneint.

Discrimination à raison de l'orientation sexuelle (homosexualité). Applicabilité de la loi sur l'égalité ([LEg](#)) niée.

### Regeste

[Art. 8 Abs. 2 und Abs. 3 BV](#); [Art. 3 Abs. 1 GIG](#); direkte Diskriminierung.

*Mangels Geschlechtsspezifität ist eine direkte Diskriminierung nach Art. 3 Abs. 1 GIG aufgrund der sexuellen Orientierung nicht möglich (E. 4)*

[Art. 8 al. 2 et al. 3 Cst.](#); [art. 3 al. 1 LEg](#); discrimination **directe**.

*Une discrimination directe selon l'art. 3 al. 1 LEg fondée sur l'orientation sexuelle n'est pas possible faute de sexospécificité (consid. 4)*

### private Regeste<sup>8</sup>

Bewerber auf eine Bundesstelle haben bei einer Nichtanstellung in der Regel keinen Anspruch auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung und kein Beschwerderecht. Rechtsmittel wären gegeben, wenn eine Diskriminierung gemäss [GIG](#) geltend gemacht werden kann.

Eine direkte Diskriminierung gemäss [Art. 3 GIG](#) liegt vor, wenn sich die ungleiche Behandlung auf die Zugehörigkeit zu einem Geschlecht stützt oder auf ein Krite-

---

<sup>8</sup> Quelle: [Medienmitteilung Bundesgericht](#)



rium, das entweder nur von einem Mann oder einer Frau erfüllt werden kann. Homosexuelle Personen, die eine Benachteiligung aufgrund ihrer sexuellen Orientierung geltend machen, können sich nicht darauf berufen, da sowohl Männer als auch Frauen homosexuell sein können.

Anderes könnte gelten, wenn ausschliesslich oder überwiegend Personen des einen Geschlechts wegen Homosexualität diskriminiert werden, was eine (hier nicht geltend gemachte) indirekte Diskriminierung wäre.

### **Tatsächliches**

Befristete Anstellung eines Einheitskommandanten mit Funktionen in einer militärischen Schule. Abweisungen seiner Bewerbung für die gleiche wiederum befristete Stelle mit der Begründung, die Stelle sei nicht mehr vorhanden; zudem seien aufgrund des Alters die Bedingungen für eine Anstellung als angehender Berufsoffizier nicht mehr erfüllt. Die Begründung des Abgelehnten, ihm sei die Anstellung infolge seiner Homosexualität verweigert worden, wird bestritten. Bereits vor Bundesverwaltungsgericht ist umstritten (und vom Gericht verneint), ob eine direkte Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung überhaupt unter das GIG fällt. Dagegen wurde eine indirekte Diskriminierung, d.h. die Verweigerung der erneuten Anstellung der betreffenden Person aufgrund ihrer Homosexualität nicht rechtsgenügend geltend gemacht. Beide gerichtlichen Instanzen lehnen deshalb die Beschwerden ab.

### **Résumés / Zusammenfassungen**

- [Medienmitteilung Bundesgericht](#) vom 30.04.2019  
[Communiqué de presse Tribunal fédéral](#) du 30.04.2019
- Praxis 2019 Heft 6, Aktuelle Leitentscheide, auch online unter [www.legalis.ch](http://www.legalis.ch) (kostenpflichtig)
- [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter juillet 2019

### **Commentaires / Besprechungen**

- [swissblawg.ch](http://swissblawg.ch), Fabian Klaber, 8C\_594/2018: Sexuelle Orientierung und Diskriminierung nach Gleichstellungsgesetz (amtl. Publ.), 04.05.2019
- [humanrights.ch](http://humanrights.ch), Autor unbekannt, BGer 8C\_594/2018 (2019) Kein Schutz vor Diskriminierung aufgrund Homosexualität am Arbeitsplatz, Untertitel: *Das Bundesgericht hält fest, dass das Gleichstellungsgesetz nicht vor Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung schützt – es besteht dringender Handlungsbedarf!*, 06.06.2019
- [lawinside.ch](http://lawinside.ch), Marie-Hélène Spiess, L'homosexualité et l'interdiction de discrimination directe selon la LEg, 11.04.2019
- [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Christine Sattiva Spring, Le TF verrouille la porte d'entrée de la LEg aux homosexuels – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C\_594/2018, juillet 2019

### **Dokumentation**

Dokumentation zum Entscheid und zum Verfahren: [www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch) (Fall 9 Bundesverwaltung).

## **B5 Diskriminierende Kündigung, Arbeitszeugnis: [BGE 144 II 345](#)**

Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung in Sachen A. gegen Bundesverwaltungsgericht

Gegenstand: Öffentliches Personalrecht (Kündigung; Arbeitszeugnis)

[BGer 8C 134/2018](#) vom 17.09.2018

(Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den Entscheid des Bundesstrafgerichts vom 20.12.2017 [[RR.2016.115](#)]).

### **Sujet / Thema**

Anfechtbarkeit einer Kündigung nach einer innerbetrieblichen Diskriminierungsbeschwerde ([Art. 10 Abs. 1 GIG](#)). Nennung der Mutterschaft im Arbeitszeugnis als Diskriminierung?

Licenciement représailles au sens de l'[art. 10 al. 1 LEg](#)

### **Regeste**

siehe Entscheid / voir décision I1<sup>9</sup>

### **private Regeste**

Kündigung nach einem innerbetrieblichem Beschwerdeverfahren betreffend Gleichstellung ist konkret keine Racheekündigung nach [Art. 10 Abs. 1 GIG](#), weil sie mit der Teilnahme an Anwaltsprüfungen während andauernder Krankheit begründet war.

Bei einer Frau im gebärfähigen Alter ist stets mit einer möglichen Schwangerschaft zu rechnen. Damit fällt die Erwähnung des Mutterschaftsurlaubs im Arbeitszeugnis nicht besonders ins Gewicht.

weitere siehe Entscheid I1<sup>10</sup>

### **Tatsächliches**

(Fristlose) Kündigung einer Gerichtsschreiberin am Bundesverwaltungsgericht, die trotz angegebener Arbeitsunfähigkeit an Anwaltsprüfungen teilgenommen hat. Das Bundesstrafgericht hatte als (personalrechtliche) Beschwerdeinstanz gemäss [Art. 36 Abs. 4 BPG](#) die fristlose Entlassung aufgehoben, aber eine missbräuchliche Kündigung und eine weitere Verletzung des Gleichstellungsgesetzes durch Nennung der Mutterschaft im Arbeitszeugnis verneint, was das Bundesgericht bestätigt.

### **Résumés / Zusammenfassungen**

siehe Entscheid / voir décision I1<sup>11</sup>

### **Commentaires / Besprechungen**

siehe Entscheid / voir décision I1<sup>12</sup>

### **Dokumentation**

Dokumentation zum Entscheid: [www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch)  
(Fall 8 Bundesverwaltung)

### **Weitere Hinweise**

Weiteres Beschwerdeverfahren zwischen den gleichen Parteien: Entscheid Bundesstrafgericht vom 23.04.2018 ([RR.2017.161](#)) zur Frage der Notwendigkeit eines GIG-Schlichtungsverfahrens und der geltend gemachten Diskriminierung durch die Verlängerung der Probezeit infolge Mutterschaft

---

<sup>9</sup> S./p. 35

<sup>10</sup> S./p. 35

<sup>11</sup> S./p. 35

<sup>12</sup> S./p. 35

## C. Contrat / Vertrag

### C1 Représentation de l'employeur: [TF 4A 187/2018](#) du 21.02.2019

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause de A. contre B. Sàrl, Caisse cantonale valaisanne de chômage

Objet: contrat de travail, modification, attribution du pouvoir de représentation à un gérant ([art. 814](#) et [32 ss CO](#)), sous-délégation

(recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, Cour d'appel civile, du 19.02.2018 [CACIV.2017.86+87])<sup>13</sup>

#### Sujet / Thema

Représentation de l'employeur pour conclure ou modifier un contrat de travail

Vertretung des Arbeitgebers zum Abschluss oder Anpassung eines Arbeitsvertrags

#### Übersetzung (ins Deutsche)

keine

#### Résumé / Zusammenfassung

[droitdu travail.ch](http://droitdu travail.ch), Newsletter mai 2019:

*Peuvent signer un contrat de travail, ou une modification de ce contrat avec un employé, les **organes (sociaux) exécutifs qui disposent du pouvoir de représentation**, ainsi que toutes les personnes qui **peuvent valablement représenter la Sàrl** dans les actes juridiques avec des tiers de mandat (cons. 3.1).*

*Un courrier, non daté, portant l'engagement de payer le salaire de l'employée jusqu'à sa retraite, signé par le seul vice-président exécutif, est impropre à engager la société, cette dernière n'ayant jamais ratifié ultérieurement l'acte défectueux; par ailleurs, il n'a pas été constaté que les statuts autoriseraient une délégation et aucun élément ou indice ne permet d'affirmer que le gérant se serait vu octroyer la compétence de procéder à une sous-délégation (cons. 4.1). Une représentation civile portant spécifiquement sur la conclusion du courrier est également exclue, la relation entre le gérant et le vice-président exécutif étant (prétendument) régulière et durable (cons. 4.2).*

*N'est pas valable un avenant, prévoyant un délai de résiliation de six mois, lorsqu'il n'a été signé, du côté de l'employeuse, que par un représentant disposant de la signature collective à deux (cons. 5.2).*

## D. Obligations du travailleur / Pflichten des Arbeitnehmers

### D1 Zulässigkeit von Konventionalstrafen ([Art. 321e OR](#)): [BGE 144 III 327](#)

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

Gegenstand: Arbeitsvertrag

[BGer 4A 579/2017 + 4A 581/2017](#) vom 07.05.2018

(Beschwerden in Zivilsachen gegen das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Luzern, 1. Abt., vom 25.09.2017)<sup>14</sup>

#### Sujet / Thema

Ungültige Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag

<sup>13</sup> apparamment pas publié / soweit ersichtlich nicht publiziert

<sup>14</sup> soweit ersichtlich nicht publiziert / apparamment pas publié

Clause penale non valide dans le contrat de travail

## Regeste

**[Art. 160 ff.](#), [Art. 321a](#), [Art. 321e](#) und [Art. 362 OR](#); Arbeitsvertrag  
Konventionalstrafe.**

*Vereinbarkeit einer Konventionalstrafe mit **Art. 321e OR** (E. 5); insbesondere Unterscheidung nach deren Straf- oder Ersatzcharakter (E. 5.2). Rechtsfolgen der Unvereinbarkeit einer Konventionalstrafe mit **Art. 321e OR** (E. 5.4)*

**[Art. 160 ss](#), [art. 321a](#), [art. 321e](#) et [art. 362 CO](#); contrat de travail, clause pénale.**  
*Examen de la compatibilité d'une clause pénale avec l'**art. 321e CO** (consid. 5), en tenant notamment compte de la distinction entre la fonction indemnitaire et la fonction répressive d'une telle clause (consid. 5.2). Conséquences de l'incompatibilité de la clause pénale avec l'**art. 321e CO** (consid. 5.4).*

## Tatsächliches

Arbeitsvertrag der geschäftsführenden Ärztin einer Arztpraxis mit folgender Vertragsklausel: Bei Zuwiderhandlungen gegen diesen Vertrag, insbesondere gegen das Konkurrenzverbot oder die Geheimhaltungspflicht schuldet die Arbeitnehmerin eine Konventionalstrafe von je CHF 50 000.– pro Verstoss. Die Bezahlung der Konventionalstrafe befreit die Arbeitnehmerin nicht von der weiteren Einhaltung des Vertrages, insbesondere des Konkurrenzverbots, der Geheimhaltungspflicht oder dem Verbot der Abwerbung. In jedem Fall, auch bei Bezahlung der Konventionalstrafe, kann die Arbeitgeberin die Beseitigung des vertragswidrigen Zustands sowie den Ersatz weiteren Schadens verlangen.

Abweisung der Klage der Arbeitgeberin nach erfolgter Arbeitnehmerkündigung auf Zahlung CHF 150'000 Konventionalstrafe durch das Arbeitsgericht Luzern. Aufhebung dieses Entscheids durch das Obergericht Luzern mit Verpflichtung CHF 50'000 Konventionalstrafe wegen zwei Vertragsverletzungen (nicht eingeholte Zustimmung für Belegarztstätigkeit an Privatspital, Nichtrückgabe der mit der Praxis verknüpften Abrechnungsnummer [ZSR-Nummer] nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses). Das von beiden Parteien angerufene Bundesgericht weist die Klage ab, unter anderem mit der (hier vereinfacht wiedergegebenen) Begründung ab, die vereinbarte Konventionalstrafe sei nichtig, da gegen den zwingenden Charakter von **Art. 321e OR** verstossend, der für Vertragsverletzungen Schadenersatz vorschreibt, während die konkrete Vertragsstrafe sowohl verschuldensunabhängig als auch schadensunabhängig ausgestaltet worden sei.

## Résumés / Zusammenfassungen

- Praxis 2018 Heft 7, Aktuelle Leitentscheide, auch online unter [www.legalis.ch](http://www.legalis.ch) (kostenpflichtig)
- [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter juin 2018

## Commentaires / Besprechungen

- [swissblawg.ch](http://swissblawg.ch), Roland Bachmann, 4A\_579/2017; 4A\_581/2017: Zulässigkeit von Konventionalstrafen im Arbeitsrecht (amtl. Publ.), 01.06.2018
- Daniel Donauer / Vangelis Kalaitzidakis, Konventionalstrafen im arbeitsvertraglichen Kontext, in: dRSK (Weblaw), publ. 25.06.2018, frei abrufbar unter [www.walderwyss.com](http://www.walderwyss.com)
- Romina Carcagni Roesler, Haftung des Arbeitnehmers: Unzulässige Konventionalstrafe, Besprechung des Bundesgerichtsurteils 4A\_579/2017 und

4A\_581/2017 vom 07.05.2018, in: Arbeitsrecht/Droit du travail (ARV), 2/2018, S. 126-130<sup>15</sup>

- [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Pascal Giorgis, Responsabilité du travailleur et clause pénale - Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_579/2017, Newsletter juillet 2018
- [lawinside.ch](http://lawinside.ch), Simone Schürch, L'admissibilité d'une peine conventionnelle pour violation des obligations de l'employé, 11.06.2018

## E. Salaire / Lohn

### E1 Détermination du travail à rémunérer: [TF 4A 96/2017](#) du 14.12.2017 c.2

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause X. contre A. et B.

Objet: contrat de travail; renonciation à une créance résultant du droit impératif (recours contre l'arrêt rendu le 18.01.2017 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève [C/18125/2012-5, [CAPH/14/2017](#)])

#### Sujet / Thema

Détermination du travail à rémunérer pour le personnel domestique au service de personnes âgées: distinction entre simple présence la nuit et obligation de rester au domicile pendant un horaire nocturne (c. 2).

Bestimmung der zu vergütenden Arbeit von Hausangestellten, die für ältere Menschen arbeiten: Unterscheidung zwischen einfacher Anwesenheit in der Nacht und der Verpflichtung, während der Nacht im Haus zu bleiben (E. 2).

#### Übersetzung (ins Deutsche)

keine

#### Résumé / Zusammenfassung

[droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter février 2018:

*La présence de nuit d'une employée logée sur place est de nature à satisfaire le besoin de l'employeur d'être rassuré. Cette seule circonstance ne suffit pas à réaliser la prestation de travail au sens de l'art. 319 CO si elle n'est pas assortie d'une **obligation de rester au domicile pendant un horaire nocturne déterminé**. En l'espèce, aucun élément ne permet de retenir que l'employée était **entravée dans sa liberté** et que, selon le contrat, elle devait **se tenir prête à apporter son aide à l'employeur la nuit** durant toute la durée des rapports de travail (cons. 2.2).*

#### Extraits des considérants

**2.1.** Le travail à rémunérer, au sens de l'[art. 319 CO](#), s'entend de toute occupation humaine qui tend, de manière planifiée, à la satisfaction d'un besoin. Il ne s'agit pas nécessairement d'un comportement actif. Lorsque le travailleur se tient, même à l'extérieur de l'entreprise, prêt à fournir sa prestation, cette seule disponibilité à travailler contribue en effet à la satisfaction des besoins de l'employeur. Ainsi, dans le (véritable) travail sur appel, le service de disponibilité ("Bereitschaftsdienst") est une prestation de travail; il ne se conçoit que contre rétribution ([art. 320 al. 2 CO](#)), car le travailleur ne fournit pas cette prestation de manière désintéressée, mais en vue de la prestation principale (rémunérée) ([ATF 124 III 249](#) consid. 3b p. 351; cf. également arrêt [4A 334/2017](#) du 4 octobre 2017 consid. 2.2 et 2.3).

<sup>15</sup> abonnierte Zeitschrift, kostenpflichtig auf [www.swisslex.ch](http://www.swisslex.ch) publiziert. Scan des Beitrags derzeit unter [unternehmerforum.ch](http://unternehmerforum.ch) abrufbar (Stand 08.09.2019)



Par définition, le service de piquet implique également une disponibilité. Il correspond au temps pendant lequel le travailleur se tient, en sus du travail habituel, prêt à intervenir, le cas échéant, pour remédier à des perturbations, porter secours en cas de situation d'urgence, effectuer des visites de contrôle ou faire face à d'autres situations particulières analogues (cf. [art. 14 al. 1](#) de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail [OLT 1; RS 822.111]). Lorsqu'il est assuré dans l'entreprise, le service de piquet (ou de garde) est une prestation de travail et donne lieu à rémunération; peu importe que le travailleur ait eu ou non à intervenir concrètement, ni qu'il ait disposé de temps de repos pendant sa permanence (WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3<sup>e</sup> éd. 2014, p. 38 s.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7<sup>e</sup> éd. 2012, n° 9 ad art. 321 CO p. 165; MANFRED REHBINDER, *Berner Kommentar*, 2010, n° 6 ad art. 321 p. 117; cf. JAR 2000 p. 125, concernant le veilleur de nuit d'un hôtel, qui pouvait dormir sur place entre 23 heures et 7 heures). Lorsque le travailleur de piquet n'est pas tenu de rester dans l'entreprise, sa disponibilité sera rétribuée uniquement s'il est entravé dans la jouissance de son temps libre, en particulier s'il doit être prêt à intervenir à bref délai (arrêt [4A 523/2010](#) du 22 novembre 2010 consid. 5.1; la question de savoir si cette jurisprudence doit être maintenue a été laissée ouverte dans l'arrêt précité du 4 octobre 2017 consid. 2.3). L'indemnité pour le service de piquet peut être inférieure au taux de salaire de base et les parties au contrat peuvent prévoir qu'elle sera intégrée dans le taux de salaire pour l'activité principale (arrêt précité du 22 novembre 2010 consid. 5.1; cf. [ATF 124 III 249](#) consid. 3b et 3c p. 251 s.).

**2.2.** Selon l'arrêt attaqué, la recourante n'a pas prouvé avoir accompli des piquets de nuit durant la totalité des rapports de travail, représentant 1'610 nuits de 8 heures à partir de mars 2007. Appréciant le témoignage V. \_\_\_\_\_ et le certificat médical datant la perte d'autonomie de Z. \_\_\_\_\_, les juges genevois ont retenu que ce n'est qu'à partir de fin juin 2011 que l'état de santé de l'employeur nécessitait des soins durant la nuit et, partant, un service de garde de la part de la recourante, à rémunérer à un taux équitable.

Ressortant expressément du témoignage V. \_\_\_\_\_ conforté par le certificat médical, la constatation selon laquelle Z. \_\_\_\_\_ avait besoin de soins la nuit seulement depuis fin juin 2011 ne repose pas sur une appréciation arbitraire des preuves. La recourante ne le prétend du reste pas. La fourniture de soins nocturnes entre nécessairement dans le cadre d'un service de garde à rémunérer; en l'occurrence, la cour cantonale a fixé la prétention de la recourante à 1'200 fr., soit 30 nuits (8 heures) à 40 fr.

Pour la période antérieure à juillet 2011, à partir de l'engagement en mars 2007, la recourante soutient qu'après les gardes assurées en décembre 2006 par une société spécialisée, un service de piquet demeurerait nécessaire en raison de la dégradation de l'état de santé de Z. \_\_\_\_\_ ayant conduit à plusieurs hospitalisations courant 2011, et ceci même si l'employeur n'avait alors pas besoin de soins pendant la nuit. Elle se contente à cet égard de reprendre l'analyse du Tribunal des prud'hommes, sans plus amples précisions. De même, elle se borne à citer textuellement le témoin V. \_\_\_\_\_, qui a déclaré que la gouvernante "s'occupait [de Z. \_\_\_\_\_] la nuit, elle allait contrôler qu'il allait bien", sans autres indications non plus, en particulier de dates. Ces éléments ne suffisent manifestement pas à démontrer que la Chambre des prud'hommes a apprécié les preuves de manière arbitraire en ne constatant pas que la recourante avait, dans les faits, accompli un service de piquet de nuit depuis le début de son engagement, notamment en répondant aux appels de l'employeur ou en effectuant régulièrement des contrôles imposés par son état de santé.

Au surplus, la cour cantonale n'est pas partie d'une notion juridique erronée du service de piquet à rémunérer. Certes, la présence de nuit d'une employée logée

*sur place est de nature à satisfaire le besoin de l'employeur d'être rassuré. Mais, quoi qu'en dise la recourante, cette seule circonstance ne suffit pas à réaliser la prestation de travail au sens de l'art. 319 CO si elle n'est pas assortie d'une obligation de rester au domicile pendant un horaire nocturne déterminé. Or, en l'espèce, aucun élément ne permet de retenir que l'employée était entravée dans sa liberté et que, selon le contrat, l'employée devait se tenir prête à apporter son aide à l'employeur la nuit durant toute la durée des rapports de travail.*

*En conclusion, force est de reconnaître que la cour cantonale n'a ni apprécié les preuves de manière arbitraire, ni violé le droit fédéral en arrêtant, sur le principe, une rémunération du service de piquet correspondant à 30 nuits dès fin juin 2011.*

## **E2 Heures supplémentaires: [TF 4A 184/2018](#) du 28.02.2019**

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

Objet: contrat de travail; congé abusif; heures supplémentaires

(recours contre l'arrêt rendu le 14.02.2018 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud [[HC/2018/128](#), [PT13.051267-171613 95](#)])

### **Sujet / Thema**

Heures supplémentaires, devoir d'annonce, tardiveté

Überstunden, Anzeigepflicht, Verspätung

### **Übersetzung (ins Deutsche)**

keine

### **Résumé / Zusammenfassung**

[droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter mai 2019:

*Il faut distinguer la **tardiveté de l'annonce** par le travailleur qu'il a effectué des heures de travail supplémentaires de la **tardiveté de la demande d'indemnisation** de ces mêmes heures (cons. 2.2.2).*

*Même si l'employeuse connaissait la **nécessité d'effectuer un certain nombre d'heures supplémentaires**, l'employée n'en était pas pour autant libérée de son **devoir d'annonce**: elle pouvait attendre de savoir si et dans quelles proportions elle aurait besoin, à long terme, de plus de temps pour accomplir les tâches qui lui avaient été confiées. Cela étant, elle ne pouvait attendre **sept ans** pour une telle annonce, après avoir accepté chaque mois, durant cette longue période, le paiement de son salaire **sans jamais faire état des heures supplémentaires exécutées**. Dans une telle configuration et tenant compte également de la **liberté** dont l'employée bénéficiait dans l'organisation de son temps de travail, qui lui permettait de procéder à une compensation de ses heures supplémentaires par du temps libre, la prétention litigieuse apparaît **abusive** (cons. 2.2.3).*

## **E31 Bonus: [TF 4A 430/2018](#) du 04.02.2019**

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause X. SA contre A.

Objet: contrat de travail; bonus

(recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, du 18.05.2018 [[HC/2018/466](#), [PT15.035353-180070 329](#)])

### **Sujet / Thema**

Distinction entre salaire, gratification obligatoire et gratification facultative (avec récapitulatif de toute la jurisprudence en la matière); application de l'[art. 322d al. 2 CO](#) en cas de gratification obligatoire

Unterscheidung zwischen Lohn, vereinbarter und freiwilliger Gratifikation (unter Wiederholung der relevanten Rechtsprechung); Anwendung von [Art. 322d Abs. 2 OR](#) bei geschuldeter Gratifikation

### Résumé / Zusammenfassung

[droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), newsletter avril 2019:

(...)

*Une « prime » doit être qualifiée de **gratification** et non de  **salaire** lorsque, comme en l'espèce, l'employé a demandé dans des courriels si le bonus pour l'année écoulée avait été fixé dans son montant, évoquant la possibilité que celui-ci soit minoré et se prévalant de ce que son bonus devait représenter la récompense pour le travail effectué et les réussites accomplies, et qu'il a en outre précisé que certains facteurs, soit le financement et le temps investi dans sa formation, ne pouvaient que venir réduire son éventuel bonus l'année suivante. De la même manière, un message, envoyé après interpellation de l'employé (« Oui merci de me le rappeler: 25'000.- EUR ? »), atteste du caractère discrétionnaire du bonus, puisque le montant qui y est énoncé figure sous la forme **interrogative**, ce qui infirme l'hypothèse du versement d'un montant fixe ou fixé en fonction de critères prédéfinis (cons. 6.1).*

*Comme cette gratification a été versée **pendant quatre ans sans réserve**, elle est convenue dans son principe (cons. 6.2).*

*Les rapports contractuels s'étant terminés **avant l'occasion** qui aurait donné lieu à une rétribution lors de cette année, une part **proportionnelle** de la gratification n'est due à l'employé que si celui-ci parvient à prouver qu'il en a été convenu ainsi (cons. 7.2).*

### Extraits des considérants

*5. Dans plusieurs arrêts récents, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de résumer sa jurisprudence en matière de bonus (notamment: [4A 78/2018](#) du 10 octobre 2018 consid. 4.2 et 4.3 et les références citées; [4A 463/2017](#) du 4 mai 2018 consid. 3; [4A 290/2017](#) du 12 mars 2018 consid. 4.1).*

*Il en résulte qu'il faut distinguer les trois cas suivants: (1) le salaire - variable -, (2) la gratification à laquelle l'employé a droit et (3) la gratification à laquelle il n'a pas droit. Ce n'est que lorsque l'employé n'a pas de droit à la gratification - cas n° 3 - que la question de la requalification du bonus en salaire, en vertu du principe de l'accessoriété lorsque les salaires sont modestes ou moyens et supérieurs, se pose, ce principe étant en revanche inapplicable pour les très hauts revenus.*

*5.1. On se trouve dans le cas n° 1 lorsqu'un montant (même désigné comme bonus ou gratification) est déterminé ou objectivement déterminable, c'est-à-dire qu'il a été promis par contrat dans son principe et que son montant est déterminé ou doit l'être sur la base de critères objectifs prédéterminés comme le bénéfice, le chiffre d'affaires ou une participation au résultat de l'exploitation, et qu'il ne dépend pas de l'appréciation de l'employeur; il doit alors être considéré comme un élément du salaire (variable), que l'employeur est tenu de verser à l'employé ([art. 322 s. CO](#); [ATF 141 III 407](#) consid. 4.1; [136 III 313](#) consid. 2 p. 317; [129 III 276](#) consid. 2 p. 278; [109 II 447](#) consid. 5c p. 448).*

*5.2. En revanche, on se trouve en présence d'une gratification - dans les cas n°s 2 et 3 - lorsque le bonus est indéterminé ou objectivement indéterminable ([ATF 141 III 407](#) consid. 4.1 et 4.2 p. 407 s.; [139 III 155](#) consid. 3.1 p. 157; arrêt [4A 485/2016](#) du 28 avril 2017 consid. 4.1.2).*

*5.2.1. Il y a un droit à la gratification - cas n° 2 - lorsque, par contrat, les parties sont tombées d'accord sur le principe du versement d'un bonus et n'en ont réservé que le montant; il s'agit d'une gratification que l'employeur est tenu de verser ( *Anspruch auf die Gratifikation*), mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation*

du montant à allouer ([ATF 136 III 313](#) consid. 2 p. 317; [131 III 615](#) consid. 5.2 p. 620; arrêt [4A 172/2012](#) du 22 août 2012 consid. 8.2).

De même, lorsqu'au cours des rapports contractuels, un bonus a été versé régulièrement sans réserve de son caractère facultatif pendant au moins trois années consécutives, il est admis qu'en vertu du principe de la confiance, il est convenu par actes concluants (tacitement), que son montant soit toujours identique ou variable: il s'agit donc d'une gratification à laquelle l'employé a droit ([ATF 129 III 276](#) consid. 2.1; [131 III 615](#) consid. 5.2; arrêt [4A 172/2012](#) précité consid. 8.2), l'employeur jouissant d'une certaine liberté dans la fixation de son montant au cas où les montants étaient variables.

Il convient d'ajouter que, dans les deux situations, le travailleur n'a droit, aux termes de l'[art. 322d al. 2 CO](#), à une part proportionnelle de la gratification en cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui y donne lieu que s'il en a été convenu ainsi, ce qu'il lui incombe de prouver en vertu de l'[art. 8 CC](#).

5.2.2. Il n'y a pas de droit à la gratification - cas n° 3 - lorsque, par contrat, les parties ont réservé tant le principe que le montant du bonus; il s'agit alors d'une gratification facultative; le bonus n'est pas convenu et l'employé n'y a pas droit, sous réserve de l'exception découlant de la nature de la gratification (principe de l'accessorité; cf. *supra* consid. 5).

De même, lorsque le bonus a été versé d'année en année avec la réserve de son caractère facultatif, il n'y a en principe pas d'accord tacite: il s'agit d'une gratification qui n'est pas due.

Toutefois, il a été admis par exception que, en dépit de la réserve (sur le principe et sur le montant), un engagement tacite peut se déduire du paiement répété de la gratification pendant des décennies ( *jahrzehntelang*), lorsque l'employeur n'a jamais fait usage de la réserve émise, alors même qu'il aurait eu des motifs de l'invoquer, tels qu'une mauvaise marche des affaires ou de mauvaises prestations de certains collaborateurs lorsqu'il l'a versée: il s'agit alors d'une gratification à laquelle l'employé a droit ([ATF 129 III 276](#) consid. 2.3 p. 280 s.).

Il en va de même lorsque la réserve du caractère facultatif n'est qu'une formule vide de sens (c'est-à-dire une clause de style sans portée) et qu'en vertu du principe de la confiance, il y a lieu d'admettre que l'employeur montre par son comportement qu'il se sent obligé de verser un bonus (arrêts [4A\\_463/2017](#) déjà cité consid. 3.1.3.2; [4A 172/2012](#) déjà cité consid. 8.2).

6. Il s'agit tout d'abord de déterminer s'il y a lieu de qualifier le bonus de salaire (cas n° 1, consid. 6.1 *infra*) ou de gratification (cas n° 2 et n° 3, consid. 6.2 *infra*), comme le soutient la recourante.

6.1. En l'espèce, il n'est nullement établi que les parties seraient convenues du versement d'un montant déterminé ou objectivement déterminable. En particulier, aucun élément de fait n'indique que le montant versé à titre de " prime " aurait été déterminé à l'avance, en fonction de critères objectifs prédéterminés. Au contraire, dans ses courriels d'août 2013 à B. \_\_\_\_\_, l'employé demandait si le bonus pour l'année écoulée avait été fixé dans son montant, évoquant la possibilité que celui-ci soit minoré et se prévalant de ce que son bonus devait représenter la récompense pour le travail effectué et les réussites accomplies. L'employé précisait en outre que certains facteurs, soit le financement et le temps investi dans sa formation, ne pouvaient que venir réduire son éventuel bonus l'année suivante. Contrairement à ce qu'en a déduit la cour cantonale, le SMS de B. \_\_\_\_\_ du 27 septembre 2013, envoyé après interpellation de l'employé (" Oui merci de me le rappeler: 25'000EUR? "), atteste également du caractère discrétionnaire du bonus, puisque le montant qui y est énoncé figure sous la forme interrogative, ce qui infirme l'hypothèse du versement d'un montant fixe ou fixé en fonction de critères prédéfinis. L'ensemble de ces éléments confirme que le montant du bonus était laissé à la libre appréciation de l'employeur, ce qui exclut



que le bonus puisse être considéré comme un élément du salaire, et ce sans égard au fait que les bonus ont été versés pendant plusieurs années consécutives. En réalité, en admettant que le bonus faisait partie intégrante du salaire parce qu'aucune réserve quant au caractère facultatif de son montant n'a été émise, la cour cantonale a confondu la notion de salaire (cas n° 1) avec celle de droit à la gratification (cas n° 2).

Les éléments présentés par l'intimé en faveur de l'assimilation de son bonus au salaire dans son mémoire de réponse - soit la perception de charges sociales sur les montants versés et l'indication " salaire " comme motif de versement sur les avis bancaires - ne sont pas propres à changer cette appréciation.

6.2. Comme il s'agit d'une gratification, il s'impose d'examiner si l'employé dispose d'un droit à en percevoir une (cas n° 2 ou exceptions au cas n° 3). En l'occurrence, il apparaît que l'employeuse a versé régulièrement et sans réserve un bonus à l'employé, pendant quatre années consécutives. Conformément à la jurisprudence exposée (cf. consid. 5.2.1 supra), l'on peut en déduire que les parties ont convenu, par actes concluants, du versement d'un bonus dans son principe. Il s'agit donc d'une gratification à laquelle l'employé a droit (cas n° 2). Dans ces circonstances, nul n'est besoin d'examiner si, pour conclure à la qualification du bonus comme élément du salaire, la cour cantonale a violé l'art. 18 CO.

7. Il s'impose de déterminer les conséquences de ce qui précède sur les montants accordés par la cour cantonale pour l'année 2012 (consid. 7.1 infra) et pour l'année 2014 (consid. 7.2 infra).

7.1. Suivant le raisonnement des premiers juges, la cour cantonale a considéré que l'employeuse aurait dû verser un bonus de 28'000 fr. en 2013 pour l'année 2012. Pour ce faire, elle s'est fondée sur les montants versés les années précédentes, sans considérer les performances ou objectifs qui auraient été réalisés, de sorte que la qualification erronée du bonus comme élément du salaire n'affecte pas le montant retenu. La recourante ne s'en prend au demeurant pas directement au montant de 28'000 fr. retenu, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y revenir.

7.2. Pour l'année 2014, la cour cantonale a retenu la somme de 18'666 fr. 65, qui correspond au résultat d'un calcul " pro rata temporis " pour la période écoulée entre le 1er janvier et le 31 août 2014, date de la fin des rapports de travail. C'est néanmoins à juste titre que la recourante plaide qu'aucun bonus ne doit être payé en 2015 pour cette année-là. Les rapports contractuels s'étant terminés le 31 août 2014, soit avant l'occasion qui aurait donné lieu à une rétribution en été 2015, une part proportionnelle de la gratification n'est due à l'employé que si celui-ci parvient à prouver qu'il en a été convenu ainsi (cf. consid. 5.2.1 in fine). Or, l'employé intimé n'a rapporté aucune preuve à ce propos et ne soutient pas qu'il aurait droit à un quelconque montant afférent à l'année 2014, pour le cas où le bonus serait qualifié de gratification. Partant, aucun montant n'est dû au titre de gratification pour l'année 2014.

### **Commentaire / Besprechung**

[swissblawg.ch](http://www.swissblawg.ch): Roland Bachmann, 4A\_430/2018: Bonus im Austrittsjahr, 03.04.2019

### **E32 Bonus: [TF 4A 714/2016](#) du 29.08.2017**

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

Objet: contrat de travail, bonus, interprétation de la volonté des parties et principe de l'accessoriété, salaires moyens à supérieurs

(recours contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 10.11.2016 [[CAPH/195/2016](#)])



**Sujet / Thema**

bonus, interprétation de la volonté des parties et principe de l'accessoriété, salaires moyens à supérieurs

Bonus, Auslegung des Parteiwillens und des Grundsatzes der Akzessorietät, mittlere bis höhere Gehälter

**Übersetzung (ins Deutsche)**

keine

**Extraits des considérants**

Application du principe de l'accessoriété (c. 3.3):

*Lorsque l'employeur a réservé le caractère facultatif du bonus, dans son principe et dans son montant, et que l'employé n'a donc pas un droit contractuel au versement du bonus (qui est une gratification) (cf. ci-dessus 3.2.2.2), il faut encore examiner si le bonus a un caractère accessoire par rapport au salaire de base. En effet, il ne faut pas oublier que la gratification ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur: il n'est pas concevable que dans le cadre d'un contrat de travail, la rétribution du travailleur consiste uniquement ou principalement en une gratification. La gratification, qui doit rester un élément accessoire du salaire de base, ne peut aller au-delà d'un certain pourcentage de ce salaire de base convenu ([ATF 129 III 276](#) id. 2.1 p. 279 s.; [141 III 407](#) consid. 4.3.2 p. 409; [139 III 155](#) consid. 5.3 p. 159). Le besoin de protection du travailleur doit l'emporter sur la liberté contractuelle des parties; l'application du principe de l'accessoriété peut enlever toute portée à la réserve et le bonus peut devoir être requalifié en salaire ([ATF 141 III 407](#) consid. 4.3.2).*

Applicabilité du principe de l'accessoriété (c. 3.3.1):

**Le critère de l'accessoriété, en vertu duquel le bonus doit être requalifié en salaire, ne s'applique toutefois que pour les salaires modestes et les salaires moyens et supérieurs.**

Très hauts revenus:

**Pour les très hauts revenus, le Tribunal fédéral a considéré que le principe de la liberté contractuelle doit primer, car il n'y a pas dans ce cas de besoin de protection du travailleur qui justifierait une requalification du bonus ou d'une part du bonus en salaire en vertu du principe de l'accessoriété ([ATF 141 III 407](#) consid. 4.3.2 et 5.3.1).** Le bonus est donc toujours une gratification facultative à laquelle l'employé n'a pas droit. Le Tribunal fédéral a fixé le seuil du très haut revenu à un montant équivalent à cinq fois (5x) le salaire médian suisse (secteur privé), soit, pour l'année 2009 (à titre d'exemple), un montant de 354'000 fr. ([ATF 141 III 407](#) consid. 5.4 p. 415).

*Pour déterminer si l'employé réalise un très haut revenu dans le cas concret, le Tribunal fédéral a tenu compte, en s'inspirant des principes du droit fiscal, de la rémunération totale perçue par celui-ci de la part de son employeur durant l'année litigieuse. Ainsi, dans une affaire concernant un employé de banque, le revenu déterminant pour l'année litigieuse (en 2009) correspondait à la totalité de la rémunération perçue par celui-ci, à savoir le salaire de base de l'année 2009 plus le bonus effectivement versé en 2009 et calculé sur la base des données de l'exercice 2008. Si cette rémunération totale atteint ou dépasse le seuil du très haut revenu (354'000 fr.), le bonus demeure une gratification facultative à laquelle l'employé n'a pas droit et une requalification en salaire est exclue ([ATF 141 III 407](#) consid. 4.3.2 et 5.3.1).*

Salaires modestes et salaires moyens et supérieurs (c. 3.3.2):

**Pour les salaires modestes et les salaires moyens et supérieurs, qui sont donc les salaires en-dessous du seuil du très haut revenu fixé à cinq fois (5x) le**

*salaire médian suisse, le bonus versé avec la réserve de son caractère facultatif quant à son principe et quant à son montant, peut devoir être requalifié en salaire dans certaines circonstances.*

*Il a été retenu que, pour des salaires moyens et supérieurs, un bonus très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier, perd son caractère accessoire et doit être requalifié en salaire, alors que, pour des salaires modestes, un bonus proportionnellement moins élevé peut déjà devoir être requalifié en salaire ([ATF 141 III 407](#) consid. 4.3.1 p. 408 s.; [131 III 615](#) consid. 5.2 p. 621; arrêt [4A 485/2016](#) déjà cité consid. 4.2.1).*

*Le Tribunal fédéral a toutefois renoncé à chiffrer de manière générale la proportion entre le salaire de base et le bonus facultatif versé par l'employeur; les circonstances du cas particulier sont toujours déterminantes ([ATF 141 III 407](#) consid. 2.2.1; [129 III 276](#) consid. 2.1 p. 279 s. et arrêt [4A\\_159/2016](#) du 1er décembre 2016 consid. 5.2.1).*

Notions de salaire modeste et de salaire moyen et supérieur (c. 3.3.3):

*Il s'impose donc de déterminer le seuil du **salaire modeste**. Le critère du salaire médian, utilisé comme base pour fixer (après multiplication par un facteur cinq) le seuil du très haut salaire, peut également servir de base pour fixer le revenu modeste. Il est approprié d'admettre à ce titre un montant équivalent à une fois (1x) le salaire médian suisse (secteur privé), soit, pour l'année 2009, un montant de 70'800 fr. (cf. [ATF 141 III 407](#) consid. 6.1 p. 417).*

*Les salaires moyens et supérieurs sont donc les salaires (Löhne) situés entre le seuil du "salaire modeste" (plus d'une fois le salaire médian) et le seuil du "très haut revenu" (moins de cinq fois le salaire médian), soit, pour l'année 2009, un salaire situé entre 70'800 fr. et 354'000 fr.*

Application au cas d'espèce (c. 5 à 7):

*5. Il s'agit tout d'abord d'interpréter la volonté des parties.*

*5.1. En premier lieu, il s'agit de déterminer si les parties sont convenues, par contrat ou par actes concluants, d'un bonus déterminé ou objectivement déterminable ou, au contraire, d'un bonus indéterminé ou objectivement indéterminable. Or, comme on l'a vu, un bonus n'est déterminé ou objectivement déterminable, et ne peut donc être considéré comme un élément du salaire, que s'il a été promis dans son principe et que son montant était d'emblée déterminé ou devait l'être sur la base de critères fixés à l'avance.*

*Dans les deux contrats de travail de 2005 et de 2010, il était prévu que la banque pouvait accorder un bonus, soit une rétribution spéciale variable et facultative au sens de l'[art. 322d CO](#); en outre, lors de chaque versement annuel, l'avis de bonus contenait une réserve expresse quant au caractère facultatif de cette prestation. Il ne résulte donc pas des constatations de fait qu'un bonus d'un montant déterminé ou objectivement déterminable aurait été convenu. Lorsqu'il fait valoir que les parties avaient convenu d'une rémunération globale impliquant le versement systématique d'un bonus annuel, en sus du salaire, le recourant, qui d'ailleurs confond les aspects contractuels, dépendant de l'interprétation de la volonté des parties, et le principe de l'accessoriété, ne démontre nullement qu'un bonus déterminé ou objectivement déterminable aurait été convenu.*

*D'ailleurs, lorsque le montant du bonus dépend pour l'essentiel de la marge de manoeuvre de l'employeur, en ce sens que la part de l'employé au résultat de l'entreprise dépend de l'appréciation subjective par l'employeur de la prestation de travail fournie par l'employé, on se trouve en présence d'un bonus d'un montant indéterminé ou objectivement indéterminable.*

*5.2. En deuxième lieu, le bonus étant indéterminé (ou objectivement indéterminable), il s'impose d'examiner si les parties sont tombées d'accord sur le principe du versement d'un bonus, ne réservant que le montant de*

**celui-ci, ou si elles ont réservé tant le principe que le montant du bonus.** Le recourant soutient à cet égard que les parties ont convenu, lors de son engagement en 2005, de compléter systématiquement son salaire de base par une rémunération variable et qu'à tout le moins, la banque doit se laisser imputer le sens objectif de son comportement.

Or, il résulte des contrats de travail successifs liant les parties, du règlement relatif au contrat de travail " Direction ", ainsi que des avis de versement de bonus, que **le caractère facultatif du paiement d'un bonus était explicitement mis en évidence** et que les documents faisaient même référence à [l'art. 322d CO](#).

L'employé étant au bénéfice d'une formation d'avocat, il n'est pas crédible lorsqu'il affirme que le bonus lui aurait été promis dans son principe et sans égard à la résiliation de son contrat de travail.

Lorsqu'il invoque qu'une note manuscrite apposée sur son curriculum vitae par la personne en charge de l'entretien d'embauche lui garantirait le versement systématique d'un bonus, il ne fait qu'indiquer le sens qui lui est le plus favorable, sans toutefois pouvoir s'appuyer sur des éléments probants. Sur ce document (complètement d'office selon [l'art. 105 al. 2 LTF](#)), la note manuscrite à laquelle se réfère l'employé comporte, sur une seule ligne, le chiffre de " 120'000 ", la mention du " Bonus ", ainsi qu'une série de signes peu clairs. Or, cette seule " note ", peu explicite, peut être comprise de multiples manières. A sa lecture, on ne peut notamment pas exclure qu'il s'agisse simplement de la mention d'un précédent revenu réalisé par l'employé, ou d'un exemple de rémunération discuté entre les parties au cours de l'entretien d'embauche pour expliquer à l'employé qu'un bonus (qui n'est alors nullement qualifié) permettrait de compléter son salaire fixe, dès les premières années.

Quant au document (certificat de salaires) communiqué à l'administration fiscale, qui fait figurer le bonus sous la rubrique " salaire ", il ne lui est d'aucune aide dans la mesure où, pour l'autorité fiscale, la distinction entre le salaire et la gratification n'est en soi pas décisive, les deux formes de rémunération entrant dans la notion de revenu du contribuable. Ce seul document ne permet en outre pas de remettre en question le contenu clair des contrats successifs, du règlement relatif au contrat de travail " Direction " et de chaque avis de versement de bonus (cf. arrêt [4A 252/2015](#) du 9 septembre 2015 consid 4.2.1).

C'est en vain que l'employé reproche à la cour cantonale d'avoir pris en compte qu'il était au bénéfice d'une formation juridique, puisqu'il s'agit, dans la recherche de la volonté subjective des parties, de tenir compte de tous les indices susceptibles d'établir la volonté des parties. La formation de l'employé constituait un indice pertinent puisque la mention de [l'art. 322d CO](#), apposée sur plusieurs documents, lui permettait, selon l'expérience générale de la vie, de comprendre que, pour l'employeuse, le bonus était une gratification.

Il s'ensuit que c'est à tort que le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir écarté la réelle et commune intention des parties, pour procéder immédiatement à une interprétation selon le principe de la confiance. Elle a bien déterminé leur volonté réelle (ne se demandant pas comment un destinataire raisonnable aurait compris la déclaration de bonne foi).

**Par ailleurs, aucune des deux exceptions admises par la jurisprudence - soit le versement pendant des décennies ou une clause de style vide de sens - ne sont réalisées.** En effet, lorsqu'il soutient que, par son comportement pendant neuf années au cours de la relation contractuelle, l'employeuse s'est engagée à lui verser un bonus, son versement étant systématique lorsque ses objectifs étaient atteints, il méconnaît que la jurisprudence exige une durée bien plus longue pour admettre une exception à la règle.

Lorsqu'il soutient que la réserve faite par la banque ne serait qu'une simple clause de style parce que celle-ci ne lui a pas supprimé son bonus de 2008, alors même

qu'il s'agissait d'une année difficile pour les établissements bancaires et qu'il avait fait l'objet d'un blâme, en raison de son comportement, il méconnaît que la cour cantonale a constaté que, même si la banque avait deux raisons de se montrer restrictive à l'égard de son employé en matière de bonus pour l'année 2008, elle avait toutefois une raison de ne pas lui supprimer tout bonus, afin de le fidéliser à l'entreprise à un moment particulièrement critique pour celle-ci. Il résulte aussi des constatations cantonales que l'employeuse lui a néanmoins versé pour cette année-là un bonus réduit par rapport à son salaire de base (recte: 16,94% du salaire de base), au taux le plus bas de toute la durée de l'engagement de l'employé auprès de la banque. On ne saurait donc déduire de ce versement que la banque aurait manifesté par là qu'elle était obligée de verser un bonus.

En tant que le recourant revient encore sur les divers points de fait qui sous-tendent le raisonnement de la cour cantonale, son grief ne respecte pas les exigences strictes qui découlent des [art. 97 al. 1](#) et [106 al. 2 LTF](#), de sorte qu'il est irrecevable.

Enfin, lorsqu'il estime que la réserve répétée durant de nombreuses années constituerait en réalité une renonciation de l'employé à sa prétention salariale (dès lors que le bonus n'est plus accessoire), en violation de l'[art. 341 CO](#), il se fonde sur la prémisse - erronée - que le bonus serait une prétention salariale à laquelle l'employeur ne peut se soustraire.

Quant à l'application du principe de l'accessoriété, il s'agit d'une autre question qui sera traitée plus loin (cf. infra consid. 6).

**En conclusion, les parties ont réservé tant le principe que le montant du bonus de sorte que, contractuellement, l'employé ne dispose d'aucun droit à une gratification. De surcroît, même si, par hypothèse, il y avait eu droit sur le principe, l'employé n'a pas démontré qu'il aurait eu droit au bonus même en cas de résiliation des rapports de travail ([art. 322d al. 2 CO](#)).**

6. Reste à examiner si l'employé peut se prévaloir de ce que le bonus n'aurait pas un caractère accessoire par rapport à son salaire de base, de sorte que celui-ci devrait être requalifié en salaire.

**S'agissant en l'espèce d'un salaire moyen à supérieur, le critère retenu par la jurisprudence est que le bonus doit être très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier pour perdre son caractère accessoire.** Les circonstances du cas particulier sont toujours déterminantes.

Or, en l'espèce, il a été retenu que, de 2005 à 2013, les bonus ont oscillé entre 16,94% et 60,66% du salaire de base de sorte qu'ils étaient toujours inférieurs audit salaire, et même souvent sensiblement inférieurs à celui-ci. Le bonus a ainsi toujours conservé un caractère accessoire.

Contrairement à ce que croit le recourant, **la comparaison doit se faire entre le salaire d'une année donnée et le bonus versé cette année-là (mais calculé sur la base des chiffres de l'année précédente).** Il s'ensuit que la proportion n'a jamais atteint 66,66%; elle a oscillé entre 16,94% et 60,60%. Le fait que, pendant deux ans sur les neuf ans de la période contractuelle, le bonus ait dépassé 50% n'oblige pas à qualifier les bonus versés durant cette période de non accessoires. En 2013, le bonus est d'ailleurs retombé en dessous de 50%, à 45,45%.

Il n'y a donc pas lieu de réexaminer ici la jurisprudence qui retient qu'un montant très élevé, c'est-à-dire équivalent ou même supérieur au salaire annuel, vaut pour les salaires moyens à supérieurs ([ATF 141 III 407](#) consid. 4.3.1 p. 408).

**7. En conséquence, l'employé n'a droit ni à un salaire en vertu du contrat, ni à une gratification par clause de contrat ou par actes concluants, ni non plus à une requalification du bonus en salaire.**



## Commentaires / Besprechungen

- [lawinside.ch](http://lawinside.ch), Arnaud Nussbaumer, La qualification du bonus pour les salaires modestes, moyens et supérieurs, 14.09.2017
- [swissblawg.ch](http://swissblawg.ch): Roland Bachmann, 4A\_714/2016: Bonus; mittlere bis höhere Einkommen, 16.08.2018

## Informations complémentaires / weitere Hinweise

Salaire médiane secteur privé (se basant sur l'enquête suisse sur la structure des salaires 2022): CHF 6'510 par mois. = CHF 78'120 par an. Sources:

- Informations OFS: Salaires, revenu professionnel et coût du travail  
lien court: <https://arbrch.ch/SalaireMediane> (concerne secteur privé + public)
- Tableau [TA1\_b], lien court: [https://arbrch.ch/SalaireMediane\\_SectPriv](https://arbrch.ch/SalaireMediane_SectPriv)

Median-Lohn privater Sektor (Basis Lohnstrukturerhebung 2022):  
6'510/Mt. = CHF 78'120/Jahr. Quellen:

- BfS-Informationen: Löhne, Erwerbseinkommen und Arbeitskosten  
Kurzlink: <https://arbrch.ch/Medianlohn> (betrifft privaten + öffentlichen Sektor)
- Tabelle [TA1\_b], Kurzlink: [https://arbrch.ch/Medianlohn\\_PrivatSektor](https://arbrch.ch/Medianlohn_PrivatSektor)

### E33 Bonus: [TF 4A 378/2017](#) du 27.11.2017

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

Objet: contrat de travail; gratification

(recours en matière civile contre l'arrêt rendu le 12.06.2017 par la Cour [d'appel] civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel [CACIV.2016.37])<sup>16</sup>

#### Sujet / Thema

Contrat prévoyant un bonus de CHF 10'000.- dont le versement est conditionné à l'atteinte des objectifs fixés chaque année. Situation en l'absence de fixation d'objectifs par l'employeur.

Vertrag mit einem Bonus von CHF 10'000, dessen Auszahlung von der Erreichung der jährlich festgelegten Ziele abhängt. Situation bei Fehlen einer objektiven Festlegung durch den Arbeitgeber.

#### Übersetzung (ins Deutsche)

keine

#### Résumé / Zusammenfassung

[droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter mars 2018:

*La clause contractuelle qui stipule qu'au salaire « s'ajoute un bonus annuel de Fr. 10'000.- » et que « le versement de ce bonus est conditionné aux objectifs fixés chaque année » représente en l'espèce une **gratification entièrement facultative** (cons. 3.3.3).*

*Le fait que l'employeuse se soit **abstenue de fixer chaque année des objectifs particuliers** alors que le versement du bonus était conditionné à de tels objectifs ne signifie pas qu'elle aurait renoncé par actes concludants à subordonner le paiement de cette rétribution à toute condition y compris celle, élémentaire, de la **bonne et fidèle exécution des tâches correspondant au cahier des charges de l'employée** (cons. 3.4.4).*

#### Commentaire / Besprechung

[swissblawg.ch](http://swissblawg.ch): Roland Bachmann, 4A\_378/2017: Bonus als Gratifikation; Ermessen des Arbeitgebers, 16.08.2018

<sup>16</sup> apparamment pas publié / soweit ersichtlich nicht publiziert



**E34 Bonus: [TF 4A 651/2017](#) du 04.04.2018**

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

Objet: contrat de travail; gratification

(recours en matière civile contre l'arrêt rendu le 6.11.2017 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève [[C/18650/2015-3; CAPH/174/2017](#)])

**Sujet / Thema**

Bonus, protection de la personnalité, égalité de traitement

Bonus, Persönlichkeitsschutz, Gleichbehandlungsgrundsatz

**Übersetzung (ins Deutsche)**

keine

**Résumé / Zusammenfassung**

[droitdutravail.ch](#), Newsletter août 2018:

*Le caractère facultatif de la gratification trouve ses limites dans le respect de l'égalité de traitement. Une décision subjective de l'employeur ne contrevient à l'interdiction de discriminer que dans la mesure où elle exprime une dépréciation de la personnalité du travailleur et lui porte ainsi atteinte. Une telle situation n'est réalisée que si l'employé est placé dans une situation clairement moins avantageuse qu'un grand nombre d'autres employés (rappel de jurisprudence, cons. 3.3). Toutefois, une dépréciation de la personnalité du travailleur ne présuppose pas que le travailleur ait été subjectivement blessé par le non-versement de la gratification. Point n'est besoin de comparer la situation de l'employé discriminé avec celle de tous les employés de la société; une discrimination par rapport à tous les employés d'un département, même si celui-ci ne compte que cinq personnes, apparaît tout à fait pertinente en l'espèce (cons. 3.6.2).*

*Comme le contrat de travail n'avait pas encore été résilié au moment où survenait l'occasion donnant lieu au paiement du bonus, la résiliation intervenue postérieurement n'est pas un critère de distinction pertinent par rapport aux autres employés du département (cons. 3.6.2).*

*Dans la mesure où la gratification est destinée uniquement à récompenser l'employé pour le travail effectué – ce qui peut ressortir des courriers ayant accompagné le versement des précédents bonus – elle ne saurait être réduite ou supprimée pour le motif que le contrat a été résilié (cons. 3.3 et 3.6.2).*

*L'employeur ne saurait tirer argument du fait que l'employé se soit vu offrir une indemnité de départ discrétionnaire qui, selon lui, compenserait la perte du bonus. En effet, les conditions assorties au versement de cette indemnité montrent qu'il s'agissait de s'assurer un certain comportement du collaborateur licencié (cons. 3.6.2).*

**Commentaires / Besprechungen**

- [droitdutravail.ch](#), Elsa Perdaems, La protection de la personnalité et la liberté contractuelle – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_651/2017, Newsletter août 2018
- [swissblawg.ch](#), Roland Bachmann, 4A\_651/2017: Bonus als Gratifikation; Gleichbehandlungsgrundsatz, 16.08.2018

## F. Empêchement de travailler / Unverschuldete Arbeitsverhinderung

### F1 Assurance perte de gain en cas de maladie, Régime dérogatoire: TF 4A 42/2018 du 05.12.2018 (c. 5)

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

Objet: contrat de travail; licenciement abusif

(recours contre l'arrêt rendu le 29.11.2017 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud [HC/2017/1044, [PT15.009313-170576-171058 542](#)])

#### Sujet / Thema

Régime dérogatoire ([art. 324a al. 4 CO](#)). Libération de l'employeur de son obligation de continuer à payer le salaire en cas de conclusion (valide) d'un contrat d'assurance perte de gain maladie collective

Gleichwertige Lösung ([Art. 324a Abs. 4 OR](#)). Befreiung des Arbeitgebers von seiner Lohnfortzahlungspflicht bei (gültigem) Abschluss eines Kollektiv-Krankentaggeld-Versicherungsvertrags

#### Übersetzung (ins Deutsche)

keine

#### Résumé / Zusammenfassung

[droitdutravail.ch](#), Newsletter avril 2018:

Avec la conclusion (valide) d'un contrat d'assurance maladie collective, l'employeur **se libère** de son obligation de continuer à verser le salaire. L'assureur intervient en lieu et place de l'employeur, en ne versant pas au travailleur véritablement son salaire, dont il faudrait encore déduire les contributions sociales, mais bien une **indemnité journalière**, qui en est exempte. Le droit aux prestations d'assurance appartient de par la loi **directement à l'assuré/au travailleur** ([art. 87 LCA](#); [art. 67 LAMal](#)) (cons. 5)

#### Commentaire / Besprechung

[swissblawg.ch](#), Roland Bachmann, 4A\_42/2018: Krankentaggeldversicherung als Ersatzlösung, 05.04.2019

### F2 Assurance perte de gain en cas de maladie; obligation d'information de l'employeur: TF 4A 300/2017 du 30.01.2018

Sentenza della I Corte di diritto civile nella causa A. contro B. Sagl + C.

Oggetto: contratto di lavoro; obblighi del datore di lavoro in materia di previdenza (ricorso contro la sentenza dalla II Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino del 02.05.2017 [12.2015.161/16])<sup>17</sup>

#### Sujet / Thema

Responsabilité contractuelle de l'employeur qui omet d'informer l'employé du principe et des modalités de son droit de passage de l'assurance collective perte de gain en cas de maladie à l'assurance individuelle

Vertragliche Haftung des Arbeitgebers, der den Arbeitnehmer nicht über den Grundsatz und die Bedingungen seines Rechts auf Wechsel von der Kollektiv-Krankentaggeld-Versicherung zur Einzelversicherung informiert

#### Übersetzung (ins Deutsche)

keine

<sup>17</sup> apparamment pas publié / soweit ersichtlich nicht publiziert

## Résumé / Zusammenfassung

[droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter mai 2018:

Dans le cas où un employeur a été reconnu responsable du dommage subi par un travailleur en raison d'un défaut d'assurance selon les dispositions de la CCT et d'un défaut d'information quant à la possibilité de passer de l'assurance collective d'indemnités journalières à l'assurance individuelle, **ne saurait justifier une rupture du lien de causalité** le fait que ce travailleur licencié ait repris une activité professionnelle après avoir été licencié.

## Commentaire / Besprechung

[droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Jean-Philippe Dunand, Obligation d'information à charge de l'employeur en matière d'assurance perte de gain maladie – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_300/2017 du 30 janvier 2018, Newsletter mai 2018

## G. Protection de la personnalité / Persönlichkeitsschutz

### G1 Indemnité pour tort moral: [TF 4D 72/2017](#) du 19.03.2018

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

Objet: contrat de travail; atteinte à la personnalité du travailleur, (recours constitutionnel subsidiaire contre l'arrêt rendu le 23.08.2017 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel [[CACIV.2016.92](#)])

#### Sujet / Thema

Atteinte à la personnalité, mobbing, harcèlement sexuel, droit à une indemnité pour tort moral

Persönlichkeitsverletzung, Mobbing, sexuelle Belästigung, Anspruch auf Genugtuung

#### Übersetzung (ins Deutsche)

keine

## Résumé / Zusammenfassung

[droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter mai 2018:

*Les juges cantonaux pouvaient retenir sans arbitraire une violation de l'[art. 328 CO](#) à l'encontre d'un dentiste **devenant de plus en plus exigeant et irascible, puis « infernal »**. Il importe peu que le comportement du dentiste ne réponde pas en tous points à la définition du harcèlement psychologique et qu'il n'ait pas nécessairement cherché à isoler et exclure l'employée en particulier. Le fait que le dentiste ait pu avoir une attitude tout aussi critiquable à l'encontre d'autres collaboratrices n'est évidemment pas propre à exclure une atteinte à la personnalité de l'employée intimée. En revanche, à l'instar du mobbing, le comportement de l'employeur doit être **apprécié dans son ensemble**, de sorte que même si chaque acte pris isolément peut apparaître tolérable, et même si les manquements ont été crescendo au fil de la relation contractuelle, les juges cantonaux pouvaient conclure sans arbitraire que le comportement **pris dans sa globalité** portait atteinte à la personnalité de l'employée. Dans ce contexte, peu importe que la demande inconvenante de masser la nuque et les épaules du dentiste réponde ou non à la notion de harcèlement sexuel, qui ne paraît pas avoir été arbitrairement méconnue (cons. 8.3).*

Remarque: dans l'arrêt cantonal, confirmé par le Tribunal fédéral, l'employeur avait été condamné à payer à la salariée une indemnité pour tort moral de CHF 6'000.-

**Commentaire / Besprechung**

[droitdutravailensuisse.com](http://droitdutravailensuisse.com), Philippe Ehrenströhm, Atteintes à la personnalité du travailleur (mobbing), 30.05.2018

**G2 Harcèlement sexuel: [TF 4A 18/2018](#) du 21.11.2018 (arrêt Mistinguett)**

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A. contre B. SA et C.

Objet: contrat de travail; résiliation; harcèlement sexuel

(recours contre l'arrêt rendu le 14.11.2017 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud [HC/2017/954, [PT12.010161-170787.520](#)])

**Sujet / Thema**

Notion de harcèlement sexuel

Begriff der sexuellen Belästigung

**Übersetzung (ins Deutsche)**

keine

**Résumé / Zusammenfassung**

[droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter avril 2019:

*Les **remarques sexistes** et les **commentaires grossiers ou embarrassants** entrent dans la définition du harcèlement sexuel. Bien que l'[art. 4 LEq](#) ne se réfère qu'à des cas d'abus d'autorité, la définition englobe **tous les comportements importuns de caractère sexuel**, soit également ceux qui contribuent à rendre le **climat de travail hostile**, par exemple des **plaisanteries déplacées**. Le mécanisme d'allègement du **fardeau de la preuve** prévu par l'[art. 6 LEq](#) ne s'applique pas en matière d'harcèlement sexuel (rappel de jurisprudence, cons. 3.1).*

*En l'espèce, la comparaison d'une travailleuse avec Mistinguett, faite par un supérieur, à une seule reprise et sans que l'on connaisse la teneur précise de son propos, **ne saurait s'apparenter à du harcèlement sexuel** (cons. 3.4).*

**Commentaires / Besprechungen**

- [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Christine Sattiva Spring, Mistinguett ne fait pas fantasmer le TF; analyse e l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_18/2018 du 21 novembre 2018, Newsletter avril 2019
- [droitdutravailensuisse.com](http://droitdutravailensuisse.com), Philippe Ehrenströhm, Harcèlement sexuel: Mistinguett au Tribunal fédéral, 13.02.2019

**H. Vacances + jours fériés / Ferien + Feiertage****H1 Salaire afférent aux vacances: [TF 4A 561/2017](#) du 19.03.2018**

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

Objet: salaire afférent aux vacances

(recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, du 28 septembre 2017 [HC/2017/568, [PT15.003261-170103 442](#)])

**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

## Übersetzung (ins Deutsche)

keine

### Extraits des considérants

**3.1.** L'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, au moins quatre semaines de vacances ([art. 329a al. 1 CO](#)), pendant lesquelles il doit lui verser le salaire total y afférent ([art. 329d al. 1 CO](#)). Cette disposition est relativement impérative, en ce sens qu'il ne peut y être dérogé au détriment du travailleur ([art. 362 al. 1 CO](#)).

En règle générale, le salaire relatif aux vacances doit être versé au moment où celles-ci sont prises et il n'est pas admissible d'inclure l'indemnité de vacances dans le salaire total. Le Tribunal fédéral a d'abord admis que, dans des situations particulières, ce par quoi il faut entendre une activité très irrégulière, l'indemnité de vacances pouvait exceptionnellement être incluse dans le salaire total ([ATF 118 II 136](#) consid. 3b p. 137 s.; [116 II 515](#) consid. 4a p. 517; [107 II 430](#) consid. 3a p. 433 s.). Par la suite, il s'est toutefois interrogé sur la justification d'une telle dérogation ([ATF 129 III 493](#) consid. 3.2 et 3.3 p. 495 s., 664 consid. 7.2 p. 672). Laissant la question en suspens, il a relevé que, dans tous les cas, outre la nécessité objective due à une activité irrégulière (première condition), la part du salaire global destinée à l'indemnisation des vacances devait être mentionnée clairement et expressément dans le contrat de travail lorsqu'il était conclu par écrit (deuxième condition), ainsi que sur les décomptes de salaire périodiques (troisième condition; [ATF 129 III 493](#), *ibidem*). La simple indication selon laquelle l'indemnité afférente aux vacances est comprise dans le salaire total ne suffit donc pas, la part représentant cette indemnité doit être fixée en pourcentage ou en chiffres ([ATF 116 II 515](#) consid. 4b p. 518; arrêt [4A 463/2010](#) du 30 novembre 2010 consid. 3) et cette mention doit figurer aussi bien dans le contrat de travail écrit que dans les décomptes de salaire ([ATF 129 III 493](#) consid. 3.3 p. 496; arrêt [4A 205/2016](#) du 23 juin 2016 consid. 2.6.1).

Lorsque les parties ont conclu un contrat oral, il se justifie d'admettre que l'accord portant sur le salaire afférent aux vacances a aussi été conclu oralement ([ATF 129 III 493](#) consid. 3.3; [ATF 116 II 515](#) consid. 4b). Dans une telle situation, la mention de la part de salaire afférente aux vacances dans les décomptes périodiques de salaire suffit à apporter la clarté nécessaire et confirme ainsi en la forme écrite l'accord passé verbalement ([ATF 129 III 493](#) consid. 3.3 *in fine*).

Si les conditions ci-dessus ne sont pas réunies, l'employeur doit payer le salaire afférent aux vacances. Que l'employé ait pris ses vacances en nature n'y change rien ([ATF 129 III 664](#) consid. 7.2 p. 673; arrêt [4A 205/2016](#) du 23 juin 2016 consid. 2.6.1).

### Résumé / Zusammenfassung

[droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter mai 2018:

**Trois conditions** doivent être remplies pour que le salaire afférent aux vacances puisse ne pas être versé au moment où les vacances sont prises: une nécessité objective due à une **activité irrégulière**, la **mention claire et expresse** de la part du salaire global destinée à l'indemnisation des vacances, tant dans le **contrat de travail** (lorsqu'il est conclu par écrit), que sur les **décomptes** de salaire périodiques (rappel de jurisprudence, cons. 3.1).

En l'espèce, deux des conditions définies par la jurisprudence pour admettre l'inclusion de l'indemnité de vacances dans le salaire total ne sont pas remplies: d'une part, l'activité de l'employé, fixée à **42,5 heures par semaine**, est **régulière**; d'autre part, le contrat de travail écrit ne mentionne pas la part du salaire global destinée à l'indemnisation des vacances, **un défaut que ne**



**sauraient pallier l'envoi des décomptes de salaire comprenant cette mention et l'absence de réaction de l'employé à réception de ceux-ci (cons. 3.4).**

*Rien ne laissant supposer que l'employé intimé, qui ne touchait aucune rémunération lorsqu'il ne travaillait pas, disposait des ressources suffisantes et ne subissait aucune pénalisation salariale pendant ses vacances, sa prétention – même élevée un an et demi après les faits – n'est pas abusive (cons. 4.4).*

### **Commentaire / Besprechung**

[swissblawg.ch](http://swissblawg.ch), Roland Bachmann, 4A\_561/2017: Abgeltung von Ferientagen, 23.05.2018

## **H2 Feiertagsentschädigung, Stundenlohn:**

### **BGer 4A 72/2018 vom 06.08.2018**

Urteil der I. zivilrechtliche Abteilung in Sache A. AG + B. AG gegen C.  
Gegenstand: Forderung aus Arbeitsvertrag, Feiertagsentschädigung  
(Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Schwyz, 1. Zivilkammer, vom 19.12.2017 [ZK1 2017 7])<sup>18</sup>

### **Sujet / Thema**

Feiertagsentschädigung im Stundenlohn  
Salaire horaire: Indemnisation des jours fériés

### **private Regeste**

Abgesehen vom 1. August, einer konkreten vertraglichen Regelung (auch in einem Gesamtarbeitsvertrag) oder Üblichkeit sind im Stundenlohn die Feiertage nicht zu vergüten. Nach [Art. 7 lit. d UNO Pakt I](#) kann keine Entschädigung gefordert werden, da diese Bestimmung nicht direkt anwendbar ist ([BGE 136 I 290](#)<sup>19</sup> E. 2.3)

Besteht ein vertraglicher Anspruch auf Feiertagsentschädigung und wird sie in den Stundenlohn eingerechnet, so muss dies klar und nachprüfbar sein. Dabei ist erforderlich, dass der für die Feiertage bestimmte Lohnanteil im Einzelarbeitsvertrag klar und ausdrücklich durch Angabe eines bestimmten Betrags oder eines Prozentsatzes ausgewiesen werde.

### **Tatsächliches**

Der dem L-GAV für das Metallgewerbe<sup>20</sup> unterstellte und bis 2014 im Stundenlohn bezahlte Arbeitnehmer macht vor den Schwyzer Gerichten mit Erfolg die Nachzahlung von Feiertagsentschädigungen geltend, was das Bundesgericht geschützt hat.

Die Unterstellung unter den GAV und der grundsätzliche Anspruch auf Entschädigung war vor Bundesgericht nicht mehr strittig. Die Arbeitgeberin machte erfolglos geltend, bei der Abgeltung von Ferientagen gelte kein zum Ferienlohn analoges Abgeltungsverbot. Aufgrund der Besonderheit der gesamtarbeitsvertraglichen Regelung, aus der eine sich ändernde Feiertagsentschädigung resultiert, war deren konkrete Aufschlüsselung in der Lohnabrechnung jedenfalls geboten.

Keinerlei Gehör hatte das Bundesgericht für den Einwand der rechtsmissbräuchlichen Nachforderung, den die Arbeitgeberin unter anderem damit begründete, dass sie ihrem Mitarbeiter ein Auto für die Hochzeit ausgeliehen hatte und er ihren privaten Grillplatz benützen konnte.

<sup>18</sup> soweit ersichtlich nicht publiziert / apparamment pas publié

<sup>19</sup> [TF 4A 54/2010](#) du 04.05.2010

<sup>20</sup> vgl. die damals geltende [Fassung von 2006](#)

## Résumé / Zusammenfassung

– [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter septembre 2018

## Commentaires / Besprechungen

- [swissblawg.ch](http://swissblawg.ch): Roland Bachmann, 4A\_72/2018: Feiertagsentschädigung; Abgeltung mit dem Stundenlohn, 30.03.2019
- Beatrice Borio / Daniel Donauer, Feiertagsentschädigung für Angestellte im Stundenlohn?, in: dRSK (Weblaw), publ. 28.09.2018, frei abrufbar unter [www.walderwyss.com](http://www.walderwyss.com)

## I. Certificat de travail / Arbeitszeugnis

### I1 Arbeitszeugnis: [BGE 144 II 345](#)

Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung in Sachen A. gegen Bundesverwaltungsgericht

Gegenstand: Öffentliches Personalrecht (Kündigung; Arbeitszeugnis)

[BGer 8C 134/2018](#) vom 17.09.2018

(Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den Entscheid des Bundesstrafgerichts vom 20.12.2017 [[RR.2016.115](#)])

gleicher Entscheid wie B5<sup>21</sup> vorstehend

### Sujet / Thema

Nennung von längeren Absenzen im Arbeitszeugnis

Mention des absences dans le certificat de travail

### Regeste

[Art. 330a Abs. 1 OR](#) in Verbindung mit [Art. 6 Abs. 2 BPG](#); Arbeitszeugnis.

*Fällt die Dauer der Absenzen im Verhältnis zur Anstellungsdauer erheblich ins Gewicht, müssen sie im Arbeitszeugnis erwähnt werden. Sind also Arbeitsunterbrüche zu erwähnen, weil andernfalls ein falsches Bild über die erworbene Berufserfahrung entstünde, dann gebieten es der Grundsatz der Vollständigkeit und das Gebot der Klarheit des Arbeitszeugnisses, auch die Gründe für die Abwesenheit (Krankheit, Mutterschaftsurlaub etc.) aufzuführen (E. 5.3)*

[Art. 330a al. 1 CO](#) en liaison avec l'[art. 6 al. 2 LPers](#); certificat de travail.

*Lorsque la durée des absences a un poids appréciable par rapport à celle des rapports de travail, elles doivent être mentionnées dans le certificat de travail. Si les interruptions de travail doivent être indiquées afin de ne pas donner une fausse image de l'expérience professionnelle acquise, les principes de complétude et de clarté du certificat de travail commandent dès lors de mentionner également les motifs de l'absence (maladie, congé de maternité, etc.; consid. 5.3).*

### Tatsächliches

Eine seit März 2014 beschäftigte Gerichtsschreiberin am Bundesverwaltungsgericht war vom 30.04. bis 01.10. 2014, vom 02.07. bis 31.08.2015 sowie ab 12.11.2015 wegen Mutterschaftsurlaub und Krankheit abwesend. Der Ende April 2016 vom Gericht gemachten Aufforderung, wieder zur Arbeit zu erscheinen, leistete sie aus gesundheitlichen Gründen keine Folge, worauf es zur fristlosen Entlassung kam.

Das Bundesstrafgericht entschied als (personalrechtliche) Beschwerdeinstanz gemäss [Art. 36 Abs. 4 BPG](#) und hob die fristlose Auflösung auf. Streitig blieb, ob die

<sup>21</sup> S. 14 vorstehend

langen Abwesenheiten im Arbeitszeugnis erwähnt werden dürften. Die Arbeitnehmerin berief sich darauf, dass das ihr Fortkommen erschwere und machte überdies eine GIG-Verletzung geltend. Das Bundesgericht schützte den Standpunkt der Vorinstanz, dass die langen Abwesenheiten im Zeugnis genannt werden durften.

### Résumés / Zusammenfassungen

- Praxis 2018 Heft 12, Aktuelle Leitentscheide, auch online unter [www.legalis.ch](http://www.legalis.ch) (kostenpflichtig)
- [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter octobre 2018

### Commentaires / Besprechungen

- [swissblawg.ch](http://swissblawg.ch): Roland Bachmann, 8C\_134/2018: Längere Absenzen sind mit Grundangabe im Arbeitszeugnis zu erwähnen; keine prozessuale Offenlegungspflicht bezüglich Interna (amtl. Publ.), 02.10.2018
- [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Françoise Martin Antipas, La mention des absences et de leur cause dans le certificat de travail, le cas de la grossesse et de la maternité – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C\_134/2018,, Newsletter octobre 2018

### Dokumentation

Dokumentation zum Entscheid: [www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch)  
(Fall 8 Bundesverwaltung)

### Weitere Hinweise

Weiteres Beschwerdeverfahren zwischen den gleichen Parteien:  
[BStrGer RR.2017.161](#) vom 23.04.2018 zur Frage der Notwendigkeit eines GIG-Schlichtungsverfahrens und der geltend gemachten Diskriminierung durch die Verlängerung der Probezeit infolge Mutterschaft.

## J. Fin des rapports de travail / Beendigung des Arbeitsverhältnisses

### J1 Probezeitberechnung: [BGE 144 III 152](#)

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

Gegenstand: Arbeitsrecht, Probezeit

[BGer 4A\\_3/2017](#) vom 15.02.2018

(Beschwerde in Zivilsachen gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 07.10.2016 [[RBOG 2016 Nr. 12](#)])

### Sujet / Thema

Berechnung der Probezeit

Calcul du temps d'essai

### Regeste

[Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR](#); [Art. 335b OR](#); Berechnung der Probezeit.

*Ist der Tag des Stellenantritts bei der Berechnung der Probezeit mitzuzählen (E. 4)?*

[Art. 77 al. 1 ch. 3 CO](#); [art. 335b CO](#); calcul du temps d'essai.

*Faut-il compter le jour de l'entrée en service lors du calcul du temps d'essai (consid. 4)?*

## Tatsächliches

Der als Buchhalter im Rahmen eines Zwischenverdiensts tätige Kläger trat seine Stelle am 15.07.2015 aufgrund einer gleichentags getroffenen mündlichen Abrede an. Am 24.07.2015 war er krank. Vom 27.07. bis am 14.08.2015 bezog er absprachegemäss Ferien. Am 16.08.2015 kündigte sein Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis per E-Mail und teilte ihm mit, er brauche nicht mehr zur Arbeit zu kommen.

Bereits das Bezirksgericht berechnete das Ende der Probezeit entgegen den Anträgen des Klägers aufgrund von [Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR](#) und hielt gestützt auf diese Bestimmung fest, der Fristablauf falle auf denjenigen Tag des letzten Monats, der durch seine Zahl dem Tage des Vertragsabschlusses entspreche, was konkret der 15.08.2014 gewesen wäre. Das ist, wie gleich nachstehend unter *Beurteilung* ausgeführt, falsch. Richtig war dagegen, die Probezeit in Anwendung von [Art. 335b Abs. 3 OR](#) um den einen Krankheitstag, nicht aber um die Ferien zu verlängern. Erstaunlicherweise ist auch das Thurgauer Kantonsgericht dieser Berechnungsweise nach Art. 77 OR gefolgt, während das Bundesgericht diese Fristberechnung, die auf das römische Recht zurückgeht, zwar umfassend erklärt, aber letztlich ihre Anwendung offenlässt<sup>22</sup>.

Das Bundesgericht schützte die Feststellung, es sei noch in der Probezeit gekündigt worden, allerdings mit der Begründung, der erste Tag des Arbeitsverhältnisses zähle nicht, weil der Vertrag erst an jenem Tag abgeschlossen worden sei.

## Résumés / Zusammenfassungen

- [droitdutravail.ch](#), Newsletter juin 2018
- Praxis 2018 Heft 4, Aktuelle Leitentscheide, auch online unter [www.legalis.ch](#) (kostenpflichtig)
- [nzz.ch](#), Karin Alder, Zankapfel Probezeit, 01.03.2018

## Beurteilung<sup>23</sup>

- Es gibt im Arbeitsrecht drei verschiedene Befristungen<sup>24</sup>:
  - Zeitperioden, in denen eine Handlung/Reaktion vorzunehmen, z.B. eine Frist zu wahren, ist:
    - direkt nach den Art. 76 - 78 Abs. 1 OR zu bestimmen
  - Zeitperioden, die etwas messen:
    - nach [Art. 77 OR](#) minus 1 Tag und ohne [Art. 78 Abs. 1 OR](#) zu ermitteln
  - Termine, die etwas bestimmen / beschreiben:
    - Festlegung ohne [Art. 78 Abs. 1 OR](#), allenfalls nach [Art. 76 OR](#)
- Für die Fristberechnung nach Kalendereinheiten (Woche, Monat, Jahr) gemäss Art. 77 OR ist charakteristisch, dass der erste Tag der Frist nicht mitgezählt wird. Dessen Regeln passen nicht für Zeitperioden, die etwas messen. Eine Arbeitswoche dauert z.B. von Montag bis Sonntag und nicht bis am nächsten Montag. Ein Monat mit Beginn am 1. endet am 28., 29., 30. oder 31. und nicht am 1. des folgenden Monats. Ein Dienstjahr beginnt z.B. am 01.01. und endet am 31.12. und nicht am 01.01. des Folgejahres. In all diesen Fällen muss ein Tag abgezogen werden, wenn die Frist nach [Art. 77 Abs. 1 OR](#) bestimmt wird.
- Der Schluss, der erste Tag der Probezeit sei dann nicht mitzuzählen, wenn der Vertrag erst an diesem Tag geschlossen wird, hat etwas sehr Zufälliges und

<sup>22</sup> E. 4.4.3 am Ende, u.a. mit dem Hinweis die Besprechung in [ARVonline 2010 N. 677](#)

<sup>23</sup> von Georges Chanson

<sup>24</sup> vgl. dazu die Thesen im Referat von Georges Chanson, Befristungen im Arbeitsrecht, 2012, <https://arbrch.ch/Fristen-Referat>, dort S. 6, und damals erstellte "Inventar" über arbeitsrechtliche Fristen: <https://arbrch.ch/Fristen-Inventar>

überzeugt nicht. Eine Teilzeitarbeit bewirkt auch keine Verlängerung der Probezeit und es spricht nichts dafür, dass die Zeit des Probierens am ersten Tag kürzer wäre, insbesondere wenn die Parteien wie in diesem Fall nicht noch Zeit für das Aushandeln und Formulieren eines schriftlichen Arbeitsvertrags aufwenden.

- Es wäre wünschenswert gewesen, wenn das Bundesgericht in diesem Fall geklärt hätte, dass die Probezeitberechnungen der beiden Vorinstanzen falsch gewesen sind.

### Commentaires / Besprechungen

- [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Aurélien Witzig, Calcul du temps d'essai: une complication excessive; Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_3/2017
- [swissblawg.ch](http://swissblawg.ch), Roland Bachmann, 4A\_3/2017: Berechnung der Probezeit (amtl. Publ.), 16.05.2018

## J2 Convention de résiliation: [TF 4A 13/2018](#) du 23.10.2018

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A. contre X. Sàrl et X. Sàrl contre A.

Objet: convention de résiliation du contrat de travail ou transaction sur la fin des rapports de travail, concessions équivalentes (art. 341 al. 1 CO)  
(recours contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 21 novembre 2017 [C/10996/2014-3, CAPH/185/2017])<sup>25</sup>

### Sujet / Thema

Convention de résiliation du contrat de travail, portée de l'[art. 341 al. 1 CO](#), conséquences de la violation d'un engagement de ne pas agir en justice  
Aufhebungsvertrag, Tragweite des Verzichtsverbots ([Art. 341 Abs. 1 OR](#)), Folgen der Verletzung einer Verpflichtung, keine rechtlichen Schritte einzuleiten

### Übersetzung (ins Deutsche)

keine

### Kurzzusammenfassung

[droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter décembre 2018

### Résumé plus détaillé et extraits des considérants:

Le 16 novembre 2013, l'employeuse a résilié le contrat de travail de l'employé pour le 31 janvier 2014, congé ordinaire confirmé par courriers du 18 novembre 2013, lesquels n'en précisent pas les motifs.

Par courrier du 18 novembre 2013, l'employeuse a soumis à l'employé un accord que l'employé a signé le 10 décembre 2013. Selon cet accord (termination agreement), l'employé percevrait son salaire mensuel de 25'000 fr. jusqu'en janvier 2014 et le bonus additionnel de 1'050'000 USD lui serait versé pour autant que les termes et conditions de l'accord soient respectés.

Deux clauses de cet accord, à savoir la clause de renonciation de l'employé à agir en justice et celle de restitution par l'employé du montant de 1'050'000 USD en cas de non-respect de la clause de renonciation, sont litigieuses:

*" L'employé déclare, s'engage et garantit qu'il n'a déposé ni présenté, ni ne va déposer ou présenter aucune autre plainte, procédure, action ou prétention devant quelque tribunal que ce soit, juridiction du travail ou toute autre juridiction en*



*connexion avec, ou en lien avec ou découlant de l'emploi et/ou sa résiliation et que nulle personne agissant pour son compte ne le fait non plus... "*

*" L'employé s'engage à rembourser le paiement du bonus prévu.... immédiatement sur demande dans le cas où l'employé, ou quiconque agissant pour son compte, intente une action, une réclamation ou une procédure par-devant la juridiction du travail ou toute autre juridiction contre la société.... ou si l'employé affirme... que cette convention de résiliation n'est pas valide ou si une cour ou un tribunal en décide ainsi.... "*

L'employé a ouvert action en paiement contre son employeuse, concluant, dans ses conclusions finales, à la condamnation de celle-ci à lui verser, à son choix à lui le montant brut de 951'615 fr. ou de 1'050'000 USD à titre de bonus (la 3e tranche du bonus) et le montant brut de 716'437 fr. 50 à titre d'indemnité pour licenciement abusif, tous montants avec intérêts à 5% l'an dès le 31 janvier 2014. L'employeuse a conclu au rejet de la demande et a formé une demande reconventionnelle, concluant à ce que le demandeur soit condamné à lui verser 886'761 fr. 10, subsidiairement 989'625 fr. 40, avec intérêts à 5% l'an dès le 16 février 2014, autrement dit à lui restituer le montant net (après déduction des cotisations sociales) versé en exécution de l'accord des 18 novembre/10 décembre 2013.

Le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève a rejeté tant la demande de l'employé que la demande reconventionnelle de l'employeuse. La Chambre des prud'hommes de la Cour de justice de Genève a rejeté l'appel de l'employé et confirmé le jugement attaqué. Contre cet arrêt, tant l'employé que l'employeuse ont interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

L'[art. 341 al. 1 CO](#) n'interdit pas aux parties de rompre en tout temps le contrat de travail d'un commun accord, les parties empêchant ainsi la naissance de nouvelles prétentions. Si toutefois leur convention emporte renonciation du travailleur à des prétentions (existantes) de droit impératif, un tel accord n'est valable que sous la forme d'une véritable transaction, **comportant des concessions d'importance comparable de la part de chaque partie**. En passant une convention de résiliation, le travailleur perd ses droits à la protection contre les licenciements abusifs ([art. 336](#) ss CO) (cons. 4.1.1).

**5. Il y a lieu d'examiner maintenant la validité (totale ou partielle) de cette convention de résiliation (Aufhebungsvertrag), au vu des clauses de renonciation à agir en justice (cf. infra consid. 5.1 à 5.5) et de restitution de l'indemnité convenue (peine conventionnelle) en cas de non-respect (cf. infra consid. 5.6). L'employé soutient que seules ces clauses sont nulles ([art. 20 al. 2 CO](#)), alors que l'employeuse soutient principalement que ces clauses sont valables et, subsidiairement, que si elles étaient jugées non valables, elles entraîneraient la nullité de toute la convention et, partant, l'obligation pour l'employé de restituer le montant de 1'050'000 USD conformément aux règles de l'enrichissement illégitime ([art. 62](#) ss CO).**

**5.1. L'art. 341 al. 1 CO est de droit relativement impératif, en ce sens qu'il est impossible d'y déroger au détriment de l'employé en vertu de l'[art. 362 al. 1 CO](#). Il interdit au travailleur de renoncer unilatéralement aux créances que lui garantissent des dispositions impératives, mais il n'interdit pas aux parties de passer une convention de résiliation comportant des concessions réciproques d'importance comparable de la part de chaque partie (cf. supra consid. 4.1.1). Si le travailleur ne peut pas renoncer à des créances garanties par des dispositions impératives, il ne peut pas non plus renoncer à la disposition légale - l'art. 341 al. 1 CO - qui le lui interdit. Il en découle que **la clause par laquelle le travailleur renonce au droit de faire contrôler judiciairement que l'art. 341 al. 1 CO a été respecté, en d'autres termes de faire vérifier par le juge si les****

**concessions qu'il a faites sont compensées par des concessions d'importance comparable de l'employeur, est nulle.**

**Mais si la convention comporte de telles concessions, la clause par laquelle l'employé renonce à contester la validité de son licenciement (ordinaire) et à réclamer les prestations qu'il aurait touchées en cas de licenciement abusif est valable.**

*Il y a donc lieu de vérifier désormais si la convention de résiliation est valable parce qu'elle comportait, au moment de sa conclusion, des concessions réciproques d'importance comparable de la part des parties.*

**5.2.** (...) Lorsqu'il vérifie si la convention de résiliation, qui est une transaction, respecte l'art. 341 al. 1 CO, le tribunal doit s'assurer que la renonciation du travailleur soit compensée par une prestation comparable de l'employeur. Comme la transaction a pour but de résoudre une situation incertaine et litigieuse, il ne faut pas poser des exigences trop strictes pour admettre sa validité; il est suffisamment tenu compte du besoin de protection du travailleur si la transaction conduit à un règlement équitable de la situation. (...)

Contrairement à ce qu'a fait la cour cantonale, il ne s'agissait pas de se prononcer sur l'existence d'un congé abusif ou non, en d'autres termes de faire le procès pour licenciement abusif de l'[art. 336b CO](#). La convention de résiliation exclut l'application des art. 336 ss CO et, en particulier, l'[art. 336 al. 1 let. c CO](#) invoqué par l'employé. La seule question à résoudre est d'examiner si l'employeuse a fait de son côté une concession, comparable, ce que l'employé conteste en invoquant que les deux dernières tranches du bonus (de 1'050'000 USD due au 31 janvier 2014 et de 1'050'000 USD due au 31 janvier 2015) sont en réalité du salaire (cf. *infra* consid. 5.3) et, subsidiairement, qu'il a droit au paiement de ces deux tranches en vertu de la convention de bonus (bonus agreement) du 10 décembre 2012.

**5.3 et 5.4** Le TF arrive à la conclusion que l'employé n'avait pas un droit conventionnel aux deux dernières tranches du bonus.

**5.5.** L'employé n'ayant aucun droit aux deux dernières tranches du bonus, il y a bien eu une concession de 1'050'000 USD de la part de l'employeuse. Reste à examiner si celle-ci est de valeur comparable à celle faite par l'employé.

La cour cantonale a considéré que l'employé avait eu un temps de réflexion suffisant avant l'acceptation de la convention de résiliation, et a constaté qu'il n'invoque aucune vice du consentement. La convention de résiliation est donc valable sous cet angle.

D'un côté, l'employé a renoncé à contester le congé ordinaire qu'il a reçu et, partant, à la protection des art. 336 ss CO et, de l'autre, l'employeuse a accepté de payer le montant de 1'050'000 USD, soit la moitié des gratifications discrétionnaires différées qui n'étaient pas dues, le contrat de travail ayant été résilié avant le 31 décembre avant leur date de paiement. Il y a lieu d'admettre que le versement de la moitié du solde du bonus discrétionnaire compense largement la renonciation de l'employé et, partant, qu'il s'agit d'une concession équivalente selon la jurisprudence. Une autre interprétation reviendrait à interdire à tout employeur de différer des bonus. (...)

**5.6.** La première clause contractuelle (cf. *supra* let. A.c) étant nulle en tant qu'elle interdit toute action menée en vue de faire contrôler l'équivalence des prestations, la deuxième clause ne saurait prévoir le paiement d'une peine conventionnelle (restitution de l'indemnité convenue) en cas de violation de la première clause. En tant qu'elle porte sur ce point, la peine conventionnelle est (partiellement) nulle. Dès lors que les concessions réciproques sont jugées comparables, la deuxième clause est toutefois valable en tant qu'elle vise l'action en contestation du licenciement et en paiement d'indemnités pour licenciement abusif menée par l'employé. L'employé a dès lors violé une partie (valable) de l'accord, ce qui

*entraîne l'exigibilité du montant de la peine conventionnelle (qui prévoit la restitution de l'indemnité convenue). Ce montant doit toutefois être réduit, afin de tenir compte de la partie nulle de l'accord.*

**6.** *Il reste à fixer le montant de la peine conventionnelle en fonction des clauses dont la validité vient d'être confirmée. La cause est renvoyée à l'autorité précédente pour qu'elle y procède.*

### Commentaires / Besprechungen

- [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch): Aurélien Witzig, Tentative de rationalisation de la transaction en droit du travail -Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_13/2018, Newsletter décembre 2018
- [arbeitsrecht-aktuell.ch](http://arbeitsrecht-aktuell.ch), Nicolas Facincani, Gültiger Aufhebungsvertrag?, 21.11.2018
- [lawinside.ch](http://lawinside.ch), Simone Schürch, La validité d'un termination agreement en droit du travail, 22.11.2018

### J3 Indemnité de départ [TF 4A\\_74/2018](#) du 28.06.2018

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

Objet: contrat de travail

(recours en matière civile contre l'arrêt rendu le 21.12.2017 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève [C/9240/2016-4; CAPH/211/2017])<sup>26</sup>

### Sujet / Thema

Liencement, indemnité contractuelle de départ, plan social comprenant une indemnité discrétionnaire de départ moyennant signature d'une quittance pour solde de tout compte; refus de l'employé de signer la quittance en raison d'une contestation du montant de l'indemnité contractuelle de départ; perte de l'indemnité discrétionnaire de départ prévue par le plan social

Kündigung, vertragliche Abfindung, Sozialplan mit einer diskretionären Abfindung als Gegenleistung für die Unterzeichnung einer Saldoquittung. Weigerung des Mitarbeiters wegen eines Streits über die Höhe der vertraglichen Abfindung, die Saldoquittung zu unterzeichnen; Verlust der im Sozialplan vorgesehenen diskretionären Abfindung.

### Übersetzung (ins Deutsche)

keine

### Résumé / Zusammenfassung

[droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter octobre 2018:

*Lorsqu'après trois entretiens, l'obtention d'un délai de réflexion supplémentaire et un examen approfondi de la proposition qui lui avait été faite de diminuer son temps de travail, une employée s'est dite disposée à l'envisager, puis a signé l'avenant correspondant, **il n'y a pas licenciement ordinaire**, même si un tel licenciement était potentiellement encouru en cas de refus de sa part (cons. 4.2).*

*En l'espèce, alors même que **seule la clause concernant le montant du salaire de base** avait été modifiée (à la baisse) par les parties, l'employeuse pouvait de bonne foi comprendre que l'employée s'était accommodée du même coup d'une réduction potentielle de l'indemnité de licenciement, qui devait être calculée sur la base du salaire de base. L'indemnité de licenciement pouvait donc être calculée*

sur la base du dernier salaire et non sur la moyenne des salaires reçus au long des années précédentes (cons. 5.4).

Dans le cadre de la résiliation des rapports de travail, l'employeur peut offrir le paiement d'une **indemnité discrétionnaire de départ en la subordonnant à la condition que le contrat prenne effectivement fin à une date déterminée**. Il peut également convenir d'une telle indemnité dans des **plans sociaux** ou des **accords sur les modalités de résiliation**. Il convient de distinguer ces cas de l'indemnité prévue contractuellement, dont l'employeur ne peut pas ensuite subordonner le paiement à des conditions supplémentaires au moment de la résiliation (cons. 6.2.1).

A teneur de l'[art. 341 al. 1 CO](#), le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. **La portée d'une quittance pour solde de tout compte signée par l'employé est donc restreinte par cette disposition** (cons. 6.2.2).

Aucun obstacle n'empêche qu'un plan social conclu avec la délégation du personnel subordonne le versement d'une indemnité de départ à la condition que l'employé signe une quittance pour solde de tout compte, **sous réserve bien entendu des créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective, auxquelles le travailleur ne peut pas renoncer selon l'[art. 341 al. 1 CO](#)** (cons. 6.4).

#### J4 **Abgangsentschädigung: [BGE 144 III 388](#)**

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung in Sachen Aa1 AG gegen B.

Gegenstand: Arbeitsvertrag, Abgangsentschädigung

[BGer 4A 645/2017](#) vom 22.08.2018

(Beschwerde in Zivilsachen gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 19.10.2017 [[LB160040-O](#)])

#### **Sujet / Thema**

Selbstkontrahieren eines Arbeitnehmer-Verwaltungsrats ohne Beschluss der Generalversammlung

contracter avec soi-même d'un conseil d'administration salarié sans décision de l'assemblée générale des actionnaires

#### **Regeste**

[Art. 718a](#) und [Art. 718b OR](#); *Gültigkeit von Rechtsgeschäften bei Interessenkonflikten.*

*Kein Erfordernis einer Ermächtigung durch ein übergeordnetes Organ, wenn der sich in einem Interessenkonflikt befindende Vertreter der Gesellschaft zugleich Alleinaktionär ist (E. 5; Bestätigung der Rechtsprechung).*

[Art. 718a](#) et art. [718b CO](#); *validité des actes juridiques en cas de conflits d'intérêts. L'autorisation d'un organe supérieur n'est pas nécessaire si le représentant de la société qui se trouve dans un conflit d'intérêts est en même temps actionnaire unique (consid. 5; confirmation de la jurisprudence)*

#### **Tatsächliches**

Ausnahmefall eines Selbstkontrahierens aufgrund eines Wechsels im Arbeitsverhältnis und der Beteiligungsverhältnisse.

Die dabei getroffene Vereinbarung über eine Abgangsentschädigung war gültig und verstösst auch nicht gegen die gesellschaftsrechtlichen Schranken gegen "Goldene Fallschirme".

## Résumé / Zusammenfassung

[droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter octobre 2018

## Commentaires / Besprechungen

- [swissblawg.ch](http://swissblawg.ch): Roland Bachmann, 4A\_645/2017: Arbeitsvertragliche Abgangsentschädigung (amtl. Publ.), 06.03.2019
- [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Marie-Christine Balzan, Contrat avec soi-même: L'admissibilité d'une indemnité de départ octroyée au sein d'une société à actionnaire unique – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_645/2017, Newsletter octobre 2018

## K. Congé en temps inopportun / Kündigung zur Unzeit

### K1 Cumul des périodes de protection: [TF 4A 706/2016](#) du 04.08.2017

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A. SA contre B. et caisse cantonale neuchâteloise d'assurance-chômage

Objet: contrat de travail; résiliation en temps inopportun

(recours contre l'arrêt rendu le 07.11.2016 par la Cour civile [Cour d'appel civile] du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel)<sup>27</sup>

### Sujet / Thema

Cumul des périodes de protection: situation lorsque les pathologies ont un lien entre elles

Kumulierung von Sperrfristen: Situation bei miteinander zusammenhängenden Krankheiten

### Übersetzung (ins Deutsche)

keine

## Résumé / Zusammenfassung

[droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter novembre 2017:

*Dans une affaire où se posait la question de savoir si **deux périodes d'incapacité étaient liées entre elles ou indépendantes au sens de l'art. 336c CO**, les juges cantonaux ont versé dans l'arbitraire en omettant de prendre en compte les propos du médecin généraliste dont la crédibilité n'était objectivement pas discutable ni discutée (cons. 3).*

*Dès lors que rien, dans les éléments recueillis, et en particulier dans les explications du médecin traitant, n'indique que le facteur de stress constitué par les atteintes à la santé physique (et leurs conséquences sociales) soit suffisamment marginal pour qu'on doive considérer la maladie psychique comme indépendante (ce qu'il incombait, le cas échéant, au travailleur de tenter de démontrer alors qu'il a renoncé à l'expertise qu'il avait dans un premier temps sollicitée), **les pathologies physiques et psychiques sont liées à un point suffisant pour exclure de retenir en droit un nouveau cas d'incapacité de travail ouvrant une nouvelle période de protection** (cons. 4).*

## Commentaires / Besprechungen

- [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch): Giuseppe Donatiello, Cumul des périodes de protection en cas de nouvel épisode maladif – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_706/2016, Newsletter November 2017

---

<sup>27</sup> apparamment pas publié / soweit ersichtlich nicht publiziert



- Georges Chanson, Kumulation von Sperrfristen konkret verneint, Nachricht vom 07.10.2017 für die Fachgruppe Arbeitsrecht des Zürcher Anwaltsverbands, nicht öffentlich, unter [https://links.fgarbr.ch/iaz\\_171007](https://links.fgarbr.ch/iaz_171007) abrufbar

## L. Congé abusif / Missbräuchliche Kündigung

### L1 Empêchement de la naissance de prétentions juridiques: [TF 4A 78/2018](#) du 10.10.2018, c. 3

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

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

(recours contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 14.12.2017 [C/6805/2012-4, CAPH/207/2017])<sup>28</sup>

#### Sujet / Thema

Application de l'art. [336 al. 1 let.c CO](#) (congé donné seulement afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie)

Anwendung von [Art. 336 Abs. 1 lit. c OR](#) (Vereitelungskündigung)

#### Übersetzung (ins Deutsche)

keine

#### Résumé / Zusammenfassung

[droitdutravail.ch](#), Newsletter janvier 2019

#### Extraits des considérants

3. (...) *Le congé est abusif, en particulier, lorsqu'il est donné seulement afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie, résultant du contrat de travail (art. 336 al. 1 let. c CO). Comme l'application de cette disposition suppose que le congé soit exclusivement dicté par la volonté d'échapper à des prétentions juridiques de l'autre partie, l'existence d'un autre motif de congé, réel, suffit à exclure d'emblée une résiliation abusive (arrêt [4C.388/2006](#) du 30 janvier 2007 consid. 2). (...)*

3.2. *La cour cantonale a admis qu'il existe en l'espèce plusieurs motifs réels ayant entraîné une perte de confiance de la banque dans son employé, qui l'ont conduite à le licencier, de sorte qu'il est certain que le congé ne lui a pas été signifié dans le seul but de le priver de ses prétentions découlant du contrat de travail, mais qu'il est justement motivé par une perte de confiance.*

#### Commentaires / Besprechungen

- [droitdutravail.ch](#), Celian Hirsch, Le droit au bonus de l'employé licencié; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_78/2018, Newsletter janvier 2019
- [lawinside.ch](#), Célian Hirsch, Le droit au bonus de l'employé licencié, 28.12.2018
- [swissblawq.ch](#), Roland Bachmann, 4A\_78/2018: Bonus in Form gesperrter Aktien, 03.04.2019 (nur bezogen auf den Bonus)

### L2 Abus dans la manière de mettre fin au contrat: [TF 4A 92/2017](#) du 26.06.2017

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A. et B. contre Z.

Objet: contrat de travail; congé abusif

(recours en matière civile contre l'arrêt rendu le 12.01.2017 par la Chambre des

---

<sup>28</sup> apparamment pas publié / soweit ersichtlich nicht publiziert

prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève [C/19209/2014-5  
[CAPH/12/2017](#)])

### Sujet / Thema

Licenciement abusif en raison de la façon dont il a été mis fin au contrat (en partiel libération immédiate de l'obligation de travailler)

Missbräuchliche Kündigung aufgrund der Art und Weise, wie der Vertrag gekündigt wurde (insbesondere sofortige Freistellung von der Arbeitsverpflichtung).

### Übersetzung (ins Deutsche)

keine

### Résumés / Zusammenfassungen

– [droitdutravail.ch](#), Newsletter octobre 2017:

*Des juges cantonaux peuvent considérer comme abusif un licenciement en raison d'une **conjonction de plusieurs éléments**, concernant la **manière** dont le congé a été signifié et les **motifs** qui ont conduit les employeuses à licencier l'employée (cons. 2.4).*

*En l'espèce, le fait de **libérer immédiatement** l'employée de son obligation de travailler et de **l'accompagner dans ses déplacements** jusqu'à son départ des locaux nonobstant le caractère infondé d'une telle surveillance, avait pour finalité de mettre l'intéressée à l'écart et de l'empêcher de communiquer avec les autres employés, de manière à ce que les employeuses puissent annoncer son départ selon leur propre version des faits. Or, selon l'expérience générale de la vie, le licenciement assorti d'une libération immédiate de l'obligation de travailler, restitution immédiate des clés avec interdiction d'accéder aux locaux, mesures de surveillance pour récupérer les effets personnels et interdiction de prendre contact avec le personnel est de nature à faire naître chez les autres employés le soupçon que le licenciement se fonde sur des motifs graves, à tout le moins lorsque, comme en l'espèce, il n'y a pas de raisons particulières liées par exemple à des données sensibles ou à un risque de perte de clientèle (cons. 2.5).*

*En matière de **fixation de l'indemnité** pour licenciement abusif, l'**âge** du travailleur au moment du licenciement et la **difficulté de retrouver** un nouvel emploi sont des critères pertinents (cons. 3.3.2).*

– [saldo.ch](#), Entschädigung für missbräuchliche Entlassung, 10.10.2017

## L3 Violation de la la personnalité du travailleur:

### [TF 4A 166/2018](#) du 20.03.2019

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

Objet: contrat de travail; licenciement abusif

(recours contre l'arrêt rendu le 29.01.2018 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud [HC/2018/18 [PT15.042994-171497, 55](#)])

### Sujet / Thema

Licenciement abusif en raison de l'exploitation par l'employeur des conséquences de l'atteinte portée à la personnalité du travailleur

Missbräuchliche Kündigung nach unterlassenem Schutz der Persönlichkeit (konkret der Gesundheit) der Arbeitnehmerin

### Übersetzung (ins Deutsche)

keine

## Résumé / Zusammenfassung

[droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter mai 2019:

*L'abus de licencier peut résider dans l'exploitation par l'employeur de sa propre violation du devoir imposé par l'art. 328 CO de protéger la personnalité du travailleur. Par exemple, lorsqu'une situation conflictuelle sur le lieu de travail nuit notablement au travail en commun dans l'entreprise, le congé donné à l'un des employés en cause est abusif si l'employeur n'a pas pris préalablement toutes les mesures que l'on pouvait attendre de lui pour désamorcer le conflit. De même, un licenciement motivé par une baisse des prestations du travailleur est abusif si celle-ci est la conséquence d'un harcèlement psychologique toléré par l'employeur en violation de l'art. 328 CO (rappel de jurisprudence, cons. 3.2).*

*Est abusif le congé-modification notifié à une travailleuse en vue de réduire très défavorablement la durée de son travail, dans un contexte de tensions psychologiques durables, en le justifiant par un agissement véniel de la travailleuse (traiter une autre employée de « punaise » dans un courriel), alors que l'employeuse elle-même n'avait, auparavant, pas pris les mesures nécessaires pour protéger la santé de sa travailleuse dans une situation conflictuelle (cons. 3.3).*

*Est conforme au droit et à l'équité l'indemnité fixée par les juges cantonaux à quatre mois de salaire en tenant compte de la durée des rapports de travail (sept ans), de la gravité de l'atteinte à la santé subie par l'intimée, de la faute assez importante de l'employeuse, de la capacité financière suffisante de la travailleuse pour faire face à ses obligations, et des circonstances dans lesquelles le congé est intervenu, soit durant un arrêt maladie de la travailleuse, après une tentative de lui faire accepter une modification du contrat largement défavorable et en la prenant par surprise lors d'une réunion à laquelle elle avait été invitée pour d'autres motifs (cons. 4.2).*

## Commentaire / Besprechung

[arbeitsrecht-aktuell.ch](http://arbeitsrecht-aktuell.ch), Nicolas Facincani, Kündigung nach Verletzung der Fürsorgepflicht – Missbräuchlich!, 28.05.2019

### L4 Missbräuchliche Kündigung verneint:

**[BGer 4A 520/2017 vom 19.04.2018](#)**

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

Gegenstand: Arbeitsrechtliche Forderung

(Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 23. August 2017 [[LA160043-O](#)])

### Sujet / Thema

Missbräuchlichkeit einer Kündigung ohne Verwarnung entgegen GAV-Schutzbestimmungen

Résiliation abusive en l'absence d'avertissement préalable selon les dispositions protectrices de la CCT

### private Regeste

Aufgrund der schwerwiegenden Pflichtverletzung keine Missbräuchlichkeit der Kündigung eines Swiss-Piloten, die ohne das vom GAV vorgegebene dreistufige Verfahren – Verwarnung, Verwarnung mit Kündigungsandrohung und erst dann die Kündigung – erfolgt war.

Die Arbeit des Piloten verlangt uneingeschränktes Vertrauen, was keine schwerwiegenden Lügen erlaubt.

## Résumés / Zusammenfassungen

- [tagesanzeiger.ch](http://tagesanzeiger.ch), Er hat blaugemacht: Swiss-Pilot zu Recht entlassen, 11.05.2018
- [tdg.ch](http://tdg.ch), Le pilote se disait malade, il est définitivement viré, 11.05.2018

## Tatsächliches

Fernbleiben eines im Dienstplan eingesetzten Swiss-Piloten und seiner ebenfalls für die Gesellschaft als Flugbegleiterin tätigen Freundin und späteren Ehefrau für eine Taufe in Ecuador, verbunden mit der Lüge, an einer Magen-Darm-Grippe erkrankt zu sein.

## Commentaire / Besprechung

[swissblawg.ch](http://swissblawg.ch): Roland Bachmann, 4A\_520/2017: Kündigung wegen schwerwiegender Pflichtverletzung gemäss GAV, 23.05.2018

## L5 Indemnité pour licenciement abusif et indemnité pour tort moral: TF 4A 482/2017 du 17.07.2018

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause F.X. contre F.Z. et H.Z  
Objet: contrat de travail; heures supplémentaires; tort moral  
(recours contre l'arrêt rendu le 07.08.2017 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève [C/2300/2015-5, [CAPH/113/2017](http://CAPH/113/2017)])

## Sujet / Thema

Conditions du cumul de l'indemnité pour tort moral avec l'indemnité pour licenciement abusif

Bedingungen für eine Kumulierung einer Genugtuung mit einer Missbrauchsent-schädigung

## Übersetzung (ins Deutsche)

keine

## Résumé / Zusammenfassung

[droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter septembre 2018

## Extraits des considérants

4.1 (...) *En cas de congé abusif, l'indemnité de l'[art. 336a CO](#) couvre en principe tout le tort moral subi par le travailleur licencié. Le Tribunal fédéral admet toutefois l'application cumulative de l'[art. 49 CO](#) dans des situations exceptionnelles, lorsque l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur est grave au point qu'une indemnité correspondant à six mois de salaire ne suffit pas à la réparer ([ATF 135 III 405](#) consid. 3.1 p. 408 et les références; arrêt [4A 218/2012](#) du 24 juillet 2012 consid. 2.3) ou lorsqu'elle se distingue nettement de l'atteinte à la personnalité résultant déjà du congé abusif (cf. [ATF 135 III 405](#) consid. 3.2 et 3.3 p. 408 s.; [arrêt précité](#) du 19 janvier 2017 consid. 5.1; arrêt [4A 316/2012](#) du 1 er novembre 2012 consid. 2.1; [arrêt précité](#) du 24 juillet 2012 consid. 2.3).*

4.2. *Les juges précédents ont reconnu le caractère abusif du licenciement, intervenu à la suite de la demande légitime de la recourante à pouvoir bénéficier d'un dimanche de congé par mois. Ils ont alloué à l'employée une indemnité correspondant à six mois de salaire, soit le maximum prévu par l'[art. 336a al. 2 1ère phrase CO](#). Ils ont relevé le fait que l'intimée et son époux, après cinq ans de rapports de service, avaient perdu simultanément leur travail et leur logement dans un délai d'un mois et que la manière dont le contrat de travail avait été résilié constituait ainsi une atteinte grave à la personnalité de l'employée. Pour fixer*

*l'indemnité, la cour cantonale a pris en compte, outre le peu d'égards des employeurs, les effets économiques du licenciement ainsi que l'âge et l'état de santé de l'employée.*

*De cette énumération, il apparaît que l'indemnité fondée sur l'[art. 336a CO](#) couvre déjà l'atteinte à la santé de la recourante. Cela étant, l'employée alléguait avoir éprouvé, de manière croissante après son entrée en service, d'intenses souffrances morales et physiques, nécessitant un traitement médical et trouvant leur origine dans une violation continue des devoirs de ses employeurs, qui la soumettaient à un travail important. **Les juges cantonaux ont jugé que l'employée n'avait pas prouvé la violation par les intimés, avant le licenciement, de leur devoir de protection de la personnalité de la travailleuse au sens de l'[art. 328 CO](#).** En l'absence de témoignages directs, ils ont refusé de voir dans les seules déclarations du médecin traitant -qui a diagnostiqué chez l'employée un état de stress depuis 2010 nécessitant la prise de médicaments pour supporter vie professionnelle et douleurs -une preuve suffisante d'une atteinte particulièrement grave à la personnalité de la travailleuse commise par les employeurs avant la notification du congé. On ne discerne pas en quoi cette appréciation des preuves serait arbitraire et la recourante ne l'explique du reste pas. **Faute d'avoir démontré une atteinte à la personnalité distincte de celle résultant du congé abusif, la recourante ne peut donc prétendre à une indemnité indépendante fondée sur l'[art. 49 CO](#),** comme la cour cantonale l'a bien vu.*

## M. Congé immédiat / fristlose Auflösung

### M1 Fristlose Entlassung Kadermitarbeiter:

**[BGer 4A 349/2017](#) vom 23.01.2018**

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

Gegenstand: Arbeitsvertrag

(Beschwerde gegen die Entscheide des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 03.03.2011 [ZBR.2010.70], vom 25.02.2014 [ZBR.2013.50] und vom 29.11.2016 [ZBR.2015.77])

#### Sujet / Thema

Fristlose Entlassung eines leitenden Mitarbeitenden mit erhöhter Treuepflicht

Licenciement immédiat d'un cadre supérieur avec obligation de fidélité accrue

#### private Regeste

Ein Logo einer Gesellschaft ist Teil ihrer Corporate Identity. Seine Änderung ist ein strategischer Unternehmensentscheid im Rahmen der Oberleitung, der gemäss [Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR](#) dem Verwaltungsrat als Gesamtes unentziehbar zusteht.

Die eigenmächtige Änderung des Logos durch einen Arbeitnehmer, der zugleich Verwaltungsrat ist, verletzt sowohl seine organschaftlichen Kompetenzen als auch seine arbeitsvertraglichen Pflichten.

Als gravierende Verletzung ist sie geeignet, die erforderliche Vertrauensgrundlage zu zerstören und berechtigt dann zur fristlosen Entlassung nach [Art. 337 OR](#).

#### Tatsächliches

Der Arbeitnehmer, der zugleich Verwaltungsratspräsident war, hatte eine Logo-Änderung auf seiner Visitenkarte und einem Flyer eigenmächtig umgesetzt.

Sowohl das Bezirksgericht Arbon wie das Kantonsgericht Thurgau haben die Anwendung von [Art. 337 OR](#) auf den konkreten Fall verneint. Das Bundesgericht



weist dagegen die Klage des Arbeitnehmers auf Beschwerde der Arbeitgeberin hin ab.

### Résumé / Zusammenfassung

[droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter mars 2018

### Commentaire / Besprechung

[swissblawg.ch](http://swissblawg.ch): Roland Bachmann, 4A\_349/2017: Erhöhte Treuepflicht für leitende Angestellte; fristlose Entlassung wegen eigenmächtiger Änderung des Logos, 16.08.2018

### Informations complémentaires / weitere Hinweise

Mit Entscheiden [BGer 4A 496/2011](#) vom 13.11.2011 und [BGer 4A 316/2014](#) vom 30.09.2014 trat das Bundesgericht auf Beschwerden gegen die Entscheide des Thurgauer Obergerichts vom 03.11.2011 und vom 25.02.2014 nicht ein.

## M2 Fixation de l'indemnité: [TF 4A 173/2018 + A4 179/2018](#) du 29.01.2019

Arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A. contre B. Sàrl caisse cantonale neuchâteloise d'assurance-chômage

Objet: Contrat de travail, résiliation immédiate injustifiée, indemnités (art. 337c al. 3 CO)

(recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, Cour d'appel civile, du 14.02.2018 [CACIV.2017.64])<sup>29</sup>

### Sujet / Thema

Fixation de l'indemnité de l'[art. 337c al. 3 CO](#) pour un employé ayant un très haut revenu

Festlegung der Entschädigung nach [Art. 337c Abs. 3 OR](#) für einen Mitarbeiter mit sehr hohem Einkommen

### Übersetzung (ins Deutsche)

keine

### Résumé / Zusammenfassung

[droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter mai 2019:

*Il est erroné de qualifier d'emblée un bonus de gratification, au motif que l'employé dispose d'un « très haut revenu ». Ce dernier critère (ou seuil) ne trouve application **que si le bonus est qualifié de gratification facultative**; cette qualification appelle l'application du principe de l'accessoriété et, le cas échéant, une requalification (en salaire) (cons. 4.1.1).*

*La jurisprudence relative aux bonus n'a qu'un **effet indirect** sur le calcul de l'indemnité pour licenciement injustifié: le montant de cette indemnité est calculé, en fonction des critères posés à l'[art. 337c al. 3 CO](#), en partant du « salaire du travailleur » qui, lui, **dépendra de l'éventuelle requalification (intégrale ou partielle) de la gratification facultative** dont aurait bénéficié l'employé (cons. 5.3.1).*

*Dans le cadre de la fixation de l'indemnité de licenciement, le critère de la **situation économique** vise **les deux parties** et le juge ne saurait d'emblée inférer de la situation financière avantageuse de l'employé la nécessité de réduire (en l'occurrence de moitié) l'indemnité qui lui est due en vertu de l'art. 337c al. 3*

CO, sans faire la moindre référence à la situation économique de l'employeuse (cons. 5.3.1).

Le « salaire du travailleur » auquel fait référence l'[art. 337c al. 3 CO](#) correspond **au salaire qu'il a effectivement perçu avant le licenciement** et non au « salaire moyen suisse » figurant explicitement à l'[art. 5 al. 3 LEg](#) (cons. 5.5.2).

Le salaire (fixe et/ou variable) pris en compte (comme donnée de base) sous l'angle de l'[art. 337c al. 3 CO](#) n'est autre que **celui que l'employeur a convenu contractuellement avec l'employé** (cons. 5.5.3).

### Commentaires / Besprechungen

- [droitdutravail.ch](#): Yann Lam, L'article 337c al. 3 CO et les très hauts revenus; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_173/2018, Newsletter mai 2019
- [swissblawg.ch](#), Roland Bachmann, 4A\_173/2018 und 4A\_179/2018: Entschädigung wegen fristloser Entlassung, 04.04.2019

## N. Prohibition de concurrence / Konkurrenzverbot

### N1 Connaissance de la clientèle: [TF 4A 116/2018](#) du 28.03.2019

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

Objet: contrat de travail; prohibition de faire concurrence

(recours en matière civile contre l'arrêt rendu le 22.01.2018 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève [C/24471/2013-4; [CAPH/7/2018](#)])

### Sujet / Thema

Absence de validité d'une clause de prohibition de concurrence pour un gérant de fortune; sollicitation de clientèle après la fin des rapports de travail

Fehlende Gültigkeit einer Konkurrenzverbotsklausel für einen Vermögensverwalter; Abwerbung von Kunden nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

### Übersetzung (ins Deutsche)

keine

### Résumé / Zusammenfassung

[droitdutravail.ch](#), Newsletter mai 2019:

*La **connaissance de la clientèle** n'est pas un secret d'affaires que le travailleur doit maintenir secret après la fin du contrat de travail (cons. 3.1.1).*

*Lorsqu'un employé envisage de se mettre à son compte ou de fonder avec d'autres une entreprise concurrente, il est en soi légitime qu'il puisse*

***entreprendre des préparatifs** avant que le contrat de travail ne prenne fin; son devoir de fidélité lui interdit cependant de commencer à **concurrencer** son employeur, de **débaucher** des employés ou de **détourner** de la clientèle avant la fin de la relation de travail. La limite entre les préparatifs admissibles et un véritable détournement de la clientèle n'est pas toujours facile à tracer (rappel de jurisprudence, cons. 3.1.2).*

*Le courrier à l'en-tête du nouvel employeur adressé par l'employé à l'un ou l'autre des clients dont il avait la gestion au sein de son précédent employeur a été envoyé **après la fin de son contrat de travail**; il ne saurait, de ce fait, constituer une violation de son **devoir de fidélité** (cons. 3.2).*

*La Cour cantonale a pu juger qu'au même titre que le fait de confier sa santé à un **médecin** ou ses problèmes juridiques à un **avocat**, la relation nouée entre un **gestionnaire de patrimoine** et un client reposait sur une confiance absolue. Ce rapport se construit **au fil du temps** et se renforce non seulement par les*

*résultats* obtenus, mais également par la **disponibilité** du gérant, sa capacité à **rassurer** le client et à **régler** d'éventuels problèmes (cons. 4.2). De même, elle n'a pas versé dans l'arbitraire en retenant que **les clients attachaient plus d'importance aux capacités personnelles de l'employé qu'à l'identité de la banque**. En définitive, c'est à bon droit que la Cour cantonale a conclu qu'**exploiter la seule connaissance de la clientèle ne suffisait pas pour causer un préjudice sensible à l'employeur et que le préjudice subi découlait au contraire, de manière prépondérante, des capacités personnelles de l'intimé**. La clause de non-concurrence n'était donc pas valable (cons. 4.3).

#### Commentaire / Besprechung

[swissblawg.ch](http://swissblawg.ch), Roland Bachmann, 4A\_116/2018: Ungültiges Konkurrenzverbot zufolge persönlicher Komponente in der Kundenbeziehung, 15.05.2019

## O. Droit de la fonction publique / öffentliches Personalrecht

### O1 Personalrecht, fristlose Entlassung: [DTF 143 II 443](#)

Estratto della sentenza della I Corte di diritto sociale nella causa A. contro Ferrovie Federali Svizzere FFS

Oggetto: Diritto della funzione pubblica (scioglimento immediato del rapporto di lavoro)

[TF 8C 79/2016](#) del 30.06.2017

(ricorso in materia di diritto pubblico contro il giudizio del Tribunale amministrativo federale, Corte I, dell' 08.12.2015)<sup>30</sup>

[TF 8C 87/2016](#) del 30.06.2017

#### Sujet / Thema

Licenciement immédiat d'un employé CFF après 22 ans de service en raison de la consultation de sites internet pornographiques durant plus de 80 heures pendant 17 jours de travail

Fristlose Entlassung eines SBB-Mitarbeiters nach 22 Dienstjahren wegen Besuch von pornographischen Internetseiten, gemäss Aufzeichnung mehr als 80 Stunden während 17 Arbeitstagen

#### Übersetzung (ins Deutsche)

Praxis107/ 2018 Nr. 114

#### Regeste

[Art. 6 ArG](#); [Art. 26 ArGV 3](#); [Art. 57i-q RVOG](#); [Art. 10](#) und [Art. 11 der Verordnung über die Bearbeitung von Personendaten, die bei der Nutzung der elektronischen Infrastruktur des Bundes anfallen](#); [Art. 29 Abs. 1 BV](#); [Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#);

*missbräuchliche Verwendung und Analyse der elektronischen Infrastruktur; in unzulässiger Weise erworbene Beweismittel und Interessenabwägung; fristlose Auflösung eines Arbeitsverhältnisses aufgrund schwerwiegender Gründe.*

*Das RVOG und seine Ausführungsbestimmungen regeln Registrierung und Analyse von Personendaten, die bei der Nutzung der elektronischen Infrastruktur des Bundes anfallen, detailliert und abschliessend (E. 4). Im konkreten Fall hat die personenbezogene Auswertung namentlich aufgezeichneter Daten (Art. 57o RVOG) in unzulässiger Weise stattgefunden (E. 5.4). Weil ein unzulässiges Beweismittel vorliegt, ist eine Interessenabwägung vorzunehmen (E. 6.3). Im konkreten Fall durfte der Arbeitgeber das Resultat unrechtmässig erlangter Informationen verwer-*

<sup>30</sup> soweit ersichtlich nicht publiziert / apparamment pas publié

ten (E. 6.4). Fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus schwerwiegenden Gründen, nachdem der Angestellte nicht erlaubte Internetseiten übermässig häufig besucht hat (E. 7). Keine Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (E. 8). [Art. 6 LTr](#); [art. 26 OLT 3](#); [art. 57i-q LOGA](#); [art. 10](#) et [art. 11 de l'ordonnance sur le traitement des données personnelles liées à l'utilisation de l'infrastructure électronique de la Confédération](#); [art. 29 al. 1 Cst.](#); [art. 6 par. 1 CEDH](#); utilisation abusive et analyse de l'infrastructure électronique; moyens de preuve obtenus de manière illicite et pondération des intérêts; résiliation immédiate des rapports de travail pour motif grave.

La LOGA et les dispositions d'application prescrivent de manière détaillée et exhaustive l'enregistrement et l'analyse des données personnelles liées à l'utilisation de l'infrastructure électronique de la Confédération (consid. 4). Dans le cas concret, l'analyse nominale se rapportant aux personnes (art. 57o LOGA) a été effectuée de manière illicite (consid. 5.4). Le moyen de preuve ayant été obtenu de manière illicite, il convient de procéder à une pondération des intérêts (consid. 6.3). En l'espèce, l'employeur pouvait faire usage des résultats de l'analyse informatique obtenus de manière illicite (consid. 6.4). Résiliation immédiate des rapports de travail pour motif grave parce que l'employé a consulté des sites Internet non autorisés de manière excessive (consid. 7). Absence de violation du principe de proportionnalité (consid. 8).

### Résumé / Zusammenfassung

Praxis 2017 Heft 9, Aktuelle Leitentscheide, auch online unter [www.legalis.ch](http://www.legalis.ch) (kostenpflichtig)

### Commentaire / Besprechung

[www.lawinside.ch](http://www.lawinside.ch), Simone Schürch, Le licenciement immédiat d'un employé public pour consultation de contenus érotiques, 19.08.2017

## O2 Personalrecht, Weiterbeschäftigung: [BGE 144 I 181](#)

Urteil der 1. sozialrechtlichen Abteilung in Sachen Stadt Zürich gegen A.  
Gegenstand: Öffentliches Personalrecht (ordentliche Kündigung; vorinstanzliches Verfahren)

[BGer 8C 903/2017](#) vom 12.06.2018

(Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich

vom 8. November 2017 [[VB.2017.00300](#)])

### Sujet / Thema

Personalrechtlicher Anspruch auf Wiederbeschäftigung bei ungerechtfertigter Kündigung

Réintégration d'une fonctionnaire communale licenciée à tort

### Regeste

[Art. 29a BV](#); Art. 17 Abs. 4 der [Verordnung der Stadt Zürich](#) vom 6. Februar 2002 über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals; § 27a Abs. 1 in Verbindung mit § 63 Abs. 3 des [Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich](#) vom 24. Mai 1959; Anordnung der Weiterbeschäftigung einer unrechtmässig gekündigten Angestellten durch das kantonale Gericht.

In Nachachtung der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV erstreckt sich die Entscheidungsbefugnis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich - entgegen der Regelung im kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetz - auch auf die Anordnung der Weiterbeschäftigung einer unrechtmässig entlassenen Angestellten, da

*kraft kommunalen Rechts ein justiziabler Anspruch auf Weiterbeschäftigung besteht (E. 5.3.2)*

*[Art. 29a Cst.](#); art. 17 al. 4 de l'ordonnance de la Ville de Zurich du 6 février 2002 sur les rapports de travail du personnel de la Ville; § 27a al. 1 en liaison avec § 63 al. 3 de la loi du canton de Zurich du 24 mai 1959 sur la procédure administrative; injonction du tribunal cantonal de maintenir l'emploi d'une collaboratrice licenciée à tort.*

*Au titre de la mise en oeuvre de la garantie de l'accès au juge selon l'art. 29a Cst., le Tribunal administratif du canton de Zurich est également compétent - contrairement à ce que prévoit la réglementation de la loi cantonale sur la procédure administrative - pour ordonner le maintien de l'emploi d'une collaboratrice licenciée à tort car, en vertu du droit communal, il existe une prétention déductible en justice au maintien des rapports de service (consid. 5.3.2).*

### **Tatsächliches**

Für die Zürcher Verkehrsbetriebe tätige Fahrerin und spätere Serviceleiterin wird als Fahrerin zurückversetzt. Sie wurde später freigestellt und dann das Arbeitsverhältnis durch die Arbeitgeberin aufgelöst.

Das Verwaltungsgericht ordnet gegen den angefochtenen Entscheid des Bezirksrats Zürich die Wiederanstellung an, was die Arbeitgeberin erfolglos beim Bundesgericht anfiicht.

### **Résumés / Zusammenfassungen**

- [droitdutravail.ch](#), Newsletter août 2018
- Praxis 2018 Heft 9, Aktuelle Leitentscheide, auch online unter [www.legalis.ch](#) (kostenpflichtig)

### **Commentaire / Besprechung**

[swissblawg.ch](#): Roland Bachmann, 8C\_903/2017: Verwaltungsgericht des Kantons Zürich kann Weiterbeschäftigung anordnen (amtl. Publ.), 27.09.2018

## **O3 Personalrecht, res iudicata: [BGE 144 I 11](#)**

Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung in Sachen A. gegen Kantonspolizei Basel-Stadt

Gegenstand: Öffentliches Personalrecht (ordentliche Kündigung)

[BGer 8C 502/2017](#) vom 30.11.2017

(Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht vom 26.06.2017 [[VD.2016.136](#)])

### **Sujet / Thema**

Ordentliche Kündigung nach ungerechtfertigter fristloser Kündigung im öffentlichen Personalrecht

Licenciement ordinaire consécutif à licenciement immédiat injustifié en droit de la fonction publique

### **Regeste**

*a Res iudicata oder materielle Rechtskraft einer Kündigung nach kantonalem Personalrecht; Anfechtungsgegenstand.*

*Hebt die kantonale Personalrekurskommission die Verfügung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers über eine fristlose Kündigung rechtskräftig auf, so steht*



*dies einer nachträglichen ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses gestützt auf denselben Sachverhalt grundsätzlich nicht entgegen (E. 4).*

**b** [Art. 29 Abs. 1 BV](#); rechtliches Gehör bei der Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses.

*Verletzung des rechtlichen Gehörs verneint, da der Betroffene im zur Kündigung führenden Verfahren seinen Standpunkt wirksam zur Geltung bringen konnte (E. 5).*

**a** *Res judicata ou force de chose jugée au sens matériel d'un licenciement selon le droit cantonal du personnel; objet de la contestation.*

*Le fait que la commission cantonale de recours en matière de personnel annule, par un jugement entré en force de chose jugée, la décision de licenciement immédiat rendue par un employeur public, ne s'oppose pas, en principe, à ce que celui-ci procède ultérieurement à une résiliation ordinaire des rapports de travail sur la base du même état de fait (consid. 4).*

**b** [Art. 29 al. 2 Cst.](#); droit d'être entendu en cas de résiliation des rapports de travail de droit public.

*La violation du droit d'être entendu a été niée parce que l'intéressé a pu effectivement faire valoir son point de vue dans la procédure de licenciement (consid. 5).*

### **Tatsächliches**

Fristlose Entlassung eines Mitarbeiters der Kantonspolizei BS in Cheffunktion durch Personalrekurskommission des Kantons BS (PRK) aufgehoben. Anschliessende ordentliche Kündigung von allen Instanzen geschützt.

### **Résumé / Zusammenfassung**

[droitdu travail.ch](http://droitdu travail.ch), Newsletter janvier 2018

### **Commentaire / Besprechung**

[swissblawg.ch](http://swissblawg.ch), Roland Bachmann, 8C\_502/2017: Öffentliches Personalrecht; Aufhebung der fristlosen Kündigung und anschliessende ordentliche Kündigung mittels Verfügung (amtl. Publ.), 19.09.2018

## **P. Procédure / Prozess**

### **P1 For du lieu habituel de travail: [BGE 145 III 14](#)**

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

Objet: procédure civile; compétence à raison du lieu

[TF 4A 527/2018](#) du 14.01.2019

(recours contre l'arrêt rendu le 21.08.2018 par la Ire Cour civile du Tribunal cantonal du canton du Valais [C1 18 58])<sup>31</sup>

### **Übersetzung (ins Deutsche)**

z.Zt. keine

### **Sujet / Thema**

Compétence à raison du lieu, for du lieu habituel de travail, collaborateur du service externe d'une société ayant son siège à Zurich se déplaçant auprès de la clientèle à partir de son domicile en Valais et exerçant à son domicile l'activité administrative liée à son travail

---

<sup>31</sup> apparamment pas publié / soweit ersichtlich nicht publiziert

Gerichtsstand am Ort der gewöhnlichen Tätigkeit eines Aussendienst-Mitarbeiters einer Gesellschaft mit Sitz in Zürich, der von seinem Wohnort im Wallis zu Kunden reist und die damit verbundene administrative Tätigkeit an seinem Wohnort ausübt

### Regeste

[Art. 34 al. 1 CPC](#). For du lieu où le travailleur exerce habituellement l'activité convenue.

*Le travailleur affecté au service extérieur de l'employeuse peut agir contre elle au lieu où il planifie et organise ses déplacements et accomplit ses tâches administratives; le cas échéant, ce lieu coïncide avec son domicile personnel (consid. 5-9).*

[Art. 34 Abs.1 ZPO](#). Gerichtsstand am Ort, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich die Arbeit verrichtet.

*Der im Aussendienst angestellte Arbeitnehmer kann gegen die Arbeitgeberin an dem Ort vorgehen, an dem er seine Geschäftsreisen plant und organisiert sowie seine administrativen Aufgaben erledigt. Unter Umständen fällt dieser Ort mit seinem persönlichen Wohnsitz zusammen (E. 5-9).*

### Résumés / Zusammenfassungen

– [droitdutravail.ch](#), newsletter février 2019:

*Selon l'interprétation jurisprudentielle de l'[art. 34 al. 1 CPC](#), qui correspond à l'[art. 19 par. 2 let. a CL 2007](#), le for peut se trouver dans un lieu où l'employeur n'a **aucune sorte d'établissement ni installation fixe** (cons. 6).*

*Le for du lieu habituel de l'activité convenue répond à un **but de protection du travailleur à titre de partie socialement la plus faible**; c'est pourquoi celui-ci **ne peut pas y renoncer valablement** par une convention antérieure à la naissance du différend ([art. 35 al. 1 let. d CPC](#), [art. 21 par. 1 CL 2007](#)). Il n'est certes pas garanti au travailleur qu'un lieu d'activité habituel, avec le for correspondant, doit être identifié et reconnu quelles que soient les circonstances particulières de ses propres tâches. On doit néanmoins **n'envisager qu'avec retenue la situation singulière où aucun for du lieu habituel de l'activité ne serait disponible**.*

*Concrètement, il ne conviendrait pas de retenir que, parce que l'**activité administrative** d'un collaborateur du service extérieur est globalement secondaire du point de vue quantitatif, ce travailleur ne puisse pas agir en justice là où il **pratique régulièrement cette activité, avec ce résultat qu'il ne puisse agir qu'au siège de l'employeuse alors que son travail n'a aucun lien effectif avec ce lieu-ci**. En particulier dans la présente contestation, rien ne justifie que le demandeur soit contraint d'ouvrir action dans le canton de Zurich, ou de renoncer à son action, **alors que son activité se pratiquait exclusivement en Valais** (cons. 9).*

– Praxis 2019 Heft 3, Aktuelle Leitentscheide, auch online unter [www.legalis.ch](#) (kostenpflichtig)

### Commentaires / Besprechungen

– [droitdutravail.ch](#): Giuseppe Donatiello, Le lieu habituel de travail de l'employé appelé à se déplacer; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_527/2018, Newsletter février 2019

– [swissblawq.ch](#), Roland Bachmann, 4A\_527/2018: Gerichtsstand am Ort, wo der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (amtl. Publ.), 28.01.2019

### Informations complémentaires / weitere Hinweise

siehe auch [BGer 4A 291/2018](#) vom 10.01.2019 (Gerichtsstandvereinbarung: *Bei allfälligen Streitigkeiten sind die ordentlichen Gerichte am Sitz des Arbeitgebers*)

und/oder am Wohnsitz des Arbeitnehmers zuständig.), Pra 108/2019 Nr. 67 mit Regeste und Kommentar von Annette Dolge, [Swissblawg.ch](http://swissblawg.ch), Roland Bachmann, 4A\_291/2018: Einseitige Unverbindlichkeit arbeitsrechtlicher Gerichtsstandsvereinbarungen, 06.03.2019

## P2 Schiedsfähigkeit: [BGE 144 III 235](#)

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

Gegenstand: Arbeitsvertrag

[BGer 4A\\_7/2018](#) vom 18.04.2018

(Beschwerde gegen den Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt, Dreiergericht, vom 17.11.2017 [[ZB.2017.18](#)])

### Sujet / Thema

Fristlose Entlassung eines Fussballtrainers mit vertraglicher Schiedsklausel

Licenciement avec effet immédiat d'un entraîneur de football ayant un contrat de travail contenant clause compromissoire

### Regeste

[Art. 354 ZPO](#) und [Art. 341 Abs. 1 OR](#); Schiedsfähigkeit.

Schiedsfähigkeit arbeitsrechtlicher Ansprüche (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 2).

[Art. 354 CPC](#) et [art. 341 al. 1 CO](#); arbitrabilité.

Arbitrabilité des prétentions découlant d'un contrat de travail (confirmation de la jurisprudence; consid. 2).

### Tatsächliches

Vertrag eines Fussballtrainers im Nebenamt mit Schiedsklausel zugunsten der Gerichtsbarkeit des Tribunal Arbitral du Sport (TAS). Trainer reicht nach seiner fristlosen Entlassung Klage beim Zivilgericht Basel-Stadt ein, welches dem Club Zahlungen wegen ungerechtfertigter Entlassung nach [Art. 337c OR](#) auferlegt.

Sowohl das Appellationsgericht BS wie das Bundesgericht bestätigen diesen Entscheid durch Abweisung der entsprechenden Rechtsmittel, wobei sich das Bundesgericht mit seiner bisherigen Praxis auseinandergesetzt hat und folgert, dass von [Art. 341 Abs. 1 OR](#) erfasste Ansprüche erst nach Ablauf eines Monats nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Schiedsvereinbarung einem Schiedsgericht zugewiesen werden können.

### Résumés / Zusammenfassungen

- Praxis 2018 Heft 7, Aktuelle Leitentscheide, auch online unter [www.legalis.ch](http://www.legalis.ch) (kostenpflichtig)
- [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter juin 2018

### Commentaires / Besprechungen

- [swissblawg.ch](http://swissblawg.ch), Roland Bachmann, 4A\_7/2018: Objektive Schiedsfähigkeit arbeitsrechtlicher Forderungen (amtl. Publ.), 09.05.2018
- [swissblawg.ch](http://swissblawg.ch), Michael Feit, 4A\_7/2018: Eingeschränkte Schiedsfähigkeit arbeitsrechtlicher Ansprüche in der internen Schiedsgerichtsbarkeit (amtl. Publ.), 11.05.2018
- [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), François Bohnet, Arbitrabilité des conflits de travail: le Tribunal fédéral renforce sa ligne -Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_7/2018, Newsletter juin 2018

**P3 Negative Feststellungswiderklage: [BGE 143 III 506](#)**

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung in Sachen A. Versicherung AG gegen B.  
Gegenstand: Widerklage, vereinfachtes Verfahren

[BGer 4A\\_576/2016](#) vom 13.06.2017

(Beschwerde in Zivilsachen gegen das Urteil des Kantonsgerichts Luzern, 1. Abt., vom 02.09.2016)<sup>32</sup>

**Sujet / Thema**

Negative Feststellwiderklage im vereinfachten Verfahren zulässig erklärt

Demande reconventionnelle en constatation négative de droit déclarée recevable dans le cadre de la procédure simplifiée

**Regeste**

*Widerklage im vereinfachten Verfahren ([Art. 224](#), [Art. 243](#) und [Art. 94 ZPO](#)); Teilklage und negative Feststellungswiderklage ([Art. 86 ZPO](#)).*

*Art. 224 Abs. 1 ZPO verbietet es der beklagten Partei grundsätzlich, im vereinfachten Verfahren eine Widerklage zu erheben, die aufgrund ihres Streitwerts von über Fr. 30'000.- in den Geltungsbereich des ordentlichen Verfahrens fällt (E. 2 und 3). Davon nicht betroffen und zulässig ist der Fall, dass die beklagte Partei als Reaktion auf eine echte Teilklage eine negative Feststellungswiderklage erhebt, auch wenn deren Streitwert die Anwendbarkeit des ordentlichen Verfahrens zur Folge hat (E. 4).*

*Demande reconventionnelle en procédure simplifiée ([art. 224](#), [art. 243](#) et [art. 94 CPC](#)); action partielle et action reconventionnelle en constatation de droit négative ([art. 86 CPC](#)).*

*L'art. 224 al. 1 CPC interdit en principe au défendeur attrait dans une procédure simplifiée de déposer une demande reconventionnelle entrant dans le champ d'application de la procédure ordinaire en raison de sa valeur litigieuse supérieure à 30'000 fr. (consid. 2 et 3). Cette règle ne concerne pas le cas, admissible, où le défendeur réagit à une action partielle proprement dite en déposant une action reconventionnelle en constatation de droit négative; mais la procédure ordinaire est alors applicable aux deux actions (consid. 4).*

**Tatsächliches**

Das Bundesgericht lässt im Verfahren über eine Teilklage – in einer nicht-arbeitsrechtlichen Streitigkeit – gegen den Wortlaut von [Art. 224 Abs. 1 ZPO](#) die negative Feststellungsklage einer Versicherung (darauf hin, dass sie dem Geschädigten nichts schulde) zu. Weder das Bezirksgericht Willisau noch das Obergericht traten auf diese Widerklage ein, da deren Streitwert mit mindestens rund 764'000 Franken beziffert wurde.

**Résumés / Zusammenfassungen**

- Praxis 2017 Heft 11, Aktuelle Leitentscheide, auch online unter [www.legalis.ch](http://www.legalis.ch) (kostenpflichtig)
- [plaedoyer.ch](http://plaedoyer.ch), Heft 04/2017, Urs-Peter Inderbitzin, Widerklage im vereinfachten Verfahren zulässig, 03.07.2017

**Commentaires / Besprechungen**

- [swissblawg.ch](http://swissblawg.ch), Roland Bachmann, 4A\_576/2016: Negative Feststellungsklage als Reaktion auf echte Teilklage (amtl. Publ.), 18.09.2018

---

<sup>32</sup> soweit ersichtlich nicht publiziert / apparamment pas publié

- Patrick Wagner/Markus Schmid, Die Teilklage (im vereinfachten Verfahren) kommt nicht zur Ruhe, HAVE/REAS 2/2018, S. 175 ff, frei abrufbar unter [www.schadenanwaelte.ch](http://www.schadenanwaelte.ch)
- [lawinside.ch](http://lawinside.ch), Julien Francey, La même procédure exigée lors d'une action reconventionnelle (art. 224 al. 1 CPC), 18.09.2017

#### **P4 Klagehäufung (Praxisänderung zu [BGE 142 III 683](#)): [BGE 144 III 452](#)**

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung in Sachen A.X. Ltd gegen B. C. + D.

Gegenstand: aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Teilklage

[BGer 4A\\_442/2017](#) vom 28.08.2018

(Beschwerde in Zivilsachen gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau, 1. Kammer, vom 21.06.2017 [HOR.2012.28])<sup>33</sup>

#### **Sujet / Thema**

Teilklage mehrerer Ansprüche (Klagenhäufung)

Action partielle avec cumul de prétentions

#### **Regeste**

[Art. 86 und 90 ZPO](#); *Teilklage und Klagenhäufung.*

Zusammenfassung der bisherigen Bundesgerichtspraxis zur Frage, ob in einer Teilklage mehrere Ansprüche gehäuft werden. In Änderung der Rechtsprechung muss in der Klage nicht präzisiert werden, in welcher Reihenfolge und/oder in welchem Umfang die einzelnen Ansprüche geltend gemacht werden. Erforderlich ist lediglich, dass die klagende Partei hinreichend substantiiert behauptet, es bestehe eine den eingeklagten Betrag übersteigende Forderung (E. 2).

[Art. 86 et 90 CPC](#); *action partielle et cumul de prétentions.*

Résumé de la jurisprudence précédente concernant la possibilité de cumuler plusieurs prétentions dans une action partielle. Modification de cette jurisprudence en ce sens qu'il n'est pas nécessaire de préciser dans la demande en justice l'ordre ou l'étendue de chaque prétention. La partie demanderesse doit seulement alléguer et motiver de manière suffisante qu'une ou plusieurs de ses prétentions excèdent le montant réclamé (consid. 2).

#### **Tatsächliches**

In einem aktienrechtlichen Entscheid hat das Bundesgericht seine anhand eines Bonusfalles entwickelte Praxis wieder relativiert. Mit [BGE 142 III 683](#) entschied es, dass bei einer objektiven Klagehäufung darzulegen sei, welche von mehreren Ansprüchen (hier Boni aus verschiedenen Jahren) mit der Klage geltend gemacht würden, dass also ein nicht individualisiertes Rechtsbegehren nicht genüge.

#### **Résumé / Zusammenfassung**

Praxis 2018 Heft 11, Aktuelle Leitentscheide, auch online unter [www.legalis.ch](http://www.legalis.ch) (*kostenpflichtig*)

#### **Commentaires / Besprechungen**

- [swissblawg.ch](http://swissblawg.ch), Martin Rauber, 4A\_442/2017: Teilklage, objektive Klagehäufung — Praxisänderung (amtl. Publ.), 17.09.2018
- [lawinside.ch](http://lawinside.ch), Marie-Hélène Spiess, L'action partielle en cas de cumul objectif d'actions, 21.11.2018

---

<sup>33</sup> soweit ersichtlich nicht publiziert / apparamment pas publié



## Informations complémentaires / weitere Hinweise

Besprechung von [BGE 142 III 683](#): [swissblawg.ch](http://swissblawg.ch), Roland Bachmann, 4A\_99/2016: Unzulässige Teilklage betreffend Bonus; alternative objektive Klagenhäufung (amtl. Publ.), 01.11.2016

## Q. Droit des assurances sociales / Sozialversicherungsrecht

### Q1 Fin de la couverture d'assurance: [ATF 143 V 385](#)

Arrêt de la Ire Cour de droit social dans la cause A. contre Zurich Compagnie d'Assurances

Objet: Assurance-accidents (couverture d'assurance)

[TF 8C 617/2016](#) du 26.10.2017

(recours contre le jugement de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du Valais du 13.07.2016 [S2 15 53])<sup>34</sup>

### Sujet / Thema

Assuré percevant des indemnités journalières maladie, date de fin de la couverture d'assurance LAA

Zeitpunkt der Beendigung der UVG-Deckung bei Versichertem, der Taggelder erhält.

### Übersetzung (ins Deutsche)

Pra 107/2018 Nr. 66

### Regeste

[Art. 3 al. 2 LAA](#) (dans sa teneur valable jusqu'au 31 décembre 2016<sup>35</sup>); [art. 7 al. 1 let. b OLAA](#); [art. 324a al. 1 CO](#); fin de la couverture d'assurance.

*Les indemnités versées par l'assurance-maladie ne sont réputées salaires que lorsqu'elles remplacent le salaire dû par l'employeur en vertu de l'art. 324a CO. La question du droit au salaire est ainsi déterminante pour fixer la nature des indemnités journalières versées par l'assurance-maladie. Elle l'est également lorsqu'il s'agit de fixer le moment de la fin du droit à la couverture d'assurance-accidents. Lorsque l'employeur déroge au régime de base légal prévu par l'art. 324a al. 1 et 2 CO, les indemnités journalières doivent être considérées comme des prestations versées en lieu et place du salaire conformément à l'art. 7 al. 1 let. b OLAA aussi longtemps qu'elles sont dues selon le contrat d'assurance, mais au plus tard à la cessation des rapports de travail (consid. 4).*

*En l'espèce, il y a lieu d'admettre que les parties avaient conclu un contrat de travail de durée déterminée qui avait pris fin avant l'épuisement du droit aux indemnités journalières en cas de maladie.*

[Art. 3 Abs. 2 UVG](#) (in der bis 31. Dezember 2016 gültig gewesenen Fassung<sup>36</sup>); [Art. 7 Abs. 1 lit. b UVV](#); [Art. 324a Abs. 1 OR](#); Ende der Versicherungsdeckung.

*Von der Krankenversicherung ausgerichtete Entschädigungen gelten nur als Lohn, wenn sie den vom Arbeitgeber nach Art. 324a OR geschuldeten Lohn ersetzen. Die Frage nach dem Lohnanspruch ist somit massgebend, um die Art der von der Krankenversicherung ausgerichteten Taggelder zu bestimmen. Sie ist es auch, wenn es darum geht, den Zeitpunkt der Beendigung der Deckung in der Unfallversicherung zu bestimmen. Weicht der Arbeitgeber von der Herrschaft der*

<sup>34</sup> apparamment pas publié / soweit ersichtlich nicht publiziert

<sup>35</sup> voir [RS 832.20, version du 01.01.2013](#)

<sup>36</sup> siehe [SR 832.20, Fassung vom 01.01.2013](#)

*in Art. 324a Abs. 1 und 2 OR vorgesehenen gesetzlichen Grundlage ab, müssen die Taggelder so lange als Leistungen angesehen werden, welche Art. 7 Abs. 1 lit. b UVV entsprechend an Stelle des Lohnes ausgerichtet werden, als sie aufgrund des Versicherungsvertrages geschuldet sind, längstens aber bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses (E. 4).*

*Vorliegend haben die Parteien einen Arbeitsvertrag von bestimmter Dauer geschlossen, welcher sein Ende vor dem Erlöschen des Taggeldanspruches bei Krankheit gefunden hat.*

### Résumés / Zusammenfassungen

- [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Newsletter janvier 2018
- [rcassurances.ch](http://rcassurances.ch), Newsletter fevrier 2018
- Praxis 2018 Heft 1, Aktuelle Leitentscheide, auch online unter [www.legalis.ch](http://www.legalis.ch) (kostenpflichtig)

### Commentaire / Besprechung

[droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), Catherine Weniger, Maintien de la couverture d'assurance LAA par le droit à des indemnités journalières d'une assurance-maladie privée. Commentaire de l'arrêt du Tribunal federal 8C\_617/2016, Newsletter janvier 2018

## Q2 Unfallversicherung, Abredeversicherung: [BGE 143 V 341](#)

Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung in Sachen A. gegen SUVA  
Gegenstand: Unfallversicherung

[BGer 8C 108/2017](#) vom 16.08.2017

(Beschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts Luzern vom 22.12.2016)<sup>37</sup>

### Sujet / Thema

UVG-Abredeversicherung bei arbeitslosen Personen

Assurance-accidents (LAA), assurance par convention spéciale pour chômeurs

### Regeste

[Art. 3 Abs. 3 UVG](#) (in der bis Ende 2016 in Kraft gestandenen Fassung<sup>38</sup>); [Art. 8 UVV](#) und [Art. 2 und 3 der Verordnung vom 24. Januar 1996 über die Unfallversicherung von arbeitslosen Personen](#) (in Kraft bis Ende 2016<sup>39</sup>); [Art. 27 Abs. 2 ATSG](#) und [Art. 9 BV](#); Abredeversicherung; Beratungspflicht des Versicherungsträgers und Grundsatz von Treu und Glauben.

*Der Unfallversicherer kann sich bezüglich des rechtzeitigen Abschlusses der Abredeversicherung zwar für eine erste Phase nach Einzahlung der Versicherungsprämien auf die Angaben der versicherten Personen stützen. Er darf allerdings mit der Prüfung der Rechtzeitigkeit nicht bis zu einer allfälligen Schadenmeldung zuwarten, weil er so in stossender Weise dazu beiträgt, dass sich Personen, die eine Unfaldeckung wünschen, die Abredeversicherung aber zu spät abgeschlossen haben, nicht um einen anderweitigen Unfallversicherungsschutz bemühen (E. 5.3.2).*

[Art. 3 al. 3 LAA](#) (dans sa teneur en vigueur jusqu'à la fin de l'année 2016<sup>40</sup>); [art. 8 OLAA](#) et [art. 2 et 3 de l'ordonnance du 24 janvier 1996 sur l'assurance-accidents](#)

<sup>37</sup> soweit ersichtlich nicht publiziert / apparamment pas publié

<sup>38</sup> siehe [SR 832.20, Fassung vom 01.01.2013](#)

<sup>39</sup> SR 837.171, aufgehoben per 01.01.2017

<sup>40</sup> voir [RS 832.20, version du 01.01.2013](#)

des personnes au chômage (en vigueur jusqu'à la fin de l'année 2016<sup>41</sup>); art. 27 al. 2 LPGA et art. 9 Cst.; prolongation de la couverture d'assurance par convention spéciale; devoir de conseils de l'assureur et principe de la bonne foi.

*En ce qui concerne la conclusion en temps utile de la prolongation de la couverture d'assurance, l'assureur-accidents peut certes se fonder sur les indications de la personne assurée durant une première phase après le versement des primes d'assurance. Il ne peut toutefois tarder avec la vérification du respect du délai jusqu'à l'annonce d'un éventuel sinistre, dès lors que cela incite les personnes qui souhaitent prolonger la couverture d'assurance mais qui ont agi tardivement à ne pas se préoccuper de conclure une autre couverture d'assurance-accidents, ce qui heurte le principe de la bonne foi (consid. 5.3.2).*

### Tatsächliches

Der arbeitslose Arbeitnehmer hat sich nach der letzten Abrechnung der Arbeitslosenkasse online für die Abredeversicherung angemeldet sowie die Prämie einbezahlt und die SUVA bestätigte ihm danach mehrfach die Versicherungsdeckung. Ihre Praxis, die Deckung erst im Schadenfall genau zu prüfen, versties im konkreten Fall gegen Treu und Glauben.

### Résumés / Zusammenfassungen

- Praxis 2017 Heft 11 Aktuelle Leitentscheide, auch online unter [www.legalis.ch](http://www.legalis.ch) (kostenpflichtig)
- [rcassurances.ch](http://rcassurances.ch), Newsletter octobre 2017
- [ktipp.ch](http://ktipp.ch), Beatrice Walder, Neue Gerichtsurteile: Suva muss Versicherungsdeckung rasch prüfen, 19.09.2017

## Q3 Regressprivileg Arbeitgeber, Personalverleih: BGE 145 III 63

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung in Sachen A. gegen SUVA

Gegenstand: Regressprivileg des Arbeitgebers; Einsatzbetrieb

BGer 4A 442/2018 vom 24.01.2019

(Beschwerde gegen den Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 15.05.2018 [HG 17 128])<sup>42</sup>

### Sujet / Thema

UVG-Regressprivileg bei Personalverleih

Privilège de recours LAA en cas de location de services

### Regeste

Art. 75 ATSG; Anwendbarkeit bei der Arbeitsvermittlung?

*Der Einsatzbetrieb kann sich mangels Arbeitgeberstellung nicht auf das Regressprivileg von Art. 75 ATSG berufen (E. 2).*

Art. 75 LPGA; applicabilité au placement de personnel?

*L'entreprise locataire de services, faute d'avoir le statut d'employeur, ne peut pas se prévaloir du privilège de recours de l'art. 75 LPGA (consid. 2)*

### Tatsächliches

Art. 75 ATSG beschränkt die Regressmöglichkeit des Unfallversicherers bei Berufsunfällen bekanntlich auf den Fall, wo der Versicherungsfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt worden ist. Nach einem Berufsunfall eines Zimmermann-Hilfsarbeiters, der über einen Verleihvertrag für eine Einsatzfirma gearbeitet

<sup>41</sup> RS 837.171, Abrogation 01.01.2017

<sup>42</sup> soweit ersichtlich nicht publiziert / apparamment pas publié

hat, belangte die SUVA diesen Einsatzbetrieb für die ihr entstandenen Kosten. Weder das Handelsgericht Bern noch das Bundesgericht haben dem Einsatzbetrieb die Berufung auf dieses Regressprivileg zugestanden.

### Résumé / Zusammenfassung

Praxis 2019 Heft 4 Aktuelle Leitentscheide, auch online unter [www.legalis.ch](http://www.legalis.ch) (kostenpflichtig)

### Commentaires / Besprechungen

- [swissblawg.ch](http://swissblawg.ch): Roland Bachmann, 4A\_442/2018: Regressprivileg des Arbeitgebers bei Personalverleih (amtl. Publ.), 22.03.2019
- [lawinside.ch](http://lawinside.ch), Simone Schürch, L'absence de privilège de recours de l'entreprise locataire de services, 02.03.2019

## Q4 Indemnité de chômage, période de cotisation: [ATF 145 V 84](#)

Arrêt de la Ire Cour de droit social dans la cause A. contre Caisse cantonale genevoise de chômage

Objet: Assurance-chômage (période de cotisation)

[TF 8C 405/2018](#) vom 22.01.2019

(en matière de droit public recours contre le jugement de la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice de la République et canton de Genève du 26.04.2018 [A/3621/2017 [ATAS/360/2018](#)])

### Sujet / Thema

Keine volle Arbeitslosentschädigung für einen ehemaligen Häftling

Pas d'indemnité du chômage complète pour un ancien détenu

### Regeste

[Art. 2 al. 1 let. a](#), [art. 8 al. 1 let. e](#), [art. 13 al. 1](#), [art. 14 al. 1 let. c LACI](#); [art. 10 LPGA](#); [art. 81 al. 1](#), [art. 83 CP](#); période de cotisation; détenus et personnes internées.

*Les détenus et les personnes internées n'ont en principe pas la qualité de travailleur salarié dans l'assurance-chômage. L'astreinte au travail selon l'art. 81 al. 1 CP ne relève pas de l'exercice d'une activité lucrative dépendante et la rémunération y relative (art. 83 CP) n'est pas soumise à cotisation de l'assurance-chômage (consid. 6.2).*

[Art. 2 Abs. 1 lit. a](#), [Art. 8 Abs. 1 lit. e](#), [Art. 13 Abs. 1](#), [Art. 14 Abs. 1 lit. c AVIG](#); [Art. 10 ATSG](#); [Art. 81 Abs. 1](#), [Art. 83 StGB](#); Beitragszeit; Personen im Freiheitsentzug. *Personen, die sich in Haft oder im Straf- oder Massnahmenvollzug befinden, sind grundsätzlich keine Arbeitnehmer im Sinne der Arbeitslosenversicherung. Die Arbeitspflicht nach Art. 81 Abs. 1 StGB zählt nicht als Ausübung einer Erwerbstätigkeit, und das damit verbundene Entgelt (Art. 83 StGB) unterliegt nicht der Beitragspflicht in der Arbeitslosenversicherung (E. 6.2).*

### Tatsächliches

Ein ehemaliger Häftling ist in der Arbeitslosenversicherung als Person ohne Erwerbstätigkeit zu betrachten, auch wenn er während seiner Zeit in Haft gearbeitet habe und dafür entschädigt worden ist. Er hat als beitragsbefreite Person nach [Art. 14 Abs. Abs. 1 lit. c AVIG](#) nur einen reduzierten Anspruch von 90 Taggeldern.

### Résumés / Zusammenfassungen

- Praxis 2019 Heft 4 Aktuelle Leitentscheide, auch online unter [www.legalis.ch](http://www.legalis.ch) (kostenpflichtig)
- [rcassurances.ch](http://rcassurances.ch), Newsletter mars 2019

– [nzz.ch](http://nzz.ch), Kathrin Alder, Arbeiten im Gefängnis zählt nicht als Arbeit, 08.02.2019

## Q5 Insolvenzenschädigung, Glaubhaftmachung: [BGE 144 IV 427](#)

Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung i.S. Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich gegen A.

Gegenstand: Arbeitslosenversicherung (Insolvenzenschädigung)

[BGer 8C 867/2017](#) vom 20.09.2018

(Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 18.09.2017

[AL.2016.00095])<sup>43</sup>

### Sujet / Thema

Beweislasterleichterung bei der Insolvenzenschädigung

Indemnité en cas d'insolvabilité. Allègement du fardeu de preuve

### Regeste

[Art. 74 AVIV](#); Insolvenzenschädigung; Glaubhaftmachen der Lohnforderung.

*Zur Auszahlung der Insolvenzenschädigung genügt es nach Art. 74 AVIV, dass der Arbeitnehmer seine Lohnforderung glaubhaft macht. Die herabgesetzten Beweisanforderungen gelten jedoch nur für die Frage, ob und in welcher Höhe gegenüber dem insolventen Arbeitgeber eine Lohnforderung besteht; die übrigen Anspruchsvoraussetzungen, wie namentlich der Bestand eines Arbeitsverhältnisses mit Beschäftigung in der Schweiz oder der Eintritt eines Insolvenztatbestandes müssen demgegenüber mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt sein (E. 3.3 und 4).*

[Art. 74 OACI](#); indemnité en cas d'insolvabilité; vraisemblance des créances de salaire.

*Selon l'art. 74 OACI, il suffit, pour obtenir le paiement de l'indemnité en cas d'insolvabilité, que le travailleur rende plausible sa créance de salaire. Les exigences de preuve moins strictes ne valent cependant qu'en ce qui concerne le point de savoir si et dans quelle mesure il existe une créance de salaire contre l'employeur insolvable; en revanche, les autres conditions du droit à prestation, comme en particulier l'existence d'un rapport de travail portant sur une activité en Suisse ou la survenance d'un cas d'insolvabilité, doivent être établies au degré de la vraisemblance prépondérante (consid. 3.3 et 4).*

### Tatsächliches

Aufwändiges Verfahren für einen Hilfsgipser, dessen Arbeitgeberin, eine GmbH, in Konkurs ging: Während die Arbeitslosenkasse einen Anspruch auf Insolvenzenschädigung aus formellen Gründen verweigert, sprach das Zürcher Sozialversicherungsgericht eine Entschädigung zu, was die Kasse vors Bundesgericht zog. Dieses wiederum wies die Sache an die Vorinstanz zu allfälligen Sachverhaltsabklärungen und neuem Entscheid zurück. Unklar war anscheinend, ob der Versicherte überhaupt in der Schweiz gearbeitet hat.

### Résumés / Zusammenfassungen

- Praxis 2018 Heft 12 aktuelle Leitentscheide, auch online unter [www.legalis.ch](http://www.legalis.ch) (kostenpflichtig)
- [rcassurances.ch](http://rcassurances.ch), Newsletter décembre 2018



## Commentaires / Besprechungen

[swissblawg.ch](http://swissblawg.ch), Roland Bachmann, 8C\_867/2017: Insolvenzsenschädigung; Glaubhaftmachung des Lohnanspruchs (amtl. Publ.), 05.04.2019

### Q6 Arbeitslosenentschädigung, Versicherungsunterstellung: **BGE 144 V 104**

Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung i.S. A. AG gegen Ausgleichskasse Luzern  
Gegenstand: Arbeitslosenversicherung

[BGer 8C 685/2017](#) vom 23.05.2018

(Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den Entscheid des Kantonsgerichts Luzern vom 18.05.2017 [[5V 16 373](#)])

#### Sujet / Thema

ALV-Beitragspflicht von mitarbeitenden Aktionären

Obligation de payer des cotisations LACI pour des actionnaires qui travaillent dans une exploitation agricole

#### Regeste

[Art. 2 Abs. 1 lit. a und b](#), [Art. 2 Abs. 2 lit. b AVIG](#); [Art. 1a Abs. 1 lit. a und b](#) sowie [Art. 5 Abs. 1 und 2 AHVG](#); [Art. 1a Abs. 1 und 2](#), [Art. 18 Abs. 1 FLG](#); Beitragspflicht für mitarbeitende Aktionäre an die Arbeitslosenversicherung und für Familienzulagen in der Landwirtschaft.

*Die beiden mitarbeitenden Aktionäre einer AG (Ehemann Verwaltungsratspräsident, Ehefrau Mitglied des Verwaltungsrates) unterliegen als nach AHVG versicherte und für Einkommen aus unselbstständiger Tätigkeit beitragspflichtige Arbeitnehmende auch der Beitragspflicht für die Arbeitslosenversicherung gemäss Art. 2 Abs. 1 AVIG; sie fallen nicht unter die Ausnahmebestimmung für mitarbeitende Familienmitglieder gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b AVIG (E. 3). Auch bezüglich Familienzulagen in der Landwirtschaft sind sie entsprechend der AHV-rechtlichen Qualifikation als Arbeitnehmende zu betrachten, weshalb eine Beitragspflicht der Arbeitgeberin gestützt auf Art. 18 Abs. 1 FLG besteht (E. 4).*

[Art. 2 al. 1 let. a et b](#), [art. 2 al. 2 let. b LACI](#); [art. 1a al. 1 let. a et b](#) et [art. 5 al. 1 et 2 LAVS](#); [art. 1a al. 1 et 2](#), [art. 18 al. 1 LFA](#); obligation de cotiser à l'assurance-chômage et au régime des allocations familiales dans l'agriculture pour les actionnaires employés dans la société.

*En tant que travailleurs assurés en vertu de la LAVS qui doivent payer des cotisations sur le revenu d'une activité salariée en vertu de cette loi, les deux actionnaires employés dans la société anonyme (le mari comme président du conseil d'administration et l'épouse comme membre du conseil d'administration) sont aussi soumis à l'obligation de cotiser à l'assurance-chômage en application de l'art. 2 al. 1 LACI; ils ne tombent pas sous le coup de l'exception pour les membres de la famille qui travaillent dans l'exploitation agricole au sens de l'art. 2 al. 2 let. b LACI (consid. 3). Par ailleurs, compte tenu de leur statut juridique sous l'angle de l'AVS, ils sont également à considérer comme travailleurs du point de vue du régime des allocations familiales dans l'agriculture, de sorte qu'il existe pour l'employeur une obligation de cotiser à ce régime fondée sur l'art. 18 al. 1 LFA (consid. 4).*

#### Tatsächliches

Behandlung der in der ihnen gehörenden AG mitarbeitenden Betriebsinhaber als unselbstständige Arbeitnehmer bezüglich der Beitragspflicht bei der Arbeitslosenversicherung und für die Familienzulagen in der Landwirtschaft.

## Résumés / Zusammenfassungen

- Praxis 2018 Heft 8 aktuelle Leitentscheide, auch online unter [www.legalis.ch](http://www.legalis.ch) (kostenpflichtig)
- [rcassurances.ch](http://rcassurances.ch), Newsletter juillet 2018

## IV. Excursus législation / Exkurs Gesetzgebung

### Wichtige Gesetze

Seit Mitte 2017 gab es weder bei Regeln über den Arbeitsvertrag ([Art. 319 – 362 OR](#)) noch beim Arbeitsgesetz ([ArG](#)) Änderungen von Vorschriften.

Dagegen hat das Parlament Änderungen im Dezember 2018 beim Gleichstellungsgesetz ([GIG](#)) mit Einführung einer Lohngleichheitsanalyse beschlossen, wo die Referendumsfrist im April unbenützt abgelaufen ist<sup>44</sup>.

Allenfalls könnte die neue Verjährungsfrist von 20 Jahren bei Personenschäden gemäss Art. 128a OR, der auf Anfang 2020 in Kraft tritt<sup>45</sup>, in Arbeitsverhältnissen einen Einfluss haben.

Nicht überall Begeisterung ausgelöst haben die neuen [Vorgaben](#) der Stellenmeldepflicht nach [Art. 21a AIG](#), die in Art. 53a ff AVV konkretisiert sind und die seit dem 01.07.2018 gelten.

Nicht vom Fleck kommt das Gesetzgebungsverfahren zum Whistleblowing<sup>46</sup>, wo der Nationalrat kürzlich Nichteintreten beschlossen hat. Hier waren Ergänzungen der Regeln über die Treupflicht (neue Art. 321a<sup>bis</sup> ff OR) und Änderungen beim Kündigungsschutz vorgeschlagen.

### Weisungen

Meist halbjährlich nachgeführt werden die Weisungen zum Arbeitslosenrecht – als wichtigste die AVIG-Praxis ALE – die seit einiger Zeit unter [arbeit.swiss](http://arbeit.swiss)<sup>47</sup> abrufbar sind.

Das Seco hat im Juni 2017 die [Weisung 2017: Konzerninterner Personalverleih - Beurteilung der Bewilligungspflicht](#) erlassen. Sie steht mit einem Sammelsurium weiterer Anweisungen unter [www.arbeit.swiss](http://www.arbeit.swiss) zum Download bereit, wobei aus der ursprünglichen Weisung 2003 (mit fast 200 Seiten) weder kopiert noch Seiten ausgedruckt werden können. Leider fehlen anscheinend die Mittel, um sämtliche Weisungen ab 2003 zu überarbeiten und in einem Dokument zu verschmelzen. Dies hat den Verfasser dieser Zeilen bewogen, wenigstens eine (druck- und vollständige elektronisch lesbare) [nichtamtliche Sammlung](#)<sup>48</sup> aller heute existierenden Anordnungen anzubieten.

## V. Excursus doctrine / Exkurs Literatur

Depuis juin 2017, sont notamment parus les ouvrages de doctrine suivants en droit du travail en langue française:

- Stéphanie Dagon / Anne-Sylvie Dupont / Karine Lempen (éd.), L'OIT et le droit social en Suisse: 100 ans et après ? Actes du colloque organisé par le Pôle

<sup>44</sup> [BBI 2018, 7875](#) / [FF 2018, 7881](#). vgl. zum Ganzen [www.parlament.ch](http://www.parlament.ch), Geschäft 17.047

<sup>45</sup> siehe [AS 2018, 5343](#) / voir [RO 2018, 5343](#)

<sup>46</sup> [www.parlament.ch](http://www.parlament.ch), Geschäft 13.094

<sup>47</sup> [www.arbeit.swiss/secoalv/de/home/service/publikationen/kreisschreiben---avig-praxis.html](http://www.arbeit.swiss/secoalv/de/home/service/publikationen/kreisschreiben---avig-praxis.html)

<sup>48</sup> [www.doku.arbeitsrechtler.ch/SECO-Weisungen\\_AVG\\_nichtamtlicheSammlung.pdf](http://www.doku.arbeitsrechtler.ch/SECO-Weisungen_AVG_nichtamtlicheSammlung.pdf)

Berenstein à l'occasion des 100 ans de l'Organisation internationale du travail, Genève 2019

- Jean-Philippe Dunand / Pascal Mahon (éd.), Les certificats dans les relations de travail: certificat de travail et certificat de salaire, certificat médical et expertise médicale, aspect de droit public, Genève, 2018
- Jean-Christophe Schwaab, Le licenciement collectif, Genève, Zurich, Bâle, 2018
- Aurélien Witzig, Droit du travail, Genève, 2018
- Rémy Wyler / Matthieu Briguet, La fin des rapports de travail dans la fonction publique: principes généraux, LPers-CH, LPers-VD, Berne 2017
- Rémy Wyler (édit.), Panorama III en droit du travail: recueil d'études réalisées par des praticiens, Berne 2017

Seit dem letzten Anwaltskongress im Sommer 2017 sind unter anderem folgende bemerkenswerte Titel<sup>49</sup> auf Deutsch erschienen bzw. angekündigt:

- Kurt Pärli / Tobias Baumgartner / Eylem Demir / Cornelia Junghanss / Sara Licci / Wesselina Uebe: Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Zürich 2017; Dike, 1070 S., [ISBN 978-3-03751-877-9](#)
- Alfred Blesi / Thomas Pietruszak / Isabelle Wildhaber (Hrsg.): Kurzkomentar ArG – Arbeitsgesetz, Basel 2018; Helbing Lichtenhahn, 750 S., [ISBN 978-3-7190-3802-1](#)
- Felix Frey / Hans-Jakob Mosimann / Susanne Bollinger: AHVG/IVG Kommentar – Bundesgesetze über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, die Invalidenversicherung und über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) mit weiteren Erlassen, Zürich 2018; Orell Füssli, 927 S., [ISBN 978-3-280-07227-1](#)
- Kurt Pärli, Entsendegesetz, Bern 2018; Stämpfli, 364 S., [ISBN 978-3-7272-5160-3](#)
- Wolfgang Portmann / Adrian von Kaenel (Hrsg.): Fachhandbuch Arbeitsrecht – Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2018; Schulthess, 1104 S., [ISBN 978-3-7255-7034-8](#)
- Roger Hischier: Internationaler Mitarbeiterereinsatz – Praxishandbuch zum internationalen Arbeitsrecht, 2. Aufl., Zürich 2018; Dike, 315 S., [ISBN 978-3-03891-053-4](#)
- Thomas Geiser / Roland Müller / Kurt Pärli (Hrsg.): Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2019; Stämpfli, 760 S., [ISBN 978-3-7272-2590-1](#)
- Wolfgang Portmann / Roland A. Müller / Christian Maduz: Arbeitsrecht in a nutshell, Zürich/St.Gallen 2019; Dike, 200 S., [ISBN 978-3-03891-104-3](#), Erscheinen im Juli 2019 geplant

Die Nennung der zahlreichen arbeitsrechtlichen Monographien und Dissertationen und die Fülle der zahllosen arbeitsrechtlichen Aufsätze und Beiträge der letzten zwei Jahre sprengen den Rahmen dieses Factsheets. Stellvertretend dafür soll als Beispiel der sorgfältig begründete und sehr instruktive Aufsatz von Angela Hensch *Der Stellenwechsel, eine Quelle von Ärgernissen*<sup>50</sup> erwähnt werden.

---

<sup>49</sup> Die bibliografischen Angaben sind aus der Sammlung von Prof. Wolfgang Portmann (dazu nachstehend S. 70) übernommen.

<sup>50</sup> erschienen in Arbeitsrecht/Droit du Travail (ARV), 2019 S. 1 - 23, als abonnierte Zeitschrift kostenpflichtig auf [www.swisslex.ch](http://www.swisslex.ch) abrufbar

## VI. Praxishinweise

Eine grosse Hilfe für die anwaltliche Praxis sind und bleiben die beiden Plattformen [www.droitdutravail.ch](http://www.droitdutravail.ch) und – nicht nur auf das Arbeitsrecht beschränkt – [www.swissblawg.ch](http://www.swissblawg.ch). Während sich bei der Plattform der Universität Neuenburg um die Professoren Jean-Philippe Dunand et Pascal Mahon verschiedene Autoren beteiligen, stammen die arbeitsrechtlichen Swissblawg-Beiträge fast ausschliesslich von Roland Bachmann, der neben seiner Anwaltstätigkeit damit eine sehr verdienstvolle Arbeit leistet. Für das Verfolgen der Bundesgerichtsrechtsprechung zum Haftpflicht und Versicherungsrecht erweist sich die ebenfalls an der Universität Neuenburg betreute Plattform [www.rcassurances.ch](http://www.rcassurances.ch) als nützlich. Auch dort kann ein Newsletter abonniert werden.

Nach wie vor schwierig erweist sich die Suche nach kantonalen Entscheiden, soweit sie nicht in [www.swisslex.ch](http://www.swisslex.ch) publiziert sind. Die Qualität der jeweiligen Rechtsprechungsportale und ihr Inhalt sind sehr heterogen und ihre Nutzung oftmals unbefriedigend. Erst im Pilotstadium und mit einem statischen Inhalt bis Ende 2018 läuft die Webseite [www.entscheidsuche.ch](http://www.entscheidsuche.ch). Die damit verfolgte Idee ist sehr achtenswert.

## Table des matières / Inhaltsverzeichnis

I.	Table des matières / Inhaltsverzeichnis	1
II.	Introduction / Hinweis	2
III.	Jurisprudence / Rechtsprechung	2
A.	Relations de travail, cadre général / Arbeitsbeziehungen, generell	2
A1	Salaire minimum légal (NE): ATF 143 I 403	2
A2	Rénumération usuelle: TF 4A_425/2017 du 10.04.2018	4
A3	Salaire en euro / Lohn in Euro	4
A31	TF 4A_215/2017 du 15.01.2019	4
A32	BGer 4A_230/2018 vom 15.01.2019	4
A4	Grève, licenciement immédiat: TF 4A_64/2018 du 17.12.2018	5
A5	Droit de grève: ATF 144 I 306	6
A6	Liberté syndicale: DTF 144 I 50	8
B.	Loi sur l'égalité (LEg) / Gleichstellungsgesetz (GIG)	10
B1	Lohngleichheit Lehrpersonen Kindergarten (ZH): BGer 8C_696/2016 vom 19.09.2017	10
B2	Lohngleichheit Lehrpersonen Kindergarten (SH): BGE 144 II 65	11
B3	Lohngleichheit Primarlehrperson (AG): BGE 143 II 366	12
B4	Diskriminierung aufgrund sexueller Orientierung: BGE 145 II 153	13
B5	Diskriminierende Kündigung, Arbeitszeugnis: BGE 144 II 345	14
C.	Contrat / Vertrag	16
C1	Représentation de l'employeur: TF 4A_187/2018 du 21.02.2019	16
D.	Obligations du travailleur / Pflichten des Arbeitnehmers	16
D1	Zulässigkeit von Konventionalstrafen (Art. 321e OR): BGE 144 III 327	16
E.	Salaire / Lohn	18
E1	Détermination du travail à rémunérer: TF 4A_96/2017 du 14.12.2017 c.2	18
E2	Heures supplémentaires: TF 4A_184/2018 du 28.02.2019	20
E31	Bonus: TF 4A_430/2018 du 04.02.2019	20
E32	Bonus: TF 4A_714/2016 du 29.08.2017	23
E33	Bonus: TF 4A_378/2017 du 27.11.2017	28
E34	Bonus: TF 4A_651/2017 du 04.04.2018	29
F.	Empêchement de travailler / Unverschuldete Arbeitsverhinderung	30
F1	Assurance perte de gain en cas de maladie, Régime dérogatoire: TF 4A_42/2018 du 05.12.2018 (c. 5)	30
F2	Assurance perte de gain en cas de maladie; obligation d'information de l'employeur: TF 4A_300/2017 du 30.01.2018	30
G.	Protection de la personnalité / Persönlichkeitsschutz	31
G1	Indemnité pour tort moral: TF 4D_72/2017 du 19.03.2018	31
G2	Harcèlement sexuel: TF 4A_18/2018 du 21.11.2018 (arrêt Mistinguett)	32
H.	Vacances + jours fériés / Ferien + Feiertage	32
H1	Salaire afférent aux vacances: TF 4A_561/2017 du 19.03.2018	32
H2	Feiertagsentschädigung, Stundenlohn: BGer 4A_72/2018 vom 06.08.2018	34
I.	Certificat de travail / Arbeitszeugnis	35
I1	Arbeitszeugnis: BGE 144 II 345	35
J.	Fin des rapports de travail / Beendigung des Arbeitsverhältnisses	36
J1	Probezeitberechnung: BGE 144 III 152	36
J2	Convention de résiliation: TF 4A_13/2018 du 23.10.2018	38
J3	Indemnité de départ TF 4A_74/2018 du 28.06.2018	41
J4	Abgangsentschädigung: BGE 144 III 388	42
K.	Congé en temps inopportun / Kündigung zur Unzeit	43



K1	Cumul des périodes de protection: TF 4A_706/2016 du 04.08.2017	43
L.	Congé abusif / Missbräuchliche Kündigung	44
L1	Empêchement de la naissance de prétentions juridiques: TF 4A_78/2018 du 10.10.2018, c. 3	44
L2	Abus dans la manière de mettre fin au contrat: TF 4A_92/2017 du 26.06.2017	44
L3	Violation de la personnalité du travailleur: TF 4A_166/2018 du 20.03.2019	45
L4	Missbräuchliche Kündigung verneint: BGer 4A_520/2017 vom 19.04.2018	46
L5	Indemnité pour licenciement abusif et indemnité pour tort moral: TF 4A_482/2017 du 17.07.2018	47
M.	Congé immédiat / fristlose Auflösung	48
M1	Fristlose Entlassung Kadermitarbeiter: BGer 4A_349/2017 vom 23.01.2018	48
M2	Fixation de l'indemnité: TF 4A_173/2018 + A4_179/2018 du 29.01.2019	49
N.	Prohibition de concurrence / Konkurrenzverbot	50
N1	Connaissance de la clientèle: TF 4A_116/2018 du 28.03.2019	50
O.	Droit de la fonction publique / öffentliches Personalrecht	51
O1	Personalrecht, fristlose Entlassung: DTF 143 II 443	51
O2	Personalrecht, Weiterbeschäftigung: BGE 144 I 181	52
O3	Personalrecht, res iudicata: BGE 144 I 11	53
P.	Procédure / Prozess	54
P1	For du lieu habituel de travail: BGE 145 III 14	54
P2	Schiedsfähigkeit: BGE 144 III 235	56
P3	Negative Feststellungswiderklage: BGE 143 III 506	57
P4	Klagehäufung (Praxisänderung zu BGE 142 III 683): BGE 144 III 452	58
Q.	Droit des assurances sociales / Sozialversicherungsrecht	59
Q1	Fin de la couverture d'assurance: ATF 143 V 385	59
Q2	Unfallversicherung, Abredeversicherung: BGE 143 V 341	60
Q3	Regressprivileg Arbeitgeber, Personalverleih: BGE 145 III 63	61
Q4	Indemnité de chômage, période de cotisation: ATF 145 V 84	62
Q5	Insolvenzentschädigung, Glaubhaftmachung: BGE 144 IV 427	63
Q6	Arbeitslosenentschädigung, Versicherungsunterstellung: BGE 144 V 104	64
IV.	Excursus législation / Exkurs Gesetzgebung	65
Wichtige Gesetze		65
Weisungen		65
V.	Excursus doctrine / Exkurs Literatur	65
VI.	Praxishinweise	67
Table des matières / Inhaltsverzeichnis		68
Remerciements / Dank		70
Impressum		70

## Remerciements / Dank

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

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

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

## Impressum

Christian Bruchez Avocat spécialiste FSA en droit du travail

Waeber Avocats

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

[cb@waeberavocats.ch](mailto:cb@waeberavocats.ch) [www.waeberavocats.ch](http://www.waeberavocats.ch)

Georges Chanson Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Chanson Wille Rechtsanwälte

Bodmerstrasse 10, Postfach 1605, 8027 Zürich

Telefon 044 201 10 30 Fax 044 201 47 51

[chanson@arbeitsrechtler.ch](mailto:chanson@arbeitsrechtler.ch) [www.arbeitsrechtler.ch](http://www.arbeitsrechtler.ch)



von Georges Chanson betreute Webseiten:

[www.linkliste-arbeitsrecht.ch](http://www.linkliste-arbeitsrecht.ch):

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

[www.gav.arbeitsrechtler.ch](http://www.gav.arbeitsrechtler.ch):

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

[www.nav.arbeitsrechtler.ch](http://www.nav.arbeitsrechtler.ch):

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

[www.praxis.arbeitsrechtler.ch](http://www.praxis.arbeitsrechtler.ch):

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

[www.erv.arbeitsrechtler.ch](http://www.erv.arbeitsrechtler.ch):

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