

**Le droit du travail en évolution: nouveautés
jurisprudentielles, législatives et doctrinales
pour les années 2017 - 2019**

**Die Entwicklung des Arbeitsrechts
in den Jahren 2017 - 2019:
Neues aus Rechtsprechung, Gesetzgebung
und Literatur**

Christian Bruchez, Avocat spécialiste FSA en droit du travail,
Genève, www.waeberavocats.ch

Georges Chanson, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich
www.arbeitsrechtler.ch

Déroulement de l'exposé / Hinweise zum Vorgehen

- Exposé limité à une sélection d'arrêts; pour une présentation plus étendue, cf. le factsheet en forme électronique
https://arbrch.ch/ddt-arbr_factsheet_2019
- Exposé en deux langues (F / A): chaque arrêt est présenté dans la langue de sa rédaction resp. du conférencier
- Présentation systématique des arrêts comme dans le factsheet
- T = le travailleur E = l'employeur RT = rapports de travail
- Referat beschränkt auf ausgewählte Entscheide BGer
Verweis auf Factsheet in elektronischer Form
https://arbrch.ch/ddt-arbr_factsheet_2019
- Zweisprachig, abwechselnd F / D, nach Sprache des jeweiligen Entscheids bzw. des Referenten
- Systematische Bezeichnung der Entscheide wie im Factsheet
- AN = Arbeitnehmer AG = Arbeitgeber AV = Arbeitsverhältnis

Jurisprudence / Rechtsprechung

A1 Salaire minimum légal (NE) :

ATF 143 I 403 = TF 2C_774/2014 du 21.07.2017 (fr)

- Fixation d'un salaire minimum légal cantonal de CHF 20.-/heure (adapté au coût de la vie)

- Question litigieuse : conformité au droit supérieur
 - Mesure relève de la politique sociale (et non pas de la politique économique)
 - Conformité à la liberté économique et à la liberté syndicale
 - Absence de violation de la primauté du droit fédéral par rapport au droit privé du travail et au droit public du travail
 - Application de l'article 358 CO dans les liens avec les CCT (qui peuvent prévoir des salaires minimaux inférieurs)

A2 Rémunération usuelle : *TF 4A_425/2017 du 10.04.2018*

- Réclamation par un travailleur «au noir» de nationalité kosovare de la différence entre le salaire convenu et le salaire usuel (plus élevé)

- Articles 22 LEI (aLEtr) et 22 OASA (applicable aux ressortissants hors ALCP) : autorisation de travail soumise (notamment) au respect des conditions de travail usuelles

- Possibilité d'invoquer ces dispositions devant le juge civil en cas de travail au noir (art. 342 al. 2 CO)

- Détermination du salaire usuel (in casu sur la base d'un contrat-type d'un autre canton)

A31 Lohn in Euro: TF 4A_215/2017 du 15.01.2019

A32 Lohn in Euro: BGer 4A_230/2018 vom 15.01.2019

– FZA 2:

Die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, werden bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert.

- unbestritten, dass Verstoss gegen FZA vorliege
- Folge (Nichtigkeit) offengelassen, weil von Drittwirkung FZA abhängig
- Nachforderung war aufgrund schon längerer Zeit zurückliegender Einwilligung rechtsmissbräuchlich
- Exkurs: Fall BL (Rachekündigung bejaht) + abgelehnte Motion Carrobio (Änderung OR 323b)

5

Bruchez / Chanson: Le droit du travail en évolution / Entwicklung des Arbeitsrechts

**B1 Lohngleichheit Lehrpersonen Kindergarten (ZH):
BGer 8C_696/2016 vom 19.09.2017**

**B2 Lohngleichheit Lehrpersonen Kindergarten (SH):
BGE 144 II 65**

B3 Lohngleichheit Primarlehrperson (AG): BGE 143 II 366

- vergleichbare Fälle, je Lohnforderungen, in ZH zudem Verbandsklage
- alle Klagen letztlich am Vergleich mit den anderen Berufen gescheitert
- Exkurs: Situation Kindergartenlehrpersonen ZH

6

Bruchez / Chanson: Le droit du travail en évolution / Entwicklung des Arbeitsrechts

**B4 Diskriminierung aufgrund sexueller Orientierung:
BGer 8C_594/2018 vom 05.04.2019**

- befristete Anstellung eines (militärischen) Einheitskommandanten. Erneute Anstellung in gleicher Funktion verweigert. Einwand, dies sei aufgrund Homosexualität erfolgt, vor allen Instanzen erfolglos
- Differenzierung zwischen einer direkten Diskriminierung (ungleiche Behandlung aufgrund Geschlechtszugehörigkeit bzw. Geschlechtskriterium entweder von Frau oder von Mann) und indirekter Diskriminierung (Diskriminierung von Personen nur oder überwiegend eines Geschlechts)
- Problematik solcher Klagen, u.a. da kein Anspruch auf Anstellung

7

Bruchez / Chanson: Le droit du travail en évolution / Entwicklung des Arbeitsrechts

**B5 Diskriminierende Kündigung, Arbeitszeugnis:
BGE 144 II 345
(gleicher Entscheid wie I1)**

- offenbar schwieriges Arbeitsverhältnis einer Gerichtsschreiberin am Bundesverwaltungsgericht. Probleme am Arbeitsplatz mit langer Krankschreibung. Abwesenheit wegen Mutterschaft.
- Beweis, dass Kündigung Reaktion auf innerbetriebliches GIG-Verfahren war, misslingt. Sachlicher Grund (Teilnahme an Anwaltsprüfung trotz Krankschreibung) vorgehend
- Erwähnung Mutterschaft im Arbeitszeugnis verstösst nicht gegen GIG

8

Bruchez / Chanson: Le droit du travail en évolution / Entwicklung des Arbeitsrechts

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

- Vertrag einer geschäftsführenden Ärztin in einer Arztpraxis:
Konventionalstrafe
Bei Zuwiderhandlungen gegen diesen Vertrag, insbesondere gegen das Konkurrenzverbot oder die Geheimhaltungspflicht schuldet die Arbeitnehmerin eine Konventionalstrafe von je CHF 50'000 pro Verstoss.
2 Pflichtverletzungen nachgewiesen (unterbliebene Meldung Belegarztstätigkeit, Nichtrückgabe Abrechnungsnummer)
CHF 150'000 Konventionalstrafe eingeklagt
- Konventionalstrafe kann Straf- oder (Schaden)Ersatzcharakter haben. Ersatzcharakter verstösst gegen ausschliessliche Sanktion (Schadenersatz) nach OR 321e (relativ zwingend)
- Klage scheiterte auch an ungenügender Konkretisierung der Pflichtverletzungen im Vertrag

**E1 Détermination du travail à rémunérer :
TF 4A_96/2017 du 14.12.2017, c. 2 (fr)**

- Faits
 - Gouvernante engagée au service d'une personne âgée (et malade) depuis mars 2007; nourrie et logée au domicile de l'employeur
 - Selon certificat médical jugé probant, employeur est considéré comme autonome jusqu'à fin juin 2011
 - Décès de l'employeur le 8 septembre 2011
- Droit à une rémunération pour la disponibilité de la travailleuse pendant les nuits au domicile de l'employeur ?
 - Principe : le piquet (service de garde) doit être rémunéré
 - Dans le cas d'espèce, la présence au domicile n'était pas exigée jusqu'à fin juin 2011 : pas de droit à la rémunération jusqu'à cette date

E2 Heures supplémentaires (art. 321c CO) :
TF 4A_184/2018 du 28.02.2019, c. 2.2 (fr)

- Faits
 - Règlement de travail prévoyant l'obligation d'annoncer dans la semaine à l'employeur les heures supplémentaires effectuées
 - Employée a effectué de nombreuses heures supplémentaires qui n'ont pas été sollicitées par l'employeur, mais qui ont été accomplies au vu et au su de celui-ci
 - Pas d'annonce des heures supplémentaires accomplies pendant le contrat;
 - Réclamation de 7000 heures supplémentaires (accomplies de 2007 à 2012) suite à la résiliation du contrat par l'employeur

E2 *TF 4A_184/2018 du 28.02.2019, c. 2.2 (suite)*

- Droit
 - Tardiveté de l'annonce peut entraîner la déchéance du droit de réclamer le paiement des heures supplémentaires accomplies
 - Travailleur est autorisé à attendre pour effectuer l'annonce lorsque l'employeur a connaissance de l'existence d'heures supplémentaires
 - La connaissance par l'employeur de l'existence d'heures supplémentaires n'a toutefois pas pour effet de libérer le travailleur de son obligation d'annonce
 - Prétention jugée abusive dans le cas d'espèce vu l'absence d'annonce pendant sept ans
 - Incidence de l'absence de système d'enregistrement du temps de travail ? (question non examinée en l'absence de faits retenus dans l'arrêt cantonal)

E31 Bonus : TF 4A_430/2018 du 04.02.2019 (fr.)

- Faits
 - En sus de son salaire mensuel de CHF 12'000.-, T a reçu les primes annuelles suivantes :
 - 2009 (pour 2008) : CHF 12'000.-
 - 2010 (pour 2009) : CHF 24'000.-
 - 2011 (pour 2010) : CHF 28'000.-
 - 2012 (pour 2011) : CHF 28'000.-
 - Août 2013 : T se renseigne au sujet de sa prime 2012; E. lui répond qu'il aura une prime minorée
 - Décembre 2013 : licenciement de T. pour le 28 février 2014
 - Prolongation des rapports de travail suite à maladie jusqu'au 31 août 2014
 - Réclamation par T. de primes pour 2013 et 2014

E31 TF 4A_430/2019 du 04.02.2019 (suite)

- Droit :
 - Bonus, distinction à faire entre :
 - (1) salaire variable
 - (2) gratification à laquelle l'employé a droit
 - (3) gratification à laquelle l'employé n'a pas droit
 - Salaire variable (1) = déterminé ou objectivement déterminable (sur la base de critères objectifs)
 - Gratification (2) et (3) = indéterminé ou objectivement indéterminable

E31 TF 4A_430/2019 du 04.02.2019 (suite)

- Droit (suite)
 - Gratification à laquelle l'employé a droit (2)
 - selon accord exprès
 - en raison d'un versement régulier sans réserves pendant au moins trois années consécutives
 - en raison d'un versement régulier assorti d'une réserve inopérante
 - Rem. application dans ce cas de l'art. 322d al. 2 CO
 - Lorsque l'employé n'a pas droit à la gratification (3), requalification possible du bonus en salaire en vertu du **principe de l'accessoriété** pour les **salaires modestes** (= jusqu'à concurrence du salaire médian suisse) et pour les **salaires moyens et supérieurs** (= jusqu'à concurrence de 5 x le salaire médian suisse), mais pas pour les **salaires supérieurs**

E31 TF 4A_430/2019 du 04.02.2019 (suite)

- In casu :
 - Gratification obligatoire du fait d'un versement régulier et sans réserve
 - Montant de CHF 28'000.- confirmé pour 2013 sur la base des montants reçus les années précédentes (faute de contestation par l'employeur du montant retenu par la cour cantonale)
 - Aucun montant dû pour 2014 (année incomplète) du fait de l'application de l'article 322d al. 2 CO : pas de preuve apportée de l'existence d'un accord sur le paiement d'une prime annuelle pro rata temporis

E32 Bonus : TF 4A_714/2016 du 29.08.2017 (fr.)

- Application du principe de l'accessoriété pour les salaires moyens et supérieurs (= **rémunération totale [salaire + bonus] de 1 x à 5 x le salaire médian suisse**) : pour être requalifié le bonus doit être très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur
- In casu : pas de requalification, la proportion du bonus par rapport au salaire ayant oscillé de 2005 à 2013 entre 16,94% et 60,60%
- Rem. : pour les salaires modestes, un bonus proportionnellement moins élevé peut déjà être requalifié en salaire (25% au moins ? 33 % au moins ? 50% au moins ?)

E33 Bonus : TF 4A_378/2017 du 27.11.2017 (fr.)

- 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**
- 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 concluants 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.**

E34 Bonus : TF 4A_651/2017 du 04.04.2018 (fr.)

- Le caractère facultatif de la gratification trouve ses limites dans le respect de **l'égalité de traitement**. 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**
- Dans le cas d'espèce, il était pertinent de prendre en considération une discrimination d'un employé par rapport à tous les autres employés d'un département, **même si celui-ci ne compte que cinq personnes**,

F1 Régime dérogatoire : assurance perte de gain en cas de maladie : TF 4A_42/2018 du 05.12.2018, c. 5 (fr.)

Dans le cadre d'un régime dérogatoire au sens de l'article 324a al. 4 CO, l'employeur **se libère** de son obligation de continuer à verser le salaire en concluant un contrat d'assurance perte de gain maladie collective. L'assureur intervient en lieu et place de l'employeur, en versant au travailleur des indemnités journalières (exemptes de contributions sociales)

Le droit aux prestations d'assurance appartient de par la loi directement au travailleur, qui est l'assuré (art. 87 LCA; art 67 LAMal).

En cas d'interruption des prestations contestée par le travailleur, ce dernier doit agir contre l'assureur et non contre l'employeur.

**F2 Assurance perte de gain en cas de maladie : obligation d'information de l'employeur :
TF 4A_300/2017 du 30.01.2018 (it.)**

- Faits :
 - E. avait conclu une assurance perte de gain maladie collective pour son personnel (selon la CCT)
 - T. licencié pour le 28.02.2003 sans être informé par E. sur les possibilités de passage dans l'assurance individuelle
 - T. engagé par un nouvel employeur, B., dès le 01.03.2003, qui n'a pas pu l'assurer pour la perte de gain maladie
 - Refus de l'assurance de E. d'accepter le libre passage de T, car demande faite après le délai de 30 jours prévu dans les CGA, confirmé par les tribunaux
 - Action de T. contre E. et B. pour réclamer le paiement d'indemnités journalières

F2 TF 4A_300/2017 du 30.01.2018 (suite)

- Droit :
 - Inexécution par l'employeur de ses obligations contractuelles en matière d'assurance : application de l'article 97 CO (et non pas du régime de base de l'article 324a al. 1 à 3) = obligation de l'employeur de verser, à titre de réparation du dommage, les prestations qui auraient été payées par l'assurance
 - Obligation d'information de l'employeur selon l'article 331 al. 4 CO et selon la CCT porte notamment sur le passage dans l'assurance individuelle : responsabilité de l'employeur pour violation de cette obligation
 - Pas de rupture du lien de causalité pour les prétentions à l'égard de E du fait de la reprise d'un nouvel emploi

**Q1 Fin de la couverture d'assurance LAA :
ATF 143 V 385 = TF 8C_617/2016 du 26.10.2017 (fr.)**

- Fin du droit à la couverture LAA :
 - Article 3 al. 2 LAA : 31^e jour ([jusqu'au 31.12.2016 : 30^e jour] qui suit le jour où prend fin le droit au demi-salaire au moins
 - Article 7 al. 1 OLAA : notion de salaire au sens de l'article 3 al. 2 LAA
 - Les indemnités journalières maladie ne sont réputées salaire que lorsqu'elles remplacent le salaire dû par l'employeur en vertu de l'article 324a CO
 - Lorsque l'employeur déroge au régime de base légal, les indemnités doivent être considérées comme du salaire aussi longtemps qu'elles sont dues selon le contrat d'assurance, **mais pas au-delà de la fin des rapports de travail**

**G2 Harcèlement sexuel :
TF 4A_18/2018 du 21.11. 2018 (fr.) (arrêt Mistinguett)**

- Faits :
 - T. engagée comme comptable se plaint du comportement de son supérieur C à son égard, notamment du fait qu'il l'avait appelée «Mistinguett» en parlant d'elle avec certains collègues
- Droit :
 - Notion de harcèlement sexuel (art. 4 LEg) englobe les remarques sexistes, les comportements grossiers ou embarrassants (notamment les plaisanteries déplacées)
 - Un usage unique du terme «Mistinguett» pour désigner T. ne peut pas être apparenté à du harcèlement sexuel selon le TF

H1 Salaire afférent aux vacances : TF 4A_561/2017 du 19.03.2018 (fr.)

- Faits :
 - T. engagé en 2009 comme menuisier à raison de 42,5 heures par semaine
 - Contrat de travail prévoit une rémunération horaire hors vacances et prévoit que T. a droit à son salaire pendant les vacances
 - Fiches de salaire : en plus du salaire de base, figure un supplément de 8.33% pour les vacances
 - T. a effectivement pris des vacances en nature
 - T. réclame en justice à E. le salaire des vacances des années 2009 à 2013

H1 TF 4A_561/2017 du 19.03.2018 (suite)

- Droit :
 - Règle : salaire doit être payé au moment des vacances
 - Exception : inclusion du salaire des vacances dans le salaire; conditions :
 - (1) nécessité objective due à une activité irrégulière
 - part du salaire global destinée à l'indemnisation des vacances mentionnée clairement (2) dans le contrat de travail (lorsqu'il est conclu par écrit) ainsi que (3) sur les décomptes de salaires périodiques
 - En l'espèce, conditions (1) et (2) pas remplies
 - Pas d'abus de droit même si T. a effectivement pris des vacances (il peut en aller différemment lorsque l'employé a perçu une forme de rémunération pendant les vacances)

H2 Feiertagsentschädigung, Stundenlohn: *BGer 4A_72/2018 vom 06.08.2018*

- GAV Metallbaugewerbe sieht Feiertagsentschädigung unter bestimmten Bedingungen vor
- Anspruch steht bei GAV-Unterstellung auch Mitarbeiter im Stundenlohn zu
- Keine Anspruch ohne vertragliche Grundlage oder Übung, ausser am 01.08. UNO-Pakt I ist nicht self-executing
- Feiertagsentschädigung kann nicht mit anderen Benefits kompensiert werden
- Pauschale Einrechnung im Lohn problematisch und unzulässig, wenn Feiertagsentschädigung unregelmässig und gleichzeitig nicht genügend ausgeschieden ist
- Annäherung an die Praxis der (ausnahmsweisen) Ferienlohn-Auszahlung

I1 Arbeitszeugnis: *BGE 144 II 345* (gleicher Entscheid wie B5)

- Fall von erheblichen langen Absenzen der Gerichtsschreiberin am Bundesverwaltungsgericht im Verhältnis zur Anstellungsdauer
- Arbeitsunterbrüche in solchen Fällen zu erwähnen, weil sonst falscher Eindruck über die Berufserfahrung
- Grundsatz der Vollständigkeit und Gebot der Klarheit verlangen, dass auch Gründe der Absenzen (hier Krankheit und Mutterschaft) genannt werden

J1 Probezeitberechnung: BGE 144 III 152

- 15.07.2015 Stellenantritt + zugleich Vertragsschluss
- 24.07.2015 Arbeitsunfähigkeit (AUF, krank)
- 27.07.2015 Ferienbeginn, 1. Ferientag
- 14.08.2015 Ferienende, letzter Ferientag
- 16.08.2015 Kündigung via E-Mail
- Probezeit (PZ) abgelaufen?
- "Werkzeug" für Bestimmung:
 - OR 335b II: "als PZ gilt der erste Monat eines AV"
 - OR 335b III: Effektive Verlängerung PZ um Dauer AUF
 - OR 77 I Z3: Frist ein oder mehrere Monate: Fristende auf denjenigen Tag des letzten Monats, der durch seine Zahl dem Vertragsschluss-Tag entspricht bzw. wenn fehlend letzter Tag im Monat
 - OR 78: falls letzter Tag Frist So. oder Feiertag (oder Sa.) Verlängerung auf nächsten Werktag
- Resultat?

J1 BGE 144 III 152 (Fortsetzung)

- BG Kreuzlingen + OG TG nach OR 77 I Z3 gerechnet
BGer lässt eigentlich offen, aber redet dieser Methode das Wort
- 3 Befristungen im ArbR
 - 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
Diskussion OR 336b II
 - 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 (Anfang/Ende Monat = 1 bzw. letzter Tag, Monatsmitte = 15.)

J1 *BGE 144 III 152 (Fortsetzung)*

- Einstufung Probezeit
- TG-Entscheidung mit anderer Begründung geschützt: erster Tag PZ zählt nicht, wenn AV am gleichen Tag geschlossen?
- Beurteilung?

J2 **Convention de résiliation: *TF 4A_13/2018 du 23.10.2018 (fr.)***

- Faits :
 - 16.11.2013 : E. résilie le contrat de T pour le 31.01.2014
 - 18.11.2013 : E. soumet à T un termination agreement que T. signe le 10.12.2013
 - Selon cet accord, T. percevrait son salaire mensuel de CHF 25'000.- jusqu'en janvier 2014 et le bonus additionnel de USD 1'050'000.- lui serait versé pour autant que les termes et conditions de l'accord soient respectés
 - Deux clauses de cet accord, à savoir (1) la clause de renonciation de l'employé à agir en justice et à contester le licenciement et (2) 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

J2 TF 4A_13/2018 du 23.10.2018 (suite)

- Faits (suite) :
 - T. ouvre action contre E. pour réclamer la 3ème tranche du bonus de USD 1'050'000.- et CHF 716'437 fr. 50 à titre d'indemnité pour licenciement abusif
 - E. conclut au rejet de la demande et forme une demande reconventionnelle, concluant à ce que le demandeur soit condamné à lui restituer le montant net (après déduction des cotisations sociales) versé en exécution de l'accord des 18.11 /10.12.2013

J2 TF 4A_13/2018 du 23.10.2018 (suite)

- Droit :
 - Convention de résiliation doit être examinée au regard de l'article 341 al. 1 CO
 - Article 341 al. 1 CO permet une renonciation à des droits dans le cadre d'un accord contenant des concessions réciproques
 - T. a droit de faire contrôler en justice la conformité au droit de l'accord au regard de l'article 341 al. 1 CO; clause de renonciation à agir en justice est nulle
 - In casu, convention de résiliation était valable car contenant des concessions réciproques (car T. n'avait pas un droit aux deux dernières tranches de bonus);
 - T. avait donc valablement renoncé à la protection en cas de licenciement abusif

J2 TF 4A_13/2018 du 23.10.2018 (suite)

- Droit (suite) :
 - Cause de remboursement de la 2^{ème} tranche du bonus qualifiée par le TF de peine conventionnelle
 - Nullité de cette clause en tant qu'elle porte sur la possibilité d'un contrôle judiciaire de la convention au regard de l'article 341 al. 1 CO
 - Validité de cette clause en tant qu'elle vise l'action en contestation du licenciement et en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif
 - Droit de E. a une peine conventionnelle réduite compte tenu de la nullité partielle de la clause
 - Renvoi de la cause à la juridiction cantonale pour détermination du montant de la peine conventionnelle réduite

J3 Indemnité de départ et indemnité de plan social: TF 4A_74/2018 du 28.06.2018 (fr.)

- Faits :
 - T., engagée en 2008 à 100% (salaire annuel : CHF 300'000.-), a un contrat prévoyant une indemnité de départ de 2 ans de salaire en cas de licenciement ordinaire
 - 1.2. 2014 : entrée en vigueur d'un avenant conclu à la demande de E. et prévoyant une réduction à 80% du taux d'occupation de T. (salaire annuel : CHF 240'000.-)
 - 25.11.2015 : restructuration avec plan social négocié avec la délégation du personnel prévoyant une indemnité de départ de 0,5 mois par année d'ancienneté (max. 6 mois)
 - Clause du plan : *«les indemnités prévues par le plan sont payées à réception par E. de la confirmation par T. qu'il n'a aucune autre prétention à faire valoir contre E.»*

J3 TF 4A_74/2018 du 28.06.2018 (suite)

- Faits (suite) :
 - 26.11.2015 : résiliation du contrat de T. pour le 29.2.2016
 - droit à une indemnité contractuelle de licenciement de CHF 480'000.-
 - droit à une indemnité de départ selon plan social de CHF 150'000.-
 - T. réclame une indemnité contractuelle de licenciement calculée selon son ancien salaire à 100%, soit CHF 600'000.- et refuse donc de signer la quittance liée au plan social
 - E. ne paie rien
 - T. agit en justice pour réclamer CHF 600'000.- + CHF 150'000.-

J3 TF 4A_74/2018 du 28.06.2018 (suite)

- Droit :
 - Indemnité contractuelle de départ valablement calculée selon le dernier salaire (interprétation du contrat) : droit à CHF 480'000.- uniquement
 - Indemnité de départ : possibilité de prévoir dans le plan social que le versement de l'indemnité de départ est conditionné à la signature d'une quittance pour solde de tout compte (pas de violation de l'article 341 al. 1 CO) : perte par T. du droit à l'indemnité de départ du fait de l'absence de signature de cette quittance

**K1 Cumul des périodes de protection:
TF 4A_706/2016 du 04.08.2017 (fr.)**

Cas dans lequel le TF a considéré (comme le juge de première instance, mais contre l'avis des juges d'appel) que les pathologies physiques et psychiques de T 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.

Le TF a relevé qu'il incombait, le cas échéant, au travailleur de tenter de démontrer le contraire, ce qu'il n'a pas fait en renonçant à l'expertise qu'il avait dans un premier temps sollicitée.

**L2 Abus dans la manière de mettre fin au contrat:
TF 4A_92/2017 du 26.06.2017 (fr.)**

- 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
- En l'espèce, prise en compte de :
 - la libération immédiate de l'obligation de travailler
 - l'accompagnement de l'employée dans ses déplacements jusqu'à son départ des locaux nonobstant le caractère infondé d'une telle surveillance
- Selon l'expérience générale de la vie, le licenciement assorti de telles conditions est de nature à faire naître chez les autres employés le soupçon que le licenciement se fonde sur des motifs graves

**L4 Missbräuchliche Kündigung verneint:
BGer 4A_520/2017 vom 19.04.2018**

- Swiss-Pilot meldet sich mit Freundin krank, um an Taufe in Ecuador teilzunehmen. 10 Dienstjahr. Lügt bei Befragung nach Rückkehr
- direkte Kündigung ohne GAV-Prozedere
 - Verwarnung
 - Verwarnung mit Kündigungsandrohung
 - Kündigung
- Einhaltung dieser Schritte hier nicht geboten. Kündigung nicht missbräuchlich

L5 Indemnité pour licenciement abusif et indemnité pour tort moral : TF 4A_482/2017 du 17.07.2018 (fr.)

- Indemnité de l'article 336a CO couvre en principe tout le tort moral subi par le travailleur licencié
- Exceptions :
 - Atteinte portée aux droits de la personnalité de T est grave au point qu'une indemnité de six mois de salaire ne suffit pas à la réparer
 - Atteinte à la personnalité se distingue nettement de l'atteinte à la personnalité résultant déjà du congé
- Pas d'atteinte à la personnalité antérieure au licenciement établie dans le cas d'espèce

**M1 Fristlose Entlassung Kadermitarbeiter:
BGer 4A_349/2017 vom 23.01.2018**

- Arbeitnehmer-VRP ändert eigenmächtig Logo und wird deshalb fristlos entlassen
- Entscheide zu Logo, d.h. zu Auftreten der Gesellschaft nach aussen, gehören zu den unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsratsrat. Eigenmächtiges Handeln deshalb als schwere Pflichtverletzung qualifiziert
- Bundesgericht "kehrt" Verfahren, d.h. fristlose Entlassung entgegen den beiden Vorinstanzen gut
- Grenzfall?

**M2 Fixation de l'indemnité :
TF 4A_173/2018 du 29.01.2019 (fr.)**

- Le fait que le travailleur dispose d'un très haut salaire n'est pas – à lui seul – un motif de réduction de l'indemnité qui lui est due en vertu de l'article **337c al. 3 CO**
- Annulation par le TF de la réduction d'une indemnité de six mois de salaire (CHF 299'742.-) à trois mois de salaire (CHF 149'871.-) dans un cas où la situation de l'employeur était également très forte

N1 Connaissance de la clientèle :
TF 4A_116/2018 du 28.03.2019 (fr.)

- 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.
- 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**.

N1 *TF 4A_116/2018 du 28.03.2019 (suite)*

- 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.
- La relation nouée entre un **gestionnaire de patrimoine** et un client repose sur une confiance absolue. **Exploiter la seule connaissance de la clientèle ne suffit pas pour causer un préjudice sensible à l'employeur et le préjudice subi découle au contraire, de manière prépondérante, des capacités personnelles du gestionnaire**. La clause de non-concurrence n'était donc pas valable (cons. 4.3).

01 Personalrecht, fristlose Entlassung: DTF 143 II 443 (it)

- Anlässlich Internetverkehrs-Kontrolle bei SBB-Mitarbeiter mit 22 Dienstjahren 80 Stunden Besuch von Porno-Seiten während 17 Arbeitstagen (gut 3 Wochen) festgestellt
- Aufzeichnung versties gegen spezifische Datenschutzregeln Bund
- fristlose Kündigung trotz unzulässigem Beweismittel im Rahmen einer Interessenabwägung geschützt
- Analogie zu ZPO 152 II:
Rechtswidrig beschaffte Beweismittel werden nur berücksichtigt, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt.

02 Personalrecht, Weiterbeschäftigung: BGE 144 I 181

03 Personalrecht, res iudicata: BGE 144 I 11

- 2 amtliche publizierte Personalrechtsentscheide, deren Erkenntnisse nicht überraschen
- Weiterbeschäftigung nur im Personalrecht vorkommend, nicht im privaten ArbR
vgl. aber GIG 10 III:
Das Gericht kann die provisorische Wiedereinstellung der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers für die Dauer des Verfahrens anordnen, wenn es wahrscheinlich erscheint, dass die Voraussetzungen für die Aufhebung der Kündigung erfüllt sind.
- aufgehobene fristlose Kündigung steht späterer ordentlicher Kündigung nicht entgegen. Rechtliche Gehör nicht verletzt, da Standpunkt Betroffener im Kündigungsverfahren geäußert

**P1 *For du lieu habituel de travail :*
*ATF 145 III 14 = TF 4A_527/2018 du 14.01.2019 (fr.)***

- Faits :
 - E. a son siège dans le canton de Zurich et de succursales dans les cantons de Lucerne, Fribourg et Saint-Gall
 - T., domicilié à Conthey (VS), travaille au service de E. en qualité de représentant régional puis responsable pour le canton du Valais
 - Activité de T. = déplacements auprès de la clientèle dans le canton du Valais
 - T. accomplissait à son domicile des tâches administratives (10 à 20% du temps de travail)
 - Suite à son licenciement, T. agit contre E. devant le Tribunal des districts d'Hérens et Conthey
 - E. conteste la compétence du tribunal à raison du lieu

P1 *ATF 145 III 14 (suite)*

- Droit :
 - Article 34 al. 1 CPC : for du lieu de travail habituel
 - Ce for peut se trouver dans un lieu où l'employeur n'a aucune sorte d'établissement ou d'installation fixe
 - Si l'activité est répartie en plusieurs lieux, for se trouve dans celui où le travailleur est occupé la majeure partie de son temps de travail (60% au moins ?), à moins qu'un autre lieu ne présente un rapport suffisamment stable et intense avec l'objet du litige pour être considéré comme un lieu d'attache prépondérant
 - In casu, il est pertinent de prendre en considération le lieu du domicile où T. organise son activité et accomplit ses tâches administratives

P2 Schiedsfähigkeit: BGE 144 III 235

- Bestätigung der Praxis, dass gemäss ZPO 354 nur nicht-zwingende ArbR-Ansprüche schiedsfähig sind, d.h. solche über welche die Parteien frei verfügen können
- liberalere Regelung im internationalen Zivilprozessrecht

P3 Negative Feststellungswiderklage: BGE 143 III 506

- ZPO 224 i:
Die beklagte Partei kann in der Klageantwort Widerklage erheben, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist.
- BGer lässt gegen diesen Wortlaut im vereinfachten Verfahren einer Geschädigtenklage die negative Widerklage der Versicherung, dass sie dem Kläger gar nichts schulde, zu
- zur Diskussion stehen Forderungen von mindestens 764'000 Franken
- schwer nachvollziehbare Begründung im Resultat stossend
- Hoffnung, dass BGer "zurückkrebst" (dazu Entscheid P4) wahrscheinlich nicht gerechtfertigt

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

- Im Verfahren mit BGE 142 III 683 trat BGer auf eine Teilklage von Bonusforderungen nicht ein, weil im Rechtsbegehren nicht individualisiert sei, für welches Jahr und dort in welchem Umfang Boni eingeklagt waren
- Mit BGE 144 III 452 Korrektur allerdings ausserhalb ArbR: Es genüge, wenn eine Partei hinreichend substantiiert behaupte, ihre Forderung sei höher als der eingeklagte Betrag

Q2 Unfallversicherung, Abredeversicherung: BGE 143 V 341

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

**Q4 Indemnité de chômage, période de cotisation:
ATF 145 V 84**

**Q5 Insolvenzenschädigung, Glaubhaftmachung:
BGE 144 IV 427**

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

- Q2: SUVA darf nicht mehrfach Versicherungsdeckung bestätigen, diese beim Falleintritt aber verneinen
- Q3: Der Einsatzbetrieb hat kein Regressprivileg nach ATSG 75
- Q4: Arbeit in Haft begründet keine AVIG-Beitragszeit
- Q5: Beweislast erleichterung bei Insolvenzenschädigung gilt nur bezüglich Lohn und nicht für Bestand AV
- Q6: Mitarbeitende Aktionäre sind ALV/LGZ-beitragspflichtig

Merci !

Danke !

Christian Bruchez, avocat spécialiste FSA
en droit du travail, Genève, www.waeberavocats.ch
Georges Chanson, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich
www.arbeitsrechtler.ch

**Message du comité d'organisation /
Mitteilung des Organisationskomitees**

Chères Consœurs, Chers Confrères,
Afin d'adapter au mieux notre offre à vos souhaits dans le futur,
nous vous prions de bien vouloir remplir le questionnaire.
Merci de votre collaboration.

**Merci de déposer le questionnaire rempli dans le casier
prévu à cet effet à côté de la porte.**

Liebe Kolleginnen und Kollegen
Damit wir auch in Zukunft unser Angebot Ihren Wünschen
anpassen können, bitten wir Sie, den Fragebogen auszufüllen.
Besten Dank für Ihre Mitarbeit.

**Bitte den ausgefüllten Fragebogen in der vorgesehenen
Ablage neben der Tür deponieren**