

# Inhaltsverzeichnis

Thematisches Verzeichnis .....	XIII
Allgemeine Literatur zum Arbeitsrecht .....	XV
Abkürzungsverzeichnis .....	XVII

<b>A. Gesetzgebung</b> .....	1
Zusammengestellt von PIA BUSER, MLaw	
<b>I. Allgemeines</b> .....	3
1. Reformprojekte .....	3
a. Allgemeines .....	3
b. Teilrevision des Obligationenrechts: Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung .....	4
c. Revisionsbemühungen um die Angemessenheit der variablen Lohnvergütung .....	7
aa. Aktien- und steuerrechtliche Revisionsversuche für sehr hohe Vergütungen .....	8
bb. Revision des Bankengesetzes (BankG) im Rahmen der «too big to fail»-Problematik .....	10
d. Teilrevision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) .....	10
e. Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) .....	13
f. Totalrevision des Bundesgesetzes über die Förderung der Forschung und Innovation (FIFG) .....	14
2. Initiativen .....	14
a. Volksinitiativen (Zustandekommen) .....	14
b. Standesinitiativen .....	14
c. Parlamentarische Initiativen .....	15
3. Motionen und Postulate (Übersicht) .....	15
a. Arbeit und Bildung .....	15
b. Soziale Sicherheit .....	17
4. Konjunkturdaten und Arbeitsmarkt .....	18
a. Konjunkturlage .....	18
b. Arbeitslosigkeit .....	19
c. Lohnentwicklung .....	20
d. Arbeitszeit .....	20
5. Internationale Beziehungen .....	21
a. Internationale Übereinkommen .....	21
aa. Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Pakt I) .....	21

bb.	Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (ICRPD).....	21
cc.	Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen .....	23
dd.	Europäisches Übereinkommen über die Arbeit des im internationalen Strassenverkehr beschäftigten Fahrpersonals (AETR) .....	24
b.	Bilaterale Verhandlungen .....	24
aa.	Bilaterale Abkommen.....	24
bb.	Personenfreizügigkeit.....	26
cc.	Flankierende Massnahmen .....	27
c.	Internationale Arbeitsorganisation (IAO/ILO).....	31
6.	Stagiaires .....	32
II.	Individualarbeitsrecht.....	33
1.	Teilzeitarbeit.....	33
2.	Gleichbehandlung der Geschlechter, Chancengleichheit ...	35
a.	Allgemeines .....	35
b.	Lohngleichheit .....	36
c.	Vereinbarkeit von Beruf und Familie .....	37
3.	Aufhebung der Förderung von Heimarbeit .....	40
4.	Ferienanspruch .....	41
5.	Berufsverbot für einschlägig vorbestrafte Täter .....	42
III.	Öffentliches Arbeitsrecht .....	43
1.	Schutz vor Passivrauchen.....	43
2.	Epidemiengesetz (EpG).....	44
3.	Änderungen des Arbeitsgesetzes und der Verordnungen zum Arbeitsgesetz (ArG).....	45
a.	Teilrevision des Arbeitsgesetzes (ArG) .....	45
b.	Änderung der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1).....	45
c.	Totalrevision der Verordnung des EVD über die Ausnahmen von Nacht- und Sonntagsarbeit während der beruflichen Grundbildung .....	46
d.	Änderung der Verordnung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Verordnung zum Arbeitszeitgesetz [AZGV]).....	46
e.	Änderung zur Chauffeurverordnung (ARV 1).....	47
f.	Änderung der Verordnung über die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Bauarbeiten (BauAV) .....	47
g.	Änderung der Verordnung über den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Gefährdung durch Mikroorganismen (SAMV).....	48
4.	Schwarzarbeit.....	49

5.	Berufs- und Weiterbildung .....	49
	a. Allgemeines .....	49
	b. Hochschulbildung .....	51
	c. Berufsbildungsgesetz (BBG) .....	53
	d. Steuerabzug für Aus- und Weiterbildungskosten.....	61
6.	Soziale Sicherheit .....	62
	a. Allgemeines .....	62
	b. Alters-, Hinterlassenen- und Invaliden- versicherung (AHVG/IVG).....	63
	aa. AHV .....	63
	bb. IV .....	64
	c. Ergänzungsleistungen (EL), Erwerbsersatz- ordnung (EO) und Familienzulagengesetz (FamZG)...	65
	d. Berufliche Vorsorge (BVG).....	65
	e. Arbeitslosenversicherung (AVIG) .....	66
	f. Unfallversicherung (UVG) und Kranken- versicherung (KVG).....	68
	g. Sozialversicherungsabkommen .....	68
7.	Personalrecht des Bundes .....	69
8.	Öffentliches Dienstrecht der Kantone .....	72
9.	Ausländische Arbeitnehmer .....	75
	a. Ausländerstatistik.....	75
	b. Fremdarbeiterregelung.....	76
10.	Zusammenstellung der Normalarbeitsverträge.....	79
IV.	Kollektives Arbeitsrecht .....	85
	1. Sozialpartnerschaft .....	85
	2. Arbeitskämpfe .....	87
	3. Gesamtarbeitsvertragsrecht .....	88
	a. Gesamtarbeitsvertragliche Lohnabschlüsse 2011 .....	88
	b. Gesamtarbeitsverträge.....	89
	c. Vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge.....	92
	d. Vom EVD genehmigte kantonale Allgemein- verbindlicherklärungen .....	95

<b>B.</b>	<b>Mitteilungen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) und des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeits- beauftragten.....</b>	<b>97</b>
-----------	--	-----------

Zusammengestellt von Dr. iur. HUBERT FRITSCH

I.	<i>Merk- und Informationsblätter des SECO</i> .....	99
	Das Arbeitsgesetz: Die wichtigsten Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen in Kürze.....	99
	1. Tages- und Abendarbeit .....	99
	2. Wöchentliche Höchstarbeitszeit.....	99

3.	Voraussetzungen und Dauer der Überzeitarbeit.....	100
4.	Ruhezeiten.....	101
5.	Schichtarbeit.....	101
6.	Nachtarbeit.....	102
7.	Sonntagsarbeit.....	104
8.	Ununterbrochener Betrieb.....	104
9.	Pikettdienst.....	105
10.	Jugendliche Arbeitnehmende, schwangere Frauen und stillende Mütter.....	105
11.	Arbeitnehmende mit Familienpflichten.....	106
12.	Verzeichnisse und andere Unterlagen, Bekanntgabe des Stundenplanes und der Arbeitszeitbewilligungen, Mitwirkung der Arbeitnehmenden.....	106
II.	<i>Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeits- beauftragter (EDÖB)</i> .....	107
18.	Tätigkeitsbericht 2010/2011 des EDÖB, Arbeits- bereich, S. 75 ff. ....	107
1.	Zentralisierung von Human Resources im Ausland.....	107
2.	Biometrisches Erkennungssystem für Mitarbeitende.....	108
3.	Zustellung von Pensionskassenausweisen.....	109
4.	Kontrollen im Rahmen paritätischer Berufs- kommissionen.....	109
5.	Elektronisches Personaldossier in der Bundes- verwaltung.....	110
6.	Bearbeitung von Personaldossiers in GEVER- Systemen.....	111
7.	Kontrolle des Personalinformationssystems des Bundes: Stand der Dinge.....	112
<b>C.</b>	<b>Rechtsprechung</b> .....	115
	Zusammengestellt und bearbeitet von Prof. Dr. WOLFGANG PORTMANN, Prof. Dr. JEAN-PHILIPPE DUNAND und Dr. iur. HUBERT FRITSCH	
	<b>Bundesgericht</b>	
07.01.2010	4A_509/2009.....	117
14.01.2010	4A_192/2009.....	120
04.02.2010	2C_58/2009.....	124
17.02.2010	4A_631/2009.....	129
25.02.2010	4A_608/2009.....	135
05.03.2010	4A_593/2009.....	138
08.03.2010	8C_358/2009.....	142
16.03.2010	4A_31/2010.....	148
01.04.2010	4A_638/2009 136 III 225.....	152
01.04.2010	4A_44/2010.....	157

06.04.2010	4A_245/2009	.....	162
06.04.2010	4A_69/2010	.....	170
07.04.2010	8C_453/2009	.....	175
04.05.2010	4A_54/2010	136 I 290 .....	180
04.05.2010	4A_94/2010	.....	185
11.05.2010	4A_88/2010, 4A_96/2010	.....	191
14.05.2010	4A_178/2010	.....	193
14.05.2010	4A_115/2010	.....	197
17.05.2010	4A_32/2010	.....	203
26.05.2010	4A_122/2010	136 III 313 .....	209
31.05.2010	4A_159/2010	136 III 283 .....	215
01.06.2010	9C_824/2009	.....	220
02.06.2010	1C_491/2009	136 I 241 .....	224
03.06.2010	4A_186/2010	.....	235
08.06.2010	4A_195/2010	.....	238
28.06.2010	4A_71/2010	136 III 467 .....	240
29.06.2010	4A_91/2010	136 III 392 .....	247
01.07.2010	4A_70/2010	.....	253
01.07.2010	8C_826/2009	.....	260
08.07.2010	9C_121/2010	136 V 239 .....	264
12.07.2010	4A_223/2010	.....	268
12.07.2010	4A_248/2010	.....	271
15.07.2010	2C_748/2009	136 II 427 .....	275
11.08.2010	4A_283/2010	.....	281
23.08.2010	8C_98/2010	.....	284
31.08.2010	8C_78/2009	136 II 393 .....	289
31.08.2010	8C_151/2010	.....	293
02.09.2010	4A_259/2010	136 III 539 .....	299
06.09.2010	4A_187/2010	136 III 510 .....	303
20.09.2010	8C_104/2010	.....	305
30.09.2010	4A_376/2010	.....	308
04.10.2010	4A_179/2010	.....	313
05.10.2010	4A_352/2010	.....	316
06.10.2010	4A_343/2010	.....	318
07.10.2010	4A_408/2010	136 III 513 .....	320
08.10.2011	4A_348/2010, 4A_358/2010	136 III 552 .....	324
12.10.2010	8C_191/2010	.....	333
14.10.2010	4A_406/2010	136 III 562 .....	338
11.11.2010	4A_517/2010	.....	341
15.11.2010	4A_430/2010	.....	347
16.11.2010	4A_249/2010	137 III 16 .....	353
18.11.2010	4A_453/2010	.....	359
22.11.2010	4A_461/2010	137 III 32 .....	364

22.11.2010	4A_523/2010	.....	367
02.12.2010	4A_449/2010	137 III 27.....	373
02.12.2010	4A_507/2010	.....	377
14.12.2010	2C_714/2010	.....	383
20.12.2010	8C_70/2010	137 I 58 .....	391

**Bundesverwaltungsgericht**

15.10.2010	B-2257/2010	.....	401
------------	-------------	-------	-----

**BE**

OGer.	APH 09 636	19.02.2010.....	410
OGer.	APH 10 193	07.04.2010.....	413
OGer.	APH 10 174	16.11.2010.....	417

**BS**

GewSGer.	GS 2010/51	22.04.2010.....	425
GewSGer.	GS 2010/276	02.12.2010.....	428
GewSGer.	GS 2010/119	20.12.2010.....	433

**FR**

TC	102 2009-127	08.03.2010.....	439
TC	102 2010-28	14.06.2010.....	441
TC	102 2010-23	03.09.2010.....	443

**GE**

CAPH	C/305/2009-3	04.02.2010.....	451
CAPH	CAPH/52/2010	09.04.2010.....	459
CAPH	CAPH/74/2010	06.05.2010.....	470
CAPH	CAPH/137/2010	09.08.2010.....	475
CAPH	CAPH/195/2010	25.11.2010.....	483

**GR**

KGer.	ZK2 09 44	23.02.2010.....	493
KGer.	ZK2 10 19	18.05.2010.....	495
KGer.	ZK2 10 27	01.06.2010.....	501
KGer.	ZK2 10 33	08.06.2010.....	506
KGer.	ZK2 10 3	31.08.2010.....	510
KGer.	ZK2 09 77	21.09.2010.....	515
KGer.	ZK2 10 47	05.10.2010.....	518

**LU**

OGer.	11 09 169	12.01.2010.....	522
OGer.	11 09 96	19.01.2010.....	525
OGer.	11 09 163	03.03.2010.....	527
OGer.	11 09 131	24.03.2010.....	530

OGer.	11 09 147	24.06.2010.....	534
OGer.	11 10 34	13.07.2010.....	538
VerwGer.	A 09 140 A 09 141	27.05.2010.....	541
<b>SG</b>			
KGer.	BZ.2009.73	04.01.2010.....	547
KGer.	BZ.2009.95	25.03.2010.....	553
<b>TI</b>			
TAPP	12.2010.29	20.07.2010.....	557
TAPP	12.2010.110	11.10.2010.....	562
TAPP	12.2010.158	30.11.2010.....	567
<b>VD</b>			
TC	CT07.018425	16.04.2010.....	573
TC	CT05.035694	18.06.2010.....	586
TC	451/I	02.09.2010.....	596
TC	458/I	03.09.2010.....	600
TC	CT07.032052	03.09.2010.....	607
<b>ZH</b>			
KassGer.	AA100019/U/mum	11.06.2010.....	620
OGer.	SB100294/U	26.11.2010.....	624
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 7	16.08.2010.....	628
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 23	09.09.2010.....	629
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 16	20.09.2010.....	630
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 5	19.10.2010.....	632
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 15	30.11.2010.....	634
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 21	22.12.2010.....	636
<b>D. Bibliografie</b>	.....		639
	Zusammengestellt von PIA BUSER, MLaw		
I.	Umfassende Darstellungen.....		641
II.	Kommentare.....		641
III.	Übergreifende Darstellungen und Sammelbände.....		641
IV.	Individualarbeitsrecht.....		642
	1. Pflichten des Arbeitnehmers.....		642
	2. Pflichten des Arbeitgebers.....		642
	3. Lohnfragen.....		642
	4. Vertragsänderung und Übergang des Arbeitsverhältnisses.....		643
	5. Kündigung.....		643

V. Besondere Arbeitsverhältnisse .....	643
VI. Kollektives Arbeitsrecht.....	643
VII. Öffentliches Arbeitsrecht.....	644
VIII. Arbeitsgerichtsbarkeit und Rechtsprechung.....	644
IX. Europäisches und Internationales Recht.....	645
X. Sozialversicherungsrecht.....	645
XI. Verschiedenes.....	646
<b>E. Verzeichnisse .....</b>	<b>647</b>
Gesetzesregister .....	649
Stichwortverzeichnis.....	653

# Thematisches Verzeichnis

Bei den angeführten Seitenzahlen finden sich Urteile zu den entsprechenden Themen.

- I. Individualarbeitsrecht
  1. Entstehung des Arbeitsverhältnisses
    - a) Abgrenzung des Arbeitsvertrages von anderen Verträgen 359–360, 383–384, 459
  2. Pflichten des Arbeitnehmers
    - a) Treuepflicht 530–531
    - b) Haftung des Arbeitnehmers bei Pflichtverletzungen 527
  3. Pflichten des Arbeitgebers 475–476
    - a) Lohnzahlungspflicht
      - aa) im Allgemeinen 135, 268, 518–519, 629
      - bb) besondere Lohnarten und Gratifikation 209, 238, 428–429, 607
      - cc) Lohnanspruch trotz fehlender Arbeitsleistung 180, 209, 573, 628, 632
      - dd) Lohngleichheit zwischen Mann und Frau 289, 305
      - ee) Überstundenarbeit 299, 316, 525
    - b) Fürsorgepflicht
      - aa) Schutz der Persönlichkeit 162, 193, 203–204, 238, 260, 271–272, 353, 451, 586, 607
      - bb) Datenschutz 522
      - cc) Ferien und Freizeit 157, 185, 299, 410, 493, 501
      - dd) Auslagen 129, 493, 534–544, 557, 600
      - ee) Zeugnis und Referenz 293–294, 303, 428–429
      - ff) Gleichbehandlung und Gleichstellung 193, 289, 607
    - c) Haftung des Arbeitgebers bei Pflichtverletzungen 209, 353, 417
  4. Übergang des Arbeitsverhältnisses 325
  5. Verzicht, Verjährung und Verwirkung 353, 501, 538, 607, 630
  6. Werkurheberschaft des Arbeitnehmers 152
  7. Beendigung des Arbeitsverhältnisses
    - a) Kündigung
      - aa) im Allgemeinen 325, 347, 391, 483–484, 495–496, 553, 557, 586
      - bb) während der Probezeit 191
      - cc) Massenentlassung 373, 433–434
      - dd) missbräuchliche Kündigung 170, 271–272, 320–321, 347, 413, 433–434, 451, 475–476, 534, 630
      - ee) Kündigung zur Unzeit 191, 313, 338, 510, 573

ff) ausserordentliche Kündigung 142, 197–198, 377, 391, 425, 439, 441, 443, 483–484, 495–496, 506, 530–531, 567–568, 573, 596

gg) Aufhebungsvertrag 308

b) nachwirkendes Konkurrenzverbot 148, 281, 433–434, 515, 562

8. besondere Einzelarbeitsverhältnisse

a) Lehrvertrag 138–139, 220, 425

b) Pikettdienst 185, 367–368

c) Teilzeitarbeit 117, 180, 220

d) Temporärarbeitsverhältnis 483–484, 596

9. öffentlichrechtliches Dienstverhältnis 142, 175–176, 284, 289, 305, 333, 391

## II. Öffentliches Arbeitsrecht

1. Arbeitsschutzrecht 224

a) Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes 636

b) Arbeits- und Ruhezeit 275, 299, 318, 367–368, 401, 522, 547, 634

2. ausländische Arbeitskräfte 138–139, 383–384, 624

3. Sozialversicherungsrecht 120, 220, 235, 264–265, 341

## III. Kollektives Arbeitsrecht

1. Gesamtarbeitsvertragsrecht 124–125, 138–139, 215–216, 271–272, 470, 525, 629

2. Betriebliches Mitwirkungsrecht 253–254

## IV. Arbeitsgerichtsbarkeit

1. Zuständigkeit 240–241, 364

2. Verfahren 247, 293–294, 341, 620

## Allgemeine Literatur zum Arbeitsrecht

- A. ANDERMATT ET AL., Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009; frz. Übersetzung: Droit collectif du travail, Bâle 2010
- DIES., Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009
- G. AUBERT, Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 319–362, Genf 2003
- A. BERENSTEIN/P. MAHON, Labour Law in Switzerland, 2. Aufl., Bern usw. 2001
- D. BRAND ET AL., Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, Kommentar zu den Art. 319–346a, 361–362, Muri 1991
- J. BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Art. 319–343, 2. Aufl., Bern 1996
- CH. BRUNNER/J.-M. BÜHLER/J.-B. WAEBER/CH. BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005
- PH. CARRUZZO, Le contrat individuel de travail. Commentaire des art. 319 à 341 du Code des obligations, Genève/Zürich/Bâle 2009
- J.-L. DUC/O. SUBILIA, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 1998
- H.-P. EGLI, Art. 319–362, in: Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002
- F. EMMEL, Art. 319–362 OR, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, 1907 ff.
- M. FAVRE MOREILLON, Droit du travail, aspects juridiques et pratiques, 2<sup>ème</sup> ed., Bâle 2006
- CH. FAVRE/CH. MUNOZ/R. A. TOBLER, Le contrat de travail, code annoté, 2<sup>ème</sup> éd., Lausanne 2010
- TH. GEISER/R. MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009
- C. KAUFMANN/S. STEIGER-SACKMANN (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009
- R. KUHN/G. KOLLER, Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Zürich 1982 ff. (Loseblattausgabe)
- R. A. MÜLLER, ArG – Kommentar Arbeitsgesetz, 7. Aufl., Zürich 2009
- TH. PIETRUSZAK, Art. 319–333a und Art. 344–362 OR, in: Kurzkomm. OR, Art. 1–529 OR, Basel 2008, 1089 ff.
- W. PORTMANN, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 319–362, 4. Aufl., Basel 2007

- W. PORTMANN/J.-F. STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2007
- M. REHBINDER, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/2, Art. 331–355, Bern 1992
- DERS., Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002
- M. REHBINDER/J.-F. STÖCKLI, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/1, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Bern 2010
- M. SCHWAIBOLD, Art. 334–343 OR, in: Kurzkomentar OR, Art. 1–529 OR, Basel 2008, 1225 ff.
- E. SCHWEINGRUBER/F. W. BIGLER, Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag mit Einschluss der Allgemeinverbindlicherklärung, 3. Aufl., Bern 1985
- A. STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Bd. V/2/c, Art. 319–355, 361–362, Zürich 1996; Neuauflage Bd. V/2/c, Art. 319–330a, Zürich/Basel/Genf 2006
- J.-F. STÖCKLI, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/3, Art. 356–360, Bern 1999
- U. STREIFF/A. VON KAENEL, Arbeitsvertrag. Praxiskommentar zu Art. 319–362, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006
- O. SUBILIA/J.-L. DUC, Droit du travail, éléments de droit suisse, 2<sup>ème</sup> éd., Lausanne 2010
- F. VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel 2005
- F. VISCHER/C. ALBRECHT, Zürcher Kommentar, Bd. V/2/c, Art. 356–360f, Zürich/Basel/Genf 2006
- R. WYLER, Droit du travail, 2. Aufl., Bern 2008

# Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Aeropers	Berufsverband der Piloten von SWISS International Air Lines
AETR	Europäisches Übereinkommen vom 1. Juli 1970 über die Arbeit des im internationalen Strassenverkehr beschäftigten Fahrpersonals (AETR mit Anhang; SR 0.822.725.22)
AG	Aargau
AGer	Arbeitsgericht
AGVS	Autogewerbeverband der Schweiz
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10)
AI	Appenzell-Innerrhoden
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
ALCP	Accord sur la libre circulation des personnes (SR 0.142.112.681)
ALV	Arbeitslosenversicherung
APK-N	Aussenpolitische Kommission des Nationalrates
AR	Appenzell-Ausserrhoden
ArG	Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz; SR 822.11)
ArGV 1	Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (SR 822.111)
ArGV 2	Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen; SR 822.112)
ArGV 3	Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge; SR 822.113)
ArGV 5	Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung; SR 822.115)
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
ARV 1	Verordnung vom 19. Juni 1955 über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer und -führerinnen (Chauffeurverordnung; SR 822.221)
AS	Amtliche Sammlung
ASV	Verordnung vom 10. und 22. Juni 2011 über die Anlagestiftungen (SR 831.403.2), <i>Vorlage noch nicht in Kraft getreten</i>
ATF	Arrêt principal du Tribunal Fédéral
ATSG	BG über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1)
Aufl.	Auflage
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.20)
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
AVE	Allgemeinverbindlicherklärung
AVE BBF	Allgemeinverbindlich erklärter Berufsbildungsfonds

AVG	Arbeitsvermittlungsgesetz (SR 823.11)
AVIG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz; SR 837.0)
AVIV	Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung; SR 837.02)
AVR	Arbeitsvertragsreglement
AVV	Arbeitsvermittlungsverordnung (SR 823.111)
AZGV	Verordnung 26. Januar 1972 über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Verordnung zum Arbeitszeitgesetz; SR 822.211)
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BankG	Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz; SR 952.0)
BASS	Büro für Arbeits- und sozialpolitische Studien
BauAV	Verordnung vom 29. Juni 2005 über die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Bauarbeiten (Bauarbeitenverordnung; 832.311.141)
BAV	Bundesamt für Verkehr
BaZ	Basler Zeitung
BB	Bundesbeschluss
BBF	Berufsbildungsfonds
BBG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz; SR 412.10)
BBl	Bundesblatt
BBT	Bundesamt für Berufsbildung und Technologie
BBV	Berufsbildungsverordnung (SR 412.101)
BE	Bern
BewG	Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (SR 211.412.41)
BFI	Bildung, Forschung und Innovation
BFM	Bundesamt für Migration
BFS	Bundesamt für Statistik
BGE	Leitentscheid des Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgerichtsgesetz (SR 173.110)
BGSA	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit; SR 822.41)
BIP	Bruttoinlandprodukt
BJ	Bundesamt für Justiz
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BK	Berner Kommentar
BKB	Beschaffungskommission des Bundes
BL	Baselland

BMV	Verordnung vom 24. Juni 2009 über die eidgenössische Berufsmaturität (Berufsmaturitätsverordnung; SR 412.103.1)
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1)
BPV	Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (SR 172.220.111.3)
BS	Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BSV	Bundesamt für Sozialversicherung
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40)
BVK	Beamtenversicherungskasse des Kantons Zürich
BVV 1	Verordnung vom 29. Juni 1983 über die Beaufsichtigung und die Registrierung der Vorsorgeeinrichtungen (SR 831.435.1)
BVV 2	Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.441.1)
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CAPH	Chambre d'appel des prud'hommes du Canton de Genève
CC	Code civil suisse (RS 210); Codice civile svizzero (RS 210)
CCNT	Convention collective nationale de travail
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)
CGP	Caisse générale de prévoyance
CHF	Schweizer Franken
CNL	Contratto normale di lavoro
CIA	Concordat intercantonal sur l'arbitrage
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJG	Cour de Justice de Genève
CO	Droit des obligations (RS 220)
COPYPRINT	Verband Schweizerischer Reprografiebetriebe
PYPRINT-SUISSE	
CP	Code pénal (RS 311.0)
CPC	Codice di procedura civile (3.3.2.1)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse (RS 101)
Crus	Rektorenkonferenz der Schweizer Universitäten
CTT	Contrat-type de travail
CVP	Christlichdemokratische Volkspartei
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (SR 642.11)
d.h.	das heisst
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz (SR 235.1)
DTF	Decisioni del Tribunale federale
E.	Erwägung
E-	Entwurf
EAK	Eidgenössische Arbeitskommission

EBA	Eidg. Berufsattest
ebd.	ebenda
EBG	Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann
EDA	Eidg. Departement für auswärtige Angelegenheiten
EDI	Eidg. Departement des Innern
EDK	Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
EFD	Eidg. Finanzdepartement
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EFK	Eidg. Finanzkontrolle
EFZ	Eidg. Fähigkeitszeugnis
EG	Europäische Gemeinschaft
Eidg.	Eidgenössisch
EJPD	Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
EKF	Eidg. Kommission für Frauenfragen
EKFF	Eidgenössische Koordinationskommission für Familienfragen
EKM	Eidg. Kommission für Migrationsfragen
EL	Ergänzungsleistungen
ELG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (SR 831.30)
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
EntsG	Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer; SR 823.20)
EntsV	Verordnung vom 21. Mai 2003 über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (SR 823.201)
EO	Erwerbsersatzordnung
EOG	Bundesgesetz vom 25. September 1952 über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (Erwerbsersatzgesetz; SR 834.1)
EOV	Verordnung zum Erwerbsersatzgesetz (SR 834.11)
EPA	Eidg. Personalamt
EpG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1970 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz; SR 818.101)
ESTV	Eidg. Steuerverwaltung
ESV	Verordnung vom 25. August 1999 über den Umgang mit Organismen in geschlossenen Systemen (Einschliessungsverordnung; SR 814.912)
ETH	Eidg. Technische Hochschule
EU	Europäische Union
EVD	Eidg. Volkswirtschaftsdepartement
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft

f./ff.	folgende/fortfolgende
FamZG	Bundesgesetz vom 24. März 2006 über die Familienzulagen (Familienzulagengesetz; SR 836.2)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FCR	Fédération des Carrossiers Romands
FDP	FDP- Die Liberalen (Fusionspartei der Freisinnig-Demokratischen Partei [FDP] und der Liberalen Partei der Schweiz [LPS])
FF	Feuille fédérale
FH	Fachhochschule
FIFG	Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über die Förderung der Forschung und der Innovation (SR 420.1)
FINMA	Eidg. Finanzmarktaufsicht
FlaM	Flankierende Massnahmen
FR	Freiburg
FRM	Fédération Romande des entreprises de menuiserie, ébénisterie et charpenterie
FRMPP	Fédération Romande des maîtres plâtriers-peintres
FU	Foglio ufficiale
FusG	Fusionsgesetz (SR 221.301)
FZA	Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (mit Anhängen, Prot. und Schlussakte; SR 0.142.112.681)
FZR	Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung
Garanto	Gewerkschaft der Personalgruppen der Zollverwaltung
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GAV FAR	Gesamtarbeitsvertrag für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe
GBS	Grüne Berufe Schweiz
GE	Genf
GEVER	Geschäftsverwaltung
GewSGer	Gewerbliches Schiedsgericht
GL	Glarus
GIG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz; SR 151.1)
GR	Graubünden
GSG	Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge (Gaststaatgesetz; SR 192.12)
GTG	Bundesgesetz vom 21. März 2003 über die Gentechnik im Ausserhumanbereich (Gentechnikgesetz; SR 814.91)
Hrsg.	Herausgeber
IAK	Internationale Arbeitskonferenz
IAO	Internationale Arbeitsorganisation

ICRPD	International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, New York, 13 December 2006 (U.N. Doc.A/61/611)/UN-Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen ( <i>Vorlage von der Schweiz noch nicht ratifiziert</i> )
IGMIB	Interessengemeinschaft Musikinstrumentenbauer
ILO	International Labour Organisation
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (SR 291)
ISS Aviation	Gesellschaft zum Zweck des Erbringens von Dienstleistungen im Bereich der Reinigung und des Unterhaltes von Flugzeugen
AG	Bereich der Reinigung und des Unterhaltes von Flugzeugen
IV	Invalidenversicherung
IVG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (SR 831.20)
i.V.m.	in Verbindung mit
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
Jardin Suisse	Unternehmerverband Gärtner Schweiz
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
JU	Jura
KGer	Kantonsgericht
KiBeV	Kinderbetreuungsverordnung ( <i>Vorlage noch nicht im BBl veröffentlicht</i> )
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KRK	UN-Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107)
KTI	Kommission für Technologie und Innovation
KVG	Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (SR 832.10)
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents (RS 832.20)
LACI	Loi sur l'assurance-chômage (RS 837.0)
LADI	Legge sull'assicurazione contro la disoccupazione (RS 837.0)
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie (RS 832.10)
LCA	Loi sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)
LCD	Loi contre la concurrence déloyale (RS 241)
LDA	Loi sur le droit d'auteur (RS 231.1)
Ldét	Loi sur les travailleurs détachés (RS 823.20)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé (RS 291)
LECCT	Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (RS 221.215.311)
LEg	Loi sur l'égalité (RS 151.1)
LEtr	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (RS 142.20)
LFors	Loi fédérale sur les fors en matière civile (Loi sur les fors; RS 272)
LFus	Loi sur la fusion (RS 221.301)
LMV	Landesmantelvertrag
LPers	Loi sur le personnel de la Confédération (RS 172.220.1)
lit.	Litera (Buchstabe)
LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (RS 935.61)
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur (RS 943.02)

LMV	Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)
LRCF	Loi sur la responsabilité (RS 170.32)
LSE	Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (RS 823.11)
LSEE	Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (RS 142.20)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
LTr	Loi sur le travail (RS 822.11)
LU	Luzern
MedBG	Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinberufe (Medizinalberufegesetz; SR 811.11)
MedReg	Medizinalberuferegister
MINT	Mathematik, Informatik, Naturwissenschaften und Technik
Mio.	Millionen
MiVo-HF	Verordnung des EVD vom 11. März 2005 über Mindestvorschriften für die Anerkennung von Bildungsgängen und Nachdiplomstudien der höheren Fachschulen, SR 412.101.61
MLC	Maritime Labour Convention 2006/ILO-Seearbeitsübereinkommen vom 7. Februar 2006
Mo	Motion
Mrd.	Milliarden
NAV	Normalarbeitsvertrag
NE	Neuenburg
NFA	Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NW	Nidwalden
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
NZZaS	Neue Zürcher Zeitung am Sonntag
OACI	Ordonnance sur l'assurance-chômage (RS 837.02)
OCP	Office cantonal de la population
OdA	Organisation der Arbeitswelt
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (SR 173.110)
OGer	Obergericht
OLT	Ordonnance relative à la loi sur le travail (RS 822.111)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220)
ORC	Ordonnance sur le registre du commerce (RS 221.411)
OS	Offizielle Sammlung des Kantons Zürich
OW	Obwalden
ÖSpG	Gesetz über die öffentlichen Spitäler des Kantons Basel-Stadt (Öffentliche Spitäler-Gesetz)

Pakt I	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (SR 0.103.1)
PBK	Paritätische Berufskommission
PG	Postgesetz vom 30. April 1997 (SR 783.0)
PHV	Verordnung vom 6. Juni 2011 über die Einreise-, Aufenthalts- und Arbeitsbedingungen der privaten Hausangestellten von Personen, die Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen geniessen (Verordnung über die privaten Hausangestellten; SR 192.126)
Po	Postulat
PPF	Loi fédérale sur la procédure pénale (RS 312.0)
PsyG	Bundesgesetz vom 18. März 2011 über die Psychologieberufe (Psychologieberufegesetz; SR 935.81), <i>Vorlage noch nicht in Kraft getreten</i>
PUBLICA	Pensionskasse des Bundes
RAPG	Règlement sur les allocations pour perte de gain (RS 834.11)
resp.	respektive
RK-N	Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates
RK-S	Kommission für Rechtsfragen des Ständerates
RN	Randnote
RS	Recueil systématique; Raccolta sistematica
RtiD	Rivista ticinese di diritto (158)
S.	Seite
SA	société anonyme
SAKE	Schweizerische Arbeitskräfteerhebung
SAMV	Verordnung vom 25. August 1999 über den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Gefährdung durch Mikroorganismen (SR 832.321)
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SBBG	Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen (SR 742.31)
SBF	Staatssekretariat für Bildung und Forschung
SBV	Schweizerischer Baumeisterverband/auch: Schweizerischer Bootbauer-Verband
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SG	St. Gallen
SGB	Schweizerischer Gewerkschaftsbund
SGK	Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit
SGK-N	Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates
SGK-S	Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates
SH	Schaffhausen
SJ	La semaine judiciaire (Genève)
SMGV	Schweizerischer Maler- und Gipserverband
SMU	Schweizerische Metall-Union
SMV	Schweizerischer Milchwirtschaftlicher Verein
SO	Solothurn

sog.	sogenannt
SP	Sozialdemokratische Partei der Schweiz
SPK-N	Staatspolitische Kommission des Nationalrates
SPK-S	Staatspolitische Kommission des Ständerates
SpV	Verordnung vom 4. Juni 2010 über die Landessprachen und die Verständigung zwischen den Sprachgemeinschaften (Sprachenverordnung; SR 411.11)
SR	Systematische Rechtssammlung
ss.	suivant(e)s
SSG	Bundesgesetz vom 23. September 1953 über die Seeschifffahrt unter der Schweizer Flagge (Seeschifffahrtsgesetz; SR 747.30)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung; SR 312.0)
StR	Ständerat
Suva	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SVG	Strassenverkehrsgesetz (SR 741.01)
SVP	Schweizerische Volkspartei
Swisspersona	Personalverband der Bundesverwaltung und der privatisierten Rüstungsunternehmungen des Bundes
Syna	Gewerkschaft Syna
SZ	Schwyz
TAPP	Tribunale d'appello del Cantone Ticino
TC	Tribunal Cantonal
TG	Thurgau
TI	Tessin
TPH	Tribunal des prud'hommes
TPK	Tripartite Kommission
Transfair	Personalverband des Service Public
u. a.	unter anderem
Unia	Gewerkschaft
UNO	United Nations Organization
UPCP	Union du Personnel du Corps de Police
UR	Uri
URG	Urheberrechtsgesetz (SR 231.1)
USA	United States of America
UVEK	Eidg. Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung (SR 832.20)
UVV	Verordnung über die Unfallversicherung (SR 832.202)
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241)
VBPV	Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung (SR 172.220.111.31)
VBZ	Verkehrsbetriebe Zürich
VD	Waadt
VDSG	Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (SR 235.11)
VE-	Vorentwurf

VEP	Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs (SR 142.203)
VG	Verantwortlichkeitsgesetz (SR 170.32)
vgl.	vergleiche
Viscom	Schweizerischer Verband für visuelle Kommunikation
VPOD	Verband des Personals öffentlicher Dienste
VS	Wallis
VSCI	Schweizerischer Carrosserieverband
VSEI	Verband Schweizerischer Elektro-Installationsfirmen
VSSM	Verband Schweizerischer Schreinermeister und Möbelfabrikanten
VVG	Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz; SR 221.229.1)
VWP	Verband Werbetechnik und Print
VZAE	Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (SR 142.201)
VZLS	Verband zahntechnischer Laboratorien der Schweiz
WAK-N	Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates
WAK-S	Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates
WEF	World Economic Forum
WTO	World Trade Organization
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZG	Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210)
ZH	Zürich
zit.	zitiert
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

---

## **A. Gesetzgebung**

Zusammengestellt von  
PIA BUSER, MLaw

---



# I. Allgemeines

## 1. Reformprojekte

### a. Allgemeines

Die Reformprojekte der diesjährigen Berichtsperiode lassen sich noch immer als Nachwirkungen der Wirtschaftsturbulenzen der letzten Jahre verstehen, auch wenn zumindest für die Schweiz eine (vorübergehende) Stabilisierung der Wirtschaftslage eingetreten ist. Mit Blick auf die Befürchtungen vor den mittelfristigen Auswirkungen der gegenwärtigen Währungskrise im Euro- und im US-amerikanischen Wirtschaftsraum sind die gesetzlichen Reformbemühungen jedoch nach wie vor von erheblicher Brisanz. Sowohl auf internationaler als auch auf nationaler Ebene sind Bestrebungen im Gange, die Voraussetzungen des globalen Handels derart zu verändern, um ein ähnliches Szenario wie jenes, welches Ende 2008 zur Banken- und Verschuldungskrise geführt hat, künftig zu verhindern. Der Ruf nach vermehrter Transparenz und Kontrolle zieht nicht nur Folgen für die Lohngestaltung der oberen Kader im Banken- und Versicherungssektor nach sich, sondern scheint auch dem einst verpönten «Whistleblowing» zu grösserer Akzeptanz zu verhelfen. Während die Meinungen zum uneingeschränkten Offenlegen von Staatsinterna i.S.v. «Wikileaks»<sup>1</sup> weit differieren, scheint auf nationaler Ebene ein Umdenken stattgefunden zu haben. Arbeitnehmende, die auf Missstände am Arbeitsplatz hinweisen, sollen sowohl im öffentlich-rechtlichen wie auch im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis besser vor ungerechtfertigten Kündigungen geschützt werden. Um eine Ungleichbehandlung mit aus anderen Gründen ungerechtfertigt gekündigten Arbeitnehmenden zu verhindern, wird im Rahmen des laufenden Gesetzgebungsprozesses die Wirksamkeit des gegenwärtigen *Kündigungsschutzes nach Artikel 336 OR* als solchen neu überdacht.

Im Zusammenhang mit der Ausgestaltung von variablen Lohnvergütungssystemen im Banken- und Versicherungssektor, welche durch zweifelhafte monetäre Anreizsysteme einen wesentlichen Teil zum Versagen des globalen Bankenverkehrs beigetragen haben dürften, wird nicht mehr nur ausschliesslich von Gewerkschaften und diesen nahestehenden Parteien eine Mässigung der Gewinnverteilung an Kadermitglieder gefordert, sondern sind zunehmend die Unternehmen selbst bestrebt, die Nachhaltigkeit ihrer Verhaltensweisen zu reglementieren, was bspw. in den Verhandlungen

---

<sup>1</sup> Zur arbeitsrechtlichen Bedeutung von «Wikileaks» zumindest für den US-amerikanischen Rechtsraum vgl. NOLAN WILLIAM A./HADLEY ROY E., Employment Law and Wikileaks: The Challenge and Opportunity for Employment Liability Managers, in: Employee Relations Law Journal, 2011, Vol. 37, No. 1, S. 25 ff.

gen zu Basel III<sup>2</sup> Ausdruck gefunden hat. Auf nationaler Ebene stehen im Zusammenhang um die Lohndebatte insbesondere die Entwürfe zur «*too big to fail*»-Problematik sowie zur *Abgrenzung zwischen Lohnbestandteil und Tantieme* aus arbeitsrechtlicher Sicht im Vordergrund.

Weiter sind die *Teilrevision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG)* im Bereich der Sozialplanpflicht, die *Neuregelungen des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG)* bezüglich der Tätigkeit von Versicherungsagenten sowie die *Totalrevision des Bundesgesetzes über die Förderung der Forschung und Innovation (FIFG)* Thema dieser Berichtsperiode.

*b. Teilrevision des Obligationenrechts: Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung*

Gegenwärtig regeln die Artikel 336 ff. OR den Kündigungsschutz. Obwohl die Kündigungsfreiheit im schweizerischen Recht die Regel ist, sind dieser bekanntermassen gewisse Schranken gesetzt. Als Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbotes nach Artikel 2 Absatz 2 ZGB findet sich in Artikel 336 OR eine Auflistung der als missbräuchlich zu qualifizierenden Kündigungsgründe. Rechtsfolge einer missbräuchlichen oder ungerechtfertigten Kündigung kann mit Ausnahme der Rache Kündigung nach dem Gleichstellungsgesetz (GlG)<sup>3</sup> jedoch nie die Aufhebung der Kündigung und Wiedereinstellung sein,<sup>4</sup> was auch im Rahmen der nachfolgend kurz umrissenen Revision beibehalten werden soll.<sup>5</sup> Vielmehr zieht eine missbräuchliche oder ungerechtfertigte Kündigung rein finanzielle Konsequenzen nach sich. Nach dem derzeitigen Gesetzeswortlaut von Artikel 336a Absatz 2 OR kann der Richter dem Arbeitnehmer bei ungerechtfertigter Entlassung unter Würdigung der Gesamtumstände eine Entschädigung von bis zu sechs Monatslöhnen zusprechen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes handelt es sich dabei um eine Entschädigung *sui generis*, welche einer Konventionalstrafe ähnlich sei, indem sie sowohl die Funktion einer Wiedergutmachung als auch einer Strafe beinhalte.<sup>6</sup> Arbeitnehmende, welche gewerkschaftliche Funktionen wahrnehmen, geniessen eine Sonderstellung in Bezug auf den Schutz vor miss-

---

<sup>2</sup> Stärkung der Stabilität im Finanzsektor («*too big to fail*»), Eidg. Finanzdepartement (EFD), Stand am 22. Dezember 2010, eingesehen unter: [www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00579/00607/02255/index.html](http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00579/00607/02255/index.html)

<sup>3</sup> Vgl. Art. 10 GlG.

<sup>4</sup> Erläuternder Bericht und Vorentwurf vom September 2010 zur Teilrevision des Obligationenrechtes (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung), S. 6 f.

<sup>5</sup> Vgl. ebd., S. 20 f.

<sup>6</sup> BGE 123 III 391 E. 3c.; vgl. dazu eingehend: Erläuternder Bericht und Vorentwurf vom September 2010 zur Teilrevision des Obligationenrechtes (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung), S. 8 f.

bräuchlicher Kündigung, wodurch die verfassungsmässig garantierte Koalitionsfreiheit konkretisiert wird. Im Gegensatz zum allgemeinen Kündigungsschutz bei Wahrnehmung von verfassungsmässigen Rechten im Sinne von Artikel 336 Absatz 1 litera b OR macht Artikel 336 Absatz 2 litera b bei angestellten Gewerkschaftsmitgliedern keinen Vorbehalt bezüglich der Verletzung oder Beeinträchtigung einer Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis.<sup>7</sup>

Im Rahmen der bereits 2008 ins Rollen gekommenen Revisionsbemühungen um den obligationenrechtlichen Kündigungsschutz sollen nun Arbeitnehmende, welche auf Missstände am Arbeitsplatz hinweisen (sog. «Whistleblower»), nach Ansicht des Gesetzgebers besser geschützt werden. Was auf öffentlich-rechtlicher Ebene für das Bundespersonal bereits infolge einer Änderung von Artikel 22a BPG verwirklicht worden ist,<sup>8</sup> wird für das privatrechtlich ausgestaltete Arbeitsverhältnis im Rahmen einer Revision von Artikel 336 OR angestrebt. Im Zuge der ersten Vernehmlassung im Jahre 2008, welche gezielt den Schutz von Arbeitnehmern bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz thematisierte und in diesem Zusammenhang auch die Treuepflicht mit dem intendierten Artikel 321a VE-OR zu konkretisieren versuchte,<sup>9</sup> kam der Bundesrat zum Schluss, dass die im geltenden Recht vorgesehenen Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung insgesamt überprüft werden müssten. Aus diesem Grund wurde Anfang Oktober 2010 ein weiteres Vernehmlassungsverfahren bezüglich der Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung lanciert.<sup>10</sup> Zur Ausdehnung dieser ursprünglich lediglich auf das «Whistleblowing»-Phänomen bezogenen Debatte auf eine umfassende Synopse zur Verbesserung des Kündigungsschutzes dürfte neben der verschiedentlich geäusserten Kritik der Vernehmlassungsteilnehmer von 2008 wohl auch die aus dem Jahre 2003 stammende Klage des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes (SGB) vor der internationalen Arbeitsorganisation (IAO) beigetragen haben. Sie fügte der Debatte ein zusätzliches Element, nämlich jenes der gewerkschaftsfeindlichen Kündigung, hinzu.<sup>11</sup> In seiner Klage machte der SGB dazumal im Wesentlichen geltend, dass die schweizerische Gesetzgebung bzw. Rechtsprechung zur gewerkschaftsfeindlichen Kündigung nicht den Anforderungen von Arti-

---

<sup>7</sup> Erläuternder Bericht und Vorentwurf vom September 2010 zur Teilrevision des Obligationenrechtes (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung), S. 10 f.

<sup>8</sup> Medienmitteilung des EFD vom 25. Februar 2011; vgl. nachfolgend, S. 71.

<sup>9</sup> Vgl. Vorjahresberichte JAR 2009, S. 51 ff. und JAR 2010, S. 46 f.; weiterführend zur Vorgehensweise bei «Whistleblowing» vgl. KÄLIN THOMAS/KIRCHHOFF KIRSTIN, «Whistleblowing» – eine Anleitung, in: Jusletter vom 20. Juni 2011.

<sup>10</sup> Medienmitteilung des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) vom 1. Oktober 2011.

<sup>11</sup> Vgl. Vorjahresbericht JAR 2010, S. 96.

kel 1 des Übereinkommens Nr. 98 der IAO über die Anwendung des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zur Kollektivverhandlung<sup>12</sup> genüge. Insbesondere wurde vom SGB bemängelt, die vom schweizerischen Recht vorgesehenen Sanktionen seien zu wenig abschreckend, um Arbeitgeber von allfälligen ungerechtfertigten Entlassungen von Mitarbeitern in gewerkschaftlichen Funktionen abzuhalten. Denn obwohl die Maximalentschädigung de lege lata sechs Monatslöhne umfasse, werde von den zuständigen Richtern in der Regel nur eine Entschädigung in der Höhe von drei Monatslöhnen zugesprochen.<sup>13</sup> Während der SGB vor allem die ungenügenden Sanktionsmöglichkeiten bei gewerkschaftsfeindlichen Kündigungen anprangerte, bezogen sich die Einwände der Kritiker des ersten Vorentwurfs vornehmlich auf die allgemeine Ausgestaltung des sachlichen Kündigungsschutzes nach Artikel 336 OR. Vor diesem Hintergrund wurden im Rahmen des zweiten Vorentwurfs die drei genannten, leicht unterschiedlichen Anliegen zur Verbesserung des allgemeinen Kündigungsschutzes bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung, bei gewerkschaftsfeindlicher Kündigung oder im Zusammenhang mit «Whistleblowing» schliesslich zusammengefasst.

Die im zweiten Vorentwurf vorgeschlagenen Änderungen für einen verbesserten Kündigungsschutz umfassen folgende drei Ansatzpunkte:<sup>14</sup>

- Der *Höchstbetrag der Entschädigungen* soll von sechs auf zwölf Monatslöhne erhöht werden und für alle Arten von missbräuchlichen oder ungerechtfertigten Kündigungen gelten. Der Ermessensspielraum bei der Festsetzung der Entschädigung durch das Gericht wird jedoch nicht tangiert (Artikel 336a Absatz 2 und 337c Absatz 3 VE-OR).
- Die *Kündigung von Arbeitnehmervertretern aus wirtschaftlichen Gründen* soll als missbräuchlich qualifiziert werden. Der Vorentwurf beschränkt folglich den Tatbestand des begründeten Anlasses bei der Kündigung von Arbeitnehmervertretern auf Gründe, die mit der Person des Arbeitnehmers zusammenhängen. Begründet wird dieser Entscheid mit dem Umstand, dass Arbeitnehmervertreter in einer wirtschaftlich angespannten Situation, in der sie das Gespräch mit dem Arbeitgeber suchen müssen, nicht entlassen werden dürfen (Artikel 336 Absatz 2 litera b VE-OR).

---

<sup>12</sup> Übereinkommen Nr. 98 der IAO über die Anwendung des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zur Kollektivverhandlung (SR 0.822.719.9).

<sup>13</sup> Erläuternder Bericht und Vorentwurf vom September 2010 zur Teilrevision des Obligationenrechtes (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung), S. 3 f.

<sup>14</sup> Vgl. ebd., S. 23.

- Die *vertragliche Ausweitung des Kündigungsschutzes* durch die Parteien soll zugelassen werden, wenn das Vereinbarte für beide Parteien gleichermaßen gilt oder aber für den Arbeitnehmer günstiger ist. Auf diese Weise soll die Wahrung des Paritätsgrundsatzes sichergestellt werden (Artikel 336 Absatz 3, 336a Absatz 3, 361 und 362 VE-OR).

Insgesamt wurde der Vorentwurf von den interessierten Kreisen kontrovers aufgefasst. Wiederum wurde der Vorschlag von den Gewerkschaften und den ihnen nahestehenden Parteien zwar grundsätzlich befürwortet, ging diesen jedoch teilweise zu wenig weit. Demgegenüber sahen Wirtschaftsvertreter sowie bürgerliche Parteien durch die Heraufsetzung der Entschädigung auf zwölf Monatslöhne Gefahren für kleinere Betriebe. Insbesondere die Regelung, wonach der Kündigungsschutz von Arbeitnehmervertretern verstärkt werden soll, sorgte für unterschiedliche Reaktionen: Während die SP, die Grünen und die Gewerkschaften gar eine Wiedereinstellung von gekündigten gewählten Personalvertretern befürworteten, lehnten Wirtschaftsvertreter, FDP, CVP und SVP den umfassenden Schutz für gewerkschaftliche Tätigkeit ab. Die FDP hielt zudem fest, aus wirtschaftlichen Gründen müsse jedem Arbeitnehmer gekündigt werden können.<sup>15</sup> Betrachtet man die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach eine Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen selbst die Schutzmechanismen bei Betriebsübergang nach OR 333 ausser Kraft setzen lässt, hat dieser Einwand unter dem Aspekt der Kohärenz der Rechtsordnung sicherlich Beachtung verdient.<sup>16</sup>

### c. *Revisionsbemühungen um die Angemessenheit der variablen Lohnvergütung*

Die Frage um die Angemessenheit von *variablen Lohnvergütungen* dominiert seit den Turbulenzen auf dem Finanzmarkt zahlreiche politischen Debatten, werden doch die unangemessenen Vergütungssysteme mit ihren falschen Anreizen als mitverantwortlich für die Inkaufnahme übersteigerter Risiken, welche zur Finanzmarktkrise geführt haben, angesehen. Zentrale Anliegen des Bundesrates in diesem Zusammenhang sind deshalb eine einschränkende Regulierung der Salärssysteme von Finanzunternehmen, welche Staatshilfen beanspruchen müssen, sowie Anpassungen im Bereich des Steuerrechts, um die Abzugsfähigkeit der gesamthaft ausbezahlten variablen Lohnvergütungen als Personalaufwand zu beschränken und um zusätzlich die individuell ausbezahlten Vergütungen auf einem Höchstbetrag zu plafonieren. Während die FINMA bereits am 1. Januar 2010 die Vergütungspolitik von Finanzinstituten aufsichtsrechtlichen Regeln unterstellt hat, wird auf aktienrechtlicher Ebene noch immer versucht,

---

<sup>15</sup> NZZ Online vom 14. Januar 2011.

<sup>16</sup> BGer. 4A\_348/2010 vom 8. Oktober 2010.

einen mehrheitsfähigen *Gegenvorschlag zur eidgenössischen Volksinitiative «gegen die Abzockerei»*<sup>17</sup> zu finden.<sup>18</sup> Parallel dazu wurde im Parlament die *parlamentarische Initiative* der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates (WAK-SR) über die aktien- und steuerrechtliche Behandlung sehr hoher Vergütungen behandelt.<sup>19</sup> Während sich Volksinitiative und Gegenvorschläge grundsätzlich an sämtliche Branchen mit unverhältnismässig hohen Vergütungen richten, setzt sich ein weiteres vom Parlament ausgehendes *Reformprojekt zum Bankengesetz unter dem Stichwort «too big to fail»* gezielt mit dem Umgang von Systemrisiken von Grossbanken auseinander.<sup>20</sup> Wie brisant die Problematik um die exzessiven Lohnvergütungen im Hinblick auf die bevorstehenden Parlamentswahlen ist, zeigt sich auch im Erfolg der lancierten Volksinitiativen, welche die wahrgenommene Einkommensschere in der Bevölkerung aufgreifen.<sup>21</sup>

aa. Aktien- und steuerrechtliche Revisionsversuche für sehr hohe Vergütungen

In Reaktion auf die *Volksinitiative «gegen die Abzockerei»*<sup>22</sup>, welche im Rahmen einer Verbesserung der sog. «Corporate Governance» verlangt, dass die Aktionäre von börsenkotierten Aktiengesellschaften vermehrt auf die Vergütungspolitik des oberen Kaders Einfluss nehmen können,<sup>23</sup> ist das Parlament gegenwärtig mit der Ausarbeitung eines indirekten Gegenvorschlages, welcher sich sowohl an der Initiative als auch am vom Nationalrat entworfenen direkten Gegenvorschlag orientiert, befasst.<sup>24</sup> In diesem Zusammenhang hat der Ständerat in der Wintersession 2010 zwei aufeinanderfolgende Vorlagen zur Änderung des Obligationenrechts und weiterer

---

<sup>17</sup> Eidg. Volksinitiative «gegen die Abzockerei», BBl 2008 2577.

<sup>18</sup> Medienmitteilung der Bundeskanzlei und des EFD vom 28. April 2010.

<sup>19</sup> 10.460 (Parlamentarische Initiative) Aktienrechtliche und steuerrechtliche Behandlung sehr hoher Vergütungen, Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates (WAK-S), eingereicht am 22. Juni 2010.

<sup>20</sup> Medienmitteilung des EFD vom 22. Dezember 2010.

<sup>21</sup> Vgl. Eidg. Volksinitiative «1:12 – Für gerechte Löhne», Zustandekommen am 21. März 2011 (Vorprüfung BBl 2009 6681); Eidg. Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)», Ablauf der Sammelfrist am 25. Juli 2012 (Vorprüfung BBl 2011 907); Eidg. Volksinitiative «Schluss mit den Steuerprivilegien für Millionäre (Abschaffung der Pauschalbesteuerung)», Ablauf der Sammelfrist am 19. Oktober 2012 (Vorprüfung BBl 2011 3551).

<sup>22</sup> Eidg. Volksinitiative «gegen die Abzockerei», BBl 2008 2577.

<sup>23</sup> Vorschau Sommersession 2011 des Ständerates, 08.080 Gegen die Abzockerei. Volksinitiative. OR. Änderung, Stand am 16. Mai 2011, S. 28.

<sup>24</sup> Medienmitteilung der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates (RK-N) vom 8. April 2011.

Bundesgesetze als jeweils indirekten Gegenvorschlag<sup>25</sup> verabschiedet. Vorlage 2 unterscheidet sich von Vorlage 1 lediglich darin, dass sie zusätzlich zu den Bestimmungen der Vorlage 1 aktien- und steuerrechtliche Bestimmungen für den Anteil von Vergütungen, welcher CHF 3 Mio. übersteigt, enthält.<sup>26</sup> Die ergänzte Vorlage 2 stimmt allerdings in mehreren Punkten mit der Initiative überein, richtet sich jedoch auch an nicht börsenkotierte Unternehmen und verzichtet dort, wo Abweichungen bestehen, auf einengende Statutenbestimmungen, Verbote und Strafen, weshalb sie insgesamt als massvoller erachtet wird. Um den indirekten Gegenentwurf zusammen mit der Volksinitiative dem Volk unterbreiten zu können, wurde die Behandlungsfrist der Initiative erstreckt. Noch immer befindet sich das Geschäft deshalb im Differenzbereinigungsverfahren und war zuletzt beim Nationalrat hängig.<sup>27</sup>

Parallel zur Ausarbeitung des Gegenvorschlages ist im Juni 2010 von der WAK-S eine *parlamentarische Initiative* betreffend die aktien- und steuerrechtliche Behandlung sehr hoher Vergütungen eingereicht worden, deren «Tantiemenmodell» von der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates ausgearbeitet worden war.<sup>28</sup> Fokussiert wird dabei eine Revision von Artikel 677 Absatz 1 und 2 OR. Im Ergebnis sieht das «Tantiemenmodell» vor, dass jener Anteil der jährlichen Vergütung von Mitgliedern des Verwaltungsrates oder von Mitarbeitenden der Gesellschaft, der CHF 3 Mio. übersteigt, nicht länger als Lohn, sondern neu als Tantieme im Sinne von Artikel 677 OR zu verstehen sein soll. Zudem sollen derartige Gewinnanteile nur dem Bilanzgewinn entnommen und erst ausbezahlt werden dürfen, nachdem die Zuweisung an die gesetzlichen Reserven erfolgt und eine Dividende von mindestens fünf Prozent den Aktionären ausgerichtet worden ist. Der Bundesrat äusserte sich in seiner Stellungnahme vom Dezember 2010 zu diesem Vorschlag eher kritisch, da ihm das Modell noch nicht ausgereift erschien und es zudem weder mit dem geltenden OR noch mit dem neuen indirekten Gegenvorschlag zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» vereinbar gewesen sei. Demgegenüber favorisierte er das sog. «Kombinationsmodell», welches das genannte «Tantiemenmodell» mit dem «Alternativmodell» der Kommissionsminderheit verbindet. Letzteres orientiert sich am Mechanismus der sog. unzulässigen Vergütungen nach Artikel 731m E-OR gemäss dem indirekten Gegenvorschlag (Vorlage 1) und erachtet sehr hohe Vergütungen von über CHF 3 Mio. pro

---

<sup>25</sup> 10.443 (Parlamentarische Initiative) Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei», Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (RK-S), eingereicht am 20. Mai 2010.

<sup>26</sup> Medienmitteilung der RK-N vom 21. Januar 2011.

<sup>27</sup> Vorschau Sommersession 2011 des Ständerates, 08.080 Gegen die Abzockerei. Volksinitiative. OR. Änderung, Stand am 16. Mai 2011, S. 29 ff.

<sup>28</sup> Medienrohstoff des EJPD vom 3. Dezember 2010, Überblick über die Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts.

Geschäftsjahr grundsätzlich als unzulässig, wenn die Erfolgsrechnung einen Jahresverlust aufweist oder das Aktienkapital und die gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt sein sollten.<sup>29</sup>

bb. Revision des Bankengesetzes (BankG) im Rahmen der «too big to fail»-Problematik

Auch im Rahmen der «too big to fail»-Problematik bilden die *Vergütungssysteme systemrelevanter Banken* Anlass zur Diskussion. Im Rahmen der Revision des Bankengesetzes (BankG)<sup>30</sup> hat der Bundesrat im April 2011 die Botschaft zu den Gesetzesvorschlägen für den Umgang mit Systemrisiken von Grossbanken verabschiedet. Neben der Pflicht zum Aufbau höherer Eigenmittel, strengeren Liquiditätsvorschriften und der Pflicht zur besseren Risikoverteilung beinhaltet der Entwurf die Bestimmung, dass systemrelevante Banken auch bei deren Konzernobergesellschaften im Falle von Staatshilfe Eingriffe in ihr Vergütungssystem hinnehmen müssen. Durch die vorgeschlagenen Massnahmen sollen massive Folgekosten schwerer Finanzkrisen für die gesamte Volkswirtschaft vermieden werden und langfristig das Vertrauen in den Finanzplatz Schweiz gestärkt werden.<sup>31</sup> Die Vorlage wird vom Erstrat voraussichtlich in der Sommer- und vom Zweitrat in der Herbstsession 2011 beraten werden, weshalb die Gesetzesänderungen frühestens Anfang 2012 in Kraft treten könnten.<sup>32</sup>

d. *Teilrevision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)*

Um die *Sanierung von Unternehmen* zu erleichtern, wird gegenwärtig die Teilrevision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)<sup>33</sup> weiter vorangetrieben, welche hinsichtlich des Arbeitnehmerschutzes auch Anpassungen im Obligationenrecht notwendig machen wird.<sup>34</sup> Grundsätzlich stellt das Insolvenzrecht de lege lata zwar sachgerechte und praktikable Lösungen zur Verfügung, gerade in Bezug auf die Unternehmenssanierung sind jedoch die Neugestaltung und Konkretisierung gewisser Bestimmungen insbesondere in Bezug auf das Nachlassver-

---

<sup>29</sup> Medienmitteilung des EJPD vom 3. Dezember 2010.

<sup>30</sup> Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG), SR 952.0.

<sup>31</sup> Medienmitteilung des EFD vom 20. April 2011.

<sup>32</sup> Stärkung der Stabilität im Finanzsektor («too big to fail»), EFD, Stand am 22. Dezember 2010, eingesehen unter: [www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00579/00607/02255/index.html?](http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00579/00607/02255/index.html?)

<sup>33</sup> Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), SR 281.2.

<sup>34</sup> Vgl. Vorjahresbericht JAR 2010, S. 4 f.

fahren dringend angezeigt. Anlässlich dieser punktuellen Verbesserung der Schwachstellen des geltenden Rechts soll die Sanierungssituation im Konzernverhältnis besondere Beachtung finden. Die Schaffung eines spezifischen Konzernkonkursrechts für Grossinsolvenzen ist vom Bundesrat jedoch nicht als erforderlich erachtet worden.<sup>35</sup> Im Detail sieht die Botschaft zur Teilrevision des SchKG namentlich eine Erweiterung der Rechtsfolgen der Nachlassstundung, eine Modifikation von Aktionärs- und Gläubigerrechten und eine Regelung zum Schicksal von Dauerschuldverhältnissen (mit Ausnahme der Auflösung von Arbeitsverhältnissen) vor. Aus arbeitsrechtlichem Blickwinkel von erhöhtem Interesse sind jedoch die weiter im Rahmen der Botschaft thematisierten Revisionsbestrebungen hinsichtlich dem Wegfall der Übernahmepflicht von Arbeitsverhältnissen durch den Erwerber im Insolvenzfall sowie der Anwendbarkeit von Bestimmungen zur Massentlassung bei Betriebseinstellung infolge gerichtlichem Entscheid, im Konkurs oder bei einem Nachlassvertrag. Damit verbunden ist die aufgeworfene Frage nach der Schaffung einer allgemeinen Sozialplanpflicht.<sup>36</sup>

In der Sanierungspraxis besteht bislang grosse Unsicherheit, inwiefern Artikel 333 Absatz 1 OR, welcher den *Übergang von Arbeitsverhältnissen* bei der Betriebsveräusserung vom ehemaligen Arbeitgeber auf den Erwerber ipso iure vorsieht, auch im Insolvenzverfahren anwendbar ist. Die Lehre ist sich diesbezüglich uneinig und auch das Bundesgericht konnte nicht für Klarheit in dieser Angelegenheit sorgen.<sup>37</sup> Lediglich bejaht worden ist von der höchstrichterlichen Rechtsprechung, dass die in Artikel 333 Absatz 1 bzw. 3 OR statuierte Solidarhaftung des Erwerbers nicht auf Fälle der Unternehmenssanierung anwendbar sei.<sup>38</sup> Da nach Ansicht des Bundesrates im Sanierungsfall faktisch keine Arbeitsplatzsicherheit existiert (schliesslich ist der Erwerber berechtigt, der Belegschaft unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist im Anschluss an den Betriebsübergang zu kündigen), favorisiert er trotz Protesten von Arbeitnehmerseite die bereits im Vorentwurf vorgeschlagene Lösung, wonach bei Betriebsübergang im Insolvenzfall kein automatischer Übergang der Arbeitsverhältnisse stattfände (Artikel 333b VE-OR). Auf diese Weise werde der Arbeitnehmerschutz nicht auf einer rein dogmatisch-theoretischen Betrachtungsweise, sondern auf einer effektiven Ebene geschützt. Gleichzeitig ist in Artikel 333b E-OR jedoch die Möglichkeit zur vereinbarten Übernahme der Belegschaft bei Betriebsübergang infolge Insolvenz normiert. In Widerspruch zur gegenwärtigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes soll gemäss Entwurf in Bezug auf die so übernommenen Arbeitnehmenden die überneh-

---

<sup>35</sup> Medienmitteilung des EJPD vom 8. September 2010.

<sup>36</sup> Botschaft vom 8. September 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht), BBl 2010 6455, S. 6456 f.

<sup>37</sup> Vgl. ebd., S. 6494 f.

<sup>38</sup> Vgl. BGE 129 III 335, 349.

mende Partei zusammen mit dem Veräusserer eine Solidarhaftung im Sinne von Artikel 333 Absatz 1 bzw. 3 OR treffen.<sup>39</sup>

Festgehalten werden soll dagegen auch für den Fall der Insolvenz an der *Konsultationspflicht* des Arbeitgebers gegenüber der Arbeitnehmervertretung oder, falls eine solche fehlt, gegenüber den Arbeitnehmern im Sinne von Artikel 333a OR. Abweichend vom Vorentwurf muss die Konsultationspflicht der Arbeitnehmervertretung in jedem Fall zur Anwendung kommen, d.h. sowohl bei der Liquidation des Betriebes als auch beim ordentlichen Nachlassvertrag. Eine besondere Konsultationspflicht obliegt dem Arbeitgeber grundsätzlich im Falle von Massenentlassungen nach Artikel 335f Absatz 2 OR. Eine Ausnahme dazu bildet Artikel 335e OR, wonach die Konsultationspflicht nicht bei Betriebseinstellungen infolge gerichtlicher Entscheidungen besteht, da in diesem Fall die Weiterbeschäftigung der Belegschaft dem Einflussbereich des Arbeitgebers entzogen ist. Unter den Begriff der «gerichtlichen Entscheidung» fällt nach herrschender Lehre auch die Konkursöffnung, nicht jedoch die Nachlassstundung, da dabei die Mitwirkung der Arbeitnehmer durchaus sinnvoll ist. Dies hat das Bundesgericht bereits für die provisorische Nachlassstundung<sup>40</sup> bestätigt, dasselbe soll neu auch für die definitive Stundung gelten.<sup>41</sup>

In der Schweiz existiert abgesehen von den Regelungen im Bundespersonalgesetz und in Gesamtarbeitsverträgen selbst dann keine *allgemeine Sozialplanpflicht*, wenn aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt wird. Die Revision sieht neu in den Artikeln 335h und 335i E-OR für den Arbeitgeber die Pflicht zur Führung von Verhandlungen mit der Belegschaft bei Massenentlassungen, welche mit der Vereinbarung eines Sozialplanes enden sollen, vor. Kann keine Einigung erzielt werden, soll ein Sozialplan auf Gesuch einer Partei hin durch den verbindlichen Entscheid eines Schiedsgerichts aufgestellt werden können. Die Sozialplanpflicht soll nach Ansicht des Bundesrates jedoch nur auf grössere Betriebe und bei Massenentlassungen Anwendung finden.<sup>42</sup> Keine Auswirkungen soll sie dagegen namentlich im Rahmen eines Insolvenzverfahrens (Konkurs- oder Nachlassverfahren) entfalten (Artikel 335k E-OR).<sup>43</sup> Artikel 335j E-OR regelt die Modalitäten hinsichtlich der Einigung vor dem *Schiedsgericht*. Auf das Verfahren vor dem Schiedsorgan ist weiterhin die Anwendbarkeit von Artikel 353 ff. ZPO intendiert.<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup> Botschaft vom 8. September 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht), BBl 2010 6455, S. 6495 f.

<sup>40</sup> Vgl. BGE 130 III 102, 108.

<sup>41</sup> Botschaft vom 8. September 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht), BBl 2010 6455, S. 6496 f.

<sup>42</sup> Vgl. ebd., S. 6497.

<sup>43</sup> Vgl. ebd., S. 6501.

<sup>44</sup> Vgl. ebd., S. 6500.

Es ist vorgesehen, die erwähnten Bestimmungen in den zwingenden Katalog von Artikel 362 Absatz 1 OR aufzunehmen, wodurch weder zugunsten noch zuungunsten der Arbeitnehmenden von ihnen abgewichen werden könnte.<sup>45</sup>

e. *Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG)*

Die bereits seit Längerem beschlossene *Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG)*<sup>46</sup> bezweckt die Anpassung des über hundertjährigen Gesetzes an die veränderten Gegebenheiten und Bedürfnisse der heutigen Zeit sowie die Verbesserung des Konsumentenschutzes.<sup>47</sup> Für das Arbeitsrecht von zentraler Bedeutung sind dabei die Neuerungen hinsichtlich der Versicherungsagenten. Bekanntermassen wird im Privatversicherungsrecht in Abweichung zum obligationenrechtlichen Verständnis des Agentenbegriffs zwischen selbstständigen und unselbstständigen Versicherungsagenten unterschieden. Letztere unterstehen in der Regel einem Arbeits- oder Handelsreisendenvertrag.<sup>48</sup> Während unter den Versicherungsagenten die meisten Aussendienstmitarbeiter als Handelsreisende im Sinne von Artikel 347 ff. OR qualifiziert werden,<sup>49</sup> gelten die Innendienstmitarbeiter als Arbeitnehmer und sind, sofern sie Vermittlungshandlungen ausüben, aufgrund der umfassenden Definition des Vermittlerbegriffs ebenfalls zu den Agenten zu zählen.<sup>50</sup> Mit der ins Auge gefassten Totalrevision soll eine strikte Trennung zwischen Maklern und Agenten erreicht sowie in Bezug auf den Agenten die Rechtslage, welche vor der Teilrevision von 2004 massgebend gewesen ist, weitgehend wieder hergestellt werden.<sup>51</sup> Während nämlich das VVG in seiner aktuellen Fassung nur einen einzigen Artikel zum Agentenrecht kennt (Artikel 34 VVG),<sup>52</sup> werden mit den neu zu schaffenden Bestimmungen zum Agentenrecht sowohl der Pflichtenkreis als auch die Vertretung und Haftung des Agenten neu statuiert. Konkret nimmt Artikel 70 E-VVG Bezug auf die dem Versicherungsagenten obliegenden Pflichten gegenüber dem Versicherungsnehmer sowie implizit gegenüber dem Versicherungsunternehmen. Artikel 71 E-VVG normiert die Vertretung sowie die Haftung von Versicherungsagenten dahingehend, als dass sie ermächtigt sein sollen, im Namen des Versicherungsunternehmens

---

<sup>45</sup> Vgl. ebd.

<sup>46</sup> Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertrag, VVG), SR 221.229.1.

<sup>47</sup> Medienmitteilung des EFD vom 2. Februar 2011.

<sup>48</sup> FUHRER STEPHAN, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011, S. 172 RN 7.23.

<sup>49</sup> Vgl. ebd., S. 180 RN 7.54

<sup>50</sup> Vgl. ebd., S. 172 RN 7.24 und S. 183 RN 7.64.

<sup>51</sup> Vgl. ebd., S. 196 RN 7.107.

<sup>52</sup> Vgl. ebd., S. 176 RN 7.40.

mens Verträge abzuschliessen und alle Rechtshandlungen vorzunehmen, welche die Art ihrer Tätigkeit gewöhnlich mit sich bringt. Die Vernehmlassungsteilnehmer kritisierten diesbezüglich die Vermengung von Abschluss- und Vermittlungsagenten und es herrschte Uneinigkeit über die Bedeutung der gesetzlichen Abschlussvollmacht.<sup>53</sup>

Die Botschaft zur Totalrevision des VVG wird gegenwärtig vom eidgenössischen Finanzdepartement ausgearbeitet.<sup>54</sup>

*f. Totalrevision des Bundesgesetzes über die Förderung der Forschung und Innovation (FIFG)*

Der bereits in der Vorjahresberichtsperiode<sup>55</sup> in die Vernehmlassung gegebene Entwurf zur Totalrevision des *Bundesgesetzes über die Förderung der Forschung und Innovation (FIFG)*<sup>56</sup> will das aus dem Jahre 1983 stammende Forschungsgesetz erneuern, welches bereits zahlreichen Ergänzungen und Anpassungen unterzogen worden ist. Bedingt durch die weitgehend positive Resonanz auf den Vorentwurf im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens ist der Entwurf lediglich in den Punkten Regulierungsdichte und Begriffsrahmen (Legaldefinitionen), Aufgaben der Förderorgane im Bereich der internationalen Zusammenarbeit, gesetzliche Rahmenregelungen für die Ressortforschung sowie Präzisierung der Umsetzungsformen für einen schweizerischen Innovationspark zu überarbeiten. Der redigierte Entwurf ist für das zweite Quartal 2011 erwartet worden.<sup>57</sup>

## 2. Initiativen

*a. Volksinitiativen (Zustandekommen)*

Volksinitiative «1:12 – Für gerechte Löhne» (BBl 2011 3725)

Volksinitiative «Pädophile sollen nicht mit Kindern arbeiten dürfen» (BBl 2011 4435)

*b. Standesinitiativen*

*Kanton Zug:* Einführung eines Aus- und Weiterbildungsabzuges von Kindern und Jugendlichen in der Steuergesetzgebung (11.300)

---

<sup>53</sup> Bericht des EFD vom Oktober 2009 über die Vernehmlassungsergebnisse zur Revision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG), S. 38 f.

<sup>54</sup> Medienmitteilung des EFD vom 2. Februar 2011.

<sup>55</sup> Vgl. Vorjahresbericht JAR 2010, S. 11 f.

<sup>56</sup> Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über die Förderung der Forschung und der Innovation (Forschungs- und Innovationsförderungsgesetz, FIFG), SR 420.1.

<sup>57</sup> Medienmitteilung des Eidg. Departements des Innern (EDI) vom 1. September 2010.

### c. *Parlamentarische Initiativen*

- Neiryнк*: Gebührenreduktion für die eidgenössische Medizinalprüfung (10.488)
- Prelicz-Huber*: Änderung des Arbeitslosenversicherungsgesetzes. Gleiche Abzüge für alle Einkommen (10.491)
- Dunant*: Neues Gesetz über den Leumund und das Leumundszeugnis (10.493)
- Sommaruga*: Stopp dem Lohndumping und dem Missbrauch bei Unteraufträgen (10.502)
- De Bumann*: Wiedereinführung der Kantonsklausel im Arbeitslosenversicherungsgesetz (10.504)
- Kommission für Rechtsfragen NR*: Richterverordnung. Überprüfung des Lohnsystems für Richterinnen und Richter (10.505)
- Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit NR*: Legal Quote (10.507)
- Kommission für Rechtsfragen NR*: Kinderbetreuung. Einschränkung der Bewilligungspflicht (10.508)
- FDP-Liberale Fraktion*: AHV. Schuldenbremse (10.509)
- FDP-Liberale Fraktion*: AHV. 65/65 (10.510)
- Forster-Vannini*: AHV. 65/65 (10.524)
- Robbiani*: Zugang zu arbeitsmarktlichen Massnahmen im AVIG (10.529)
- Hiltbold*: Regelung der Mediatorentätigkeit in der Schweiz (10.531)
- Kaufmann*: Keine Wettbewerbsverzerrung gegenüber privaten Bildungsanbietern (10.532)
- Reimann*: Systemwechsel. Punktesystem statt unkontrollierter Zuwanderung (10.535)
- Sommaruga*: Das Berufsgeheimnis von Geistlichen (10.540)
- Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit StR*: Sicherung der AHV-Finanzierung (11.430)
- Lumengo*: Regelung der Telearbeit in der Schweiz (11.433)
- Gysin*: Keine Schein-Selbständigkeit und keine Umgehung der flankierenden Massnahmen (11.435)
- Weber-Gobet*: Beitragsrahmenfrist für die über 55-Jährigen im revidierten Arbeitslosenversicherungsgesetz anpassen (11.442)

## 3. Motionen und Postulate (Übersicht)

In der Berichtsperiode überwiesene Motionen (Mo) und Postulate (Po):

### a. *Arbeit und Bildung*

- Aussenpolitische Kommission NR*: Ratifizierung von ILO Konventionen (10.3636 Po)

*Aussenpolitische Kommission NR*: Beobachterstatus der ILO bei der WTO (10.3637 Po)

*Hodgers*: Ausschreibungsverfahren des Bundes. Gerechte Verteilung auf die Sprachregionen (10.3646 Po)

*Tschümperlin*: Normalarbeitsvertrag für die Landwirtschaft (10.3677 Mo)

*Streiff-Feller*: Zwei Wochen bezahlter Vaterschaftsurlaub (10.3700 Mo)

*Brändli*: Die Zuwanderung in geordnete Bahnen lenken (10.3721 Mo)

*Häberli-Koller*: Strategie für die Forschungsinfrastrukturen an den Hochschulen (10.3733 Po)

*Ingold*: Mehr Ausbildungsplätze für Jugendliche mit schwachem Schulrucksack (10.3738 Po)

*Bischofberger*: Den Zustrom von Studierenden aus dem Ausland wirksam und sinnvoll steuern (10.3764 Po)

*Schmid-Federer*: Wissenschaftliche Nachwuchsförderung verbessern (10.3774 Po)

*Brönnimann*: Neun obligatorische Schuljahre an der Volksschule sind genug (10.3789 Mo)

*Pfister*: Den Zustrom von Studierenden aus dem Ausland wirksam und sinnvoll steuern (10.3812 Po)

*Stump*: Koordination von Rekrutenschule und Studium (10.3832 Mo)

*De Bumann*: Boniverbot für defizitäre Unternehmen (10.3836 Mo)

*Bänziger*: Mehr Transparenz bei den bilateralen Verträgen zwischen der Schweiz und der EU (10.3857 Mo)

*Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur NR (10.454)*: Bundeskompetenz für Mindestzahl von Studienplätzen an medizinischen Fakultäten (10.3886 Mo)

*Kommission für Wirtschaft und Abgaben NR (08.3853)*: Steuerliche Fördermassnahmen im Bereich der Forschung und Entwicklung (10.3894 Po)

*Flüglistaller*: Neugestaltung des Bundespersonalgesetzes (10.3918 Mo)

*Simoneschi-Cortesi*: Lohngleichheit von Frauen und Männern. Kontrollmechanismus (10.3934 Mo)

*Zisyadis*: Nationale Auszeichnung für die besten Arbeiterinnen und Arbeiter (10.3939 Mo)

*FDP-Liberale Fraktion*: Bürokratie bekämpfen bei der Lohnadministration (10.3948 Mo)

*Noser*: Mehr Nutzen aus Freihandelsabkommen durch Kreuzkummulation (10.3971 Po)

*Perrinjaquet*: Zweisprachiger Unterricht als politisches Ziel (10.4052 Mo)

*Freysinger*: Mobbing-Strafnorm (10.4054 Mo)

*Nordmann*: Eltern von Kleinkindern unterstützen (10.4117 Mo)

*Teuscher*: Anspruch auf angemessenen Lohnersatz bei Aufschub des Mutterschaftsurlaubs (10.4125 Po)

*Estermann*: Neue Einwanderungsregeln für bessere Integration (10.4144 Mo)

*Von Graffenried*: Eine Männer- und Väterpolitik für den Bund (10.4155 Mo)

*Malama*: Verminderung des administrativen Aufwandes beim Personalverleih (10.4162 Mo)  
*Rennwald*: Neue Arbeitszeitmodelle (11.3349 Mo)  
*Schmid-Federer*: Unbezahlter Vaterschaftsurlaub (11.3361 Mo)  
*Sozialdemokratische Fraktion*: Institutionelle Probleme des bilateralen Weges demokratiepolitisch annehmbar lösen (11.3434 Mo)  
*Pedrina*: Flankierende Massnahmen. Verstösse gegen Normalarbeitsverträge endlich sanktionieren (11.3363 Mo)  
*Carobbio Guscetti*: Bilaterale Abkommen. Wirksame Massnahmen zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit (11.3364 Mo)  
*Stadler*: Zusätzliche organisatorische Schranken zur Reduktion des Problems «too big to fail» (11.3473 Po)  
*Jositsch*: Demographische Entwicklung und Auswirkung auf die duale Berufsbildung (11.3483 Po)

*b. Soziale Sicherheit*

*Rechsteiner*: Publikation des Untersuchungsberichtes zum Fall Gemini (10.3710 Mo)  
*Maire*: Solidarität mit Regionen, die besonders von Arbeitslosigkeit betroffen sind (10.3715 Mo)  
*Baettig*: Krankenversicherungsgesetz. Einführung des Singapur-Modells (10.3741 Mo)  
*Berberat*: Solidarität mit Regionen, die besonders von Arbeitslosigkeit betroffen sind (10.3744 Mo)  
*Maury Pasquier*: Verringerung übermässiger Reserven in der obligatorischen Krankenversicherung (10.3745 Mo)  
*Humbel*: Einführung einer gesamtschweizerischen Kosten-Nutzen-Bewertung von medizinischen Leistungen (10.3754 Po)  
*Walter*: Sinnvolle Verwendung der KVG-Taggeldreserven (10.3788 Mo)  
*Graber*: Administrative Entschlackung des BVG (10.3795 Mo)  
*Giezendanner*: Transparenz bei den Entschädigungen bei Krankenkassen (10.3799 Mo)  
*Humbel*: Wirksame Taggeldversicherung bei Krankheit (10.3821 Mo)  
*Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit NR (08.3853)*: Reserven in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (10.3887 Mo)  
*Thanei*: Auswertung der Vorzüge in der beruflichen Vorsorge (10.3906 Po)  
*Meyer-Kaelin*: Ein Punktesystem für die Rente (10.3908 Mo)  
*Bänziger*: Bevorzugung von Firmen mit Stellen für die berufliche Integration (10.3938 Mo)  
*Ingold*: First place, then train bei der Arbeitseingliederung von psychisch Kranken (10.4003 Mo)  
*Glanzmann-Hunkeler*: Anrechenbare Wohnkosten bei Ergänzungsleistungen zu AHV/IV (10.4019 Mo)  
*Leutenegger Oberholzer*: Erodieren die Mittelschicht? (10.4023 Po)

*Hochreutner*: Onlineschalter für KMU bei den Sozialversicherungen (10.4044 Mo)  
*Fehr*: Verteilung des Wohlstandes in der Schweiz (10.4046 Po)  
*Rossini*: Eine Versicherung der beruflichen Integration und Eingliederung? (10.4091 Po)  
*Favre*: EO-Entschädigung für die Ausbildung von Berufsbildnerinnen und Berufsbildnern (10.4092 Po)  
*Baumann*: Rettung unserer Pensionskassen vor dem staatlichen Raubzug nach ungarischem Muster (10.4096 Mo)  
*Lumengo*: Abzug der Prämien für die Krankenversicherung und für die private Unfallversicherung vom steuerbaren Einkommen (10.4110 Mo)  
*Heim*: Sparen auf Kosten der Kranken? (10.4124 Mo)  
*Stahl*: Krankenversicherung. Wählbare Franchisen und Vertragsdauer (10.4161 Mo)  
*Rennwald*: Inkrafttreten des neuen Arbeitslosenversicherungsgesetzes. Auswirkungen (11.3321 Po)

## 4. Konjunkturdaten und Arbeitsmarkt

### a. Konjunkturlage

Die Erholung der *Weltwirtschaft* von den Auswirkungen der grossen Rezession verlief in den letzten Jahren sehr unterschiedlich. In den Industrieländern schritt die konjunkturelle Rekonvaleszenz mehrheitlich in gemächlichem Tempo voran, wobei sich insbesondere die Staatsschuldenkrise im Euroraum weiter verschärfte. Ebenso wurde der US-Wirtschaft angesichts der anhaltenden Schwäche des Immobilienmarktes und der gedämpften Aussichten für den privaten Konsum nur ein moderates Wachstum vorhergesagt.<sup>58</sup> Weiter sorgten die Entwicklungen im Zusammenhang mit der drohenden atomaren Katastrophe in Japan für Unsicherheit auf den Weltmärkten.<sup>59</sup> Demgegenüber konnten 2010 zahlreiche Schwellenländer eine hohe Wachstumsdynamik erzielen.<sup>60</sup>

Im Schatten dieser Entwicklungen auf dem Weltmarkt konnte die *Schweiz* ihr Wachstum im Berichtsjahr trotz Frankenstärke fortsetzen,<sup>61</sup> obwohl sich in der ersten Jahreshälfte 2011 bereits erste Verlangsamungsanzeichen durch die schwierige Währungssituation bemerkbar machten.<sup>62</sup> Im 3. *Quartal 2010* verzeichnete das Bruttoinlandprodukt (BIP) gegenüber

---

<sup>58</sup> Konjunkturtendenzen Winter 2010/2011 vom 3. Januar 2011 des Staatssekretariates für Wirtschaft (SECO), S. 2.

<sup>59</sup> Konjunkturtendenzen Frühjahr 2011 vom 29. März 2011 des SECO, S. 1.

<sup>60</sup> Konjunkturtendenzen Winter 2010/2011 vom 3. Januar 2011 des SECO, S. 2.

<sup>61</sup> Konjunkturtendenzen Frühjahr 2011 vom 29. März 2011 des SECO, S. 1.

<sup>62</sup> Medienmitteilung des SECO vom 14. Juni 2011.

dem Vorquartal einen Zuwachs von real 0,7 Prozent. Dazu beigetragen haben namentlich der private Konsum, welcher gegenüber dem Vorquartal real um 0,3 Prozent gewachsen ist, sowie die Bruttoanlageinvestitionen. Dagegen wirkte der Aussenhandel mit einem Rückgang von drei Prozent, der vornehmlich auf die sinkende Nachfrage im Dienstleistungssektor zurückzuführen ist, dämpfend.<sup>63</sup>

Im 4. *Quartal* 2010 hat das BIP gegenüber dem 3. Quartal 2010 um weitere 0,9 Prozent zugenommen, woraus für das Gesamtjahr 2010 ein BIP-Wachstum von 2,6 Prozent resultierte.<sup>64</sup> Wiederum waren für diesen Zuwachs der private Konsum, die Bruttoanlageinvestitionen sowie im Gegensatz zum Vorquartal ein Zuwachs beim Warenverkehr verantwortlich. Weiterhin negativ verlief dagegen die Entwicklung bei den Dienstleistungsexporten, welche um 2,5 Prozent gegenüber dem Vorquartal zurückgingen.<sup>65</sup>

Nach diesen relativ starken Quartalen kam es beim BIP-Wachstum im 1. *Quartal* 2011 jedoch erstmals wieder zu einer leichten Abschwächung von lediglich plus 0,3 Prozent gegenüber dem Vorquartal bzw. 2,4 Prozent gegenüber dem Vorjahresquartal. Experten erwarten deshalb für 2011 ein BIP-Wachstum von 2,1 Prozent und für 2012 eine Abschwächung auf 1,5 Prozent.<sup>66</sup>

#### b. *Arbeitslosigkeit*

Die *Arbeitslosigkeit* ging im 3. Quartal 2010 weiter zurück, so dass sich das Beschäftigungswachstum leicht verlangsamt fortsetzen konnte. Ende November sank die Arbeitslosenquote somit saisonbereinigt auf 3,6 Prozent.<sup>67</sup> Auch im 4. Quartal 2010 setzte sich der Rückgang der Arbeitslosenquote fort und sank Ende Februar 2011 um weitere 0,2 Prozent auf 3,4 Prozent.<sup>68</sup> Im 1. Quartal 2011 setzte sich das Beschäftigungswachstums leicht verlangsamt fort, wodurch die Arbeitslosenquote Ende Mai 2011 saisonbereinigt auf drei Prozent sank.<sup>69</sup> Die Konjunkturauguren haben allerdings aufgrund einer wohl nachlassenden Wirtschaftsdynamik ein Stocken der Beschäftigungszahl für die zweite Jahreshälfte 2011 sowie für 2012 prognostiziert. Erwartet wird eine Arbeitslosenquote von 3,1 Prozent im Jahresdurchschnitt für 2011 und 3,3 Prozent für 2012.<sup>70</sup>

---

<sup>63</sup> Medienmitteilung des SECO vom 2. Dezember 2010.

<sup>64</sup> Konjunkturtenenzen Frühjahr 2011 vom 29. März 2011 des SECO, S. 1.

<sup>65</sup> Medienmitteilung des SECO vom 1. März 2011 sowie Korrigendum zur Medienmitteilung des SECO vom 2. März 2011.

<sup>66</sup> Medienmitteilung des SECO vom 14. Juni 2011.

<sup>67</sup> Konjunkturtenenzen Winter 2010/2011 vom 3. Januar 2011 des SECO, S. 1.

<sup>68</sup> Konjunkturtenenzen Frühjahr 2011 vom 29. März 2011 des SECO, S. 1.

<sup>69</sup> Konjunkturtenenzen Sommer 2011 des SECO vom 14. Juni 2011, S. 1.

<sup>70</sup> Vgl. ebd., S. 2.

### c. Lohnentwicklung

Im Jahr 2010 stiegen die *Nominallöhne* um durchschnittlich 0,8 Prozent, was der geringsten Zunahme seit 1999 entspricht. Auch verglichen mit den beiden Vorjahren (2008: Zunahme um 2,0 Prozent; 2009: Zunahme um 2,1 Prozent) stellt dies einen markanten Rückgang des Lohnwachstums dar. Ursächlich für diese Entwicklung dürften die seit dem Jahr 2009 andauernde Wirtschaftskrise sowie die auf sehr tiefem Niveau gehaltene Inflation sein. Im Rahmen der wichtigsten Gesamtarbeitsverträge, welche rund eine halbe Million Arbeitnehmende abdecken, wurde für das Jahr 2010 eine *Effektivlohnerhöhung* von durchschnittlich 0,7 Prozent vereinbart. Auch die *Reallöhne* konnten 2010 mit einer Zunahme von lediglich 0,1 Prozent kaum zulegen. Diese Quasistagnation erklärt sich durch den Umstand, dass sich die mässige Nominallohnsteigerung (+0,8 Prozent) und die Inflation (+0,7 Prozent) praktisch die Waage gehalten haben. Obwohl auch die Finanzmärkte weiterhin von den Auswirkungen der Finanzmärkte betroffen waren, wies der Bankensektor eine Nominallohnsteigerung von 1,5 Prozent auf, was trotz des markanten Rückgangs gegenüber dem Vorjahr (2009: Zunahme um 1,8 Prozent) die stärkste Lohnentwicklung aller Wirtschaftszweige darstellt. Schlusslicht der Nominallohnentwicklung im Jahr 2010 bildete demgegenüber der Maschinen- und Fahrzeugbau, welcher keine Lohnsteigerung gegenüber dem Vorjahr verzeichnen konnte.<sup>71</sup>

### d. Arbeitszeit

Die betriebsübliche Wochenarbeitszeit der Vollzeitarbeitnehmenden betrug im Jahr 2010 durchschnittlich 41,6 Stunden. Im europäischen Vergleich lag die Schweiz damit lediglich hinter Island (43,6 Stunden), dem Vereinigten Königreich (42,2 Stunden) und Österreich (42,1 Stunden).<sup>72</sup> Unterteilt nach Sektoren zeigte sich folgendes Bild: Der erste Sektor mit einer wöchentlichen Normalarbeitszeit von 42,3 Stunden sowie der dritte Sektor mit 41,7 Stunden lagen über dem schweizerischen Landesdurchschnitt, während sich der zweite Sektor mit einer wöchentlichen Normalarbeitszeit von 41,4 Stunden leicht hinter diesem positionierte.<sup>73</sup> Insbesondere die Branchen Abfallentsorgung (43,1 Stunden), Verkauf und Lagerei (42,5 Stunden), Gastronomie (42,3 Stunden) sowie Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden (42,3 Stunden) wiesen 2010 eine überdurchschnittliche wöchentliche Normalarbeitszeit auf. Unterdurchschnittliche Werte waren dagegen in der Telekommunikationsbranche (40,1 Stunden),

---

<sup>71</sup> Medienmitteilung des Bundesamtes für Statistik (BFS) vom 7. April 2011.

<sup>72</sup> Publikation des BFS vom 27. Juli 2011, Arbeitsmarktindikatoren 2011 Kommentierte Ergebnisse für die Periode 2005–2011 (Auszug aus der umfassenden Publikation «Arbeitsmarktindikatoren»), S. 18.

<sup>73</sup> Publikation des BFS vom 26. August 2011, Arbeitsmarktindikatoren 2011, S. 97 f.

bei der Herstellung von Datenverarbeitungsgeräten und Uhren (40,5 Stunden) und in der Forschung und Entwicklung (40,6 Stunden) festzustellen.<sup>74</sup>

## 5. Internationale Beziehungen

### a. *Internationale Übereinkommen*

#### aa. Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Pakt I)

Mitte November 2010 wurde vom zuständigen UN-Ausschuss in Genf zum zweiten Mal nach 1998 die Umsetzung des *Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Pakt I)* durch die Schweiz geprüft. Mit diesem Pakt I, den die Schweiz am 18. Juni 1992 ohne Vorbehalt ratifiziert hatte, verpflichtete sie sich schrittweise und diskriminierungsfrei u.a. das Recht auf Arbeit, das Recht auf günstige und gerechte Arbeitsbedingungen, die gewerkschaftlichen Rechte oder auch das Recht auf soziale Sicherheit umzusetzen. Im Rahmen der erwähnten Prüfung konnte sich der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte auf den im Mai 2008 eingereichten Staatenbericht der Schweiz, auf die Antworten zu schriftlichen und mündlichen Fragen des Ausschusses sowie auf Hinweise und Berichte von Nichtregierungsorganisationen stützen.<sup>75</sup> Zwar würdigte der Ausschuss in seinen Schlussfolgerungen die Ratifikation einer Reihe von internationalen Übereinkommen sowie auch die Annahme und Implementierung von gesetzgeberischen sowie anderen Massnahmen, welche zur Realisierung der wirtschaftlichen und sozialen Rechte beigetragen haben, doch wies er auch auf die Gefahren einer möglichen Diskriminierung verschiedener Gruppen bei der Ausübung der in Pakt I verankerten Rechte hin. Insbesondere wurde der Schweiz empfohlen, die Umsetzung des Gleichstellungsgesetzes weiter voranzutreiben sowie das Streikrecht und den Schutz vor antigewerkschaftlichen Entlassungen besser zu gewährleisten. Zudem ist die Schweiz gehalten, weitere Massnahmen gegen die Armut in der Schweiz zu ergreifen. Der Bundesrat prüft gegenwärtig das weitere Vorgehen zur Umsetzung dieser Empfehlungen.<sup>76</sup>

#### bb. Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (ICRPD)

Die *Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen* wurde am 13. Dezember 2006 von der UN-Generalversammlung verab-

---

<sup>74</sup> Vgl. ebd.

<sup>75</sup> Medienmitteilung des SECO vom 1. November 2010.

<sup>76</sup> Medienmitteilung des SECO vom 23. November 2010.

schiedet und ist am 3. Mai 2008 in Kraft getreten. Bislang haben 96 Staaten die Konvention, deren Schwerpunkt vor allem in der Gleichstellung von Behinderten mit Nichtbehinderten in den Bereichen des täglichen Lebens liegt, ratifiziert, 147 Staaten (inkl. der EU) haben sie unterzeichnet. Indem die Konvention jegliche Formen der Diskriminierung von Menschen mit Behinderung verbietet, manifestiert sie die Grundprinzipien der bestehenden Menschenrechtsabkommen.<sup>77</sup> Die Schweiz hat die Konvention im Gegensatz zum auf arbeitsrechtlicher Ebene einschlägigen ILO-Übereinkommen Nr. 159<sup>78</sup> zwar noch nicht ratifiziert, doch ist der Erüerungsprozess betreffend die Vor- und Nachteile im Hinblick auf die ins Auge gefasste Ratifikation im Gange. Eine Unterzeichnung des Protokolls hätte auf formeller Ebene die Pflicht zur Einreichung von Staatenberichten an das Komitee für die Rechte der Menschen mit Behinderungen hinsichtlich der Umsetzungsfortschritte der Konvention zur Folge. Eine weitere Ratifikation des (fakultativen) Zusatzprotokolls zur Konvention sähe zudem die Möglichkeit einer Individualbeschwerde vor, sollten Individuen in ihren Rechten verletzt werden.<sup>79</sup> Die Ratifikation des Zusatzprotokolls steht derzeit jedoch nicht zur Debatte und inwiefern die Rechte aus der Konvention vor Bundesgericht direkt justiziabel wären, darf in Analogie zu den Garantien des Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie den Sozialrechten der UN-Kinderrechtskonvention (KRK), welche ebenfalls keine subjektiv einklagbaren Rechte beinhaltet, wohl zu Recht bezweifelt werden.<sup>80</sup>

Inhaltlich sieht die Konvention in Artikel 27 das *Recht auf Arbeit von Menschen mit Behinderungen* auf der Grundlage der Gleichberechtigung mit Nichtbehinderten vor. Dieses Recht umfasst den diskriminierungsfreien Zugang zum Arbeitsmarkt für Menschen mit Behinderungen, um sie dadurch in ihrer wirtschaftlichen Existenz zu schützen. Damit soll verhindert werden, dass Menschen mit Behinderungen in wirtschaftliche Abhängigkeit geraten und deshalb leichter in die Armut abrutschen. Gleichzeitig stärkt es die Wahrnehmung eigener Persönlichkeitsrechte von Menschen mit Behinderungen. Konkretisierend enthält die Konvention einen umfassenden Pflichtenkatalog für den Bereich des Erwerbslebens, welcher sich an die Vertragsstaaten richtet. Namentlich stellt Artikel 27 Absatz 1 litera b

---

<sup>77</sup> Erläuternder Bericht zum Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Entwurf), Stand am 22. Dezember 2010, S. 2.

<sup>78</sup> ILO-Übereinkommen Nr. 159 über die Rehabilitation und die Beschäftigung der Behinderten vom 20. Juni 1983, für die Schweiz in Kraft getreten am 20. Juni 1986, SR 0.822.729.9.

<sup>79</sup> Information zur UNO-Konvention, Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen, Stand am 1. Juni 2011, eingesehen unter: [www.edi.admin.ch/ebgb/00564/00566/00569/01680/index.html?lang=de](http://www.edi.admin.ch/ebgb/00564/00566/00569/01680/index.html?lang=de)

<sup>80</sup> Erläuternder Bericht zum Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Entwurf), Stand am 22. Dezember 2010, S. 55 f.

ICRPD das Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen, einschliesslich des Rechts auf gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit sowie auf sichere und gesunde Arbeitsbedingungen gleichberechtigt mit Nichtbehinderten sicher. Mit Blick auf private Arbeitgebende sollen zur Durchsetzung dieser Prämisse geeignete Strategien und Massnahmen gefördert werden.<sup>81</sup> Das Recht auf Arbeit als einklagbarer Anspruch ist dem schweizerischen Recht zwar anerkanntermassen fremd,<sup>82</sup> doch ist es bereits in diversen von der Schweiz ratifizierten internationalen Übereinkommen<sup>83</sup> verankert sowie in Artikel 8 Absatz 2 und 4 BV zumindest in Ansätzen aufgenommen worden.<sup>84</sup>

cc. Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen

Das *Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen*<sup>85</sup>, welches am 8. Dezember 2005 von der UN-Generalversammlung verabschiedet worden war, ist am 19. August 2010 für die Schweiz in Kraft getreten. Inhalt dieses Zusatzprotokolls ist die Verbesserung des Rechtsschutzes von Mitarbeitenden der Vereinten Nationen, welche an Einsätzen der Vereinten Nationen im Rahmen der Leistung von humanitärer oder politischer Hilfe oder von Entwicklungshilfe im Zusammenhang mit der Friedenskonsolidierung bzw. im Rahmen der Leistung von humanitärer Nothilfe beteiligt sind.<sup>86</sup> Keine Anwendung findet das Fakultativprotokoll demgegenüber auf Mitarbeiter der ständigen Büros der Vereinten Nationen wie den Sitz der Organisation oder ihrer Sonderorganisationen.<sup>87</sup>

---

<sup>81</sup> Vgl. ebd., S. 32 f.

<sup>82</sup> Statt vieler: REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar. Band 6, Das Obligationenrecht. Abt. 2, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Teilband 2: Der Arbeitsvertrag, Abschn. 1: Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Bern 2010, Art. 328 RN 14.

<sup>83</sup> Vgl. Art. 6 Ziff. 1 Pakt I; Art. 23 Ziff. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte.

<sup>84</sup> Erläuternder Bericht zum Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Entwurf), Stand am 22. Dezember 2010, S. 34.

<sup>85</sup> Fakultativprotokoll vom 8. Dezember 2005 zum Übereinkommen über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen und beigeordnetem Personal, SR 0.192.110.011.

<sup>86</sup> Vgl. Präambel sowie Art. II Abs. 1 lit. a und b Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen.

<sup>87</sup> Art. II Abs. 2 Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen.

dd. Europäisches Übereinkommen über die Arbeit des im internationalen Strassenverkehr beschäftigten Fahrpersonals (AETR)

Im Bereich des Fernfahrverkehrs regelt für die Schweiz seit dem 4. Oktober 2000 das *Europäische Übereinkommen über die Arbeit des im internationalen Strassenverkehr beschäftigten Fahrpersonals (AETR)*<sup>88</sup> den Arbeitnehmerschutz von berufsmässigen Chauffeuren auf internationaler Ebene. Der Schwerpunkt des AETR liegt dabei auf der Erfassung von Arbeits- und Ruhezeiten, um die Sicherheit im Strassenverkehr zu erhöhen.<sup>89</sup> Seit dem 20. September 2010 sind auch für die Schweiz Änderungen des AETR in Kraft getreten, welche namentlich die Lenk- und Ruhezeiten neu statuieren.<sup>90</sup>

b. *Bilaterale Verhandlungen*

aa. Bilaterale Abkommen

Im Zusammenhang mit den bilateralen Abkommen standen für die Schweiz in dieser Berichtsperiode der Abschluss bzw. die Verhandlungen zum Abschluss diverser *Freihandelsabkommen* im Zentrum des Interesses. Per 1. Oktober 2010 sind im Rahmen der EFTA die Freihandelsabkommen mit *Albanien* und *Serbien* in Kraft getreten. Beide Abkommen zielen auf eine Beseitigung bzw. Reduktion der Zölle auf Industrieerzeugnissen sowie auf verarbeiteten Landwirtschaftsprodukten.<sup>91</sup> Mit anderen ex-jugoslawischen Staaten wie *Bosnien-Herzegowina* und *Montenegro* sind ebenfalls zusammen mit den übrigen EFTA-Staaten Verhandlungen zu einem Freihandelsabkommen in Vorbereitung.<sup>92</sup>

Weiter sind das Freihandelsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und *Peru* sowie das Landwirtschaftsabkommen zwischen der Schweiz und *Peru* am 1. Juli 2011 in Kraft getreten. Gleichzeitig haben auch das Freihandelsabkommen sowie das Landwirtschaftsabkommen mit *Kolumbien* für die Schweiz Rechtsverbindlichkeit erlangt.<sup>93</sup>

---

<sup>88</sup> Europäisches Übereinkommen vom 1. Juli 1970 über die Arbeit des im internationalen Strassenverkehr beschäftigten Fahrpersonals (AETR; mit Anhang), SR 0.822.725.22.

<sup>89</sup> Vgl. Präambel AETR.

<sup>90</sup> Vgl. Art. 6, Art. 7 sowie Art. 8 und Art. 8<sup>bis</sup> AETR; vgl. zur ARV 1 nachfolgend S. 47.

<sup>91</sup> Medienmitteilungen des Eidg. Volksdepartements (EVD) vom 2. September 2010 sowie vom 11. Oktober 2010.

<sup>92</sup> Liste der Freihandelsabkommen der Schweiz, SECO, Stand am 21. Juni 2011, eingesehen unter: [www.seco.admin.ch/themen/00513/00515/01330/04619/index.html?lang=de](http://www.seco.admin.ch/themen/00513/00515/01330/04619/index.html?lang=de)

<sup>93</sup> Medienmitteilungen des EVD vom 8. September 2010 sowie vom 7. Juni 2011.

Das Inkrafttreten des Freihandelsabkommens mit der *Ukraine*, welches bereits am 24. Juni 2010 im Rahmen der EFTA unterzeichnet worden ist,<sup>94</sup> wird für Mitte 2011 erwartet.<sup>95</sup>

Anlässlich des World Economic Forum (WEF) in Davos unterzeichneten der Vertreter des Bundesrates und der mit der Angelegenheit betraute chinesische Handelsminister das Verständigungsprotokoll über die Aufnahme zu Verhandlungen betreffend ein umfassendes Freihandelsabkommen zwischen der Schweiz und *China*. Vorgesehen ist der Einbezug von Themenkomplexen wie dem Warenverkehr, dem Handel mit Dienstleistungen sowie Bereiche der Zusammenarbeit, des geistigen Eigentums und der Investitionsförderung. Grosse Bedeutung erlangt das Abkommen insbesondere durch den Umstand, dass China seit 2002 der bedeutendste Handelspartner der Schweiz in Asien darstellt und die Schweiz eines der wenigen westlichen Länder ist, welches eine positive Handelsbilanz mit China aufweisen kann.<sup>96</sup> Als erster wichtiger Schritt und wertvolle Grundlage für die weitere Zusammenarbeit zwischen der Schweiz und China wurde die am Rande der 100. Session der Internationalen Arbeitskonferenz (IAK) Mitte Juni 2011 in Bern unterzeichnete Absichtserklärung (Memorandum of Understanding) zur vertieften Zusammenarbeit in Arbeits- und Beschäftigungsfragen gewertet.<sup>97</sup>

Zwischen *Hongkong* und den EFTA-Staaten konnte Ende Juni 2011 ein umfassendes Freihandelsabkommen unterzeichnet werden. Zeitgleich mit diesem Freihandelsabkommen schlossen die EFTA-Staaten mit Hongkong ein Abkommen über den Handel sowie die Arbeitsstandards ab. Die Abkommen treten nach der Ratifikation durch die Vertragsparteien voraussichtlich per 1. Juni 2012 in Kraft. Hongkong ist nach China und Japan der dritt wichtigste Handelspartner der Schweiz im asiatischen Raum.<sup>98</sup>

Mit *Vietnam* führen EFTA-Staaten eine Machbarkeitsstudie über ein gemeinsames Freihandelsabkommen durch, welches u.a. die Anerkennung von Vietnam als Marktwirtschaft statuieren soll.<sup>99</sup>

Ebenso haben die EFTA-Staaten und die *Mitgliedstaaten der Zollunion Russland-Belarus-Kasachstan* Verhandlungen zu einem Freihandelsabkommen aufgenommen.<sup>100</sup>

---

<sup>94</sup> Vgl. Vorjahresbericht JAR 2010, S. 28.

<sup>95</sup> Liste der Freihandelsabkommen der Schweiz, SECO, Stand am 21. Juni 2011, eingesehen unter: [www.seco.admin.ch/themen/00513/00515/01330/04619/index.html?lang=de](http://www.seco.admin.ch/themen/00513/00515/01330/04619/index.html?lang=de)

<sup>96</sup> Medienmitteilung des EVD vom 28. Januar 2011.

<sup>97</sup> Medienmitteilung des EVD vom 15. Juni 2011.

<sup>98</sup> Medienmitteilung des EVD vom 21. Juni 2011.

<sup>99</sup> Medienmitteilung des EVD vom 24. Februar 2011.

<sup>100</sup> Medienmitteilung des EVD vom 23. November 2010.

Weiter bestehen Verhandlungen der EFTA-Staaten mit Algerien, Indonesien, Indien und Thailand über mögliche Freihandelsabkommen.<sup>101</sup>

## bb. Personenfreizügigkeit

Die *Bilanz* über das rund neunjährige Bestehen des Personenfreizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und der EU hat gezeigt, dass die Öffnung des Arbeitsmarktes sowohl die Wirtschaftsentwicklung als auch das Bevölkerungswachstum in den letzten Jahren begünstigt und den Standort Schweiz insgesamt gestärkt hat. Insbesondere gewann die Zuwanderung aus dem EU/EFTA-Raum an Bedeutung, so dass seit 2002 rund 58 Prozent der Nettozuwanderung auf EU/EFTA-Staatsangehörige entfällt. Die zugewanderten Arbeitskräfte aus dem EU/EFTA-Raum waren mehrheitlich gut bis sehr gut ausgebildet, wobei der Anteil von Personen, die über einen tertiären Bildungsabschluss verfügten, 51 Prozent betrug. Obwohl infolge der Zuwanderung die Konkurrenz auf dem Arbeitsmarkt gestiegen ist, wurde die ansässige Bevölkerung nicht aus der Erwerbstätigkeit gedrängt. Mit Blick auf die Lohnstruktur wurde das überdurchschnittliche Lohnwachstum von höher qualifizierten Arbeitskräften etwas gebremst, während sich die tiefen Löhne im Gleichschritt mit den mittleren Löhnen entwickelten. Gleichwohl soll die Entwicklung der Freizügigkeit vom Bund weiter beobachtet werden.<sup>102</sup>

Am 1. Mai 2011 kamen die Staatsangehörigen der EU-8-Staaten, welche der EU 2004 beigetreten waren, erstmals in den Genuss der *vollständigen Personenfreizügigkeit*. Bis zu diesem Zeitpunkt galten seit der Ausdehnung der Personenfreizügigkeit 2006 auf die EU-8-Staaten, zu welchen Tschechien, Estland, Lettland, Litauen, Ungarn, Polen, Slowenien und die Slowakei zählen, Übergangsbestimmungen, welche der Schweiz die regulatorische Beschränkung des Zugangs zum Arbeitsmarkt für unselbstständig Erwerbende aus den neuen EU-Staaten (namentlich mittels Kontingenten, dem Prinzip des Inländervorrangs sowie durch Kontrolle der Arbeits- und Lohnbedingungen) sowie der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung in vier spezifischen Erwerbsbereichen erlaubte.<sup>103</sup>

Im Verhältnis zu den 2007 beigetretenen Neumitgliedstaaten der EU (EU-2), *Rumänien und Bulgarien*, auf welche das Freizügigkeitsabkommen im Juni 2009 ausgedehnt worden ist, finden dagegen weiterhin die zuvor genannten Übergangsbestimmungen Anwendung.<sup>104</sup> Der Zugang zum schweizerischen Arbeitsmarkt bleibt aufgrund eines Beschlusses des Bun-

---

<sup>101</sup> Liste der Freihandelsabkommen der Schweiz, SECO, Stand am 21. Juni 2011, eingesehen unter: [www.seco.admin.ch/themen/00513/00515/01330/04619/index.html?lang=de](http://www.seco.admin.ch/themen/00513/00515/01330/04619/index.html?lang=de)

<sup>102</sup> Medienmitteilung des SECO vom 26. Mai 2011.

<sup>103</sup> Medienmitteilung des Bundesrates vom 30. März 2011.

<sup>104</sup> Vgl. ebd.

desrates für rumänische und bulgarische Staatsangehörige vorläufig noch bis zum 31. Mai 2014 beschränkt. Einzig Selbstständigerwerbende profitieren ab dem 1. Juni 2011 ebenfalls von der vollen Freizügigkeit,<sup>105</sup> wobei Befürchtungen bestehen, dass dadurch die Problematik um die sog. Scheinselbstständigkeit weiter verschärft werden könnte.<sup>106</sup>

Wie bereits in den vorangegangenen drei Jahren verzichtete der Bundesrat auch für das Jahr 2011 auf die Anrufung der sog. *Ventilklausel*, da die Voraussetzungen zu deren Anwendung nicht erfüllt waren. Die im Freizügigkeitsabkommen vorgesehene Ventilklausel würde es der Schweiz prinzipiell erlauben, bis ins Jahr 2014 einseitig wieder Kontingente einzuführen, sofern die Anzahl der ausgestellten Aufenthalts- und Kurzarbeitsbewilligungen an Arbeitskräfte aus den alten EU/EFTA-Staaten in einem Jahr um mindestens zehn Prozent über dem Durchschnitt der drei vorherigen Jahre lägen.<sup>107</sup>

#### cc. Flankierende Massnahmen

Die flankierenden Massnahmen sind am 1. Juni 2004 mit der schrittweisen Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweiz und der EU eingeführt worden, um der missbräuchlichen Unterbietung schweizerischer Lohn- und Arbeitsbedingungen entgegenzuwirken. Eckpfeiler der flankierenden Massnahmen bilden das *Entsendegesetz (EntsG)*<sup>108</sup>, die *erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (GAV)* bei wiederholter missbräuchlicher Lohnunterbietung sowie in Branchen, die über keinen GAV verfügen, die Möglichkeit zum Erlass von *Normalarbeitsverträgen (NAV)* im Sinne von Artikel 360a OR mit zwingenden Mindestlohnbestimmungen.<sup>109</sup>

Zur Überprüfung der Einhaltung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie zur Überwachung des Arbeitsmarktes sind *Kontrollorgane* eingesetzt worden, welche sowohl die Arbeitsbedingungen von ent-

---

<sup>105</sup> Medienmitteilung des Bundesrates, des EJPD und des EVD vom 4. Mai 2011.

<sup>106</sup> Zur Aktualität der Problematik um die Scheinselbstständigkeit im Zusammenhang mit der EU-Erweiterung vgl. u.a.: 11.435 (Parlamentarische Initiative), Keine Schein-Selbstständigkeit und keine Umgehung der flankierenden Massnahmen, GYSIN HANS RUDOLF, eingereicht am 14. April 2011; 11.3364 (Motion) Bilaterale Abkommen. Wirksame Massnahmen zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit, CAROBBIO GUSCETTI MARINA, eingereicht am 14. April 2011.

<sup>107</sup> Medienmitteilung des Bundesrates vom 25. Mai 2011.

<sup>108</sup> Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer), SR 823.20.

<sup>109</sup> Flankierende Massnahmen, SECO, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2011 unter: [www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/00449/index.html?lang=de](http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/00449/index.html?lang=de)

sandten Arbeitnehmenden als auch deren Einhaltung durch Schweizer Unternehmen überprüfen.<sup>110</sup>

Die *paritätischen Kommissionen*, welche mit der Überprüfung der Einhaltung von allgemeinverbindlich erklärten GAV betraut sind, meldeten bei rund einem Drittel der Kontrollen Verstösse gegen die Lohnbestimmungen. Zu bemerken ist jedoch, dass es sich dabei um die Einhaltung eines klar definierten Mindestlohnes handelt, wobei naturgemäss bereits geringfügige Unterbietungen zu einer Ahndung führen. Zudem werden die Kontrollen in der Regel auf einen konkreten Verdacht hin durchgeführt, so dass die Zahlen nicht dahingehend zu interpretieren sind, dass rund ein Drittel aller Arbeitgebenden die Lohnbestimmungen nicht einhielten. Infolge der Tatsache, dass die gemeldeten Verstösse und die daraus resultierenden Sanktionen gerichtlich angefochten werden können, wurden im Endeffekt lediglich bei rund 30 Prozent der kontrollierten Entsendebetrieben mit festgestellten Verstössen auch Konventionalstrafen verhängt.<sup>111</sup>

Von den *tripartiten Kommissionen* werden im Rahmen ihrer Funktion als Arbeitsmarktaufsicht die sog. Fokusbranchen besonders beobachtet. Die Einstufung als Fokusbranche erfolgt anhand der Entwicklung der in den Vorjahren aufgedeckten Lohnunterbietungen und Verstössen in einer spezifischen Branche sowie anhand der Zuwanderungsdynamik. So meldeten die kantonalen tripartiten Kommissionen, welche die Einhaltung der üblichen Löhne überprüfen, eine Unterbietung solcher Löhne bei rund zwölf Prozent der kontrollierten Entsendebetriebe und bei 14 Prozent der dabei kontrollierten Personen. Bei den schweizerischen Unternehmen wurden Unterbietungen des üblichen Lohnes bei sechs Prozent der Arbeitgebenden und bei sieben Prozent der kontrollierten Personen festgestellt. Als üblicher Lohn gilt in diesem Zusammenhang in der Regel nicht ein einzelner Lohnwert, sondern ein Lohnspanne, in welcher sich die überwiegende Mehrheit der Arbeitnehmenden einer Branche, eines Berufsfeldes oder einer bestimmten Region befinden. Werden missbräuchliche Lohnunterbietungen wiederholt festgestellt, sind die tripartiten Kommissionen ermächtigt, Massnahmen, wie die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV oder den Erlass eines NAV mit zwingenden Mindestlohnbestimmungen, auf regulatorischer Ebene zu beantragen. Derzeit prüft die nationale tripartite Kommission auf dieser Grundlage die Notwendigkeit einer Ausweitung des Geltungsbereiches des GAV für die Reinigungsbranche auf alle Betriebe in der Deutschschweiz. Auf individueller Ebene führen die kantonalen tripartiten Kommissionen Einigungsverfahren mit den betroffenen Betrieben durch, welche bei erfolgreichem Verlauf meist

---

<sup>110</sup> FlaM-Bericht des EVD vom 3. Mai 2011 zur Umsetzung der flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr Schweiz – Europäische Union 1. Januar–31. Dezember 2010, S. 6 f.

<sup>111</sup> Vgl. ebd.

Lohnnachzahlungen oder Anpassungen des Lohngefüges nach sich ziehen.<sup>112</sup>

Ausgehend von einem derartigen Antrag der tripartiten Kommission des Bundes im Jahre 2008 konnte zwischenzeitlich der erste nationale NAV mit zwingenden Mindestlohnbestimmungen für die Hauswirtschaft verabschiedet werden.<sup>113</sup> Der *NAV Hauswirtschaft*<sup>114</sup> ist per 1. Januar 2011 in Kraft getreten und wird bis zum 31. Dezember 2013 in der ganzen Schweiz mit Ausnahme des Kantons Genf, welcher bereits über einen verbindlichen Mindestlohn für Hausangestellte verfügt, Geltung haben. Der NAV Hauswirtschaft differenziert hinsichtlich der Mindestlohnhöhe je nach Qualifikationsgrad der Arbeitnehmenden zwischen drei verschiedenen Mindestlohnanätzen. Für ungelernete Angestellte ohne Berufserfahrung beträgt der minimale Stundenansatz CHF 18.20. Beim Nachweis von mindestens vier Jahren Berufserfahrung bei ungelerten Angestellten sowie auch bei gelernten Angestellten mit einer zweijährigen Berufsbildung (EBA) sind mindestens CHF 20.– pro Stunde zu entrichten. Für gelernte Hausangestellte mit einer dreijährigen beruflichen Grundbildung und einem eidgenössischen Fähigkeitszeugnis (EFZ) gilt ein minimaler Stundenlohn von CHF 22.–.<sup>115</sup> Interessant im Kontext der Diskussion um die Gleichstellung von Behinderten ist, dass nach Artikel 6 NAV Hauswirtschaft Arbeitnehmende, deren Leistungsfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen bleibend beeinträchtigt ist, abweichend von den gesetzlichen Mindestlöhnen entlohnt werden dürfen. Der Gesetzgeber hält diesbezüglich explizit fest, dass in diesen Fällen die Mindestlöhne lediglich als Richtwerte gelten. Was vor dem Hintergrund einer möglichst umfassenden (Wieder-)Eingliederung von psychisch oder physisch beeinträchtigten Menschen in den Arbeitsmarkt verständlich wird, birgt im Hinblick auf eine mögliche Ratifikation der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (ICRPD), welche den gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit statuiert, je nach Interpretation dieser Prämisse ein nicht zu unterschätzendes Konfliktpotential.<sup>116</sup>

Alle genannten Mindestansätze sind brutto und ohne Zuschläge für Ferien und bezahlte Feiertage zu verstehen.<sup>117</sup> Der individuelle Monatslohn berechnet sich basierend auf den gesetzlichen Mindestlöhnen nach den vertraglichen Arbeitsstunden pro Woche. Da der NAV Hauswirtschaft nur die Mindestbestimmungen zur Lohnhöhe regelt, werden für alle übrigen

---

<sup>112</sup> Vgl. ebd.

<sup>113</sup> Vgl. Vorjahresbericht JAR 2010, S. 32 ff.

<sup>114</sup> Verordnung vom 20. Oktober 2010 über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft), SR 221.215.329.4.

<sup>115</sup> Medienmitteilung des EVD vom 20. Oktober 2010.

<sup>116</sup> Vgl. oben S. 35 f.

<sup>117</sup> Art. 5 Abs. 1 NAV Hauswirtschaft.

Arbeitsbedingungen wie bspw. die Arbeits- und Ruhezeiten, den Lohnfortzahlungsanspruch, die Probezeit, die Kündigung usw. die Bestimmungen der einschlägigen kantonalen NAV bzw. die Bestimmungen des OR anwendbar bleiben. Um dem NAV Hauswirtschaft zu unterstehen, muss ein Arbeitnehmer in einem Privathaushalt mit einem Mindestbeschäftigungsgrad von durchschnittlich fünf Stunden pro Woche beim gleichen Arbeitgeber beschäftigt sein. Die Tätigkeit in kollektiven Haushalten wie bspw. Heimen, Pensionen, Anstalten oder Krankenhäusern fällt somit nicht darunter. Ausgenommen vom persönlichen Geltungsbereich des NAV Hauswirtschaft sind weiter Arbeitnehmende in Praktikums- oder Ausbildungsverhältnissen, Erwerbstätige, die Betreuungsaufgaben von Kindern wahrnehmen sowie Ehegatten, Konkubinatspartner und eingetragene Partner. Hausangestellte in landwirtschaftlichen Verhältnisse fallen nicht darunter, wenn ein kantonaler NAV in der Landwirtschaft auf ihr Arbeitsverhältnis anwendbar ist.<sup>118</sup>

Eine im September 2010 eingereichte Motion enthielt die Forderung nach einem nationalen *Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Angestellte* mit der Begründung, dass die Landwirtschaft Spitzenreiter bei der Zuwanderung aus den EU-10 Tieflohnländern sei. Der Bundesrat verwies in seiner Antwort auf das Fehlen eines entsprechenden Antrages zu einem NAV von Seiten der tripartiten Kommission des Bundes. Er hielt aber gleichwohl fest, dass die Situation in der Landwirtschaft weiterhin genau beobachtet und im besonderen Lichte der Personenfreizügigkeit beurteilt werden würde.<sup>119</sup>

Einen weiteren Weg zur Bekämpfung von Lohndumping wurde mit der Statuierung von *Kautionspflichten in GAV*, deren Legitimität in Artikel 2 Absatz 2<sup>ter</sup> EntsG festgehalten ist, beschritten. Kautionspflichtig nach Massgabe des jeweiligen GAV sind zwar sowohl schweizerische als auch ausländische Unternehmen, doch zeigt die Kautionspflicht vor allem bei der Durchsetzung von Forderungen gegen ausländische Unternehmen grosse Wirkung. Mittels der von allen im Geltungsbereich des GAV tätigen Unternehmen hinterlegten Kautions können Bussen und Verwaltungskosten bei Verstössen gegen die schweizerischen Lohn- und Arbeitsbedingungen direkt abgezogen werden, ohne dass ein mühsames und meist aussichtsloses Verfahren im Ausland in Gang gesetzt werden müsste. Eine Kautionspflicht existiert einerseits im GAV für das Maler- und Gipsergewerbe, welcher trotz Widerstands aus Süddeutschland vom Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt worden ist, andererseits seit 2009 im allgemein-

---

<sup>118</sup> Medienmitteilung des EVD vom 20. Oktober 2010.

<sup>119</sup> 10.3677 (Motion) Normalarbeitsvertrag für die Landwirtschaft, TSCHÜMPERLIN ANDY, eingereicht am 22. September 2010 sowie Antwort des Bundesrates vom 24. November 2010.

verbindlich erklärten GAV für den Gerüstbau.<sup>120</sup> Hängig ist zudem ein Gesuch um die Allgemeinverbindlicherklärung der Kautionspflicht im GAV für das Baunebengewerbe der Romandie.<sup>121</sup>

c. *Internationale Arbeitsorganisation (IAO/ILO)*

Anlässlich der 100. Sitzung der Internationalen Arbeitskonferenz (IAK), welche vom 1. bis zum 17. Juni 2011 in Genf stattgefunden hat, präsentierte die Schweiz, welche für drei Jahre in den Verwaltungsrat der ILO gewählt worden ist, eine Resolution, welche die fundamentalen Arbeitsrechte stärken und eine bessere Verteilung der aus der Globalisierung fließenden Wohlstandsgewinne fördern soll. Zudem waren für die Schweiz im Rahmen der Tagung die Themen hinsichtlich des Entwurfs einer Norm zur hauswirtschaftlichen Tätigkeit, der Diskussion um die Zukunft des sozialen Schutzes in der Welt sowie der Folgearbeiten zu den Massnahmen gegen Myanmar wegen des Fortbestehens von Zwangsarbeit prioritär.<sup>122</sup>

Das *Seearbeitsübereinkommen* der ILO (MLC)<sup>123</sup>, welches die Stärkung des Arbeitnehmerschutzes in der Seeschifffahrt bezweckt, wurde von der Schweiz Mitte Februar 2011 als zwölftem Beitrittsstaat ratifiziert.<sup>124</sup> Dadurch wurden Anpassungen im schweizerischen Schifffahrtsgesetz (SSG)<sup>125</sup> notwendig. Insbesondere wurden die Bestimmungen zum Heuervertrag (Artikel 70 litera j bis l SSG) sowie die Kompetenz des Bundesrates zur Rechtsetzung (Artikel 63 Absatz 2 SSG) konkretisiert.<sup>126</sup>

In Bezug auf den *Mutterschutz* hat die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates (SGK-N) im Mai 2011 die Vernehmlassung zu ihrem Berichts- und Erlassentwurf bezüglich der Ratifikation des ILO-Übereinkommens Nr. 183 über den Mutterschutz eröffnet. Das Übereinkommen, dessen Ratifikation noch im Jahre 2001 aufgrund der fehlenden Mutterschaftsversicherung in der Schweiz vom Bundesrat abgelehnt worden ist, gewährleistet den Schutz aller Arbeitnehmerinnen, einschliesslich jener mit atypischen Arbeitsverhältnissen. Zudem legt es die

---

<sup>120</sup> NZZ vom 5. Januar 2011; weiterführend zur Kautionspflicht im Maler- und Gipsergewerbe siehe nachfolgend, S. 92 f.

<sup>121</sup> Medienmitteilung der Unia vom 6. November 2010.

<sup>122</sup> Medienmitteilung des Bundesrates vom 11. Mai 2011.

<sup>123</sup> Vgl. Vorjahresbericht JAR 2010, S. 38 f.

<sup>124</sup> Maritime Labour Convention (MLC), 2006, ILO, eingesehen am 30. Juni 2011 unter: [www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm](http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm)

<sup>125</sup> Bundesgesetz vom 23. September 1953 über die Seeschifffahrt unter der Schweizer Flagge (Seeschifffahrtsgesetz, SSG), SR 747.30.

<sup>126</sup> Bundesbeschluss vom 1. Oktober 2010 über die Genehmigung des Seearbeitsübereinkommens, BBl 2010 6619.

Dauer des Mutterschaftsurlaubs auf 14 Wochen fest. Das Ende der Vernehmlassungsfrist wurde auf den 31. August 2011 festgelegt.<sup>127</sup>

Weiter wurden von der aussenpolitischen Kommission des Nationalrates (APK-N) im Berichtsjahr *zwei Postulate im Zusammenhang mit der ILO* vorgebracht. Zum einen wurde der Bundesrat aufgefordert, in einem Bericht diejenigen ILO-Konventionen aufzuzeigen, deren Ratifikation für die Schweiz ohne grösseren gesetzgeberischen Aufwand möglich wäre.<sup>128</sup> Zum anderen sollte der Bundesrat mit dem Auftrag betraut werden, sowohl bei der ILO als auch bei der WTO Massnahmen zu evaluieren bzw. vorzuschlagen, damit die ILO einen Beobachterstatus bei der WTO erhält.<sup>129</sup> Obwohl der Bundesrat beide Postulate zur Annahme empfohlen hat, wurden die Vorlagen im Nationalrat abgelehnt.<sup>130</sup>

## 6. Stagiaires

Im Rahmen der sog. *Stagiaire-Abkommen* können schweizerische Staatsangehörige in rund 30 Ländern Berufserfahrung sammeln. Zulassungsbedingung ist eine abgeschlossene Ausbildung sowie eine Altersgrenze von grundsätzlich 35 Jahren. Kanada lässt als einziges Land auch Studierende zu, welche als Bestandteil ihrer Ausbildung ein Praktikum zu absolvieren haben. Die Arbeitsbewilligungen werden für maximal 18 Monate ausgestellt; für Japan kann sogar eine Bewilligung für zwei Jahre erteilt werden.<sup>131</sup> Im Gegenzug sind auch junge Berufsleute aus den Vertragsstaaten befugt, in der Schweiz ein Berufspraktikum zu absolvieren. Die *Stagiaire-Abkommen* mit denjenigen EU-Staaten, gegenüber welchen die volle Personenfreizügigkeit gilt, sind formell zwar noch in Kraft, werden jedoch von dieser überlagert.<sup>132</sup> Folglich sind in der Praxis vor allem die *Abkommen* mit Staaten ausserhalb der EU bzw. in Übersee von Bedeutung. So ist es jungen Schweizer Berufsleuten möglich, ein Berufspraktikum, welches im erlernten Beruf erfolgen muss, in Argentinien, Australien, Bulgarien, Japan, Kanada, Monaco, Neuseeland, den Philippinen, Rumä-

---

<sup>127</sup> Medienmitteilung der SGK-N vom 25. Mai 2011.

<sup>128</sup> 10.3636 (Postulat), Ratifizierung von ILO-Konventionen, Aussenpolitische Kommission des Nationalrates (APK-NR), eingereicht am 16. August 2010.

<sup>129</sup> 10.3637 (Postulat), Beobachterstatus der ILO bei der WTO, APK- NR, eingereicht am 16. August 2010.

<sup>130</sup> 10.3636 Postulat APK-NR Ratifizierung von ILO-Konventionen und 10.3637 Postulat APK-NR Beobachterstatus der ILO bei der WTO, AB 2011 N 248.

<sup>131</sup> Als *Stagiaire/Trainee* im Ausland, Bundesamt für Migration (BFM)/ Swissemigration, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2011 unter: [www.swissemigration.ch/themen/stagiaires/index.html?lang=de](http://www.swissemigration.ch/themen/stagiaires/index.html?lang=de)

<sup>132</sup> Publikation des EJPD, BFM vom Dezember 2010, Ratgeber *Stagiaire international – Schweizer ins Ausland*, S. 2.

nien, Russland, Südafrika, der Ukraine oder in den USA wahrzunehmen.<sup>133</sup> Zudem ist am 18. Dezember 2010 ein Abkommen mit Chile in Kraft getreten. Ein weiteres Abkommen mit Brasilien könnte noch dieses Jahr unterzeichnet werden.<sup>134</sup>

## II. Individualarbeitsrecht

### 1. Teilzeitarbeit

Die Bedeutung der *Teilzeitarbeit* hat infolge der wachsenden Erwerbsbeteiligung von Frauen sowie der Expansion des Dienstleistungssektors unter reziproker Wirkung stetig zugenommen.<sup>135</sup> So arbeiten heutzutage rund fünf von sechs erwerbstätigen Frauen im Dienstleistungssektor und mehr als die Hälfte der weiblichen Erwerbstätigen arbeitet Teilzeit. Aus diesem Grund konnten die Frauen in den Jahren 2004 bis 2009 ihre Erwerbsbeteiligung (Zunahme innert dieser Fünfjahresperiode um 10,7 Prozent) prozentual zwar stärker steigern als die Männer (im selben Zeitraum um 6,7 Prozent), doch ist die ungleiche Verteilung der Teilzeitarbeit zwischen Männern und Frauen dafür verantwortlich, dass der Anteil der weiblichen Erwerbstätigen am Total der geleisteten Arbeitsstunden lediglich etwas mehr als ein Drittel beträgt (36,7 Prozent im Jahr 2008).<sup>136</sup>

Charakteristisch für die Teilzeitarbeit ist nicht nur, dass sie weiblich dominiert ist und vornehmlich im Tertiärsektor stattfindet, sondern auch, dass sie schwer mit *Führungsaufgaben* vereinbar ist. So waren lediglich 17 Prozent der Personen mit Führungsaufgaben in einem Teilzeitpensum tätig.<sup>137</sup>

In diesem Zusammenhang konnte eine für den Kanton Zürich in Auftrag gegebene Studie belegen, dass in der Privatwirtschaft vor allem *Männer und Angestellte auf oberster Kaderstufe* bei Teilzeitstellen beträchtliche Lohneinbussen in Kauf nehmen müssen. So lagen die Teilzeittlöhne hochgerechnet auf Vollzeitpensen im Schnitt fast ein Fünftel unter denjenigen für Vollzeitstellen. Interessanterweise zeigte sich, dass die «Teilzeitstrafe» sich besonders prekär für Teilzeit arbeitende Männer auswirkte, welche im Schnitt rund 16 Prozent weniger Lohn erhielten als ihre Vollzeit

---

<sup>133</sup> Stagiareländer von A–Z, BFM/ Swissemigration, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2011 unter: [www.swissemigration.ch/themen/stagiaires/laenderliste/index.html?lang=de](http://www.swissemigration.ch/themen/stagiaires/laenderliste/index.html?lang=de)

<sup>134</sup> Schriftliche Auskunft des BFM vom 29. April 2011.

<sup>135</sup> Publikation des BFS vom Februar 2011 «Arbeit und Erwerb – Panorama», S. 6 f.

<sup>136</sup> Publikation des BFS vom Juli 2010 «Arbeitsmarktindikatoren 2010 – Kommentierte Ergebnisse für die Periode 2004–2010 (Auszug aus der umfassenden Publikation «Arbeitsmarktindikatoren 2010»)), S. 8.

<sup>137</sup> Publikation des BFS vom Februar 2011 «Arbeit und Erwerb – Panorama», S. 7.

arbeitenden Kollegen. In der Finanzbranche lag diese pensumsbedingte Lohneinbusse bei 23 Prozent, in der Informatikbranche sogar bei 28 Prozent. In Branchen mit hoher Teilzeitquote wie dem Gesundheits-, Sozial- oder Unterrichtswesen lagen die Löhne von Voll- und Teilzeitbeschäftigten dagegen nahe beieinander. Entsprechend betrug der Lohnunterschied zwischen Voll- und Teilzeitbeschäftigten bei Frauen nur rund sechs Prozent, da diese überdurchschnittlich oft in den letztgenannten Branchen arbeiten. Besonders hohe Lohneinbussen für Teilzeitarbeit mussten ausserdem Angestellte im oberen Kader hinnehmen. Sowohl Teilzeit arbeitende Angestellte der obersten Kaderstufe als auch diejenigen der mittleren Stufe wurden durchschnittlich mit rund einem Viertel weniger Gehalt entlohnt als ihre Vollzeit beschäftigten Kollegen. Dies verdeutlicht den Grundsatz, dass je höher die Position im Unternehmen ist, desto grösser sich der Lohnunterschied zwischen Voll- und Teilzeitstellen gestaltet.<sup>138</sup>

Ein anderer Aspekt der Teilzeitarbeit zeigt sich im Rahmen der *Mehrfachbeschäftigung*, welche in der Schweiz fast doppelt so stark verbreitet ist wie im EU-Raum. Vergleichbare Anteile finden sich dagegen in einigen nordeuropäischen Staaten. Rund 7,4 Prozent der Erwerbstätigen in der Schweiz gehen mehr als einer Arbeit nach, wovon wiederum ein Drittel im Haupterwerb mit einem Vollzeitpensum arbeitet. Da die Ausübung mehrerer Erwerbstätigkeiten ein bedeutendes Mass an Flexibilität erfordert, arbeiten Mehrfachbeschäftigte gegenüber Personen mit nur einer Arbeitsstelle vermehrt abends, nachts oder am Wochenende.<sup>139</sup>

Die konkreten *Zahlen für Anfang 2011* hinsichtlich der Teilzeitbeschäftigung zeigen, dass im 1. Quartal 2011 rund 34,5 Prozent aller Erwerbstätigen in Teilzeitpensum tätig gewesen sind. Unterschieden wird bei Teilzeitarbeit zwischen einem Beschäftigungsgrad im Rahmen von 50 bis 89 Prozent (sog. Teilzeit I) und einem solchem unter 50 Prozent (sog. Teilzeit II). Beschäftigungsgrade von über 90 Prozent gelten als Vollzeiterwerb. Während bei Männern Anfang 2011 noch immer die Vollzeitanstellung vorherrschte (85,3 Prozent) und folglich nur eine Minderheit in reduziertem Arbeitspensum (9,1 Prozent in Teilzeit I bzw. 5,7 Prozent in Teilzeit II) beschäftigt gewesen ist, zeigt die Statistik bei der weiblichen Erwerbstätigkeit ein spiegelbildliches Ergebnis. Nur rund 41,9 Prozent der Frauen hatten eine Vollzeitstelle inne, wogegen eine überwiegende Mehrheit der erwerbstätigen Frauen, nämlich 58,1 Prozent, teilzeitbeschäftigt gewesen ist. Das Modell Teilzeit I überwoog dabei mit 32,3 Prozent gegenüber Teilzeit II mit 25,8 Prozent.<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> Medienmitteilung des Kantons Zürich vom 10. März 2011.

<sup>139</sup> Publikation des BFS vom Februar 2011 «Arbeit und Erwerb – Panorama», S. 7.

<sup>140</sup> Erwerbstätigkeit und Arbeitszeit – Indikatoren, Erwerbstätige – Vollzeit, Teilzeit, BFS gemäss der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE), Stand 2011, 1. Quartal, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2011 unter: [www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/02/blank/key/erwerbstaetige0/teilzeit.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/02/blank/key/erwerbstaetige0/teilzeit.html)

## 2. Gleichbehandlung der Geschlechter, Chancengleichheit

### a. Allgemeines

Bei den Gleichstellungsfragen dominierte im Berichtsjahr die Debatte um die Einführung von *Frauenquoten* in privatwirtschaftlichen Führungsetagen den öffentlichen Diskurs. Hintergrund bildet u.a. die Tatsache, dass im EU-Raum zwar 60 Prozent der Studienabgänger Frauen sind, diese jedoch auf dem Arbeitsmarkt in Entscheidungspositionen klar unterrepräsentiert sind.<sup>141</sup> Diese Zahlen dürften auch für die Schweiz vergleichbar sein. Um dieses Ungleichgewicht zu relativieren, setzt die EU bei der Anforderung zur Selbstverpflichtung der Unternehmen an:<sup>142</sup> So sollen sich börsennotierte Unternehmen dazu verpflichten, nach norwegischem Vorbild ihre Vorstände bis ins Jahr 2015 zu 30 Prozent bzw. bis zum Jahr 2020 zu 40 Prozent mit Frauen zu besetzen. Verpflichten sich bis zum 8. März 2012 nicht genügend Firmen aus freien Stücken zur Einführung von Frauenquoten, erwägt die EU die Einführung von rechtsverbindlichen und durchsetzbaren Quoten.<sup>143</sup> Während Norwegen bereits seit 2008 eine Quotenregelung kennt, wurde in Frankreich und Spanien eine solche kürzlich beschlossen. Debattiert wird derzeit noch in Deutschland, den Niederlanden, Italien und Belgien über deren Einführung.<sup>144</sup> Während in der EU die Quote in gemächlichem Tempo salonfähig zu werden scheint, stösst sie in der Schweiz noch mehrheitlich auf Ablehnung.<sup>145</sup> Obwohl eine Quote zweifelsfrei einen künstlichen Eingriff in den Markt darstellt<sup>146</sup> und offen bleibt, ob durch gezielte Frauenförderung mittels flexibleren Arbeitszeitmodellen oder durch steuerliche Anreize für Doppelverdiener mit Kindern<sup>147</sup> nicht ein vergleichbarer Effekt erzielt werden könnte, bleibt die Frage, ob es sich die Schweiz angesichts des überproportionalen Ausschei-

---

<sup>141</sup> Press Release der Europäischen Union vom 1. März 2011 (IP/11/242) «EU-Justizkommissarin VIVIAN REDING drängt auf höheren Frauenanteil in den Vorstandsetagen europäischer Unternehmen».

<sup>142</sup> Leitaktion festgelegt in Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 21. September 2010, KOM(2010) 491 endgültig, «Strategie für die Gleichstellung von Frauen und Männern 2010–2015», S. 8 f.

<sup>143</sup> FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG (FAZ) vom 8. März 2011 «EU-Politikerinnen wollen Frauenquote erzwingen», einsehbar unter: [www.faz.net/-01r0g9](http://www.faz.net/-01r0g9); vgl. auch NZZaS vom 6. Februar 2011.

<sup>144</sup> Press Release der Europäischen Union vom 1. März 2011 (IP/11/242) «EU-Justizkommissarin VIVIAN REDING drängt auf höheren Frauenanteil in den Vorstandsetagen europäischer Unternehmen».

<sup>145</sup> NZZAS vom 6. Februar 2011.

<sup>146</sup> Vgl. ebd.

<sup>147</sup> NZZAS vom 13. März 2011.

dens älterer Arbeitnehmender aus dem Arbeitsmarkt leisten kann, auf gut ausgebildete weibliche Spitzenkräfte zu verzichten.<sup>148</sup> Wohl korrespondierend zur genannten Selbstverpflichtungsstrategie der EU hat das SECO eine Sammlung von «good practices» für Wirtschaftskreise veröffentlicht. Darin enthalten sind Anregungen für Unternehmen unterschiedlicher Grösse anhand von Firmenbeispielen, denen die Verwirklichung des Frauenanteils in Führungspositionen gelungen ist.<sup>149</sup> Ob die Schweiz auch im Falle einer gesetzgeberischen Regulation auf EU-Ebene bspw. im Rahmen des autonomen Nachvollzuges mitziehen würde, bleibt jedoch fraglich.

### b. Lohngleichheit

Wie bereits im Vorberichtsjaahr festgestellt werden konnte,<sup>150</sup> haben sich die *Lohnunterschiede* wie auch die diskriminierenden Anteile in der Privatwirtschaft bis zum Jahr 2006 zwar tendenziell verringert, ist jedoch seit 2008 wieder eine leicht gegenläufige Entwicklung hin zu einer Zunahme der diskriminierenden Lohnbestandteile festzustellen. Jüngste Zahlen aus dem Jahr 2008 zeigen, dass sich der Diskriminierungseffekt, also derjenige Lohnanteil, welcher nicht durch Unterschiede hinsichtlich Qualifikationsmerkmalen, Anforderungen, hierarchische Position etc. erklärt werden kann, in der Privatwirtschaft auf durchschnittlich 9,4 Prozent belaufen hat. Diesbezüglich zeigt ein Blick auf die Landesteile, dass auch regionale Unterschiede bei der Lohndiskriminierung feststellbar sind. So lagen die Genferseeregion (7,9 Prozent) sowie der Espace Mittelland (8,9 Prozent) unter dem Landesdurchschnitt, während überdurchschnittliche Werte vor allem in den Regionen Nordwestschweiz (10,6 Prozent), Ostschweiz (10,8) und Tessin (12,0 Prozent) festgestellt werden konnten. Im öffentlichen Sektor war die Lohndiskriminierung mit 3,5 Prozent nachweislich geringer als im privaten Sektor.<sup>151</sup>

Für international tätige Unternehmen, die ihren Sitz oder eine Filiale in der Schweiz haben, war es bislang aufgrund fehlender englischer Sprachoption schwierig, *LOGIB*, das Selbsttestinstrument des Bundes zur Überprüfung der Lohngleichheit in Betrieben, anzuwenden. Seit Ende Juni

---

<sup>148</sup> NZZAS vom 6. Februar 2011; Publikation des SECO vom Dezember 2010 «Frauen in Führungspositionen: So gelingt's – Erfahrungen aus zehn grossen und kleineren Unternehmen in der Schweiz», S. 9.

<sup>149</sup> Medienmitteilung des SECO vom 3. März 2011; vgl. Publikation des SECO vom Dezember 2010 «Frauen in Führungspositionen: So gelingt's – Erfahrungen aus zehn grossen und kleineren Unternehmen in der Schweiz».

<sup>150</sup> Vgl. Vorjahresbericht JAR 2010, S. 42 ff.

<sup>151</sup> Schlussbericht des Büros für Arbeits- und sozialpolitische Studien (BASS) im Auftrag des BFS und des eidgenössischen Büros für Gleichstellung von Mann und Frau (EGB) vom 30. September 2010 «Analyse der Löhne von Frauen und Männern anhand der Lohnstrukturhebung 2008, Aktuelle Entwicklungen in der Privatwirtschaft und Situation im öffentlichen Sektor des Bundes», S. II.

2011 steht jedoch eine LOGIB-Version zur Verfügung, welche den Bedürfnissen englischsprachiger Unternehmen Rechnung trägt und ebenfalls unter [www.logib.ch](http://www.logib.ch) kostenlos heruntergeladen werden kann. Da die Einhaltung der Lohngleichheit eine Voraussetzung für den Erhalt eines öffentlichen Auftrags bildet, ist in diesem Zusammenhang gegenwärtig ein Pilotprojekt im Kanton Bern im Gange, welches zeigen soll, ob LOGIB ein geeignetes Instrument ist, um Lohngleichheit im Beschaffungsverfahren nachzuweisen.<sup>152</sup>

Um auf die immer noch vorhandene Lohndifferenz zwischen Männern und Frauen aufmerksam zu machen, wurde Mitte Juni 2011 von über 50 beteiligten Organisationen, Parteien und Gewerkschaften zum *Frauenstreik- und Aktionstag* aufgerufen. Bereits 20 Jahre zuvor mobilisierte der erste am 14. Juni 1991 ausgerufene nationale Frauenstreiktag rund 100 000 Teilnehmende.<sup>153</sup>

### c. *Vereinbarkeit von Beruf und Familie*

Während in den vergangenen Jahren der Fokus bei der Frage nach der *Vereinbarkeit von Beruf und Familie* fast ausschliesslich auf die weibliche Perspektive gerichtet war, zeigt eine kürzlich erschienene Studie<sup>154</sup> aus dem Kanton St. Gallen die Aktualität der Problematik auch unter männlichen Arbeitnehmern. Auffallend ist, dass rund 90 Prozent aller befragten Studienteilnehmer aus dem Kanton St. Gallen bereit wären, eine Lohnreduktion hinzunehmen, falls dadurch eine Arbeitszeitreduktion erwirkt werden könnte. Gleichzeitig befürchtete jedoch mehr als die Hälfte der Befragten bei einer Arbeitszeitreduktion negative Auswirkungen im Hinblick auf die Aufstiegs- und Karrierechancen.<sup>155</sup> Der Wunsch nach Gewährung von Vaterschaftsurlaub lag gemäss der Studie auf einer Bandbreite von drei bis 14 Tagen, wobei sich eine knappe Mehrheit für eine zweiwöchige Vaterschaftszeit aussprach. Die geringe Differenz zwischen den festgestellten Wünschen der Arbeitnehmer und den tatsächlich angebotenen Möglichkeiten durch die Unternehmen wurde dabei von den Studienleitern eher auf die realistische Einschätzung der Möglichkeiten als auf den Wunsch nach einer längeren Vaterschaftszeit zurückgeführt.<sup>156</sup> Da laut Studie die Forderung der Studienteilnehmer grundsätzlich darauf abzielte, dass ihnen dieselben Arbeitszeitangebote wie den Frauen offenstünden, erstreckten sich

---

<sup>152</sup> Medienmitteilung des EBG vom 28. Juni 2011.

<sup>153</sup> NZZ vom 14. Juni 2011.

<sup>154</sup> «Was Männer wollen!» Studie zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben vom Januar 2011, durchgeführt von Pro Familia im Auftrag des Departements des Innern des Kantons St. Gallen, vertreten durch das Kompetenzzentrum für Integration, Gleichstellung und Projekte.

<sup>155</sup> Vgl. ebd., S. 13.

<sup>156</sup> Vgl. ebd., S. 19 f.

die im Rahmen der Studie formulierten Empfehlungen namentlich auf die Einführung von Arbeitszeitkonti, der Schaffung von Teilzeitstellen auch für Männer sowie auf die vermehrte Förderung der örtlichen Flexibilität, Telearbeit und Home-Office-Möglichkeiten.<sup>157</sup>

Angesichts dieser Tatsachen forderte auch die Eidgenössische Koordinationskommission für Familienfragen (EKFF) die Einführung einer *Elternzeit* und eines *Elterngeldes* in der Schweiz. Zu diesem Zweck ist von der Kommission ein beachtenswertes Modell mit detaillierter Schilderung von Kostenfolgen und Finanzierungsvorschlägen ausgearbeitet worden, welches die Einführung einer gemeinsamen Elternzeit von maximal 24 Wochen vorsieht, über welche weitgehend frei von den Eltern disponiert werden kann. Lediglich vier Wochen wären zwingend für den individuellen Bezug durch jeden Elternteil vorgesehen. Ebenso müsste der Bezug der Elternzeit nicht am Stück erfolgen, sondern die Bezugsdauer würde von der Geburt des Kindes bis zu dessen Einschulung dauern. Damit soll einerseits die Beziehung zu den primären Bezugspersonen eines Kindes in den ersten Lebensjahren gestärkt und andererseits dem Rückzug der Frauen aus dem Erwerbsleben gerade in den entscheidenden Phasen des Karriereverlaufs entgegengewirkt werden. Geplant wäre, die Einkommensersatzrate zu diesem Zweck wie bereits bei der Mutterschaftsentschädigung auf 80 Prozent mit einer Höchstgrenze von CHF 196.– pro Tag festzulegen. Familien mit tiefem Einkommen sollen dabei von einer Ersatzrate von 100 Prozent unter leicht verkürzter Bezugsrate profitieren können. Zur Finanzierung der Elternzeit, deren Kosten sich voraussichtlich auf CHF 1,1 bis 1,2 Mrd. belaufen würden, stünden Lösungen im Rahmen der Erwerb ersatzordnung (EO) oder über eine Anhebung der Mehrwertsteuer zur Diskussion. Eine Finanzierung im Rahmen der EO hätte eine Erhöhung bei den Lohnprozenten von je 0,2 Prozent für Arbeitnehmende und Arbeitgebende zur Folge. Bei einer Finanzierung über die Mehrwertsteuer wäre eine Anhebung des Satzes um 0,4 bis 0,5 Prozent von Nöten. Gesetzestech nisch wäre zur Einführung der Elternzeit eine dem Artikel 116 Absatz 3 BV (Mutterschaftsversicherung) nachgebildete Bestimmung in die Verfassung aufzunehmen.<sup>158</sup> Zu erwähnen ist jedoch, dass dieses Modell bislang einen rein theoretischen Vorschlag bildet und zu seiner Verwirklichung erst noch auf politischer Ebene ins Rollen gebracht werden müsste. Umso interessanter ist deshalb in diesem Zusammenhang eine Standesinitiative des Kantons Genf<sup>159</sup> aus dem Jahr 2008, welche die Ausarbeitung von Gesetzgebungs massnahmen durch die Bundesversammlung verlangt, wodurch den Kantonen die Möglichkeit zur fakultativen Einführung eines Elternurlaubs eingeräumt würde. Die Finanzierung dieses Elternurlaubs wäre über die

---

<sup>157</sup> Vgl. ebd., S. 22 ff.

<sup>158</sup> Medienmitteilung der Kommissionen des EDI vom 26. Oktober 2010.

<sup>159</sup> 08.330 (Standesinitiative), Für einen Elternurlaub, Kanton Genf, eingereicht am 9. Dezember 2008.

paritätischen Beiträge der kantonalen Mutterschaftsversicherung vorgesehen. Die Standesinitiative ist von der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) begrüsst worden, während der Ständerat eine solche Vorgehensweise ablehnte. Die SGK betonte, dass diejenigen Kantone, welche einen Schritt in Richtung Elternurlaub unternehmen möchten, nicht daran gehindert, sondern unterstützt werden sollten. Eine Anpassung des Obligationenrechts im Sinne der Standesinitiative sei gerechtfertigt, da den Kantonen heute noch die Möglichkeit fehle, eine obligatorische Leistung einzuführen, die für das ganze Kantonsgebiet Gültigkeit habe.<sup>160</sup>

Eine ähnliche Stossrichtung verfolgte auch die im September 2010 eingereichte Motion von STREIFF-FELLER. Die Nationalrätin forderte darin eine Ergänzung des heutigen Mutterschaftsurlaubes durch einen zweiwöchigen Vaterschaftsurlaub, wie er verschiedentlich bereits bei Akteuren der Privatwirtschaft üblich ist und nimmt damit Bezug auf ein bereits im Jahr 2008 eingereichtes Postulat ausgehend von SCHMID-FEDERER.<sup>161</sup> Auch die grüne Fraktion lancierte 2011 unter dem Titel «Vorwärtsmachen mit Elternzeit und Elterngeld» eine parlamentarische Initiative, um dem Anliegen nach einer Verbesserung der Betreuungssituation von Kleinkindern Nachdruck zu verleihen.<sup>162</sup>

Um insgesamt eine bessere Nutzung des vorhandenen Humankapitals und damit zusammenhängend eine höhere Erwerbsbeteiligung von Frauen zu erreichen, spielt wie bereits im Vorberichtsjaahr erwähnt das Angebot an *familienergänzender Kinderbetreuung* eine tragende Rolle.<sup>163</sup> Zu diesem Zweck wurde die im Lichte der Vernehmlassungsergebnisse überarbeitete Kinderbetreuungsverordnung (KiBeV) in eine zweite Vernehmlassung geschickt. Da die erste Fassung der KiBeV insbesondere infolge ihrer als Überregulierung empfundenen Bestimmungen zur Tagesbetreuung auf heftige Kritik gestossen ist, stärkt die überarbeitete Verordnung die Eigenverantwortung der Eltern dahingehend, dass die vorgesehene Bewilligungspflicht für Betreuungsleistungen durch Verwandte und den Eltern nahestehende Personen aufgehoben worden ist, sofern die Fremdbetreuung durch die Eltern veranlasst ist. Ebenso sollen die besonderen Betreuungsformen wie die Betreuung durch eine Nanny oder ein Au-Pair bewilligungsfrei sein. Bewilligungspflichtig sind demgegenüber die Betreuungsleistungen von Tageseltern, die den Eltern des Kindes nicht nahestehen und ihre Dienste entgeltlich anbieten. Erfolgt die Tagesbetreuung unentgeltlich, entfällt die Bewilligungspflicht. Das zweite massgebliche Kriterium bildet

---

<sup>160</sup> Medienmitteilung der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) vom 13. Oktober 2010.

<sup>161</sup> 10.3700 (Motion), Zwei Wochen bezahlter Vaterschaftsurlaub, STREIFF-FELLER MARIANNE, eingereicht am 28. September 2010.

<sup>162</sup> 11.405 (parlamentarische Initiative), Vorwärtsmachen mit Elternzeit und Elterngeld, Grüne Fraktion, eingereicht am 3. März 2011.

<sup>163</sup> Vgl. Vorjahresbericht JAR 2010, S. 45 f.

zudem der Umfang der Betreuung. Statt dem Kriterium der Regelmässigkeit wird die Bewilligungspflicht neu durch klare Zeitangaben definiert.<sup>164</sup> Der Gesetzesentwurf wurde von den Vernehmlassungsteilnehmern trotz allgemeiner Befürwortung der Stossrichtung wiederum kontrovers aufgefasst. Eine Mehrheit der ablehnenden Kantone erachtete die Regelungsdichte noch immer als zu hoch und bekundete Zweifel an der Umsetzbarkeit der überarbeiteten Verordnung. Aus diesem Grund will der Bundesrat mit den weiteren Arbeiten an der KiBeV zuwarten, bis die gesetzlichen Rahmenbedingungen vom Parlament verabschiedet worden sind.<sup>165</sup>

Bereits Anfang Oktober 2010 mit Wirkung per 1. Februar 2011 ist vom Parlament eine Verordnungsänderung verabschiedet worden, welche die Geltungsdauer des *Bundesgesetzes über Finanzhilfen für die familienergänzende Kinderbetreuung* um weitere vier Jahre verlängert und eine gesetzliche Grundlage für die Unterstützung von Projekten mit Innovationscharakter geschaffen hat.<sup>166</sup>

### 3. Aufhebung der Förderung von Heimarbeit

Seit dem *Bundesbeschluss vom 12. Februar 1949 über die Förderung der Heimarbeit*<sup>167</sup> ist der Bund gehalten, die Heimarbeit zu unterstützen, sofern diese von sozialer oder staatspolitischer Bedeutung ist sowie namentlich die Existenzverhältnisse der Berggebietsbevölkerung zu heben vermag. Diese Unterstützung durch den Bund ist seit Beginn subsidiärer Natur gewesen, da die Förderung der Heimarbeit in erster Linie privaten Organisationen sowie den Kantonen obliegt.<sup>168</sup> Als Heimarbeit wird Arbeit bezeichnet, welche nicht in Büros oder eigenen Betriebsräumen, sondern in der eigenen Wohnung oder in einem in der Region eingerichteten Atelier geleistet wird. Förderungswürdig im Sinne des Bundesratsbeschluss ist einzig die traditionelle, unselbstständige, gewerbliche und industrielle Heimarbeit, so dass insbesondere moderne Erscheinungsformen der unselbstständigen Heimarbeit in wissenschaftlichem, künstlerischem, kaufmännischem oder technischem Zusammenhang (wie bspw. die sog. Telearbeit) oder auch die selbstständige Heimarbeit (betrifft bspw. Personen mit Werkvertrag oder Hausgewerbetreibende) nicht vom Bundesbeschluss erfasst sind. Hinsichtlich ihrer Bedeutung wird anhand der Daten der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE) konstatiert, dass sich die

---

<sup>164</sup> Medienmitteilung des EJPD vom 17. September 2010.

<sup>165</sup> Medienmitteilung des Bundesamtes für Justiz (BJ) vom 29. Juni 2011.

<sup>166</sup> Medienmitteilung des EDI vom 10. Dezember 2010.

<sup>167</sup> Bundesbeschluss vom 12. Februar 1949 über die Förderung der Heimarbeit, SR 822.32.

<sup>168</sup> Botschaft vom 3. Dezember zur Aufhebung des Bundesbeschlusses über die Förderung der Heimarbeit (10.110), S. 513.

Anzahl der Heimarbeitenden in den letzten Jahren zwar geringfügig erhöht haben dürfte, ihre Zahl jedoch nie mehr als 1,5 Prozent der Erwerbsbevölkerung erreicht hat.<sup>169</sup>

Aufgrund des Wandels des Heimarbeitsmarktes hat der Bund Anfang Dezember 2010 die Aufhebung des Bundesbeschlusses mit Wirkung per 1. Januar 2012 beschlossen. Argumentiert wird, dass die Nachfrage nach Heimarbeitskräften gesunken ist und die Tätigkeit als Existenzsicherung an Bedeutung verloren hat. Zudem hat sich die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen gewandelt. Infolge der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung (NFA) wurden Finanzinstrumente geschaffen, welche der Sonderbelastung der Gebirgsbevölkerung, die überproportional von der Aufhebung der Förderung der Heimarbeit durch den Bund betroffen sein wird, ausreichend Rechnung tragen und deshalb die zusätzliche Unterstützung durch den Bund als hinfällig erscheinen lassen.<sup>170</sup> Unberührt von der Aufhebung des Bundesbeschlusses bleibt das Heimarbeitsgesetz<sup>171</sup>, das den arbeitsrechtlichen Schutz von Heimarbeitnehmenden garantiert, welcher weder durch das Obligationenrecht noch durch das Arbeitsgesetz gewährleistet wird.<sup>172</sup>

#### 4. Ferienanspruch

Basierend auf der eingereichten eidgenössischen *Volksinitiative «6 Wochen Ferien für alle»*<sup>173</sup>, welche eine Erhöhung des gesetzlichen Ferienanspruchs auf jährlich mindestens sechs Wochen verlangt, hat im Anschluss an die Stellungnahme des Bundesrates<sup>174</sup> auch das Parlament Gelegenheit erhalten, sich zur aufgeworfenen Thematik zu äussern. Im Sinne des Bundesrates, welcher in seiner entsprechenden Botschaft dem Parlament beantragt hat, die Initiative Volk und Ständen ohne Gegenentwurf und mit der Empfehlung zur Ablehnung zu unterbreiten, hat die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates (WAK-N) mit einer Zweidrittelmehrheit die Ablehnung der Initiative beschlossen. Auch der indirekte Gegenvorschlag, nach welchem eine Erhöhung des Ferienanspruches auf fünf Wochen bzw. auf sechs Wochen für Arbeitnehmende bis zum vollendeten 20. Altersjahr und ab dem vollendeten 55. Altersjahr im

---

<sup>169</sup> Vgl. ebd., S. 513 f.

<sup>170</sup> Medienmitteilung des EVD vom 3. Dezember 2010.

<sup>171</sup> Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Heimarbeit (Heimarbeitsgesetz, HARg), SR 822.31.

<sup>172</sup> Botschaft vom 3. Dezember zur Aufhebung des Bundesbeschlusses über die Förderung der Heimarbeit (10.110), S. 521.

<sup>173</sup> Eidg. Volksinitiative «6 Wochen Ferien für alle», BBI 2009 5669.

<sup>174</sup> Vgl. Vorjahresbericht JAR 2010, S. 48 sowie Botschaft vom 18. Juni 2010 zur Volksinitiative «6 Wochen Ferien für alle», BBI 2010 4671.

Gesetz hätte verankert werden sollen, war in der Kommission nicht mehrheitsfähig. Gleichzeitig hat die WAK-N jedoch beschlossen, der parlamentarischen Initiative «Mindestens fünf Wochen Ferien für Personen über 50»<sup>175</sup> Folge zu geben.<sup>176</sup> Allerdings verwehrt in der Folge sowohl die Schwesterkommission des Ständerates als auch der Nationalrat die Zustimmung zur parlamentarischen Initiative.<sup>177</sup> Wann die Volksinitiative «6 Wochen Ferien für alle» vors Volk kommen wird, ist derzeit noch unklar, obwohl die Vorlage abstimmungsreif ist.<sup>178</sup> In Anbetracht der Diskussionen auf dem politischen Parkett dürften ihr jedoch nicht allzu grosse Chancen beigemessen werden. Interessanter scheinen jedoch die laufend lancierten Vorstösse des Parlaments zur Entlastung älterer Arbeitnehmer mittels Ferienregelung.

## 5. Berufsverbot für einschlägig vorbestrafte Täter

Zum Schutze von Minderjährigen sowie sehr kranken und alten Personen vor einschlägig vorbestraften Tätern hat der Bundesrat Anfang 2011 eine Vorlage in die Vernehmlassung geschickt, welche das bestehende *strafrechtliche Berufsverbot* in mehrfacher Hinsicht erweitern und durch Kontakt- und Rayonverbote ergänzen soll. Im Zentrum steht anstelle eines blossen Berufsverbotes, wie es zurzeit für einschlägig vorbestrafte Täter verhängt werden kann, die Einführung eines umfassenden Tätigkeitsverbotes, mit dem sowohl berufliche als auch ausserberufliche Tätigkeiten erfasst werden können. Durch den Verzicht auf das Erfordernis der Begehung der Tat im Rahmen der Berufsausübung für die Verhängung eines Tätigkeitsverbotes sollen insbesondere auch Personen erfasst werden, welche in ihrer Freizeit einschlägige Straftaten verübt haben, um dadurch die Ausübung von gewissen beruflichen und ausserberuflichen Tätigkeiten im Zusammenhang mit Kindern und Jugendlichen oder alten bzw. kranken Personen zu verhindern. Zudem ist vorgesehen, dass bestimmte Sexualstraftaten gegen Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren zwingend zur Verhängung eines Tätigkeitsverbotes führen sollen, selbst wenn keine negative Prognose in Bezug auf den Täter vorliegt. Zur Durchsetzung die-

---

<sup>175</sup> 10.472 (Parlamentarische Initiative) Mindestens fünf Wochen Ferien für Personen über 50, DE BUMANN DOMINIQUE, eingereicht am 18. Juni 2010.

<sup>176</sup> Medienmitteilung der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates (WAK-N) vom 22. November 2010.

<sup>177</sup> Beschluss der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates (WAK-S) vom 25. Januar 2011, Ergebnis zuletzt eingesehen am 30. Juni 2011 unter [www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20100472](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20100472) sowie Abstimmung des Nationalrates (NR) vom 17. März 2011, AB 2011 N 502.

<sup>178</sup> Abstimmungsreife Volksinitiativen, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2011 unter: [www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis\\_1\\_3\\_1\\_4.html](http://www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis_1_3_1_4.html)

ses Tätigkeitsverbotes ist ein erweiterter Strafregisterauszug für Privatpersonen vorgesehen, welcher einzuholen sein wird, bevor eine Person für eine berufliche oder ausserberufliche Tätigkeit mit unmündigen oder anderen besonders schutzbedürftigen Personen eingestellt oder verpflichtet wird. Die beabsichtigte Neuregelung zum Berufsverbot würde eine Änderung der Bundesverfassung, des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes mit sich bringen.<sup>179</sup> Inwiefern in diesem Vorstoss des Bundesrates eine Antizipation der Volksinitiative «Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen»<sup>180</sup>, welche ein endgültiges Berufsverbot für Sexualstraftäter verlangt, gesehen werden kann, muss an dieser Stelle offen gelassen werden. Bleibt doch abzuwarten, wie der Bund auf das Zustandekommen der Volksinitiative reagieren wird.

### III. Öffentliches Arbeitsrecht

#### 1. Schutz vor Passivrauchen

Seit dem 1. Mai 2010 gilt das *Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen*<sup>181</sup>, welches ein Rauchverbot in geschlossenen Räumen, die öffentlich zugänglich sind oder mehreren Personen als Arbeitsplatz dienen, vorsieht. Da das Bundesgesetz lediglich eine nationale Mindestregelung enthält, ist es den Kantonen weiterhin freigestellt, weitere über diese Mindestbestimmungen hinausgehende Regelungen zum Schutz vor Passivrauchen zu treffen. Davon haben bislang 15 Kantone Gebrauch gemacht. Genau diese Uneinheitlichkeit in der Normsetzung bemängeln die Initianten der im Juni 2010 zustande gekommenen Volksinitiative zum «Schutz vor Passivrauchen». Mit der Initiative soll eine national einheitliche Regelung geschaffen und der umfassende Arbeitnehmerschutz auch auf Angestellte des Gastgewerbes ausgedehnt werden, was insbesondere die Ausdehnung des Rauchverbotes auch auf Einzelarbeitsplätze sowie auf bediente Fumoirs und Raucherlokale zur Folge hätte. Der Bundesrat erachtet das gegenwärtige Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen jedoch als ausreichend und empfiehlt die Vorlage deshalb ohne Gegenvorschlag zur Ablehnung.<sup>182</sup>

---

<sup>179</sup> Medienmitteilung des EJPD vom 23. Februar 2011.

<sup>180</sup> Eidg. Volksinitiative «Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen», BBI 2011 4435.

<sup>181</sup> Bundesgesetz vom 3. Oktober 2008 zum Schutz vor Passivrauchen, SR 818.31.

<sup>182</sup> Medienmitteilung des Bundesrates, des EDI und des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) vom 11. März 2011 sowie Botschaft vom 11. März 2011 zur Volksinitiative «Schutz vor Passivrauchen», BBI 2011 2809.

## 2. Epidemiengesetz (EpG)

Der Entwurf zur Totalrevision des *Epidemiengesetzes*<sup>183</sup> und die dazugehörige Botschaft sind Ende 2010 vom Bundesrat zuhanden des Parlaments verabschiedet worden. Infolge einer Veränderung der Praxis hinsichtlich der Krankheitsbewältigung sowie der relevanten Lebensumstände in den letzten Jahrzehnten scheint die Beseitigung von Lücken und Schwachstellen der gegenwärtigen Gesetzgebung dringend angezeigt, was insbesondere anlässlich der Bekämpfung von globalen Epidemien wie der Lungenkrankheit SARS 2003 oder der pandemischen Grippe H1N1 2009 deutlich geworden ist.<sup>184</sup> Gerade in Bezug auf Massnahmen, die auf eine Verminderung enger Kontakte zwischen Personen gerichtet sind oder eine Exposition in einer bestimmten Umgebung bezwecken, besteht Handlungsbedarf. In Artikel 40 E-EpG wird deshalb die Möglichkeit zur vorübergehenden Einschränkung dieser Kontakte auf kollektiver Ebene statuiert (sog. «social distancing»), falls die Gefahr einer Ausbreitung des Krankheitserregers dadurch eingedämmt oder zumindest die Ausbreitung der Krankheit verlangsamt werden kann. Zielobjekt dieser Bestimmung sind namentlich Veranstaltungen, Schulen und Unternehmen. Beim Entscheid, ob konkrete Schutzmassnahmen zu verhängen sind, soll einerseits eine Beurteilung des konkreten Risikos für die öffentliche Gesundheit erfolgen und sind andererseits die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Folgen zu berücksichtigen. Im Rahmen dieser Schutzvorkehrungen sind die kantonalen Behörden ermächtigt, öffentliche Anstalten oder private Unternehmen zu schliessen, gegenüber diesen besondere Vorschriften zum Betrieb (wie bspw. Hygienemassnahmen) zu verfügen oder das Betreten oder Verlassen bestimmter Gebäude oder Gebiete für bestimmte Aktivitäten an definierten Orten einzuschränken.<sup>185</sup> Die geplante Revision wird voraussichtlich im Jahr 2013 in Kraft treten.<sup>186</sup>

---

<sup>183</sup> Bundesgesetz vom 18. Dezember 1970 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG), SR 818.101.

<sup>184</sup> Medienmitteilung des EDI vom 3. Dezember 2010.

<sup>185</sup> Botschaft vom 3. Dezember 2010 zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG), BBl 2010 311, S. 392.

<sup>186</sup> Medienmitteilung des EDI vom 3. Dezember 2010.

### 3. Änderungen des Arbeitsgesetzes und der Verordnungen zum Arbeitsgesetz (ArG)

#### a. *Teilrevision des Arbeitsgesetzes (ArG)*

Ausgehend von einer parlamentarischen Initiative aus dem Jahre 2009<sup>187</sup> soll im Rahmen einer Teilrevision des Arbeitsgesetzes (ArG)<sup>188</sup> die *Bewilligungspflicht für Nacht- und Sonntagsarbeit von Arbeitnehmenden in Tankstellenshops* gelockert werden. Die gegenwärtige Gesetzeslage sieht ein grundsätzliches Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot vor. So dürfen gemäss ArG zwischen 23 Uhr und 6 Uhr keine Arbeitnehmende beschäftigt werden. Ausnahmen bedürfen einer Bewilligung. Gleiches gilt für die Sonntagsarbeit, worunter die Beschäftigung zwischen Samstag ab 23 Uhr und Sonntag 23 Uhr zu verstehen ist. Für gewisse Gruppen von Betrieben können Lockerungen vorgesehen werden, wie dies insbesondere bei Tankstellen der Fall ist, welche ihr Personal rund um die Uhr und sonntags für den Verkauf von Treibstoff und den Betrieb eines Bistros beschäftigen dürfen. Im Rahmen der geplanten Änderung soll die nächtliche und sonntägliche Beschäftigung von Mitarbeitenden nicht nur in reinen Tankstellbetrieben, sondern auch in Tankstellenshops ohne behördliche Bewilligung möglich sein, sofern diese ein Warensortiment führen, welches in erster Linie auf die Bedürfnisse der Reisenden ausgerichtet ist.<sup>189</sup> Die Vernehmlassungsfrist der Revision dauerte bis zum 23. Mai 2011.<sup>190</sup>

#### b. *Änderung der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1)*

Mit Wirkung per 1. August 2010 wurde Artikel 30 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1), welcher die Voraussetzungen der *Nachtarbeit ohne Wechsel mit Tagesarbeit* basierend auf den Artikeln 25 und 26 ArG regelt, einer Änderung unterzogen. Im Sinne einer redaktionellen Anpassung wurde der Einleitungssatz von Artikel 30 Absatz 1 ArGV 1 dahingehend konkretisiert, dass sich sein zeitlicher Geltungsbereich explizit auf Nachtarbeit ab sechs Wochen bis maximal zwölf Wochen bezieht. Zudem erweitert litera a von Artikel 30 Absatz 1 ArGV 1 die Voraussetzungen zur Einführung von Nachtarbeit ohne Wechsel mit Tagesarbeit neu um die Möglichkeit, dass diese zulässig ist, sofern die Mehrheit der betrof-

---

<sup>187</sup> 09.492 (Parlamentarische Initiative) Liberalisierung der Öffnungszeiten von Tankstellenshops, LÜSCHER CHRISTIAN, eingereicht am 12. Juni 2009.

<sup>188</sup> Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG), SR 822.11.

<sup>189</sup> Vorentwurf und erläuternder Bericht der WAK-N vom 14. Februar 2011 zur parlamentarischen Initiative Liberalisierung der Öffnungszeiten von Tankstellenshops (09.462), S. 2-4.

<sup>190</sup> Medienmitteilung der WAK-N vom 24. Februar 2011.

fenen Arbeitnehmenden schriftlich um einen Verzicht auf den Wechsel zwischen Tages- und Nachtarbeit aus persönlichen oder familiären Gründen ersucht hat. Auch in Artikel 30 Absatz 2 ArGV 1 wurde dieser zusätzliche Legitimationsgrund für Nachtarbeit eingeführt. Ebenso fand eine Neugliederung von Artikel 30 Absatz 2 ArGV 1 statt und wurde ein zusätzlicher Absatz 2<sup>bis</sup> eingeführt. Dieser enthält eine Legaldefinition für den Begriff der betrieblichen Unentbehrlichkeit, welche nach dem Willen des Gesetzgebers vorliegen soll, wenn es sich um Nachtarbeit handelt, für die es keine entsprechende Arbeit im Tages- oder Abendzeitraum gibt (litera a) oder für die auf dem üblichen Arbeitsmarkt nicht genügend qualifiziertes Personal für Wechselschichten rekrutiert werden kann (litera b).<sup>191</sup>

c. *Totalrevision der Verordnung des EVD über die Ausnahmen von Nacht- und Sonntagsarbeit während der beruflichen Grundbildung*

Die revidierte und am 15. Mai 2011 in Kraft gesetzte Verordnung des EVD über die *Ausnahmen vom Verbot der Nacht- und Sonntagsarbeit während der beruflichen Grundbildung* regelt, für welche Ausnahmeverhältnisse mit Jugendlichen eine Befreiung von der grundsätzlichen Bewilligungspflicht für Nacht- und Sonntagsarbeit erfolgt. Von diesen Ausnahmestimmungen betroffen sind jugendliche Auszubildende im Gastgewerbe und in der Hauswirtschaft, in Bäckereien, Konditoreien und Confisereien sowie in den dazugehörigen Bereichen des Detailhandels, in der Milchtechnologiebranche, in der Lebensmitteltechnologie-Branche, im Bereich der Produktions- und Verpackungsanlagen, in der Fleischfachbranche, in der Tierhaltung und -pflege, im Gesundheitswesen, im Gleisbau und im Veranstaltungsbereich. Mit Ausnahme der Aufnahme von Auszubildenden der Veranstaltungsbranche in den Verordnungskatalog sowie einiger redaktioneller Anpassungen bzw. einer kompletten Restrukturierung hat die Revision keine Neuerungen gebracht.<sup>192</sup>

d. *Änderung der Verordnung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Verordnung zum Arbeitszeitgesetz [AZGV])*

Eine Revision der *Verordnung zum Arbeitszeitgesetz über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (AZGV)* ist am 1. Dezember

---

<sup>191</sup> Änderung vom 30. Juni 2010 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1), SR 822.111 (AS 2010 3111).

<sup>192</sup> Verordnung des EVD über die Ausnahmen vom Verbot von Nacht- und Sonntagsarbeit während der beruflichen Grundbildung vom 21. April 2011, SR 822.115.4 (AS 2011 1661).

2010 in Kraft getreten.<sup>193</sup> Seither gelten dieselben Regelungen zur Dauer der Dienstschicht für Betreiber von städtischen Busnetzen wie für Verkehrsbetriebe, die andere Linien führen. Zudem wurde der Anspruch auf Ruhetage bei Abwesenheit infolge Militär-, Zivil- und Zivilschutzdienst angepasst. So sind die Anzahl der Ruhetage lediglich dann herabzusetzen, wenn der Angestellte während mehr als sechs aufeinanderfolgenden Tagen aus den genannten Gründen abwesend ist.<sup>194</sup>

e. *Änderung zur Chauffeurverordnung (ARV 1)*

In Anpassung an die europäischen Bestimmungen zum Fernfahrverkehr wurde auch die *Chauffeurverordnung (ARV 1)* einigen Änderungen unterzogen.<sup>195</sup> Bedeutsam ist insbesondere Artikel 1 Absatz 2 ARV 1, welcher den Vorrang des Arbeitsgesetzes und insbesondere dessen Bestimmungen über die Kompensation der Nacharbeit gegenüber der Verordnung statuiert. In Abweichung zu den übrigen Verordnungsbestimmungen, welche per 1. Januar 2011 Verbindlichkeit erlangt haben, tritt Artikel 1 Absatz 2 ARV 1 erst per 1. Januar 2012 in Kraft.<sup>196</sup> Weiter wurden Bestimmungen bezüglich der Arbeitszeit, der Lenkzeit, der Pausen und der täglichen und wöchentlichen Ruhezeit von Berufschauffeuren revidiert. Bis zu 60 Stunden (bisher 56 Stunden) darf die wöchentliche Arbeitszeit betragen, sofern der wöchentliche Durchschnitt in einem Zeitraum von 26 Wochen 48 Stunden nicht übersteigt.<sup>197</sup>

f. *Änderung der Verordnung über die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Bauarbeiten (BauAV)*

Die aus dem Jahre 1963 stammende Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten bei Kaminfegearbeiten sowie über die damit zusammenhängenden Schutzmassnahmen bei Hochkaminen und

---

<sup>193</sup> Änderung vom 1. Oktober 2010 der Verordnung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Verordnung zum Arbeitszeitgesetz, AZGV), SR 822.211 (AS 2010 4797).

<sup>194</sup> Medienmitteilung des eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) vom 1. Oktober 2010.

<sup>195</sup> Vgl. zum Europäischen Übereinkommen über die Arbeit im internationalen Strassenverkehr beschäftigten Fahrpersonals (AETR), SR 0.822.725.22 oben S. 24.

<sup>196</sup> Änderung vom 27. Oktober 2010 der Verordnung vom 19. Juni 1955 über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer und -führerinnen (Chauffeurverordnung), SR 822.221 (AS 2010 5087).

<sup>197</sup> Änderung vom 30. Juni 2010 der Verordnung vom 19. Juni 1955 über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer und -führerinnen (Chauffeurverordnung), SR 822.221 (AS 2010 3239).

Feuerungsanlagen<sup>198</sup> soll den heutigen Anforderungen der Sicherheit für die Arbeitnehmenden angepasst werden und als neues Kapitel Eingang in die *Verordnung über die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Bauarbeiten (BauAV)*<sup>199</sup> finden. Zudem wird die Revision der BauAV zum Anlass genommen, um die Artikel 31–33, 55 und 76 der BauAV dem heutigen Stand der Technik anzupassen. Am 10. Dezember 2010 ist die entsprechende Vernehmlassungsfrist abgelaufen.<sup>200</sup>

g. *Änderung der Verordnung über den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Gefährdung durch Mikroorganismen (SAMV)*

Die *Verordnung über den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Gefährdung durch Mikroorganismen (SAMV)* soll bedingt durch neue wissenschaftliche Gegebenheiten sowie infolge des Erlasses des Gentechnikgesetzes (GTG)<sup>201</sup> und der dazugehörigen Verordnung über den Umgang mit Organismen in geschlossenen Systemen (ESV)<sup>202</sup> angepasst werden.<sup>203</sup> Insbesondere sollen die Pflichten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zum Schutze der Beeinträchtigung durch Mikroorganismen konkretisiert werden, wobei es sich an einigen Stellen auch bloss um redaktionelle Anpassungen handelt (bspw. in Artikel 5 Absatz 1 E-SAMV).<sup>204</sup> Die Vernehmlassungsfrist zur Änderung ist am 15. Oktober 2010 abgelaufen.<sup>205</sup>

---

<sup>198</sup> Verordnung vom 18. Oktober 1963 über Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten bei Kaminfegerarbeiten sowie über damit zusammenhängende Schutzmassnahmen bei Hochkaminen und Feuerungsanlagen, SR 832.311.16.

<sup>199</sup> Verordnung vom 29. Juni 2005 über die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Bauarbeiten (Bauarbeitenverordnung, BauAV), SR 832.311.141.

<sup>200</sup> Abgeschlossene Vernehmlassungsverfahren, EDI, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2011 unter: [www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2010.html#EDI](http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2010.html#EDI)

<sup>201</sup> Bundesgesetz vom 21. März 2003 über die Gentechnik im Ausserhumanbereich (Gentechnikgesetz, GTG), SR 814.91.

<sup>202</sup> Verordnung vom 25. August 1999 über den Umgang mit Organismen in geschlossenen Systemen (Einschliessungsverordnung, ESV), SR 814.912.

<sup>203</sup> Abgeschlossene Vernehmlassungsverfahren, EDI, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2011 unter: [www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2010.html#EDI](http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2010.html#EDI)

<sup>204</sup> Entwurf zur Änderung der Verordnung über den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Gefährdung durch Mikroorganismen (SAMV), SR 832.321.

<sup>205</sup> Abgeschlossene Vernehmlassungsverfahren, EDI, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2011 unter [www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2010.html#EDI](http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2010.html#EDI)

## 4. Schwarzarbeit

Unter den Begriff der *Schwarzarbeit* fallen verschiedene Formen der Missachtung arbeitsbezogener Melde- und Bewilligungspflichten. In der Regel sind Bereiche des Sozialversicherungs-, Ausländer- oder Steuerrechts davon tangiert.<sup>206</sup> Im Berichtsjahr ist es auf Ebene der Gesetzgebung zu keinerlei Neuerungen im Bereich der Bekämpfung von Schwarzarbeit gekommen. Allerdings spielt in diesem Zusammenhang die Rechtsdurchsetzung eine immer bedeutendere Rolle. Für die Bekämpfung von Schwarzarbeit setzten die Kantone im Jahr 2010 erneut mehr Inspektoren ein. Total wurden 66,9 Vollzeitstellen besetzt, was einer Zunahme um 9,7 Stellen gegenüber dem Vorjahr entspricht. Insgesamt führten die Inspektoren 12 223 Betriebs- und 37 001 Personenkontrollen durch. Die Zahl der kontrollierten Personen ist zwar leicht zurückgegangen, dafür wurden die einzelnen Abklärungen vertiefter als in den Vorjahren durchgeführt. Auch bei den verhängten Sanktionen, wie bspw. dem Ausschluss vom öffentlichen Beschaffungswesen oder die Streichung von Finanzhilfen bei schweren oder wiederholten Verstössen, ist eine starke Zunahme zu beobachten. Gegenüber dem Vorjahr hat sich die Zahl der Sanktionen mehr als verdoppelt. Im interkantonalen Vergleich stach vor allem das Engagement der beiden Stadt- und Grenzkantone Basel-Stadt und Genf sowie allgemein der Westschweizer Kantone hervor. Mittels verstärkter Informationskampagnen will der Bund weiterhin gegen Schwarzarbeit vorgehen, weshalb eine neue Internetplattform unter dem Slogan «Keine Schwarzarbeit. Arbeit korrekt melden», welche unter [www.keine-schwarzarbeit.ch](http://www.keine-schwarzarbeit.ch) zugänglich ist, erstellt worden ist.<sup>207</sup>

Obwohl der Vollzug von flankierenden Massnahmen und damit der Verhinderung von Schwarzarbeit nach Einschätzung des SECO im Allgemeinen gut verläuft,<sup>208</sup> dringen immer wieder Meldungen aus den Kantonen durch, welche auf eine Zunahme von Schwarzarbeit hinweisen.<sup>209</sup>

## 5. Berufs- und Weiterbildung

### a. Allgemeines

Im Zusammenhang mit der *Förderung von Bildung, Forschung und Innovation* (BFI) beantragte der Bundesrat in seiner entsprechenden BFI-Botschaft 2008–2012 Fördermittel im Umfang von CHF 5,185 Mrd. Da die

---

<sup>206</sup> Schwarzarbeit, SECO, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2011 unter [www.seco.admin.ch/themen/00385/01905/index.html?lang=de](http://www.seco.admin.ch/themen/00385/01905/index.html?lang=de)

<sup>207</sup> Medienmitteilung des SECO vom 21. Juni 2011.

<sup>208</sup> NZZ vom 5. Januar 2011.

<sup>209</sup> So bspw. aus dem Kanton Baselland, vgl. Basler Zeitung (BaZ) vom 7. August 2010.

Botschaft lediglich auf eine einjährige Verlängerung der Förderperiode 2008–2011 ausgerichtet ist, werden die Ziele und Massnahmen der BFI-Botschaft 2008–2012 im Wesentlichen fortgesetzt. Die Finanzbeschlüsse umfassen sämtliche nationalen Massnahmen im Bereich Berufsbildung, Hochschulen (ETH-Bereich, kantonale Universitäten, Fachhochschulen), Forschung und Innovation, wobei ein Schwerpunkt bei den grossen Forschungsinfrastrukturen gesetzt worden ist. Im internationalen Bereich werden für all jene Massnahmen Kredite beantragt, welche nicht bereits mittels völkerrechtlicher Verträge oder separater Anträge an das Parlament festgelegt sind.<sup>210</sup>

Ein vom EDI in Zusammenarbeit mit dem EVD erstellter Bericht hat aufgezeigt, dass in der Schweiz ein *Fachkräftemangel* in den Bereichen Mathematik, Informatik, Naturwissenschaften und Technik (kurz MINT) herrscht. Dieser Mangel ist einerseits konjunkturabhängig, andererseits aber auch strukturell bedingt. So ist insbesondere die relativ bescheidene Zahl an Studienabschlüssen in MINT ursächlich für die gegenwärtige Situation. Ebenso ist der Frauenanteil in MINT-Studiengängen ausserordentlich tief. Darauf hat der Arbeitsmarkt zwischen 2004 und 2009 mit einer deutlichen Lohnsteigerung in den entsprechenden Branchenzweigen sowie mit einer erhöhten Rekrutierung ausländischer MINT-Fachkräfte reagiert. Da die Interessen und die damit verbundene berufliche Ausrichtung von Jugendlichen in hohem Grade bereits am Ende der obligatorischen Schulzeit feststehen, empfiehlt der Bundesrat, das Technikverständnis auf allen Stufen der Volksschule intensiver zu fördern und den Übergang in die Tertiärstufe zu verbessern.<sup>211</sup>

Ein weiteres Ziel von Bund und Kantonen ist die Reduktion des Anteils an Jugendlichen ohne nachobligatorische Ausbildung von bisher zehn auf fünf Prozent bis zum Jahr 2015. Ein spezielles Augenmerk gilt dabei den drei bis fünf Prozent unter ihnen, welche gefährdet sind, nach der obligatorischen Schule den Anschluss an die Berufsbildung dauerhaft nicht zu schaffen. Zur Erreichung dieses Ziels steht das bereits 2006 lancierte *Projekt Case Management Berufsbildung* im Zentrum, welches gefährdete Jugendliche bereits im 7. Schuljahr gezielt erfasst und fördert. Auf demselben Weg soll auch die Abschlussquote auf Sekundarstufe II von bisher 90 Prozent auf 95 Prozent gesteigert werden, um so die aus Arbeitslosigkeit resultierenden Sozialkosten zu senken.<sup>212</sup>

---

<sup>210</sup> Medienmitteilung des Staatssekretariates für Bildung und Forschung (SBF) vom 3. Dezember 2010.

<sup>211</sup> Medienmitteilung des EDI und des SBF vom 1. September 2010.

<sup>212</sup> Medienmitteilung des Bundesamtes für Technologie (BBT) vom 2. September 2010.

## b. Hochschulbildung

In der öffentlichen Debatte um *Zulassungsbegrenzungen an den Universitäten und den eidgenössischen technischen Hochschulen* sorgt die steigende Anzahl an Studierenden noch immer für Gesprächsstoff.<sup>213</sup> Akut zeigt sich die Situation beim Bildungsangebot auf Stufe der Masterstudiengänge, welches besonders von ausländischen Studierenden genutzt wird. Denn anders als in vielen anderen Bologna-Staaten steht ein Masterstudium in der Schweiz jedem offen, der bereits ein Bachelorstudium absolvieren konnte. Prognosen gehen deshalb davon aus, dass der Anteil von Studierenden, welche aus dem Ausland für ihr Studium in die Schweiz kommen, von derzeit einem Viertel in den nächsten Jahren auf rund einen Drittel ansteigen wird. Bemängelt wird von den Universitäten vor allem die mangelnde fachliche Kompetenz von ausländischen Studienbewerbern für ein Masterstudium. Während zu Beginn dieser Diskussion als Begrenzungskriterium noch die Erhöhung von Studiengebühren für ausländische Studierende im Vordergrund stand,<sup>214</sup> wird derzeit von der Rektorenkonferenz der Schweizer Universitäten (Crus) eine Lösung anhand von Kontingenten favorisiert, mittels welcher die Universitäten die Zahl und Qualitätsanforderungen an die Studienbewerber selbst bestimmen könnten.<sup>215</sup>

Für die *universitären Medizinalberufe* hat der Bundesrat mit Wirkung per 1. Januar 2011 die Revision der *Prüfungsverordnung MedBG*<sup>216</sup> sowie der *Medizinalberufeverordnung*<sup>217</sup> genehmigt. Bei der Revision der Prüfungsverordnung MedBG ist die Senkung der Gebühren für die eidgenössischen Prüfungen von zentraler Bedeutung. So betragen die Prüfungsgebühren neuerdings CHF 1500.– für die Humanmedizin, CHF 1300.– für die Chiropraktik und die Pharmazie sowie CHF 1000.– für die Zahn- und Veterinärmedizin. Auf der Stufe der Weiterbildung wurden im Rahmen der Medizinalberufeverordnung zwei neue eidgenössische Weiterbildungstitel in Offizinpharmazie und Spitalpharmazie geschaffen. Zudem wurde der Weiterbildungstitel in Allgemeinmedizin aufgehoben und ein eidgenössischer Titel in Allgemeiner Innerer Medizin eingeführt, welcher durch seine duale Ausrichtung auf Spital und ambulante Praxis die Hausarztmedizin stärken soll. Mit dieser Revision kommt die Schweiz einer Forderung der Europäischen Kommission nach.<sup>218</sup>

---

<sup>213</sup> Vgl. Vorjahresbericht JAR 2010, S. 55 f.

<sup>214</sup> Vgl. ebd.

<sup>215</sup> NZZAS vom 5. September 2010.

<sup>216</sup> Änderung vom 17. November 2010 der Verordnung vom 26. November 2008 über die eidgenössischen Prüfungen der universitären Medizinalberufe (Prüfungsverordnung MedBG), SR 811.113.3 (AS 2010 5425).

<sup>217</sup> Änderung vom 17. November 2010 der Verordnung vom 27. Juni 2007 über Diplome, Ausbildung, Weiterbildung und Berufsausübung in den universitären Medizinalberufen (Medizinalberufeverordnung, MedBV), SR 811.112.0 (AS 2010 5419).

<sup>218</sup> Medienmitteilung des EDI vom 17. November 2011.

Primär zur Unterstützung der Kantone bei der Wahrnehmung ihrer Aufsichtspflicht über die universitären Medizinalpersonen wurde ein zentrales *Medizinalberuferegister*<sup>219</sup> zur Erfassung von Ärzten, Zahnärzten, Chiropraktikern, Apothekern und auch Tierärzten geschaffen. Diese zentrale Datenbank wurde als Kooperationsprojekt von Bund, Kantonen und Berufsorganisationen lanciert und enthält detaillierte Informationen über die berufliche Qualifikationen von Medizinalpersonen sowie Angaben über die erteilten kantonalen Berufsausübungsbewilligungen. Neben der Möglichkeit für Patienten, sich umfassend zu informieren, ermöglicht das Register vor allem den kantonalen Aufsichtsbehörden den schweizweiten Zugriff auf Daten bspw. betreffend Disziplinar massnahmen oder Bewilligungsentzüge und leistet so einen wesentlichen Beitrag zum Schutze von Patienten.<sup>220</sup>

Das neu geschaffene *Psychologieberufegesetz (PsyG)* wurde Mitte März vom Parlament in der Schlussabstimmung verabschiedet und wird voraussichtlich per 1. Januar 2013 in Kraft treten. Zum Schutz von Patienten vor Täuschungen bei Inanspruchnahme persönlicher psychologischer Dienstleistungen sowie aus Transparenzgründen führt das neue PsyG geschützte Berufsbezeichnungen ein, schafft mit eidgenössischen Weiterbildungstiteln ein verlässliches Qualitätslabel und regelt die Aus- und Weiterbildung sowie die Berufsausübung der psychologischen Psychotherapeutinnen und -therapeuten. Künftig soll sich nur wer einen Master-, Lizentiats- oder FH-Diplomabschluss in Psychologie besitzt, «Psychologin» bzw. «Psychologe» nennen dürfen. Durch eidgenössische Weiterbildungstitel in den Fachbereichen Psychotherapie, Neuropsychologie, klinische Psychologie, Gesundheitspsychologie sowie Kinder- und Jugendpsychologie soll ein einheitlicher Qualitätsstandard geschaffen werden. Ein besonderes Augenmerk gilt zudem der Regulierung der Psychotherapie.<sup>221</sup> Wer in eigener fachlicher Verantwortung privatwirtschaftlich seine Dienstleistung als Psychotherapeutin oder Psychotherapeut anbietet, muss künftig über eine kantonale Bewilligung verfügen.<sup>222</sup> Zur Kontrolle wird vom EDI ein Register über alle Inhaberinnen und Inhaber eidgenössischer und anerkannter ausländischer Weiterbildungstitel sowie über Bewilligungen zur Psychotherapie geführt.<sup>223</sup> Infolge der rechtlichen Fassung des Psychologieberufes wurden Anpassungen in der Strafprozessordnung notwendig. Neben Geistlichen,

---

<sup>219</sup> Sog. MedReg, einsehbar unter: [www.medreg.admin.ch](http://www.medreg.admin.ch)

<sup>220</sup> Medienmitteilung des BAG vom 16. August 2010.

<sup>221</sup> Parlament verabschiedet das Bundesgesetz über die Psychologieberufe, BAG, Stand am 18. März 2011, eingesehen unter: [www.bag.admin.ch/themen/berufe/00994/index.html?lang=de](http://www.bag.admin.ch/themen/berufe/00994/index.html?lang=de)

<sup>222</sup> Art. 22 Vorlage der Redaktionskommission für die Schlussabstimmung zum Bundesgesetz über die Psychologieberufe (PsyG) vom 18. März 2011.

<sup>223</sup> Art. 238 Vorlage der Redaktionskommission für die Schlussabstimmung zum Bundesgesetz über die Psychologieberufe (PsyG) vom 18. März 2011.

Rechtsanwälten und Ärzten sollen neu auch Psychologen von ihrem Recht auf Zeugnisverweigerung aufgrund des Berufsgeheimnisses Gebrauch machen können.<sup>224</sup>

Änderungen werden auch im Zusammenhang mit rechtlichen Grundlagen zu der seit 2005 möglichen *Ergänzungsprüfung Passerelle* «*Berufsmaturität – universitäre Hochschule*» verankert werden. Die Neuerungen, welche insbesondere die Modalitäten des Prüfungsablaufes sowie die prüfungsberechtigten Institutionen betreffen, erfordern eine parallele Totalrevision der entsprechenden Bundesverordnung<sup>225</sup> und des gleichlautenden Reglements der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK). Die Berufsmaturität, welche bisher von rund 2000 Personen bestanden worden ist, wird ab den Prüfungen im Sommer 2012 unter revidierter Grundlage durchgeführt werden.<sup>226</sup>

Für die Bildungsgänge der *höheren Fachschulen* wurde mit Wirkung per 1. November 2010 die Verordnung über die Mindestvorschriften für die Anerkennung von Bildungsgängen und Nachdiplomstudien der höheren Fachschulen<sup>227</sup> dahingehend angepasst, dass ein neuer Bereich und neue Fachrichtungen für die verschiedenen Bildungsgänge eingeführt worden sind. Ebenso wurden bestehende Bezeichnungen von Fachrichtungen oder geschützte Titel teilweise modifiziert.<sup>228</sup>

### c. *Berufsbildungsgesetz (BBG)*

Für das 2004 in Kraft gesetzte *Berufsbildungsgesetz (BBG)*<sup>229</sup> ist die Stärkung der dual ausgerichteten Berufsbildung mit ihrer charakteristischen Schul- und Praxisausbildung primäres Regelungsziel. Massnahmen zur Erreichung dieser Zielsetzung bestehen auf den vier Ebenen der Systemsteuerung, Bildungsangebote, Innovation und Finanzierung. Der Bericht des Bundesrats «Sechs Jahre neues Berufsbildungsgesetz – eine Bilanz», welcher im Rahmen der Beantwortung eines entsprechenden Postulats<sup>230</sup> ergangen ist, macht den Handlungsbedarf im Hinblick auf die

---

<sup>224</sup> Änderung von Art. 171 Abs. 1 StPO (SR 312.0) gemäss Vorlage der Redaktionskommission für die Schlussabstimmung zum Bundesgesetz über die Psychologieberufe (PsyG) vom 18. März 2011.

<sup>225</sup> Verordnung vom 24. Juni 2009 über die eidgenössische Berufsmaturität (Berufsmaturitätsverordnung, BMV), SR 412.103.1.

<sup>226</sup> Medienmitteilung des SBF vom 18. März 2011.

<sup>227</sup> Änderung vom 20. September 2010 der Verordnung des EVD vom 11. März 2005 über Mindestvorschriften für die Anerkennung von Bildungsgängen und Nachdiplomstudien der höheren Fachschulen (MiVo-HF), SR 412.101.61 (AS 2010 4555).

<sup>228</sup> Medienmitteilung des BBT vom 1. November 2010.

<sup>229</sup> Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz, BBG), SR 412.10.

<sup>230</sup> 08.3778 (Postulat) Unterstützung der dualen Ausbildung, FAVRE LAURENT, eingereicht am 4. Dezember 2008.

Berufsbildung in der Schweiz für die kommenden Jahre deutlich. Auf der Stufe der beruflichen Grundbildung werden Verbesserungen bei der Nachwuchssicherung und der Integration Jugendlicher in die Berufs- und Arbeitswelt anvisiert. Auf der Tertiärstufe geht es um eine klare Positionierung der höheren Berufsbildung. Infolge der zunehmenden Internationalisierung der Wirtschaft und der Bildungsabschlüsse im Hochschulwesen sind vermehrt Massnahmen zur internationalen Anerkennung der dualen Berufsbildung zu ergreifen, was unter dem Schlagwort des «Kopenhagenprozesses» bereits verschiedentlich thematisiert worden ist.<sup>231</sup>

Im Hinblick auf die Finanzierung der Berufsbildung ermöglicht das Berufsbildungsgesetz (BBG) auf Grundlage von Artikel 60 BBG, welcher seine Konkretisierung in Artikel 68 Berufsbildungsverordnung (BBV)<sup>232</sup> findet, die *Allgemeinverbindlicherklärung von Berufsbildungsfonds*. Zweck dieser Berufsbildungsfonds (BBF) ist die branchenbezogene Förderung und Finanzierung der Berufsbildung, worunter insbesondere die Entwicklung von Bildungsangeboten, die Organisation von Kursen und Qualifikationsverfahren, Berufswerbung etc. fallen. Durch die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) sollen Leistungen des Berufsverbandes nicht bloss von dessen Verbandsmitgliedern, sondern von allen Branchenangehörigen finanziert werden. Zur Verwirklichung dieser Zielvorgaben werden Gelder innerhalb einer Branche eingezogen, wodurch auch die Nichtverbandsmitglieder zu angemessenen Solidaritätsbeträgen verpflichtet werden.<sup>233</sup>

Zur AVE eines Berufsbildungsfonds durch den Bundesrat, welche auf Antrag von sog. Organisationen der Arbeitswelt (OdA) erfolgt, müssen folgende in Artikel 60 BBG festgehaltenen Voraussetzungen erfüllt sein:<sup>234</sup>

- Die Einhaltung der Quoren ist erforderlich, was bedeutet, dass sich bereits mindestens 30 Prozent der Betriebe mit mindestens 30 Prozent der Arbeitnehmenden und der Lernenden dieser Branche finanziell am Ausbildungsfonds beteiligen.
- Die Branche muss eine eigene Bildungsinstitution führen.
- Die erhobenen Beiträge müssen den branchenspezifischen Berufen zugutekommen.

---

<sup>231</sup> Medienmitteilung des EVD vom 24. September 2010.

<sup>232</sup> Verordnung vom 19. November 2003 über die Berufsbildung (Berufsbildungsverordnung, BBV), SR 412.101.

<sup>233</sup> Publikation des BBT vom Juli 2006 «Handbuch für die Allgemeinverbindlicherklärung von Berufsbildungsfonds gemäss Art. 60 BBG», S. 4.

<sup>234</sup> Vgl. Art. 60 Abs. 4 lit. a–d Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Berufsbildung (BBG), SR 412.10.

- Die erhobenen Beiträge müssen für Massnahmen in der Berufsbildung eingesetzt werden, von welchen alle Betriebe (also auch Nicht-Verbandsmitglieder)<sup>235</sup> profitieren.

Neben diesen branchenmässig ausgerichteten BBF im Sinne von Artikel 60 BBG sind weiterhin die nicht allgemein verbindlichen Branchenfonds auf freiwilliger Basis, die kantonalen branchenübergreifenden Berufsbildungsfonds, welche sich nach kantonalem Recht bestimmen, sowie Beitragsregelungen in geschlossenen Gesamtarbeitsverträgen möglich.<sup>236</sup>

Die von den Betrieben zu leistenden Beiträge an die BBF bestimmen sich nach der Tätigkeit des jeweiligen Betriebes sowie nach der Anzahl branchentypischer Arbeitsverhältnisse. Die Beiträge werden im Rahmen der AVE abschliessend festgesetzt.<sup>237</sup> Den OdA überlassen ist, die Modalitäten bezüglich der Bemessung festzulegen. Denkbar ist eine Berechnung anhand der Unternehmensgrösse, nach Kopfbeiträgen oder im Rahmen einer Kombination dieser beiden Bemessungsgrössen.<sup>238</sup> Ein Blick auf die derzeit geltenden AVE BBF zeigt, dass die letztgenannte Kombinationslösung die Regel ist. Meist gilt ein jährlicher Beitrag von CHF 200.–<sup>239</sup> bis CHF 250.–<sup>240</sup> pro Betrieb sowie ein Betrag zwischen CHF 18.–<sup>241</sup> und CHF 50.–<sup>242</sup> pro Kopf und Jahr. Regelmässig richtet sich der Pro-Kopf-Anteil nach der Anzahl Vollzeitangestellten. Verschiedentlich wird jedoch davon abgewichen. Bspw. wird im Reglement von Holzbau Schweiz<sup>243</sup> die Klausel des Musterreglements des BBT übernommen, welche festhält, dass für Personen in Teilzeitanstellung Beiträge geleistet werden müssen, sofern sie der obligatorischen Versicherung des BVG unterstehen. Im Reglement der grafischen Branche «Viscom»<sup>244</sup>, welche nur Pro-Kopf-Beiträge erhebt, werden Teilzeitstellen in Vollzeitstellen umgerechnet. Eine weitere Variante findet sich im Reglement der «Organisation der

---

<sup>235</sup> Publikation des BBT vom Juli 2006 «Handbuch für die Allgemeinverbindlicherklärung von Berufsbildungsfonds gemäss Art. 60 BBG», S. 9.

<sup>236</sup> Vgl. ebd., S. 5.

<sup>237</sup> Vgl. ebd., S. 11 f.

<sup>238</sup> Vgl. ebd., S. 12.

<sup>239</sup> So bspw. Art. 4 Abs. 3 AVE BBF Jardin Suisse, BBl 2009 3489; ebenso Art. 11 Abs. 1 AVE BBF Viscom, BBl 2010 8767, wobei hier der Beitrag pro Mitarbeiter und Betrieb zusammengefasst wird.

<sup>240</sup> So bspw. Art. 9 Abs. 1 lit. a AVE BBF des Autogewerbeverbandes, BBl 2006 9721 f.; ein mit CHF 800.– pro Betrieb und Jahr sehr hoher Betrag ist beim AVE BBF Gerüstbau in Art. 10 Abs. 1 feststellbar, BBl 2010 3173.

<sup>241</sup> So bspw. Art. 10 Abs. 1 lit. b AVE BBF des Schweizerischen Baumeisterverbandes, BBl 2009 8837.

<sup>242</sup> So bspw. Art. 4 Abs. 3 lit. b AVE BBF Jardin Suisse, BBl 2009 3489.

<sup>243</sup> Art. 10 Abs. 5 AVE BBF des Verbandes für Schweizer Holzbau-Unternehmungen, BBl 2009 6211.

<sup>244</sup> Art. 11 Abs. 1 AVE BBF Viscom, BBl 2010 8767.

Arbeitswelt Wald»<sup>245</sup>, welche Beiträge einzieht, sofern ein bestehendes Arbeitsverhältnis 50 Prozent übersteigt.<sup>246</sup> Unter dem Aspekt der Gleichstellung von Teilzeitarbeit nach Artikel 319 Absatz 2 OR erscheinen sämtliche Beitragsvarianten, die für ein Unternehmen eine finanzielle Mehrbelastung durch Teilzeitpensen zur Folge haben, als fragwürdig. Insbesondere erstaunt es, dass die Musterklausel des BBT<sup>247</sup> bereits eine Beitragspflicht ab einem Jahreseinkommen von CHF 20 880.–<sup>248</sup> vorsieht, was den Anreiz für KMU, Teilzeitstellen zu schaffen, kaum erhöhen dürfte. Da sich die BBF ausschliesslich an die Arbeitgeberseite richten, sind Arbeitnehmer von der AVE nicht betroffen. Überwälzungen auf die Arbeitnehmenden sind nur möglich, sofern eine privat- oder kollektivrechtliche Grundlage besteht.<sup>249</sup>

Die Durchsetzung der erhobenen Beiträge erfolgte bis anhin auf zivilrechtlichem Wege. In einem neueren Entscheid des Bundesgerichtes<sup>250</sup> wurde jedoch festgehalten, dass Forderungen aus einem allgemeinverbindlich erklärten BBF nach Artikel 60 BBG öffentlich-rechtlichen Charakter aufweisen, weshalb die Beurteilung der Anspruchsberechtigung sowie der Höhe der Forderung auf dem öffentlich-rechtlichen Wege zu erfolgen habe. Darauf hat der Gesetzgeber mit einer Neugestaltung von Artikel alt68 BBV reagiert. Neu ist die betroffene OdA berechtigt, den Beitrag auf Verlangen des Betriebs oder bei Nichtzahlung zu verfügen, womit die rechtskräftige Beitragsverfügung i.S.v. Artikel 80 SchKG einem vollstreckbaren gerichtlichen Entscheid gleichgestellt worden ist.<sup>251</sup> Im Sinne einer redaktionellen Anpassung wurde zudem der bisherige Artikel alt68 BBV in die Artikel 68, 68a und 68b BBV unterteilt. Alle Neuerungen sind per 1. Januar 2011 in Kraft getreten.<sup>252</sup>

Mehr als der Berechnungsschlüssel für die erhobenen Beiträge sorgt in der Praxis jedoch die Abgrenzungsproblematik um die Branchenzugehörigkeit und die Leistungsabgrenzung für Diskussionen. Während die Branchenabgrenzung für die Zahlungspflicht der einzelnen Betriebe massgeblich ist, hat die Leistungsabgrenzung einen wesentlichen Einfluss auf die

---

<sup>245</sup> Art. 11 Abs. 2 AVE BBF OdA Wald, BBl 2008 9035.

<sup>246</sup> Schriftliche Auskunft des BBT vom 18. März 2011.

<sup>247</sup> Musterreglement des BBT vom 23. Februar 2011, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2011 unter: [www.bbt.admin.ch/themen/berufsbildung/00463/00464/index.html?lang=de](http://www.bbt.admin.ch/themen/berufsbildung/00463/00464/index.html?lang=de)

<sup>248</sup> Vgl. Art. 7 Abs. 1 BVG i.V.m. Art. 3a Abs. 1 BVV 2.

<sup>249</sup> Publikation des BBT vom Juli 2006 «Handbuch für die Allgemeinverbindlicherklärung von Berufsbildungsfonds gemäss Art. 60 BBG», S. 15.

<sup>250</sup> Nicht veröffentlichter BGE vom 4. Februar 2010, 2C\_58/2009.

<sup>251</sup> Vgl. Art. 68a Abs. 3 und 4 gemäss Änderung vom 3. Dezember 2010 der Verordnung vom 19. November 2003 über die Berufsbildung (Berufsbildungsverordnung, BBV), SR 412.101 (AS 2010 6005 f.).

<sup>252</sup> Vgl. ebd.

Beitragshöhe.<sup>253</sup> Grundsatz für die Beitragsbemessung ist, dass kein Betrieb für die gleiche Leistung zweimal bezahlen muss.<sup>254</sup> Für die Umsetzung in der Praxis bedeutet dies, dass jeder Betrieb bei der Ermittlung der Beitragshöhe zu prüfen hat, ob er bereits eigene Berufsbildungsleistungen i.S.v. Artikel 60 Absatz 6 BBG erbringt.<sup>255</sup> Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zählt namentlich die Ausbildung von Lehrlingen nicht zu den Leistungen, welche von den Beiträgen in Abzug gebracht werden können, da es sich dabei gerade nicht um gemeinwirtschaftliche Leistungen handelt, welche nicht nur dem eigenen Betrieb zugutekommen.<sup>256</sup> Entsprechen dagegen die vom Betrieb erbrachten Leistungen denjenigen eines allgemeinverbindlich erklärten BBF, so kann dieser Betrag anteilmässig verrechnet werden.<sup>257</sup>

Bislang sind vom Bundesrat folgende 23 Allgemeinverbindlicherklärungen von Berufsbildungsfonds (AVE BBF) erlassen worden:<sup>258</sup>

- AVE BBF von *Interieursuisse* vom 27. Oktober 2004 (BBl 2004 6603);
- AVE BBF der *Schweizerischen Metall-Union (SMU)* vom 13. April 2005 (BBl 2005 2747);
- AVE BBF des *Verbandes Schweizerischer Schreinermeister und Möbelfabrikanten (VSSM)* vom 29. Juni 2005 (BBl 2005 4651 f.);
- AVE BBF des *Verbandes Schweizerischer Elektro-Installationsfirmen (VSEI)* vom 28. November 2005 (BBl 2005 7507 f.);
- AVE BBF des *Schweizerischen Carrosserieverbandes (VSCI) zusammen mit der Fédération des Carrossiers Romands (FCR), Unia sowie Syna* vom 12. Mai 2006 (BBl 2006 4703);

---

<sup>253</sup> Publikation des BBT vom August 2010 «Anhang 2 Berufsbildungsfonds gemäss Art. 60 BBG Praxis des Bundesamtes für Berufsbildung und Technologie (BBT) bei Abgrenzungsfragen», S. 1.

<sup>254</sup> Art. 60 Abs. 6 BGG; ebenso Publikation des BBT vom August 2010 «Anhang 2 Berufsbildungsfonds gemäss Art. 60 BBG Praxis des Bundesamtes für Berufsbildung und Technologie (BBT) bei Abgrenzungsfragen», S. 2.

<sup>255</sup> Publikation des BBT vom August 2010 «Anhang 2 Berufsbildungsfonds gemäss Art. 60 BBG Praxis des Bundesamtes für Berufsbildung und Technologie (BBT) bei Abgrenzungsfragen», S. 4.

<sup>256</sup> Vgl. ebd., S. 3 mit Verweis auf nicht veröffentlichten BGE vom 4. Februar 2010 2C\_58/2009 E. 3.5.

<sup>257</sup> Vgl. ebd., S. 4.

<sup>258</sup> Allgemeinverbindlich erklärte Berufsbildungsfonds gemäss Art. 60 BBG, BBT, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2011 unter: [www.bbt.admin.ch/themen/berufsbildung/00463/00465/index.html?lang=de](http://www.bbt.admin.ch/themen/berufsbildung/00463/00465/index.html?lang=de)

- AVE BBF des *Schweizerischen Maler- und Gipserverbandes (SMGV)* vom 24. November 2006 (BBI 2006 9715 f.);
- AVE BBF der *Stiftung Zahntechnik des Verbandes Zahntechnischer Laboratorien der Schweiz (VZLS)* vom 28. November 2006 (BBI 2006 9717 f.);
- AVE BBF des *Autogewerbeverbandes der Schweiz (AGVS)* vom 12. Dezember 2006 (BBI 2006 9721 f.);
- AVE BBF der *Fédération suisse romande des entreprises de menuiserie, ébénisterie et charpenterie FRM* vom 8. Mai 2007 (BBI 2007 3455);
- AVE BBF des *Schweizerisch-Liechtensteinischen Gebäudetechnikverbandes suissetec* vom 8. Mai 2007 (BBI 2007 3665);
- AVE BBF *Fédération romande des maîtres plâtriers-peintres FRMPP* vom 4. September 2007 (BBI 2007 6551);
- AVE BBF des *Schweizerischen Milchwirtschaftlichen Vereins SMV* vom 15. Januar 2008 (BBI 2008 575);
- AVE BBF des *Schweizerischen Bootbauer-Verbandes SBV* vom 2. September 2008 (BBI 2008 7901);
- AVE BBF der *Organisation der Arbeitswelt AgriAliForm* vom 28. Oktober 2008 (BBI 2008 8789);
- AVE BBF der *Organisation der Arbeitswelt Wald* vom 13. November 2008 (BBI 2008 9035);
- AVE BBF des *Schweizerischen Vereins für Kältetechnik – BBF-SVK* vom 5. März 2009 (BBI 2009 2121);
- AVE BBF von *Jardin Suisse und des Schweizerischen Floristenverbandes* vom 29. April 2009 (BBI 2009 3489);
- AVE BBF des *Schweizerischen Verbandes Dach und Wand* vom 11. August 2009 (BBI 2009 6219);
- AVE BBF des *Verbandes für Schweizer Holzbau-Unternehmungen* vom 30. Juli 2009 (BBI 2009 6211);
- AVE BBF der *Interessengemeinschaft Musikinstrumentenbauer (IG-MIB) – BBF Musikinstrumentenbauer* vom 2. Dezember 2009 (BBI 2009 8847);
- AVE BBF des *Schweizerischen Baumeisterverbandes (SBV) – BBF Bau* vom 2. Dezember 2009 (BBI 2009 8837);
- AVE BBF des *Schweizerischen Gerüstbau-Unternehmerverbandes – BBF Gerüstbau* vom 27. April 2010 (BBI 2010 3173);
- AVE BBF von *Viscom Schweizerischer Verband für visuelle Kommunikation, VWP Verband Werbetechnik + Print, COPYPRINT-SUISSE Verband Schweizerischer Reprografiebetriebe – BBF grafische Berufe* vom 2. Dezember 2010 (BBI 2010 8767).

Weiter wird nach BBG ebenso das Verfahren in Bezug auf die Verordnungen über die *beruflichen Grundbildungen* reglementiert. 2011 sind für folgende Berufe die nachstehenden Verordnungen über die berufliche Grundbildung in Kraft getreten:<sup>259</sup>

- Augenoptiker EFZ/Augenoptikerin EFZ
- Bäcker-Konditor-Confiseur EBA/Bäckerin-Konditorin-Confiseurin EBA
- Bäcker-Konditor-Confiseur EFZ/Bäckerin-Konditorin-Confiseurin EFZ
- Baupraktiker EBA/Baupraktikerin EBA
- Buchhändler mit eidg. Fachausweis/Buchhändlerin mit eidg. Fachausweis
- Dekorationsnäher EBA/Dekorationsnäherin EBA
- Derma-Pigmentologe mit eidg. Fachausweis/Derma-Pigmentologin mit eidg. Fachausweis
- Drogist EFZ/Drogistin EFZ
- Fachmann für neurophysiologische Diagnostik mit eidg. Fachausweis/Fachfrau für neurophysiologische Diagnostik mit eidg. Fachausweis
- Fachmann für Personalvorsorge mit eidg. Fachausweis/Fachfrau für Personalvorsorge mit eidg. Fachausweis
- Fachmann Kundendialog EFZ/Fachfrau Kundendialog EFZ
- Fachmann öffentlicher Verkehr mit eidg. Fachausweis/Fachfrau öffentlicher Verkehr mit eidg. Fachausweis
- Gebäudereiniger EBA/Gebäudereinigerin EBA
- Gebäudereiniger EFZ/Gebäudereinigerin EFZ
- Gewebegestalter EFZ/Gewebegestalterin EFZ
- Graveur EFZ/Graveurin EFZ
- Holzbearbeiter EBA/Holzbearbeiterin EBA
- Industriekeramiker EFZ/Industriekeramikerin EFZ
- Industriepolsterer EFZ/Industriepolsterin EFZ
- Informatikpraktiker EBA/Informatikpraktikerin EBA
- Kaminfeger EFZ/Kaminfegerin EFZ
- Keramiker EFZ/Keramikerin EFZ
- Kosmetiker mit eidg. Fachausweis/Kosmetikerin mit eidg. Fachausweis
- Kunsttherapeut diplomiert (ED)/Kunsttherapeutin diplomiert (ED)
- Matrose der Binnenschifffahrt EFZ/Matrosin der Binnenschifffahrt EFZ
- Maurer EFZ/Maurerin EFZ
- Mediamatiker EFZ/Mediamatikerin EFZ

---

<sup>259</sup> Vgl. In Kraft getretene Verordnungen über die berufliche Grundbildung, BBT, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2011 unter: [www.bbt.admin.ch/bvz/berufe/index.html?jahr=2011&suchen=Suche+starten&lang=de](http://www.bbt.admin.ch/bvz/berufe/index.html?jahr=2011&suchen=Suche+starten&lang=de); für weitere Ausführungen zum Masterplan Berufliche Grundbildung vgl. JAR 2010, S. 56 ff.

- Naildesigner mit eidg. Fachausweis/Naildesignerin mit eidg. Fachausweis
- Oberflächenveredler Uhren und Schmuck EFZ/Oberflächenveredlerin Uhren und Schmuck EFZ
- Ofenbauer EFZ/Ofenbauerin EFZ
- Orthopädieschuhmacher EFZ/Orthopädieschuhmacherin EFZ
- Plattenleger EFZ/Plattenlegerin EFZ
- Plattenlegerpraktiker EBA/Plattenlegerpraktikerin EBA
- Polier Stuckateur-Trockenbauer mit eidg. Fachausweis/Polier Stuckateurin-Trockenbauerin mit eidg. Fachausweis
- Polisseur EBA/Polisseuse EBA
- Recyclist EFZ/Recyclistin EFZ
- Schuhmacher EFZ/Schuhmacherin EFZ
- Schuhreparateur EBA/Schuhreparateurin EBA
- Stuckateurmeister/Stuckateurmeisterin
- Veranstaltungsfachmann EFZ/Veranstaltungsfachfrau EFZ
- Visagist mit eidg. Fachausweis/Visagistin mit eidg. Fachausweis
- Wohntextilgestalter EFZ/Wohntextilgestalterin EFZ

Bei folgenden Verordnungen ist die *Vernehmlassung abgeschlossen*, die Verordnungen sind aber *noch nicht in Kraft getreten*.<sup>260</sup>

- Automobil-Mechatroniker EFZ/Automobil-Mechatronikerin EFZ
- Assistent Gesundheit und Soziales EBA/Assistentin Gesundheit und Soziales EBA
- Bewegungs- und Gesundheitsfachmann EFZ/Bewegungs- und Gesundheitsfachfrau EFZ
- Boden-Parkettleger EFZ/Boden-Parkettlegerin EFZ
- Coiffeur EBA/Coiffeuse EBA
- Detailhandelsassistent EBA/Detailhandelsassistentin EBA
- Detailhandelsfachmann EFZ/Detailhandelsfachfrau EFZ
- Fachmann Gesundheit EFZ/Fachfrau Gesundheit EFZ
- Fachmann Leder und Textil EFZ/Fachfrau Leder und Textil EFZ
- Fahrradmechaniker EFZ/Fahrradmechanikerin EFZ
- Feinwerkoptiker EFZ/Feinwerkoptikerin EFZ
- Fleischfachassistent EBA/Fleischfachassistentin EBA
- Gärtner EBA/Gärtnerin EBA
- Gärtner EFZ/Gärtnerin EFZ
- Glaser EFZ/Glaserin EFZ
- Kältemontage-Praktiker EBA/Kältemontage-Praktikerin EBA
- Kältesystem-Monteur EFZ/Kältesystem-Monteurin EFZ
- Kältesystem-Planer EFZ/Kältesystem-Planerin EFZ
- Milchtechnologe EFZ/Milchtechnologin EFZ

---

<sup>260</sup> Vgl. Vernehmlassung/Anhörung abgeschlossen, BBT, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2011 unter: [www.bbt.admin.ch/themen/grundbildung/00107/00158/index.html?lang=de](http://www.bbt.admin.ch/themen/grundbildung/00107/00158/index.html?lang=de)

- Motorradmechaniker EFZ/Motorradmechanikerin EFZ
- Müller EFZ/Müllerin EFZ
- Papiertechnologe EFZ/Papiertechnologin EFZ
- Printmedienpraktiker EBA/Printmedienpraktikerin EBA
- Theatermaler EFZ/Theatermalerin EFZ
- Zweiradmechaniker EFZ/Zweiradmechanikerin EFZ

d. *Steuerabzug für Aus- und Weiterbildungskosten*

Mit der Verabschiedung der Botschaft zum *Bundesgesetz über die steuerliche Behandlung der berufsorientierten Aus- und Weiterbildungskosten* Anfang März 2011 strebt der Bundesrat eine Vereinfachung des Steuerrechts an. Während unter dem geltenden Recht Bildungskosten nur abgezogen werden können, wenn sie mit dem aktuellen Beruf zusammenhängen oder für die zwingende berufliche Umschulung und den Wiedereinstieg notwendig sind, sollen künftig die Kosten für die berufsorientierte Aus- und Weiterbildung vollumfänglich bei der direkten Bundessteuer bis zu einem Betrag von CHF 6000.– abgezogen werden können. Der Vernehmlassungsentwurf hat demgegenüber noch einen um CHF 2000.– tieferen Betrag vorgesehen. Zu den abzugsfähigen Aus- und Weiterbildungskosten werden sämtliche Kosten zählen, welche nicht mehr zur Erstausbildung gerechnet werden, folglich sämtliche Kosten, welche nach dem ersten Abschluss der Sekundarstufe II entstehen. Wer keinen Abschluss auf Sekundarstufe II besitzt, soll ab dem 20. Lebensjahr berufsorientierte Aus- und Weiterbildungskosten abziehen können, soweit es sich dabei nicht um Ausbildungskosten im Hinblick auf den ersten Abschluss der Sekundarstufe II handelt. Mit der Vorlage sollen zwar die kantonalen Unterschiede in der Auslegung der diversen Bildungskostenbegriffe beseitigt werden, hinsichtlich der Bestimmung der Obergrenze des Abzugs sind die Kantone jedoch frei. Gerechnet wird, dass mit dieser Neuerung rund 85 Prozent der steuerpflichtigen Personen ihre selbstgetragenen, berufsorientierten Bildungskosten vollumfänglich abziehen können, wodurch die Mindereinnahmen für die direkte Bundessteuer auf jährlich über CHF 5 Mio. geschätzt werden.<sup>261</sup>

---

<sup>261</sup> Medienmitteilung des Bundesrates vom 4. März 2011; vgl. ebenso Botschaft zum Bundesgesetz über die steuerliche Behandlung der berufsorientierten Aus- und Weiterbildungskosten, BBl 2011 2607; sowie dazugehöriger Ergebnisbericht der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV), Stabstelle Gesetzgebung vom Februar 2011 zum Vernehmlassungsverfahren zum Bundesgesetz über die steuerliche Behandlung der Aus- und Weiterbildungskosten.

## 6. Soziale Sicherheit

### a. Allgemeines

Die *soziale Lage in der Bevölkerung* ist während der Berichtsperiode vermehrt im Fokus der öffentlichen Debatte gestanden. Im Jahr 2009 stieg erstmals seit 2006 die Sozialhilfequote gegenüber dem Vorjahr wieder leicht an und lag bei drei Prozent. Differenziert nach Altersgruppen verzeichneten die 56- bis 64-Jährigen einen starken prozentualen Zuwachs. Es wird davon ausgegangen, dass sich Sozialhilfebezüger in den letzten Jahren vor ihrer Pensionierung immer weniger durch eine verbesserte Erwerbssituation aus der Abhängigkeit von der Sozialhilfe lösen können. So ist der wichtigste Beendigungsgrund dieser Altersgruppe auch die Existenzsicherung durch die Sozialversicherungen.<sup>262</sup>

Die Ergebnisse eines vom Bundesrat erstmals in Auftrag gegebenen statistischen Sozialberichts haben in diesem Zusammenhang gezeigt, dass die Absicherung gewichtiger sozialer Risiken wie Alter, Krankheit und Invalidität zwar gut funktioniert, jedoch vor allem Personen ohne Bildungs- oder Berufsabschluss vom sozialen Abstieg gefährdet sind. Da der Bildungsstand eine zentrale Brückenfunktion für die Entwicklung der Volkswirtschaft allgemein als auch für die materielle Situation der Einzelhaushalte einnimmt, wirkt sich die generelle Zunahme des Bildungsniveaus der inländischen wie auch der zugewanderten erwerbstätigen Bevölkerung im Sinne einer Zweiteilung der Bevölkerung aus. Während die gut ausgebildeten Personen kaum von sozialer Ausgrenzung bedroht sind, laufen die unzureichend ausgebildeten Personen in die Gefahr, den Anschluss an die Anforderungen des Arbeitsmarktes zu verpassen und somit dauerhaft von ihm ausgeschlossen zu sein. Ebenso von Armut bedroht sind Personen, welche Kinder zu versorgen haben, wovon insbesondere sog. «Ein-Eltern-Familien» betroffen sind. Der staatlich geregelten sozialen Sicherheit kommt deshalb eine umso grössere Bedeutung zu. Dies zeigt sich insbesondere auch darin, dass gegenwärtig mit knapp CHF 145 Mrd. mehr als das Doppelte für die Gesamtheit der sozialen Sicherheit ausgegeben wird als noch vor 20 Jahren.<sup>263</sup>

Gleichwohl erhalten vor diesem Hintergrund alte ökonomische Ideen neuen Rückenwind, wie bspw. die Forderung nach einem *bedingungslosen Grundeinkommen* in der Höhe von etwa CHF 2500.–, dessen Einführung von den Initianten einer eidgenössischen Volksinitiative postuliert wird.<sup>264</sup> Während die Befürworter in der Idee einer Rente ab Geburt den Schlüssel

---

<sup>262</sup> Medienmitteilung des BFS vom 21. Dezember 2010.

<sup>263</sup> Medienmitteilung des BFS vom 18. Mai 2011.

<sup>264</sup> Eidg. Volksinitiative «Für ein bedingungsloses Grundeinkommen finanziert durch Lenkungsabgaben» BBl 2010 3179, Ende der Sammelfrist am 19. November 2011; NZZAS vom 13. März 2011.

zu mehr Eigenverantwortung und Solidarität sowie damit verbunden zur Entlastung der Sozialwerke sehen, gehen Kritiker davon aus, dass ein garantiertes Grundeinkommen die Produktivität schwächen und die Gesellschaft insgesamt ärmer machen könnte. Diametral auseinander gehen die Meinungen auch hinsichtlich der politischen Zuordnung der Idee. So wird sie teilweise als fundamental sozialistisch, teilweise als ultraliberal betitelt. Einigkeit besteht dagegen darin, dass das derzeitige Sozialsystem aufgrund seiner immensen Probleme überholt werden müsse.<sup>265</sup>

Folgende Änderungen hinsichtlich der *Sozialversicherungsbeiträge* auf den Löhnen der Arbeitnehmenden sind per 1. Januar 2011 erfolgt: Bedingt durch eine Erhöhung des Beitrags an die EO um 0,2 Prozent auf 0,5 Prozent belaufen sich die Beiträge an AHV/IV/EO neu auf 10,3 Prozent. Ebenso wurde der Beitrag an die ALV um 0,2 Lohnprozente auf 2,2 Prozent erhöht. Gleichzeitig wurde ein Solidaritätsbeitrag von einem Prozent für Lohnbestandteile zwischen dem gemäss AVIG maximal versicherten Verdienst (CHF 126 000.–) und dem zweieinhalbfachen davon (CHF 315 000.–) eingeführt. Sofern der massgebende Lohn pro Arbeitgeber den Betrag von CHF 2300.– (bisher CHF 2200.–) nicht übersteigt, werden in der Regel die Beiträge nur auf Verlangen der Versicherten erhoben. Der jährliche Mindestbeitrag an die AHV/IV/EO für Selbstständigerwerbende bzw. Nichterwerbstätige wurde von CHF 460.– auf CHF 475.– angehoben.<sup>266</sup>

## b. *Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHVG/IVG)*

### aa. AHV

Die AHV-Gesetzgebung wurde letztmals 1997 anlässlich der 10. AHV-Revision geändert. Der erste Versuch einer *11. AHV-Revision* scheiterte 2004, der bisher letzte in der Herbstsession 2010. Um nach diesem Scheitern dringend angezeigte Reformen der AHV gleichwohl angehen zu können, beantragte der Bundesrat dem Parlament die Änderung des AHVG zur «Verbesserung und Durchführung» der Versicherung. Durch diese technische Änderung sollen Verbesserungen in der Durchführung der AHV, welche seit Jahren hängig und unbestritten sind, ermöglicht werden. Geplant ist, dass auf diese Weise bereits 2012 entsprechende Massnahmen in Kraft treten können. Weiter will der Bundesrat im Laufe des Jahres 2011 die Grundlagen für eine tief greifende AHV-Revision vorbereiten, welche die demografisch bedingten finanziellen Probleme der AHV lösen und ihren Vollzug modernisieren soll.<sup>267</sup> Dabei wird von der neuen Finanzper-

---

<sup>265</sup> NZZ vom 21. März 2011.

<sup>266</sup> Publikation der AHV/IV, Informationsstelle AHV/IV in Zusammenarbeit mit dem BSV, Ausgabe November 2010, Änderungen auf den 1. Januar 2011 bei Beiträgen und Leistungen, S. 1–3.

<sup>267</sup> Medienmitteilung des EDI vom 3. Dezember 2010.

spektive der AHV ausgegangen, welche aufgrund der jüngsten Erfahrungen mit der Einwanderung ausländischer Arbeitskräfte und dem Strukturwandel der Schweizer Wirtschaft höhere Einnahmen für die AHV prognostiziert.<sup>268</sup>

Für wiederkehrende Diskussionen im Zusammenhang mit der AHV-Revision sorgte die geplante *Erhöhung des Rentenalters für Frauen auf 65*. Während sich die eidgenössische Kommission für Frauenfragen (EKF) zusammen mit Gewerkschaften und Frauenorganisationen anlässlich der Herbstsession 2010 klar gegen eine vorgesehene Erhöhung des Frauenrentenalters ausgesprochen hatte,<sup>269</sup> sprach sich jüngst im Rahmen der gegenwärtigen Debatte die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates (SGK-S) deutlich für eine Erhöhung des Rentenalters für Frauen aus.<sup>270</sup>

#### bb. IV

Die 6. *IV-Revision* verfolgt das Ziel, die IV nachhaltig zu sanieren, so dass die Schulden der IV beim AHV-Fonds vollständig zurückgezahlt werden können. Zu diesem Zweck sollen namentlich die Ausgaben der IV gesenkt werden. Die Revision ist in zwei Reformstufen gegliedert. Das Massnahmenpaket der IV-Revision 6a ist primär auf die Eingliederung von Menschen mit Behinderung, welche bereits eine IV-Rente beziehen, fokussiert, um die Kosten der IV zu senken und so einen massgeblichen Beitrag zur finanziellen Konsolidierung der IV zu leisten. Die IV-Revision 6a wurde im Sinne einer möglichst raschen Umsetzung am 18. März 2011 verabschiedet und soll voraussichtlich im Jahr 2012 in Kraft treten. Demgegenüber hat das Massnahmenpaket der IV-Revision 6b die vollständige Sanierung der IV bis zum Jahr 2025 zum Ziel. Auch dieses zweite Massnahmenpaket basiert im Wesentlichen auf dem Prinzip «Eingliederung vor Rente». Langfristig sollen Fehlanreize bei der Auszahlung von IV-Renten eliminiert und Systemanpassungen vorgenommen werden.<sup>271</sup>

Allerdings wird das Unterfangen der *Integration von Menschen mit Behinderungen in den ersten Arbeitsmarkt* mit berechtigter Skepsis verfolgt. So hat eine Umfrage der grössten schweizerischen Behindertenorganisation Pro-Infirmitas bei 35 grossen Arbeitgebern in der Schweiz ergeben, dass offenbar nur wenig Interesse besteht, entsprechende Stellen für IV-Bezüger anzubieten. Pro-Infirmitas verlangt aus diesem Grund eine verbindliche Quotenregelung für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen von zwei Prozent für Unternehmen mit mehr als 20 Mitar-

---

<sup>268</sup> Medienmitteilung des Bundesrates vom 4. Mai 2011.

<sup>269</sup> Medienmitteilung des EDI vom 13. September 2010.

<sup>270</sup> Medienmitteilung der SGK-S vom 1. April 2011.

<sup>271</sup> Faktenblatt 1 des Bundesamtes für Sozialversicherungen vom 13. Mai 2011.

beitern.<sup>272</sup> Vorbildfunktion übernimmt in diesem Zusammenhang das EDI, welches konkrete Massnahmen zur Integration von Menschen mit Behinderung in den eigenen Personalbestand stärker fördern will.<sup>273</sup>

c. *Ergänzungsleistungen (EL), Erwerbsersatzordnung (EO) und Familienzulagengesetz (FamZG)*

Im Zusammenhang mit den *Ergänzungsleistungen* zur AHV/IV ist per 1. Januar 2011 die Verordnung 11 in Kraft getreten. Sie passt die Beträge für den allgemeinen Lebensbedarf nach Artikel 10 Absatz 1 litera a ELG dahingehend an, dass bei alleinstehenden Personen Ausgaben in der Höhe von CHF 19 050.– (bisher CHF 18 140.–), bei Ehepaaren von CHF 28 575.– (bisher CHF 27 210.–) und bei rentenberechtigten Waisen und bei Kindern, die einen Anspruch auf eine Kinderrente der AHV oder IV begründen, von CHF 9945.– (bisher CHF 9480.–) pro Jahr anerkannt werden.<sup>274</sup>

Der Beitragssatz für die *Erwerbsersatzordnung (EO)* wurde bedingt durch die Ausgaben zur Finanzierung der Mutterschaftsentschädigung per 1. Januar 2011 um 0,2 Lohnprozente auf 0,5 Prozent erhöht. Diese Erhöhung wurde nötig, da die Reserven des EO-Fonds unter den gesetzlichen Mindeststand einer halben Jahresausgabe gesunken sind.<sup>275</sup>

Zur verbesserten Koordination der Familienzulagen wurde das *Familienzulagenregister* am 1. Januar 2011 in Betrieb genommen. Damit soll verhindert werden, dass pro Kind mehr als eine Zulage bezogen werden kann. Eine erste Halbjahresbilanz soll im Herbst 2011 gezogen werden.<sup>276</sup>

d. *Berufliche Vorsorge (BVG)*

Um die Arbeitsmarkteteiligung von *älteren Arbeitnehmenden* zu fördern bzw. deren Verbleib im Arbeitsmarkt zu begünstigen, wurden die bereits Ende 2009 vom Parlament verabschiedeten Massnahmen in der beruflichen Vorsorge per 1. Januar 2011 in Kraft gesetzt. Neu können Vorsorgeeinrichtungen älteren Arbeitnehmenden folgende Optionen anbieten: Zum einen können Versicherte, die ihr Arbeitspensum ab dem 58. Altersjahr reduzieren (betrifft Lohnkürzungen um höchstens die Hälfte), ihren bisherigen versicherten Verdienst weiterführen, zum anderen können Versicherte, die auch nach dem ordentlichen Rentenalter erwerbstätig bleiben

---

<sup>272</sup> NZZAS vom 12. Dezember 2010.

<sup>273</sup> Medienmitteilung des EDI vom 2. Februar 2011.

<sup>274</sup> Verordnung 11 über Anpassungen bei den Ergänzungsleistungen zur AHV/IV vom 24. September 2010, AS 2010 4585.

<sup>275</sup> Medienmitteilung des EDI vom 18. Juni 2010.

<sup>276</sup> Medienmitteilung des Bundesamtes für Sozialversicherungen (BSV) vom 22. Dezember 2010.

möchten, bis zur Vollendung des 70. Altersjahres weiter Beiträge an ihre Vorsorgeeinrichtungen einbezahlen. Diese Massnahmen sind der erste Teil der in drei Etappen umzusetzenden Strukturreform in der beruflichen Vorsorge. Die zweite Etappe mit verschärften Governance-Vorschriften für die Pensionskassen soll am 1. Juli 2011 in Kraft treten, die dritte Etappe wird schliesslich die verstärkte Aufsicht der 2. Säule umfassen und 2012 Rechtsverbindlichkeit erlangen.<sup>277</sup>

Damit zusammenhängend sind am 10. Juni 2011 die neu geschaffenen bzw. teilrevidierten Verordnungen zur Umsetzung der Strukturreform in der beruflichen Vorsorge (die Verordnung über die Aufsicht in der beruflichen Vorsorge [BVV1], die Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVV2] sowie die Verordnung über Anlagestiftungen [ASV]) vom Bundesrat verabschiedet worden. Das Inkrafttreten der Bestimmungen betreffend Transparenz und Governance wurde mit Ausnahme der Frage der Beaufsichtigung der Vermögensverwalter (vorgesehener Artikel 48f Absatz 3 BVV2) auf den 1. August 2011 festgelegt, wobei die Vorsorgeeinrichtungen die Möglichkeit erhalten, ihre Organisation und Reglemente bis Ende 2012 anzupassen. Am 1. Januar 2012 werden schliesslich die Bestimmungen zur Aufsichtstruktur in Kraft treten.<sup>278</sup>

Weiter wurde der Mindestzinssatz in der beruflichen Vorsorge für das Jahr 2011 vom Bundesrat bei zwei Prozent belassen.<sup>279</sup>

#### e. *Arbeitslosenversicherung (AVIG)*

Die 4. Revision des *Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG)*, welche am 26. September 2010 an der Urne angenommen worden war und neben Beitragserhöhungen auch Leistungskürzungen beinhaltet, ist am 1. April 2011 in Kraft getreten.<sup>280</sup> Ziel der Arbeitslosenversicherung (ALV) ist auch weiterhin primär die Wiedereingliederung von Arbeitssuchenden in den Arbeitsmarkt und die Überbrückung von Arbeitslosigkeit. Im Rahmen der Revision wurden Anpassungen bei der Wartezeit (Artikel 18 Absatz 1 AVIG) sowie bei der Beitragszeit im Zusammenhang mit der Bezugsdauer von Taggeldern (Artikel 27 Absatz 2, 4, 5 und 5<sup>bis</sup> AVIG) vorgenommen. Bspw. besteht neu für Personen ab dem 25. Altersjahr oder mit Unterhaltspflichten bei einer Beitragszeit von zwölf bis weniger als 18 Monaten ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung während 260 Tagen

---

<sup>277</sup> Medienmitteilung des EDI vom 24. September 2010.

<sup>278</sup> Medienmitteilung des Bundesrates vom 14. Juni 2011.

<sup>279</sup> Medienmitteilung des EDI vom 1. Oktober 2010.

<sup>280</sup> Medienmitteilung des EVD vom 1. Oktober 2010 sowie Änderung vom 19. März 2010 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG), SR 837.0 (AS 2011 1167).

statt wie bisher während 400 Tagen. Über 55-Jährige und Personen, welche eine Unterhaltspflicht innehaben oder eine IV-Rente im Sinne eines IV-Grades von mindestens 40 Prozent beziehen, können bei einer Beitragszeit von zwei Jahren während 520 Tagen Taggeld beziehen. Flankierend dazu wurden arbeitsmarktliche Massnahmen ergriffen, welche die Möglichkeit zu Bildungs- und Beschäftigungsmassnahmen oder Berufspraktika vorsehen.<sup>281</sup> Weiter wurden gemäss Artikel 3 Absatz 2 AVIG die ALV-Beiträge auf versicherte Einkommen bis CHF 126 000.– vom Bundesrat bereits per 1. Januar 2011 um 0,2 auf 2,2 Prozentpunkte erhöht. Auf Einkommensanteilen zwischen CHF 126 000.– bis CHF 315 000.– wurde gemäss den Übergangsbestimmungen zudem ein Solidaritätsprozent erhoben. Da der Bundesrat aufgrund einer Überschreitung der Schuldenobergrenze der ALV gezwungen war, die Erhöhung der Beiträge bereits per 1. Januar 2011 vorzuziehen, erfolgten die Beiträgerhöhung und die Leistungskürzungen, welche erst am 1. April 2011 in Kraft getreten sind, nicht synchron.<sup>282</sup>

Parallel zum revidierten AVIG wurde die überarbeitete Arbeitslosenversicherungsverordnung (AVIV)<sup>283</sup> per 1. April 2011 in Kraft gesetzt. Im Rahmen der Vernehmlassung wurde auf eine Erhöhung der Mindestgrenze des versicherten Verdienstes auf CHF 800.– verzichtet. Die Mindestgrenze, welche zu einem Leistungsanspruch gegenüber der ALV führt, beträgt nun neu für alle Versicherten CHF 500.–. Weiter wurde die Umsetzung von Artikel 23 Absatz 3<sup>bis</sup> AVIG in der Verordnung konkretisiert, so dass Beitragszeiten in von der öffentlichen Hand finanzierten arbeitsmarktlichen Massnahmen nicht mehr angerechnet werden.<sup>284</sup>

Während der Berichtsperiode ist es aufgrund der hohen Arbeitslosigkeit zu einer *Taggelderhöhung* von 400 auf 520 Tagen für die Zeitspanne vom 1. September bis zum 31. Dezember 2010 sowie vom 1. Januar 2011 bis zum 31. März 2011 im Kanton Neuenburg<sup>285</sup>, vom 1. Oktober bis zum 31. Dezember 2010 in der Region Moutier<sup>286</sup>, vom 1. November 2010 bis zum 31. März 2011 in den Kantonen Jura und Genéve<sup>287</sup> sowie vom 1. Dezember 2010 bis zum 31. März 2011 in der Region Lugano und im Kanton Waadt<sup>288</sup> gekommen. Die Möglichkeit zur Erhöhung von Taggeldern durch den Bundesrat in Kantonen oder in einem wesentlichen Teilge-

---

<sup>281</sup> Factsheet des SECO vom 4. März 2011 «Die Leistungen der Arbeitslosenversicherung nach dem Inkrafttreten des revidierten Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG; SR 837.0) am 1. April 2011».

<sup>282</sup> Medienmitteilung des EVD vom 20. Oktober 2010.

<sup>283</sup> Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzschiädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV), SR 837.02.

<sup>284</sup> Medienmitteilung des Bundesrates und des EVD vom 11. März 2011.

<sup>285</sup> Medienmitteilung des EVD vom 18. August 2010 sowie vom 10. Dezember 2010.

<sup>286</sup> Medienmitteilung des EVD vom 17. September 2010.

<sup>287</sup> Medienmitteilung des EVD vom 20. Oktober 2010.

<sup>288</sup> Medienmitteilung des EVD vom 17. November 2010.

biet derselben, welche die nationale Arbeitslosenquote deutlich übersteigen, ist seit dem Inkrafttreten des revidierten AVIG am 1. April 2011 nicht mehr vorgesehen.<sup>289</sup>

#### f. *Unfallversicherung (UVG) und Krankenversicherung (KVG)*

Die Revision des *Unfallversicherungsgesetzes (UVG)* ist noch immer nicht konsensfähig. Sowohl der Nationalrat als auch der Ständerat haben die Revision des UVG an den Bundesrat zurückgewiesen und den Auftrag für eine neue, schlankere Revision erteilt.<sup>290</sup>

Da sich seit der letzten Anpassung der Invaliden- und Hinterlassenenrenten der obligatorische Unfallversicherung im Jahr 2009 keine Teuerung ergeben hat, blieben die Renten per 1. Januar 2011 unverändert.<sup>291</sup>

Die *Prämien an die Krankenversicherungen* erwiesen sich im Jahr 2010 nicht nur als kostendeckend, sondern es konnten durch den Aufbau von Reserven auch Konkurse auf Seiten der Krankenversicherer vermieden werden. 2010 war eine Prämienenerhöhung um 8,7 Prozent vorgenommen worden, um zusammen mit einem moderaten Kostenwachstum das Gleichgewicht zwischen den Gesamtausgaben und den Prämieinnahmen herzustellen. Das Kontrollsystem des BAG über die Solvenz der Krankenversicherer zeigte zudem, dass sich die Situation in diesem Bereich verbessert hatte. Lediglich 15 Versicherer wiesen Ende 2010 noch ungenügende Reserven auf, während dies im Vorjahr noch bei 25 der Fall gewesen war. Dank dieser Sanierung muss der Wiederaufbau der Reserven voraussichtlich nicht weiter fortgeführt werden.<sup>292</sup> Im Rahmen der Zielsetzung des EDI wird der Erlass des neuen Aufsichtsgesetzes über die soziale Krankenversicherung weiter vorangetrieben. Der Gesetzesentwurf, welcher die Aufsicht über die Krankenversicherer stärken soll, wurde Anfang Februar 2011 in die Vernehmlassung geschickt.<sup>293</sup>

#### g. *Sozialversicherungsabkommen*

Das *Sozialversicherungsabkommen mit Indien* ist nach der Ratifikation durch beide Staaten am 29. Januar 2011 in Kraft getreten. Da gemäss diesem Abkommen Erwerbstätige im Rahmen ihrer zeitlich befristeten Tätigkeit im anderen Vertragsstaat weiterhin im Sozialversicherungssystem ihres Heimatlandes verbleiben und dort auch ihre Beiträge entrichten,

---

<sup>289</sup> Vgl. ebd.

<sup>290</sup> Revision Unfallversicherungsgesetz (UVG), Suva, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2011 unter [www.suva.ch/startseite-suva/die-suva-suva/medien-suva/suva-dossier-suva/revision-unfallversicherungsgesetz-suva.htm](http://www.suva.ch/startseite-suva/die-suva-suva/medien-suva/suva-dossier-suva/revision-unfallversicherungsgesetz-suva.htm)

<sup>291</sup> Medienmitteilung des EDI vom 10. November 2010.

<sup>292</sup> Medienmitteilung des EDI vom 28. Februar 2011.

<sup>293</sup> Medienmitteilung des BAG vom 2. Februar 2011.

sind sie von der Beitragspflicht im anderen Vertragsstaat für die Dauer ihrer Entsendung befreit. Dies vermeidet einen Wechsel des Versicherungssystems bei bloss vorübergehenden Entsendungen, was insbesondere international tätigen Unternehmen einen kostenintensiven Aufwand ersparen und den wirtschaftlichen Austausch fördern soll. Weiter stellt das Sozialversicherungsabkommen mit Indien für die Schweiz insofern ein Novum dar, als das Abkommen keinen Export von Rentenleistungen vorsieht. Vielmehr werden beim definitiven Verlassen eines Staatsangehörigen des anderen Vertragsstaates die Beiträge an die Rentenversicherung zurückerstattet. Als Ausnahme davon können jedoch schweizerische Staatsangehörige in bestimmten Fällen eine indische Rente beziehen.<sup>294</sup>

Am 7. Oktober 2010 wurde das *Sozialversicherungsabkommen mit Montenegro* und am 11. Oktober 2010 dasjenige mit *Serbien* unterzeichnet. Bereits seit 2004 hatte die Schweiz Verhandlungen über ein bilaterales Abkommen mit den ex-jugoslawischen Staaten aufgenommen, jedoch wurden diese Verhandlungen nach der Abspaltung Montenegros getrennt weitergeführt. Die beiden Abkommen decken sich in materieller Hinsicht weitgehend mit dem bisher angewendeten Jugoslawienabkommen. Zusätzlich wurde jedoch eine Rechtsgrundlage für die Betrugsbekämpfung hinzugefügt. Beide Abkommen werden jedoch erst nach den innerstaatlichen Ratifikationen in Kraft treten können.<sup>295</sup>

Das *Sozialversicherungsabkommen mit Japan* wurde am 22. Oktober 2010 in Bern unterzeichnet. Es basiert auf den gleichen Grundsätzen wie die übrigen von der Schweiz abgeschlossenen Abkommen und tritt ebenfalls erst nach der innerstaatlichen Genehmigung in Kraft.<sup>296</sup>

## 7. Personalrecht des Bundes

Gestützt auf das Bundespersonalgesetz (BPG)<sup>297</sup> ist der Bundesrat gehalten, jährlich über den Stand der Umsetzung seiner *Personalpolitik* zu informieren. Diesem Bericht zufolge haben sich im Jahr 2010 die personalpolitischen Kennzahlen den festgelegten Sollwerten entsprechend weiterhin positiv entwickelt. Der zu erreichende Frauenanteil von im Durchschnitt 30 Prozent pro Lohnklassengruppe konnte bereits im Jahr 2008 erreicht werden und betrug 2010 31,7 Prozent. Auch im Bereich des höheren Kadern (Lohnklassen 30 bis 38) wurde der geltende Sollwert von 12 Prozent um zwei Prozentpunkte übertroffen. Allerdings besteht nach wie vor grösserer Handlungsbedarf im Bereich des mittleren Kadern, wo der Frauenanteil mit 23,8 Prozent noch immer deutlich unter den postulier-

---

<sup>294</sup> Medienmitteilung des BSV vom 28. Januar 2011.

<sup>295</sup> Medienmitteilung des BSV vom 11. Oktober 2011.

<sup>296</sup> Medienmitteilung des BSV vom 22. Oktober 2010.

<sup>297</sup> Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG), SR 172.220.1.

ten 33 Prozent liegt. Erstmals enthielt der Bericht auch Daten über die Anteile der vier Sprachgemeinschaften nach Massgabe der neuen Sprachenverordnung<sup>298</sup>, welche seit dem 1. Juli 2010 in Kraft ist. Während die Beschäftigten deutscher Muttersprache mit 72,1 Prozent (Sollwert 70,0 Prozent) 2010 etwas überrepräsentiert waren, lagen die Mitarbeitenden französischer Muttersprache mit 21,0 Prozent (Sollwert 22,0 Prozent) bzw. diejenigen italienischer Muttersprache mit 6,6 Prozent (Sollwert 7,0 Prozent) leicht unter der Zielvorgabe. Ebenso waren die romanischsprachigen Mitarbeitenden mit 0,3 Prozent (Sollwert 1,0 Prozent) unterrepräsentiert. Der durchschnittliche jährliche Bruttolohn in der Bundesverwaltung (ohne EDA-Lokalpersonal) betrug der Erhebung zufolge CHF 116 285.–.<sup>299</sup>

Die Mitarbeitenden der Bundesverwaltung erhielten im Rahmen der *Lohnmassnahmen* für das Jahr 2011 einen Teuerungsausgleich von 0,7 Prozent, wodurch die Teuerung auf Basis der Jahresdurchschnittsteuerung voll ausgeglichen wurde. Zudem erhielten die Mitarbeitenden eine Realloohnerhöhung um 0,3 Prozent, was Lohnmassnahmen von insgesamt einem Prozent entsprach. Weitergehende Forderungen der Personalverbände, wie die nach einem kostenlosen Generalabonnement der SBB oder einer 41-Stunden-Woche, wurden dagegen nicht berücksichtigt. Im Anschluss an die Lohnverhandlungen unterzeichnete der Bundesrat, vertreten durch Bundesrätin EVELINE WIDMER-SCHLUMPF, und die Sozialpartner eine Vereinbarung zur Durchführung des Lohngleichheitsdialogs. Mit dieser Vereinbarung wird beabsichtigt, die Löhne von Mitarbeitenden der Bundesangestellten auf Ungleichheiten zu überprüfen und allfällige Diskriminierungen bis spätestens Ende 2014 zu beseitigen.<sup>300</sup>

Betreffend die seit Längerem anstehende *Revision des BPG*<sup>301</sup> wurde im Mai 2011 eine zweite Verhandlungsrunde zwischen dem Bundesrat, den Personalverbänden sowie der Vereinigung des Kaders des Bundes durchgeführt. In den zentralen Anliegen der BPG-Revision, welche namentlich in der Flexibilisierung der Anstellungsbedingungen und damit in der Annäherung des BPG ans Obligationenrecht bestehen, konnte mit einem Teil der Sozialpartner eine Einigung herbeigeführt werden. Transfair, swisspersona und die Vereinigung der Kader des Bundes akzeptierten ein Verhandlungspaket, bei welchem die Kündigungsgründe zwar weiterhin zur Präzisierung im Gesetz aufgeführt werden sollen, jedoch ohne dass diese eine abschliessende Aufzählung bilden. Ebenso soll nach Massgabe des Verhandlungspakets eine Weiterbeschäftigungspflicht im Falle der missbräuchlichen Kündigung statuiert werden und der Arbeitgeber zudem

---

<sup>298</sup> Verordnung vom 4. Juni 2010 über die Landessprachen und die Verständigung zwischen den Sprachgemeinschaften (Sprachenverordnung, SpV), SR 411.11.

<sup>299</sup> Medienmitteilung des Bundesrates und des EFD vom 23. März 2011.

<sup>300</sup> Medienmitteilungen des EFD vom 19. November 2010 sowie vom 3. Dezember 2010.

<sup>301</sup> Vgl. Vorjahresbericht JAR 2010, S. 77 f.

gehalten sein, alle sinnvollen Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten auszuschöpfen, bevor er einem Angestellten ohne dessen Verschulden kündigt. Die Höhe der Entschädigung bei missbräuchlicher Kündigung wird auf sechs bis zwölf anstelle von einem bis zwölf Monatslöhne festgesetzt werden. Mit dem VPOD, dem Personalverband des Bundes, sowie mit Garanto bestehen demgegenüber jedoch noch Differenzen im Zusammenhang mit der Wiederbeschäftigungspflicht und dem Beschwerdeverfahren. Geplant ist, diese zweite Botschaft zum BPG nach der Sommerpause durch den Bundesrat zuhanden des Parlaments verabschieden zu lassen. Je nach Verlauf der parlamentarischen Debatte könnte das revidierte BPG frühestens Anfang 2013 in Kraft treten.<sup>302</sup>

Bereits im Rahmen des geltenden BPG ist in Artikel 22a das *Vorgehen bei Whistleblowing* statuiert worden. Seit dem 1. Januar 2011 sind Mitarbeitende, die dem BPG unterstehen, verpflichtet, alle von Amtes wegen zu verfolgenden Verbrechen und Vergehen, von denen sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit Kenntnis erlangen, wahlweise bei den Strafverfolgungsbehörden oder bei den Vorgesetzten der eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK) anzuzeigen (Anzeigepflicht). Weiter besteht ein Melderecht, wonach Mitarbeitende wie auch Private die Möglichkeit haben, Delikte, die nicht von Amtes wegen verfolgt werden sowie andere Unregelmässigkeiten direkt bei der EFK zu melden (Melderecht). Zweck dieser neuen Bestimmung ist der Schutz vor allfälligen Benachteiligungen (insbesondere vor Kündigungen) derjenigen, welche in guten Treuen Anzeige oder Meldung erstatten. Mit der neuen Bestimmung im BPG, welche von der interdepartementalen Arbeitsgruppe Korruptionsbekämpfung ausgearbeitet worden ist, nimmt der Bund als Arbeitgeber eine Vorreiterrolle ein.<sup>303</sup>

Mit der *Revision der Bundespersonalverordnung (BPV)*<sup>304</sup> per 1. Januar 2011 harmonisierte der Bundesrat die finanzielle Unterstützung der familienergänzenden Kinderbetreuung für die Mitarbeitenden der Bundesverwaltung. Die Bundesverwaltung beteiligt sich neu je nach Haushaltseinkommen im Umfang von 50 bis 100 Prozent an den Kosten für die familienexterne Kinderbetreuung. Ziel dieser Massnahme ist es, vermehrt berufstätige Eltern als künftige Mitarbeitende gewinnen zu können. Weiter wurde im Rahmen der Revision der BPV ein flexiblerer Übergang in die Pensionierung ermöglicht. Um die Anpassung des Rentenalters an die individuelle Situation zu gewährleisten, können Mitarbeitende der Bundesverwaltung nach dem vollendeten 58. Altersjahr ihr Arbeitspensum um maximal 50 Prozent reduzieren, ihre Vorsorge aber gleichzeitig im Umfang des bisherigen versicherten Verdienstes weiterführen – dies ganz oder

---

<sup>302</sup> Medienmitteilung des EFD vom 5. Mai 2011.

<sup>303</sup> Medienmitteilung des EFD vom 25. Februar 2011.

<sup>304</sup> Änderung vom 24. November 2010 der Bundespersonalverordnung (BPV), SR 172.220.111.3 (AS 2010 5793).

teilweise bis zum 65. Altersjahr. Eine entsprechende Änderung des AHVG wurde vorgenommen. Parallel dazu hat der Bundesrat die Einschränkung für die Weiterarbeit über das ordentliche Rentenalter hinaus aufgehoben, um auch mit dieser Massnahme die individuellen Gegebenheiten besser berücksichtigen zu können.<sup>305</sup> Die im Rahmen der BPV erfolgten Reformen stiessen im Parlament in Anbetracht des Finanzhaushaltes des Bundes jedoch nicht auf einhellige Zustimmung. Insbesondere der rechte Flügel stiess sich an der Arbeitgeberbeteiligung für die Fremdbetreuung von Kindern. Unter Angabe der restriktiven Voraussetzungen von Artikel 75b BPV zur Entrichtung von Beiträgen an die externe Kinderbetreuung sowie unter Hinweis auf das erklärte Ziel, den Frauenanteil in der Bundesverwaltung zu erhöhen, hielt der Bundesrat jedoch kongruent an den Änderungen betreffend die Beiträge an die familienergänzende Kinderbetreuung fest.<sup>306</sup>

Die *Pensionskasse des Bundes PUBLICA* beschloss im Januar 2011 eine Senkung des Umwandlungssatzes von 6,53 auf 6,15 Prozent auf den Renten ihrer Versicherten, um damit der gestiegenen Lebenserwartung in der Bevölkerung Rechnung zu tragen. Gleichzeitig genehmigte der Bundesrat verschiedene Begleitmassnahmen, welche den dadurch zu erwartenden tieferen Altersrenten entgegenwirken sollen.<sup>307</sup>

## 8. Öffentliches Dienstrecht der Kantone

Dominierend im *Kanton Basel-Stadt* war die Diskussion um die Auslagerung von rund 6000 Angestellten der öffentlichen Spitäler aus der Kernverwaltung. Obwohl gegen den betreffenden Grossratsbeschluss zur Ausgliederung u.a. von SP und Gewerkschaftsseite das Referendum ergriffen worden war, folgte das Stimmvolk Mitte Mai 2011 den Argumenten der bürgerlichen Parteien, welche eine Verselbstständigung infolge der neuen Spitalfinanzierung und der freien Spitalwahl ab 2012 als notwendig erachteten. Mit dieser Entscheidung werden das Universitätsspital, die Universitären Psychiatrischen Kliniken und das Felix-Platter-Spital ab 2012 zu selbstständigen, öffentlich-rechtlichen Anstalten.<sup>308</sup> Infolge dieser Ausgliederung bleibt das öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnis zwar bestehen, doch sollen sich die Anstellungsverhältnisse künftig im Sinne einer wettbewerbsorientierten Ausrichtung vermehrt an den Bedürfnissen des Marktes orientieren.<sup>309</sup> Gegner der Ausgliederung befürchteten deshalb im

---

<sup>305</sup> Medienmitteilung des EFD vom 24. November 2011.

<sup>306</sup> 10.3918 (Motion) Neugestaltung des Bundespersonalgesetzes, FÜGLISTALLER LIENI, eingereicht am 2. Dezember 2010 sowie Antwort des Bundesrates vom 23. Februar 2011.

<sup>307</sup> Medienmitteilung des Bundesrates vom 18. Mai 2011.

<sup>308</sup> BAZ vom 16. Mai 2011.

<sup>309</sup> Vgl. § 12 Abs. 1 und 2 Gesetz über die öffentlichen Spitäler Basel-Stadt (ÖSpG).

Vorfeld der Abstimmung eine inhaltliche Annäherung an das privatrechtliche Anstellungsverhältnis und somit eine Verschlechterung der Anstellungsbedingungen, da das kantonale Personal- und Lohngesetz für die Mitarbeitenden der kantonalen Spitäler nach einer vierjährigen Übergangsfrist nicht mehr gelten würde.<sup>310</sup> Dieser Einwand wurde jedoch dadurch entkräftet, dass die vierjährige Übergangsregelung dem Abschluss eines partnerschaftlich ausgearbeiteten Gesamtarbeitsvertrages dienen soll und das Personal zudem in der Pensionskasse Basel-Stadt versichert bleiben wird.<sup>311</sup>

Weiter ist mit Wirkung per 31. Dezember 2010 eine Änderung des kantonalen Pensionskassengesetzes bezüglich der Sanierung der Deckungslücke beschlossen worden. Im Sinne des Konzepts einer «indirekten Sanierung» hat der Staat in seiner Funktion als Arbeitgeber einen Beitrag in der Höhe der Deckungslücke an die Pensionskasse Basel-Stadt überwiesen. Die Hälfte dieser Einmaleinlage geht zu Lasten des Arbeitgebers, die andere Hälfte wird den Versicherten vorfinanziert und ist von diesen in den kommenden Jahren durch eine moderate Erhöhung der Pensionskassenbeiträge laufend zu amortisieren. Parallel dazu wurden die Beiträge des Staates an den Teuerungsfonds reduziert.<sup>312</sup>

Zurückgehend auf die öffentliche Diskussion im *Kanton Bern* im Sommer 2009 um die Auflösung von Arbeitsverhältnissen mit Kaderangestellten der Kantonsverwaltung<sup>313</sup> ist die Entlohnung des Kantonspersonals nach wie vor ein prioritär behandeltes Thema. In diversen Vorstossantworten wies die Berner Regierung auf die generell schwierige Lohnsituation des Kantonspersonals und der Lehrerschaft hin. Vergleiche hätten zudem die schwindende Konkurrenzfähigkeit des Kantons Bern als Arbeitgeber belegt, da er bei der Lohnentwicklung in den vergangenen zehn Jahren aus finanzpolitischen Gründen im Vergleich zum Konkurrenzumfeld deutlich in Rückstand geraten sei. Aus diesem Grund wird gegenwärtig ein Massnahmenkatalog erarbeitet, mit dem eine Verbesserung der Anstellungsbedingungen erreicht werden soll. Der Regierungsrat will diesbezüglich sowohl am Jahresarbeitszeitmodell, nach welchem eine Mehrheit der Kantonsangestellten beschäftigt ist, als auch am Langzeitkonto, mit dem nicht bezogene Ferientage für einen späteren Bezug gutgeschrieben werden, aufgrund der positiven Resonanz durch die Beschäftigten festhalten. Auch die für die Abgangsentschädigungen geltende Regelung habe sich nach Ansicht des Regierungsrates bewährt, allerdings sollen die Anspruchsvor-

---

<sup>310</sup> Abstimmungsunterlagen des Kantons Basel-Stadt zur Abstimmung vom 15. Mai 2011, S. 31.

<sup>311</sup> Vgl. ebd., S. 33.

<sup>312</sup> Medienmitteilung des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 23. November 2010.

<sup>313</sup> Vgl. Vorjahresbericht JAR 2010, S. 82.

aussetzungen konkreter ausgestaltet werden.<sup>314</sup> Das Entlöhnungsproblem des Kantons Bern schlägt sich auch in einer im April 2011 von den Personalverbänden lancierten kantonalen Volksinitiative nieder. Obwohl das 1997 eingeführte Lohnsystem der Kantonsangestellten auf einem Grundgehalt und einem individuellen Bestandteil, der bis zu 60 Prozent des Grundlohnes ausmachen kann, basiert, fehlen dem Kanton regelmässig die nötigen finanziellen Ressourcen für derartige individuelle Lohnerhöhungen. Wer sich folglich vom Kanton anstellen lasse, erhalte zwar vielfach einen relativ ansehnlichen Anfangslohn, stagniere dann jedoch rasch in seiner Entlohnung, monierten deshalb die Personalvertreter. Selbst bei ausgezeichneten Leistungen hätten Kantonsangestellte nicht die Möglichkeit, in den Bereich des Lohnmaximums zu gelangen. Mittels Initiative wird nun verlangt, dass Kantonsangestellte einen Anspruch auf eine jährliche Lohnerhöhung bis zur Gehaltsstufe 53 erhalten sollen. Zudem sollen Lehrkräfte eine jährliche Erhöhung erhalten, um innerhalb von 26 Jahren den Maximallohn erreichen zu können.<sup>315</sup>

Der Regierungsrat hat im Laufe des Jahres 2011 weiter zu entscheiden, wie er das in einer Richtlinienmotion geforderte Verbot des Internetzugriffs aus der Kantonsverwaltung auf Webseiten der Kategorie «Social Networks and Personal Sites» umsetzen wird. Die Finanzdirektion des Kantons Bern hat die erwähnte Motion bereits per 1. Januar 2011 umgesetzt und den Zugriff auf die erwähnten Websites gesperrt.<sup>316</sup>

Im *Kanton Zürich* ist aufgrund des Korruptionsskandals im Zusammenhang mit der BVK Personalvorsorge die Diskussion um die Verbesserung der Organisation der Pensionskasse im Gange. Konkret ist eine kantonale «Whistleblowing»-Stelle vorgesehen, um einem Korruptionsverdacht früher begegnen zu können. Dieser Vorschlag resultiert aus einem in Auftrag gegebenen Gutachten, welches ergeben hat, dass die Ombudsperson in Zürich, welche gegenwärtig die Anlaufstelle für deliktisches Verhalten ist, unpassend sei, da diese in erster Linie Beschwerden von selber Betroffenen behandle. Ein kantonsweites anonymes Meldesystem wird deshalb geprüft.<sup>317</sup>

Nicht nur im Zusammenhang mit dem aufsehenerregenden Korruptionsfall steht die Zürcher Pensionskasse vermehrt im Zentrum des Interesses. Unabhängig vom Korruptionsvorwurf ist die Nachhaltigkeit der Finanzierung ein weiterer Brennpunkt. Da der Regierungsrat zu statuarischen Massnahmen verpflichtet ist, sobald der Deckungsgrad der BVK unter 90 Prozent liegt, werden folgende Änderung ins Auge gefasst: Der techni-

---

<sup>314</sup> Medienmitteilung des Kantons Bern vom 10. November 2010.

<sup>315</sup> DER BUND Online vom 16. Februar 2011, vom 17. Februar 2011 sowie vom 27. April 2011.

<sup>316</sup> Medienmitteilung des Kantons Bern vom 17. Januar 2011.

<sup>317</sup> Medienmitteilung des Kantons Zürich vom 13. Januar 2011.

sche Zins soll auf 3,25 Prozent reduziert werden und der Umwandlungssatz dem veränderten wirtschaftlichen Umfeld angepasst werden. Zudem erfolgen Neuerungen bezüglich einer einmaligen Aufwertung des Sparguthabens sowie der Verzinsung des Sparkapitals. Dieses Massnahmenpaket wird aufgrund der Erhöhung der Sparbeiträge rund CHF 101 Mio. kosten, wovon zwei Drittel durch den Arbeitgeber aufgebracht werden. Geplant ist die Inkraftsetzung der Statuten auf das Jahr 2012.<sup>318</sup> Wie brisant die Sanierung der Pensionskassen ist, zeigt auch die Problematik anlässlich der Ausgliederung von Verwaltungspersonal des Limmat-Spitals. Da beim Austritt einer ganzen Gruppe von Versicherten aus der Pensionskasse nicht wie bei einem Einzelaustritt 100 Prozent des jeweiligen Altersguthabens ausbezahlt werden, sondern das Guthaben entsprechend der Deckung entrichtet wird, hätten die Versicherten infolge einer Unterdeckung der Pensionskasse von 86 Prozent nur 86 Rappen pro Sparfranken ausbezahlt erhalten. Ein Vorschlag der BVK ging deshalb dahin, den Betroffenen den Verbleib in der Kantonskasse zu ermöglichen, obwohl dafür die gesetzliche Grundlage fehlte.<sup>319</sup>

Eine Erhebung zu den Lohnerhöhungen bei den zürcherischen Kantonsangestellten zeigte, dass 2010 Frauen mit 28 Prozent prozentual zwar häufiger eine Lohnerhöhung erhielten als die Männer mit 25 Prozent, die Lohnerhöhungen bei den Männern pro Kopf jedoch höher ausfielen. Zudem kamen Mitarbeitende prozentual gesehen in den mittleren und oberen Lohnklassen häufiger in den Genuss von Lohnerhöhungen als die unteren Lohnklassen.<sup>320</sup>

## 9. Ausländische Arbeitnehmer

### a. Ausländerstatistik

Insgesamt lebten Ende 2010 rund 1,720 Mio. *Ausländerinnen und Ausländer* in der Schweiz. Die meisten davon stammten aus den EU-27/EFTA-Staaten (rund 1,102 Mio.), wobei der Bestand von Personen aus den EU-27/EFTA-Staaten mit einer Zunahme um 3,3 Prozent dem Trend des letzten Jahrs folgend weniger stark angestiegen war als im Vorjahr (3,9 Prozent).<sup>321</sup> Daraus wird geschlossen, dass sich die Bestandeszunahme dieser Personengruppe der jeweiligen wirtschaftlichen Situation in der Schweiz angleiche. Der Personenbestand aus den übrigen Ländern betrug Ende 2010 618 633 Personen und hat somit gegenüber dem Vorjahr um 0,7 Prozent zugenommen. Dies entspricht der Zuwanderungspolitik des

---

<sup>318</sup> Medienmitteilung des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 7. Oktober 2010.

<sup>319</sup> NZZAS vom 22. August 2010.

<sup>320</sup> Medienmitteilung des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 28. April 2011.

<sup>321</sup> Medienmitteilung des BFM vom 10. Februar 2011.

Bundes, wonach aus Nicht-EU-Staaten nur noch besonders qualifizierte Erwerbstätige zu rekrutieren sind. Am stärksten angestiegen ist der Bestand von Staatsangehörigen aus Kosovo (+32 433), Deutschland (+13 756), Portugal (+7898), Frankreich (+4535) und Eritrea (+2280). Wie bereits die Jahre zuvor ist die Zunahme der kosovarischen Staatsbürger und Staatsbürgerinnen primär auf die Unabhängigkeit des Staates Kosovo im Jahre 2008 und dem damit verbunden Wechsel in der Eintragung von zuvor als serbisch gemeldeten Staatsangehörigen zurückzuführen. Die Bevölkerungszahl von Staatsangehörigen aus Serbien ist dementsprechend zurückgegangen (−35 560). Ebenso waren die Zahlen der Staatsangehörigen aus Kroatien (−1170), Sri Lanka (−985) und der Türkei (−397) rückläufig.<sup>322</sup>

In Bezug auf die *Erwerbstätigkeit* stieg vom 1. Quartal 2010 bis zum 1. Quartal 2011 sowohl die Zahl der schweizerischen (+1,2 Prozent auf 3,369 Mio.) als auch jene der ausländischen Erwerbstätigen (+5,6 Prozent auf 1,263 Mio.) an. Bei den ausländischen Erwerbstätigen konnte bei allen wichtigen Aufenthaltskategorien eine Zunahme beobachtet werden (C-Bewilligung +2,8 Prozent; B-Bewilligung oder mindestens zwölf Monate aufgrund einer L-Bewilligung in der Schweiz: +11,0 Prozent; Grenzgängerinnen und Grenzgänger: +6,3 Prozent; weniger als zwölf Monate aufgrund einer L-Bewilligung in der Schweiz: +5,8 Prozent). Die Erwerbslosenquote nach Definition der ILO sank im 1. Quartal 2011 im Vergleich zum Vorjahresquartal besonders stark bei den ständig in der Schweiz wohnhaften Ausländerinnen und Ausländern um 2,2 Prozentpunkte auf 8,2 Prozent. Allerdings wiesen die ständig in der Schweiz wohnhaften Ausländerinnen und Ausländer aus einem Drittstaat mit 13,7 Prozent eine deutlich höhere Erwerbslosenquote gemäss ILO auf als die Ausländerinnen und Ausländer aus der EU-27/EFTA mit 5,6 Prozent (die entsprechenden Vorjahreszahlen lagen bei 17,5 bzw. 6,8 Prozent).<sup>323</sup>

#### b. *Fremdarbeiterregelung*

Im Spannungsfeld zwischen Standortförderung und Standortschutz steht regelmässig die Festlegung von *Kontingenten* für Drittstaatsangehörige. Während Staatsangehörige von EU- und EFTA-Staaten in der Regel aufgrund der geschlossenen Freizügigkeitsabkommen keine gesonderte Arbeitsbewilligung für einen beschränkten Zeitraum beantragen müssen, erfolgt die Zulassung von Drittstaatsangehörigen im Rahmen der vom Bundesrat zu Jahresbeginn festgelegten Kontingente. Die Wirtschaft bekundet vor allem in den Ballungszentren zunehmend Mühe mit diesem Vergabesystem, da dadurch die Annahme von längerfristigen Projekten infolge der ungewissen Rekrutierungsmöglichkeit von Spezialisten aus Dritt-

---

<sup>322</sup> Vgl. ebd.

<sup>323</sup> Medienmitteilung des BFS vom 30. Juni 2011.

staaten erschwert werden würde. Gleichzeitig gilt es jedoch, die politischen Interessen zu berücksichtigen, um die Personenfreizügigkeit nicht zu gefährden. Die EU will gegenwärtig mit der Einführung einer sog. «Blue Card»-Richtlinie, deren Umsetzungsfrist im Juni 2010 abgelaufen ist, den Aufenthalt von hochqualifizierten Bürgern aus Drittstaaten ermöglichen.<sup>324</sup> Die Schweiz hält dagegen an ihrem System der Kontingentierung weiterhin fest. Allerdings wurden im Rahmen einer Teilrevision der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE), welche am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist, die Kontingente für Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligungen in zwei Kategorien aufgeteilt und die Höchstzahlen für 2011 freigegeben. Die Zweiteilung bewirkt eine Unterscheidung zwischen dem Kontingent für Kurzaufenthalter und Aufenthalter aus Drittstaaten sowie demjenigen für EU-/EFTA-Staatsangehörige, welche länger als 120 Tage eine grenzüberschreitende Dienstleistung erbringen. Die Höchstzahlen für ausländische Arbeitskräfte wurden für das Jahr 2011 auf 5000 Kurzaufenthaltsbewilligungen und auf 3500 Aufenthaltsbewilligungen festgelegt.<sup>325</sup>

In Abweichung vom statuierten Vorrang inländischer Arbeitnehmer oder solcher aus Staaten mit einem Freizügigkeitsabkommen sind *Ausländerinnen und Ausländer mit einem schweizerischen Hochschulabschluss* aufgrund einer Änderung des AuG seit dem 1. Januar 2011 zum Arbeitsmarkt zugelassen, sofern ihre Erwerbstätigkeit von hohem wissenschaftlichen oder wirtschaftlichem Wert ist. Ebenso sind sie neu für eine Dauer von sechs Monaten nach dem Abschluss ihrer Aus- und Weiterbildung vorläufig zugelassen, um eine entsprechende Erwerbstätigkeit zu finden.<sup>326</sup> Diese erleichterte Zulassung und Integration wurde ebenfalls im Rahmen der Teilrevision der VZAE umgesetzt.<sup>327</sup>

Nicht nur im Rahmen der flankierenden Massnahmen wurde im Berichtsjahr ein spezielles Augenmerk auf die Arbeitsbedingungen von privaten Hausangestellten gerichtet, sondern es gelangten auch die Anstellungsbedingungen in den Haushalten ausländischer Gesandter in den gesetzgeberischen Fokus. Um auch private Hausangestellte von Mitarbeitern ausländischer Vertreter besser erfassen zu können, wurde am 1. Juli 2011 die *Verordnung über die privaten Hausangestellten (PHV)*<sup>328</sup> in Kraft ge-

---

<sup>324</sup> NZZAS vom 13. März 2011.

<sup>325</sup> Medienmitteilung des EJPD vom 2. Dezember 2010 sowie Änderung vom 3. Dezember 2010 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE), SR 142.201 (AS 2010 5959).

<sup>326</sup> Art. 21 Abs. 3 gemäss Änderung vom 18. Juni 2010 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, Erleichterte Zulassung von Ausländerinnen und Ausländern mit Schweizer Hochschulabschluss), SR 142.20 (AS 2010 5957).

<sup>327</sup> Medienmitteilung des EJPD vom 2. Dezember 2010.

<sup>328</sup> Verordnung über die Einreise-, Aufenthalts- und Arbeitsbedingungen der privaten Hausangestellten von Personen, die Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen

setzt. Die Verordnung basiert auf einem im Rahmen der Verabschiedung des Gaststaatengesetzes (GSG)<sup>329</sup> von 2007 erteilten Auftrag an den Bundesrat, eine einheitliche Regelung für das gesamte Hoheitsgebiet der Schweiz auszuarbeiten und sie gilt für die privaten Hausangestellten von Mitarbeitern von ausländischen Vertretungen oder internationalen Organisationen, die in der Schweiz Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen geniessen. Der Verordnung zufolge sind neu Arbeitgeber und Arbeitnehmer verpflichtet, einen schriftlichen Arbeitsvertrag abzuschliessen und sie dürfen dazu ausschliesslich den Mustervertrag des EDA verwenden. Die Beachtung dieser Vorschrift ist Bedingung für die Ausstellung von Einreisevisa und Legitimationskarten des EDA. Zudem müssen die potentiellen Hausangestellten zur Beantragung eines solchen Visums persönlich bei der zuständigen Schweizer Auslandsvertretung vorsprechen, wo sie Informationen über die Lebenshaltungskosten in der Schweiz sowie eine Dokumentation über ihre Rechte und Pflichten erhalten. Der Lohn der Hausangestellten ist teilweise in bar und teilweise in Naturalien auszubezahlen. Der Mindestlohn beträgt bar netto CHF 1200.–, wovon keine weiteren Abzüge gemacht werden dürfen. Die Verordnung hat die entsprechenden kantonalen Normalarbeitsverträge ersetzt.<sup>330</sup>

Im Zusammenhang mit dem Aufenthaltsrecht von *Sans-Papiers* in der Schweiz erlangte die Situation von Jugendlichen, welche eine Berufslehre absolvieren möchten, vermehrte Beachtung. Wie eine von der Eidgenössischen Kommission für Migrationsfragen (EKM) in Auftrag gegebene Studie zeigen konnte, bleiben immer mehr Personen ohne Erlaubnis in der Schweiz, leben und arbeiten hier, wodurch vor allem auch die Zahl von heranwachsenden Kindern zunimmt. Während Kinder aus Familien ohne Aufenthaltsrecht in der Regel die Schule besuchen können, haben Jugendliche, die eine Berufslehre beginnen wollen, gegenwärtig keine Perspektive. Die EKM schlug aus diesem Grund vor, für diese Fälle Möglichkeiten zu schaffen, damit Jugendliche ein eigenes Aufenthaltsrecht beantragen können, welches ihnen den Zugang zu einer Berufslehre ermöglichen würde.<sup>331</sup> Diese Forderung dürfte es in Anbetracht der Tatsache, dass sowohl die staatspolitische Kommission des Nationalrates als auch diejenige des Ständerates bislang sämtliche Motionen verworfen haben, welche jugendlichen *Sans-Papiers* ein Recht auf Zugang zu einer Berufslehre einräumen wollten, eher schwer haben. Mit diesen Beschlüssen wurde der Wille des

---

geniessen (Verordnung über die privaten Hausangestellten, PHV) vom 6. Juni 2011, SR 192.126.

<sup>329</sup> Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge (Gaststaatgesetz, GSG) vom 22. Juni 2007, SR 192.12.

<sup>330</sup> Medienmitteilung des Bundesrates vom 9. Juni 2011.

<sup>331</sup> Medienmitteilung der Eidgenössischen Kommission für Migrationsfragen (EKM) vom 20. Dezember 2010.

Parlaments, in diesem Bereich gesetzgeberische Massnahmen zu treffen, relativiert. Zuvor hatten nämlich sowohl der Nationalrat in der Herbstsession 2010 als auch der Ständerat einer Motion<sup>332</sup> zugestimmt, welche dem Bundesrat einen entsprechenden gesetzgeberischen Auftrag erteilt hatte.<sup>333</sup>

## 10. Zusammenstellung der Normalarbeitsverträge

Stand: 26. Mai 2011

<b>Kanton</b>	<b>NAV für die Berufe</b>	<b>Fundstelle in den Gesetzsammlungen</b>
Bund	NAV für die Erzieher in Heimen und Internaten vom 16. Januar 1985/1. Februar 1985	SR 221.215.324.1
	NAV für Assistenzärzte vom 5. Mai 1971/ 24. Januar 1973	SR 221.215.328.1
	NAV für das Pflegepersonal vom 23. Dezember 1971/1. Januar 1972	SR 221.215.328.4
	NAV über die Versicherungsleistungen für das beruflich strahlenexponierte Personal vom 22. April 1966/24. Januar 1973	SR 221.215.328.6
	NAV für milchwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 11. Januar 1984/1. Februar 1984	SR 221.215.329.2
	NAV für Privatgärtner vom 3. Dezember 1979/ 1. Januar 1980	SR 221.215.329.3
	NAV für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft) vom 20. Oktober 2010/1. Januar 2011	SR 221.215.329.4
AG	NAV über das Arbeitsverhältnis in der Landwirtschaft vom 24. November 2004/1. Januar 2007	SAR 963.372
	NAV für Hauspersonal vom 19. November 2008/1. Januar 2009	SAR 963.374

<sup>332</sup> 08.3616 (Motion) Jugendlichen ohne gesetzlichen Status eine Berufslehre ermöglichen, BARTHASSAT LUC, eingereicht am 2. Oktober 2008.

<sup>333</sup> Medienmitteilung der Staatspolitischen Kommission des Ständerates (SPK-S) vom 31. August 2010 sowie Medienmitteilung der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates (SPK-N) vom 22. Oktober 2010.

<b>Kanton</b>	<b>NAV für die Berufe</b>	<b>Fundstelle in den Gesetzessammlungen</b>
AI	NAV für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse vom 25. September 2000/16. August 2004	SGS 821.001
AR	NAV für Betriebs- und Hausangestellte in der Landwirtschaft vom 16. Dezember 2008/ 1. Januar 2009	SGS 222.216
	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 8. Dezember 1986/1. Januar 1987	SGS 222.217
BE	NAV für die Landwirtschaft vom 24. Oktober 2007/1. Januar 2009	BSG 222.153.21
	NAV für den Hausdienst vom 25. April 2007/ 1. Januar 2009	BSG 222.153.22
	NAV für den Detailhandel vom 15. November 2006/1. Januar 2009	BSG 222.153.23
BL	NAV für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 16. Dezember 1986/1. Januar 2007	SGS 212.31
	NAV für Hauspersonal vom 15. Dezember 1998/1. Januar 2007	SGS 212.34
BS	NAV für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse vom 15. Juni 1993/1. Januar 1998	SG 215.600
	NAV für Hauspersonal im Kanton Basel-Stadt vom 20. November 1990/1. Januar 2009	SG 215.700
FR	NAV für die Mitarbeiter im Hausdienst vom 7. März 1989/1. Mai 2009	SGS 222.5.91
	NAV für die Landwirtschaft vom 26. September 1988/1. Januar 2011	SGS 222.5.92
GE	CTT pour les travailleurs de l'économie domestique à temps complet et à temps partiel (CTT-TED) du 1 <sup>er</sup> juillet 2004/3 mars 2011	J 1 50.03
	CTT réglant les conditions de travail entre les employeurs agricoles du canton de Genève et les travailleurs agricoles (CTT-CTA) du 7 mars 2000/1 <sup>er</sup> janvier 2011	J 1 50.09

<b>Kanton</b>	<b>NAV für die Berufe</b>	<b>Fundstelle in den Gesetzessammlungen</b>
	CTT réglant les conditions de travail des travailleurs de la floriculture du canton de Genève (CTT-CTF) du 7 mars 2000/1 <sup>er</sup> janvier 2011	J 1 50.10
	CTT pour les travailleurs au pair (CTT-TP) du 18 janvier 2000/1 <sup>er</sup> janvier 2011	J 1 50.12
	CTT pour les jeunes gens au pair mineurs du 18 janvier 2000/1 <sup>er</sup> janvier 2011	J 1 50.15
	CTT pour les travailleuses et travailleurs du secteur de l'esthétique du 28 août 2007/1 <sup>er</sup> janvier 2010	J 1 50.16
GL	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 26. April 1988/1. Januar 1988	SGS VIII C/12/3
	NAV für männliche und weibliche Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 4. Dezember 1972/7. Mai 2006	SGS IX D/7/1
GR	NAV für das hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 7. September 1987/1. Januar 2011	SGS 535.200
	NAV für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 27. Oktober 1998/1. Juli 2009	SGS 535.230
	NAV für das Alp- und Hirtenschaftspersonal vom 27. Oktober 1998/1. Dezember 1998	SGS 535.250
JU	CTT pour les travailleurs agricoles et le service de maison dans l'agriculture du 20 décembre 1995/18 janvier 2011	SGS 222.153.21
	CTT pour les travailleurs de l'économie domestique du 6 décembre 1978/1 <sup>er</sup> janvier 1979	SGS 222.153.22
	CTT pour le personnel au service de la vente dans le commerce de détail du 20 juin 2006/1 <sup>er</sup> juillet 2006	SGS 222.153.23
LU	NAV für das hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 26. Januar 1990/1. Februar 1990	SRL Nr. 854
	NAV für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 5. Mai 2000/1. Januar 2007	SRL Nr. 854a

<b>Kanton</b>	<b>NAV für die Berufe</b>	<b>Fundstelle in den Gesetzessammlungen</b>
NE	CTT pour le service de maison du 5 mai 1988/ 5 mai 1988	RSN 225.42
	CTT pour l'agriculture (CTT-Agri) du 27 novembre 2002/1 <sup>er</sup> janvier 2011	RSN 225.43
	CTT du personnel de vente dans le commerce de détail du 13 mars 1991/1 <sup>er</sup> septembre 2009	RSN 225.44
	CTT pour des jeunes travailleurs au pair du 13 mars 1991/1 <sup>er</sup> janvier 1992	RSN 225.45
	CTT pour le personnel forestier du 14 octobre 2009/1 <sup>er</sup> janvier 2010	RSN 225.46
NW	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Juli 1985/1. Juli 1985	LGS 223.1
	NAV für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 14. April 1997/1. Juli 1997	LGS 223.2
OW	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 18. Dezember 1973/1. Januar 2011	GDB 844.1
	NAV für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 13. Mai 2008/1. Januar 2011	GDB 844.2
SG	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 25. Februar 1986/1. Mai 1986	SGS 513.1
	NAV für landwirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 9. Dezember 2003/ 1. März 2004	SGS 513.2
SH	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 16. März 1993/1. April 1993	SHR 221.216
	NAV für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 7. Januar 1986/1. Februar 1986	SHR 221.217
SO	NAV für Arbeitnehmer im Hausdienst vom 11. März 1986/1. Februar 2011	BGS 821.321

<b>Kanton</b>	<b>NAV für die Berufe</b>	<b>Fundstelle in den Gesetzessammlungen</b>
	NAV für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 10. November 1972/1. Februar 2011	BGS 821.322
SZ	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 5. August 1997/1. Januar 1998	SRSZ 217.111
	NAV für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 26. Juni 2001/1. Januar 2011	SRSZ 217.112
TG	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnisse vom 6. Juli 1999/28. August 2010	RB 221.252
	NAV für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse vom 28. März 2006/1. April 2006	RB 221.253
TI	CNL per il personale domestico del 22 dicembre 1989/1 gennaio 2011	FU Nr. 100/2010 vom 17. Dezember 2010
	CNL per il personale dell'agricoltura del 18 dicembre 1990/1 gennaio 2011	FU Nr. 100/2010 vom 17. Dezember 2010
	CNL per i giovani alla pari del 16 febbraio 1995/1 gennaio 2011	FU Nr. 100/2010 vom 17. Dezember 2010
	CNL per il personale di vendita al dettaglio (di seguito CNLV) del 1 settembre 2001/1 gennaio 2011	FU Nr. 100/2010 vom 17. Dezember 2010
	CNL per gli operatori dei Call Centers (CNLCC) del 1 agosto 2007/1 gennaio 2011	FU Nr. 100/2010 vom 17. Dezember 2010
	CNL di lavoro per i saloni di bellezza (CNLE) del 24 marzo 2010/1 gennaio 2011	FU Nr. 100/2010 vom 17. Dezember 2010
UR	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 5. September 1988/1. Februar 2007	SGS IV-20.1311
	NAV für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Oktober 1973/1. Mai 1998	SGS IV-20.1321
VD	CTT pour chefs-vignerons (ACTT-cv) du 30 mai 1986/1 <sup>er</sup> novembre 1985	RSV 222.53.1
	CTT de vignolage pour les districts d'Aigle, de Vevey et de Lavaux (ACTT-vav1) du 27 juillet 1994/1 <sup>er</sup> novembre 1994	RSV 222.53.2

<b>Kanton</b>	<b>NAV für die Berufe</b>	<b>Fundstelle in den Gesetzessammlungen</b>
	CTT de vignolage pour les districts d'Aubonne, Morges, Nyon et Rolle (ACTT-vamnr) du 27 juillet 1994/1 <sup>er</sup> novembre 1994	RSV 222.53.3
	CTT pour l'agriculture (ACTT-agr) du 3 avril 2000/1 <sup>er</sup> janvier 2009	RSV 222.55.1
	CTT pour le personnel des ménages privés (ACTT-mpr) du 18 janvier 2006/1 <sup>er</sup> mars 2006	RSV 222.105.1
VS	NAV für das Personal der Autotransportunternehmungen (Sachentransporte und Erdbewegungsarbeiten) vom 1. Januar 1993/1. Januar 2011	Amtsblatt Nr. 07 vom 18. Februar 2011
	NAV für die Landwirtschaft vom 16. Juni 1989/1. März 2011	Amtsblatt Nr. 22 vom 03. Juni 2011
	NAV für das Personal der Ingenieur-, Architektur- und anderen Planungsbüros vom 15. September 1982/1. Januar 2011	Amtsblatt Nr. 07 vom 18. Februar 2011
	NAV für die Kellerarbeiter vom 11. April 1972/1. Januar 2011	Amtsblatt Nr. 07 vom 18. Februar 2011
	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Januar 1992/1. Januar 2011	Amtsblatt Nr. 07 vom 18. Februar 2011
	NAV für das Personal der Käsereien vom 10. Februar 1993/1. Januar 2011	Amtsblatt Nr. 07 vom 18. Februar 2011
	NAV für das Personal der Luftseilbahnen, Sesselbahnen, Skilifte und ähnlicher Betriebe vom 18. November 1987/1. Januar 2011	Amtsblatt Nr. 07 vom 18. Februar 2011
	NAV für das im Verkauf beschäftigte Personal des Detailhandels vom 10. Juli 1985/1. Januar 2011	Amtsblatt Nr. 07 vom 18. Februar 2011
	NAV für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Sektors der industriellen Wartung und Reinigung vom 21. Januar 2009	Amtsblatt Nr. 11 vom 13. März 2009

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzessammlungen
ZG	NAV für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 11. Juni 2002/1. Januar 2008	BGS 831.51
	NAV Privathaushalt vom 18. Dezember 1984/ 1. Januar 2011	BGS 831.52
ZH	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 29. Mai 1991/1. Januar 2011	LS 821.12
	NAV für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 2. März 2005/1. Januar 2011	LS 821.13

## IV. Kollektives Arbeitsrecht

### 1. Sozialpartnerschaft

Der *Schweizerische Gewerkschaftsbund (SGB)* beobachtete im Berichtsjahr eine Verschärfung der Lohnschere in der Bevölkerung. Besonders Arbeitnehmende mit kleinem und mittlerem Einkommen verfügten bedingt durch den Anstieg der Krankenkassenprämien und der Wohnkosten über weniger Finanzmittel als noch vor zehn Jahren, während die Löhne der Besserverdienenden laufend anstiegen. Um diese Entwicklung zu bekämpfen, verfolgt der SGB verschiedene Strategien.<sup>334</sup>

Zentrales Instrument zur Forcierung einer Einkommensnivellierung bildet die vom SGB im Januar 2011 lancierte *«Mindestlohn-Initiative»*<sup>335</sup>. Da nach Ansicht des SGB die Löhne in der Schweiz nur ungenügend gegen Lohndumping geschützt seien und zudem das Instrument des Normalarbeitsvertrages bedingt durch seine Anwendungsvoraussetzungen für den Lohnschutz nicht ausreiche, soll mit der Initiative ein zwingender Mindestlohn von CHF 22.– pro Stunde auf Verfassungsstufe statuiert werden. Mittels Mindestlohn sollen jedoch keineswegs die Tarifvereinbarungen zwischen den Sozialpartnern in Frage gestellt werden, vielmehr handle es sich beim staatlich festgelegten Mindestlohn um ein subsidiäres Instrument zu den Mindestlöhnen in GAV. Obwohl gemäss Initiative die Möglichkeit zu Ausnahmeregelungen bestehen, bleibt doch u.a. fraglich, wie im Falle einer Annahme der Initiative Wiedereingliederungsmassnahmen von Invaliden

<sup>334</sup> BAZ vom 6. Januar 2011.

<sup>335</sup> Eidg. Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)», BBl 2011 907, Vorprüfung vom 11. Januar 2011, Ablauf der Sammelfrist am 25. Juli 2012.

oder Arbeitslosen zu behandeln wären. Zudem befürchten Wirtschaftsvertreter durch die Einführung des Mindestlohnes eine Zunahme der Arbeitslosigkeit sowie eine Preissteigerung im Inland.<sup>336</sup>

Im Zusammenhang mit der Lancierung der «Mindestlohn-Initiative» stehen die Bemühungen des SGB zur effektiven Durchsetzung der *flankierenden Massnahmen*. Namentlich wird eine rasche und flächendeckende Einführung des GAV für die Temporärbranche, die Ausdehnung der GAV-Mindestlöhne auf alle Betriebe der Reinigungsbranche sowie die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit gefordert.<sup>337</sup> Insgesamt wird moniert, dass die Deutschschweiz bezüglich der Einführung von zwingenden Mindestlöhnen Nachholbedarf habe. Weiter wird ein flächendeckender, verbesserter Kündigungsschutz gefordert. Die Diskriminierung schweizerischer Arbeitskräfte gegenüber Beschäftigten aus der EU bei Mitbestimmung und Massenentlassung aufgrund des flexiblen Kündigungsschutzes in der Schweiz soll beseitigt werden, da der SGB befürchtet, dass hiesige Arbeitskräfte zuerst von Entlassungen durch international operierende Unternehmen betroffen seien. Weit geht auch das Postulat einer Pflicht zur Aufhebung von Kündigungen, welche aufgrund der Einstellung einer billigeren Arbeitskraft erfolgt sind.<sup>338</sup> Wie die Delegierten diesen Forderungen zum Durchbruch verhelfen wollen, ist vorläufig jedoch noch nicht ersichtlich.

Im Hinblick auf die u.a. vom SGB angestrebte Revision des OR bezüglich der Verschärfung von Sanktionen bei *missbräuchlichen bzw. antigewerkschaftlichen Kündigungen* hat der SGB im Rahmen der Vernehmlassung zwar die allgemeine Stossrichtung des Bundesrates begrüsst, doch ist seiner Ansicht nach eine Erhöhung der Sanktion bei Missbräuchlichkeit auf maximal zwölf Monatslöhne ein zu schwaches Instrument, um Gewerkschaftsvertreter effektiv vor antigewerkschaftlichen Kündigungen zu schützen. Auch in der Einführung einer Gesetzesvermutung, wonach Kündigungen von Personalvertretern aus wirtschaftlichen Gründen automatisch als missbräuchlich gelten, sieht er kein taugliches Instrument. Vielmehr besteht der SGB nach wie vor auf der Einführung einer Wiedereinstellungspflicht, wie diese bereits im Gleichstellungsgesetz verankert ist.<sup>339</sup>

Des Weiteren befasste sich der SGB mit der finanziellen Situation der Rentner. Um *Renten*, welche die gewohnte Lebensführung nicht decken können, zu verhindern, strebt der SGB im Rahmen des Projekts «AHVplus» Rentenerhöhungen an, welche sich nach dem Einkommen der ehemals Erwerbstätigen bemessen.<sup>340</sup> Im *Steuerbereich* lehnt der SGB

---

<sup>336</sup> Dokumentation zur Mindestlohn-Initiative des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes (SGB) anlässlich der Pressekonferenz vom 25. Januar 2011.

<sup>337</sup> Medienmitteilung des SGB vom 3. Mai 2011.

<sup>338</sup> Medienmitteilung des SGB vom 20. Mai 2011.

<sup>339</sup> Medienmitteilung des SGB vom 12. Januar 2011.

<sup>340</sup> Medienmitteilung des SGB vom 20. Mai 2011.

Steuersenkungen, welche vornehmlich Haushalten mit hohen und höchsten Einkommen zugutekommen, ab. Argumentiert wird, dass diese Einnahmen für eine gerechtere Finanzierung der Krankenversicherung benötigt würden.<sup>341</sup>

## 2. Arbeitskämpfe

Zu Arbeitskämpfen kam es in dieser Berichtsperiode insbesondere im öffentlichen Sektor. Im Februar und März 2011 befand sich die *Genfer Polizei* während insgesamt drei Wochen im Streik. Aus Protest gegen die neue Strafprozessordnung (StPO)<sup>342</sup> und die damit verbundene Reorganisation leisteten die Polizisten unrasiert sowie ohne Uniform Dienst und unterliessen es, Bussen zu verteilen. Konkret brachte die Genfer Polizeigewerkschaft UPCP vor, dass die neue StPO zu viel zusätzliche administrative Arbeit für die Polizisten verursache und die UPCP bei der damaligen Reorganisation der Polizei nicht miteinbezogen worden sei. Gefordert wurde folglich eine bessere Kommunikation mit der Polizeidirektion. Diese wiederum machte geltend, dass bereits ausreichend Sicherheitsassistenten zur Entlastung der Polizisten eingestellt worden seien. Der Streik wurde während einem Besuch der US-Aussenministerin HILLARY CLINTON aus Rücksicht auf das internationale Genf unterbrochen und schliesslich kurz darauf aufgelöst, ohne dass es zu namhaften Konzessionen zwischen den Sozialpartnern gekommen wäre.<sup>343</sup>

Die *Zürcher Polizei* tat ebenfalls ihren Unmut über die Arbeitsbedingungen kund und trat im April 2011 in einen Bussenstreik. Begonnen hatte der Streik mit Protestaktionen gegen die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen vor dem Zürcher Rathaus. Die Situation eskalierte schliesslich, als der Gemeinderat u.a. 15 zusätzliche Stellen für das 1700 starke Korps aus dem Budget gestrichen hatte. Wie in Genf betrafen die mit dem Streik bekundeten Hauptanliegen der Polizisten die Forderung nach mehr Personal, mehr Lohn und weniger administrativer Büroarbeit. Allerdings anerkannte der Polizeibeamtenverband, dass die Forderungen nicht per sofort umsetzbar seien.<sup>344</sup>

Ebenfalls in Zürich erfolgte im Mai 2011 ein *Streik beim Tram- und Busbetrieb*. Bereits seit Sommer 2010 diskutierten die Verkehrsbetriebe Zürich (VBZ) und die drei Gewerkschaften, VPOD, Syna sowie Transfair, erfolglos in einem Mediationsverfahren personalrechtliche Fragen. Schliesslich brach der VPOD die langwierigen Verhandlungen ab und trat

---

<sup>341</sup> Medienmitteilung des SGB vom 26. April 2011.

<sup>342</sup> Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO), 312.0.

<sup>343</sup> NZZ vom 1. März 2011 sowie LE TEMPS vom 12. März 2011.

<sup>344</sup> NZZ vom 18. April 2011 sowie NZZAS vom 24. April 2011.

in den hinsichtlich seiner Rechtmässigkeit nicht unumstrittenen Streik. Nach fast drei Wochen punktuell Streik wurde dieser abgebrochen, da die unmittelbaren Forderungen grösstenteils erfüllt worden waren und die Verhandlungspartner wieder an den runden Tisch zu Gesprächen über einen Rahmen-Gesamtarbeitsvertrag zurückgekehrt sind.<sup>345</sup>

Die Mitarbeitenden der *ISS-Aviation AG* (Flugzeugreinigung) in Genf befanden sich während rund fünf Monaten im Streik. Anlass gab die Ersetzung des GAV durch Individualarbeitsverträge zu schlechteren Arbeitsbedingungen, die sich insbesondere in einer geringeren Entlohnung niederschlugen.<sup>346</sup> Im September 2010 konnte schliesslich ein neuer GAV gefunden werden, welcher von 81 Prozent der Betroffenen akzeptiert wurde. Eine Minderheit setzte jedoch den Streik bis zum November 2010 fort. Es zeichnete sich in der Folge ab, dass auch die Verbleibenden dem im September geschlossenen GAV beitreten würden.<sup>347</sup>

Ungewöhnlich war der Streik, welcher sich Mitte Februar 2011 bei der *Gewerkschaft Unia* ereignete. 30 bis 40 Mitarbeiter der Unia Region Bern legten ihre Arbeit nieder und protestierten so gegen einen umstrittenen Führungswechsel. Die Streikenden warfen der Gewerkschaftsführung respektlosen Umgang mit dem Personal und «autoritäres Gehabe» vor. Nach Angabe des VPOD war es historisch einmalig, dass eine Schweizer Gewerkschaft bestreikt wurde.<sup>348</sup>

### 3. Gesamtarbeitsvertragsrecht

#### a. Gesamtarbeitsvertragliche Lohnabschlüsse 2011

Für das Jahr 2011 wurde im Rahmen der wichtigsten Gesamtarbeitsverträge (GAV), also derjenigen GAV mit mindestens 1500 unterstellten Arbeitnehmenden, eine *Effektivlohnerhöhung* von durchschnittlich 1,6 Prozent vereinbart. Diese gliedert sich in 0,9 Prozent generelle und 0,7 Prozent individuelle Erhöhungen. Die Effektivlöhne sind im Laufe der letzten Jahre regelmässig angestiegen. Einzig im Jahre 2010 wurde dieser Trend mit lediglich 0,7 Prozent Effektivlohnerhöhung aufgrund der geringeren Wirtschaftstätigkeit infolge der Finanzkrise von 2008 gebrochen, weshalb die Erhöhung der Effektivlöhne für das Jahr 2011 wieder auf dem Niveau von 2005 liegt. Unter Berücksichtigung der erwarteten Teuerung für das Jahr 2011 von plus 0,7 Prozent dürften die gesamtarbeitsvertraglichen Reallohnerhöhungen für dieses Jahr um 0,9 Prozent ansteigen. Von den Verhandlungen über die Effektivlöhne sind nahezu eine halbe Million Arbeitnehmende

---

<sup>345</sup> NZZ Online vom 28. Mai 2011 sowie NZZ vom 10. Mai 2011.

<sup>346</sup> LE TEMPS vom 10. Juli 2010.

<sup>347</sup> LE TEMPS vom 22. September 2010 sowie vom 9. November 2010.

<sup>348</sup> NZZ Online vom 17. Februar 2011 sowie DER BUND Online vom 17. Februar 2011.

betroffen. Während es im primären Sektor allerdings zu keinerlei Lohnverhandlung gekommen ist, beträgt die Effektivloohnerhöhung 1,1 Prozent im sekundären und 1,9 Prozent im tertiären Sektor. In der Detailhandelsbranche (+2,5 Prozent), den Branchen Unterhaltung, Kultur und Sport (+2,4 Prozent) und der Nachrichtenübermittlung (+2,1 Prozent) kam es zu den stärksten Effektivloohnerhöhungen. Demgegenüber verzeichneten die Nahrungsmittelindustrie und die öffentliche Verwaltung (+0,7 Prozent) sowie die Herstellung von medizinischen Geräten, Präzisionsinstrumenten und Uhren (+0,3 Prozent) die geringsten Erhöhungen.<sup>349</sup>

Die Erhöhung der *Mindestlöhne* fiel mit einer Erhöhung um 0,3 Prozent für das Jahr 2011 dagegen schwächer aus als im Vorjahr, in welchem eine Mindestlohnanhebung um 0,7 Prozent stattgefunden hatte. Bereits zum zweiten Mal fiel somit die Erhöhung schwächer als im Vorjahr aus (2009 war eine Zunahme um 3,2 Prozent festzustellen). Rund 882 000 Personen profitierten von den Verhandlungen über die Mindestlöhne für 2011. Im primären Sektor sind die Mindestlöhne um +2,1 Prozent gestiegen, im sekundären um +0,5 Prozent und im tertiären um +0,3 Prozent. Während die Mindestlöhne in den GAV der kaufmännischen Angestellten, des Verkaufspersonals und des Gastgewerbes unverändert geblieben sind, verzeichneten die GAV der Landwirtschaft mit +2,1 Prozent, die chemische Industrie mit +2,0 Prozent sowie der Landverkehr mit +1,4 Prozent die stärksten Mindestloohnerhöhungen. Die schwächsten Veränderungen mussten die Branchen Be- und Verarbeitung von Holz, Metallherzeugnissen und Immobilienwesen mit je einer Zunahme um lediglich +0,2 Prozent hinnehmen.<sup>350</sup>

#### b. *Gesamtarbeitsverträge*

Im Dezember 2010 wurde in der schweizerischen Detailhandelsbranche der erste *GAV mit einem Discounter* geschlossen.<sup>351</sup> Der GAV, welcher von der Syna, KV Schweiz und dem Discounter Lidl unterzeichnet worden ist, gilt seit dem 1. März 2011 für alle Angestellten von Lidl (ohne Kader) und erstreckt sich auch auf Teilzeitangestellte. Im Rahmen des GAV wurde die Wochenarbeitszeit auf 41 Stunden gesenkt und ein verbindlicher Bruttomindestreferenzlohn festgelegt. Angestellte ab 20 Jahren ohne Berufserfahrung erhalten demgemäss eine monatliche Entlohnung von CHF 3800.–, welche dreizehnmalig ausbezahlt wird. Den Mitarbeitenden stehen ausserdem fünf Wochen bezahlte Ferien pro Kalenderjahr zu, Lernenden sowie

---

<sup>349</sup> Medienmitteilung des BFS vom 28. Juni 2011.

<sup>350</sup> Vgl. ebd.

<sup>351</sup> Zum Vergleich: Denner übernahm 2005 anlässlich der Übernahme des Verteilzentrums Egerkingen von Rewe lediglich den bereits bestehenden GAV für die dort Beschäftigten, vgl. NZZ Online vom 7. Dezember 2010.

über 50-jährigen Arbeitskräften sogar sechs Wochen.<sup>352</sup> Obwohl sich die Syna mit dem Abschluss des GAV zufrieden zeigte und hoffte, dass der GAV auch für andere Discounter Signalwirkung zeigen würde, blieb die Unia, welche dem GAV auch hätte beitreten sollen, dies aber verweigert hatte, skeptisch. Nach Angaben der Unia wurde ihr erst nach den Verhandlungen der Syna der Beitritt angeboten. Die Unia monierte am geschlossenen GAV Lidl Schweiz insbesondere die den Arbeitnehmenden auferlegte Geheimhaltungspflicht sowie die Pflicht zur Einholung einer Genehmigung vom Arbeitgeber für die Ausübung gewerkschaftlicher Tätigkeit im Betrieb. Dadurch würde die selbstbestimmte, öffentliche Kommunikation verunmöglicht. Zudem fehlten im GAV nach Ansicht der Unia fixe Mindestlöhne und es würde durch ein zu restriktives Konkurrenzverbot die berufliche Entfaltung gerade von Teilzeitangestellten verunmöglicht.<sup>353</sup> Dazu ist anzumerken, dass mit Abschluss von gesamtarbeitsvertraglichen Verhandlungen ein zaghafter Schritt in Richtung eines erstrebenswerten Arbeitnehmerschutzes im Discountsegment unternommen worden ist, selbst wenn naturgemäss nicht alle gewerkschaftlichen Forderungen umgesetzt worden sind. Gleichwohl verdienen die Bedenken der Unia Beachtung, gilt es doch ein Kräftemessen von Gewerkschaften untereinander zum Schutz der Arbeitnehmerschaft zu verhindern.

Ende März 2011 waren die Verhandlungen für einen neuen *GAV zwischen der Pilotengewerkschaft Aeropers und der Swiss* zwischenzeitlich gescheitert, wodurch während rund dreier Monate ein vertragsloser Zustand herrschte und die Piloten folglich nicht an die Friedenspflicht gebunden waren. Im Rahmen der Vertragsverhandlungen forderten die Piloten bessere Arbeitsbedingungen, mehr und besser planbare Erholungszeit sowie ein branchengerechtes Salär. Da zur Erfüllung dieser Forderungen mehr Piloten eingestellt werden müssten, deren Finanzierung die Arbeitgeberin nach Ansicht der Gewerkschaft durchaus tragen könnte, wenn nicht ein Grossteil der erzielten Gewinne an die deutsche Muttergesellschaft Lufthansa abfliessen würde, betrafen die laut gewordenen Postulate auch die Konzernstruktur.<sup>354</sup> Kurz bevor es zur Ankündigung der Arbeitsniederlegung durch die Piloten gekommen war, konnten sich Arbeitgeber und Gewerkschaft auf die Eckwerte für einen neuen GAV 2011 einigen.<sup>355</sup>

Auch beim *GAV Gerüstbau* drohte ein vertragsloser Zustand. Schliesslich einigten sich die Sozialpartner jedoch Mitte April 2011 auf

---

<sup>352</sup> NZZ Online vom 7. Dezember 2010 sowie GAV Lidl Schweiz, gültig ab dem 1. März 2011, zuletzt eingesehen am 1. Juni 2011 unter: [www.syna.ch/index.php?eID=tx\\_nawsecured1&u=0&file=fileadmin/SYNA--DE/Sektor-Dienstleistung/GAV\\_Lidl\\_Schweiz.pdf&t=1307021156&hash=abac5a223ba0342c791600052d90776b](http://www.syna.ch/index.php?eID=tx_nawsecured1&u=0&file=fileadmin/SYNA--DE/Sektor-Dienstleistung/GAV_Lidl_Schweiz.pdf&t=1307021156&hash=abac5a223ba0342c791600052d90776b)

<sup>353</sup> TAGESANZEIGER vom 20. Mai 2011.

<sup>354</sup> NZZ Online vom 21. März 2011.

<sup>355</sup> NZZAS vom 3. Juli 2011.

einen neuen, verbesserten GAV. Dieser wird auf den 1. April 2012 in Kraft treten und damit den um ein Jahr verlängerten allgemeinverbindlichen GAV ablösen. Darin ist vorgesehen, die Löhne rückwirkend auf den 1. April 2011 zu erhöhen und die Mindestlöhne entsprechend anzuheben. Neben einer klareren Regelung hinsichtlich der Zuschläge für Über- und Reisezeit wird neu die Lohnfortzahlung bei Betriebsunfällen ab dem 5. Dienstjahr von 80 auf 90 Prozent angehoben. Zudem werden neu zwei arbeitsfreie Tage bei der Geburt eines Kindes entschädigt.<sup>356</sup>

Im *Bauhauptgewerbe* laufen die Verhandlungen über die Erneuerung des Landesmantelvertrages (LMV), welcher Ende 2011 auslaufen wird. Da mittels LMV die Arbeitsbedingungen von rund 100 000 Bauarbeitern festgelegt werden, gilt er als einer der wichtigsten GAV der Schweiz. Mittels einer bisher einzigartig breiten Befragung, an welcher rund 16 000 Bauleute teilgenommen hatten, kristallisierten sich die Anliegen der Betroffenen heraus. Zentral ist für die Bauleute die Beschränkung von Temporär- und Akkordarbeit, da diese Arbeitsformen einerseits ein erhöhtes Gesundheitsrisiko für die Arbeitnehmenden bergen und andererseits anfällig für Lohn-dumping sind.<sup>357</sup>

Für das *Baunebengewerbe der Romandie* wurde im November 2010 ein neuer GAV verabschiedet. Der GAV sieht eine Erhöhung der Reallöhne um CHF 100.– vor und soll die Mindestlöhne in der Westschweiz bis zum Jahr 2012 vereinheitlichen. Um die Arbeitnehmenden vor Sozialdumping und Schwarzarbeit zu schützen, legt der GAV eine Kautionspflicht fest. Von Gewerkschaftsseite wird eine besonders effiziente Bearbeitung des Gesuchs um die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV durch den Bundesrat angestrebt, damit insbesondere die Mindestlöhne so rasch wie möglich auch für die temporär angestellten und entsandten Arbeitnehmenden Geltung erlangen. Von den Änderungen betroffen sind rund 15 000 Gipser, Maler und Schreiner der Romandie.<sup>358</sup>

Ebenso stehen beim *GAV für Gärtner* 2011 Erneuerungen an. Nach Ansicht der Gewerkschaft Unia müssen die Arbeitsbedingungen, welche in einem GAV mit dem relativ kleinen Arbeitnehmerverband Grüne Berufe Schweiz (GBS) vereinbart worden sind und unzureichend seien, dringend revidiert werden. So leisteten Landschaftsgärtner vergleichbare Arbeit wie Arbeitende der Baubranche, seien jedoch in vielerlei Hinsicht schlechter gestellt. Insbesondere wird ein Mindestlohn von CHF 4000.– gefordert. Ob und welche Einigung Jardin Suisse und der Personalverband erzielen werden, bleibt abzuwarten.<sup>359</sup>

---

<sup>356</sup> Medienmitteilung der Unia vom 9. Mai 2011.

<sup>357</sup> Medienmitteilung der Unia vom 18. Januar 2011.

<sup>358</sup> Medienmitteilung der Unia vom 6. November 2010 sowie TAGESANZEIGER Online vom 8. November 2010.

<sup>359</sup> Medienmitteilung der Unia vom 24. Januar 2011.

Der zwischen der *SBB* und den Personalverbänden geschlossene GAV, welcher am 1. Juli 2011 in Kraft getreten ist und frühestens auf Ende 2014 gekündigt werden kann, sieht ein neues Lohnmodell vor. Im Sinne einer Abkehr vom staatswirtschaftlichen hin zu einem marktwirtschaftlichen Ansatz steht nicht mehr Anciennität, sondern Leistung für die Lohnbemessung im Vordergrund. Übergangsbestimmungen gewährleisten dabei, dass das neue System keine Lohnreduktion für die Mitarbeitenden mit sich bringt. Vielmehr erfolgen die Anpassungen schrittweise über die Neuanstellungen. Das alte Lohn- und Zulagensystem der SBB entstammte einer Zeit, zu der die SBB noch ein Regiebetrieb des Bundes war. Mit dem neuen Vergütungssystem soll es der SBB möglich werden, auf allen Stufen branchengerechte, marktübliche Löhne zu entrichten.<sup>360</sup>

Im Rahmen der Öffnung des Postmarktes ist interessant, dass das neue *Postgesetz (PG)*<sup>361</sup> den Anbietern von Postdiensten in Artikel 4 Absatz 3 litera c PG neu die Pflicht zur Führung von Verhandlungen über einen Gesamtarbeitsvertrag mit den Personalverbänden auferlegen wird. Damit zusammenhängend sind die Anbieter gehalten, die branchenüblichen Arbeitsbedingungen zu gewährleisten.<sup>362</sup> Beide Pflichten werden voraussichtlich von der Postkommission überwacht werden.<sup>363</sup> Die Referendumsfrist der Revision des PG ist am 7. April 2011 abgelaufen, jedoch ist der Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung noch vom Bundesrat festzulegen.<sup>364</sup>

c. *Vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge*<sup>365</sup>

Für diverse Branchen wurden auch in dieser Berichtsperiode Gesamtarbeitsverträge (GAV) vom Bundesrat für *allgemeinverbindlich* erklärt, um so deren Geltungsbereich auf alle Arbeitnehmenden der betroffenen Branche auszudehnen. Eine beschränkte Auswahl der interessantesten Novellen wird nachfolgend kurz umrissen.

Im September 2010 erklärte der Bundesrat den *GAV für das Maler- und Gipsergewerbe* in der Deutschschweiz und im Tessin für allgemeinverbindlich. Als Vorreiter der grossen Schweizer Branchenverträge sieht

<sup>360</sup> NZZ Online vom 26. November 2010.

<sup>361</sup> Postgesetz (PG) vom 30. April 1997, SR 783.0.

<sup>362</sup> Vgl. Art. 4 Absatz 3 lit. b und c Postgesetz (PG) vom 17. Dezember 2010, BBl 2010 8997, Inkrafttreten wird vom Bundesrat bestimmt.

<sup>363</sup> Vgl. Art. 22 Absatz 2 lit. b Postgesetz (PG) vom 17. Dezember 2010, BBl 2010 8997, Inkrafttreten wird vom Bundesrat bestimmt.

<sup>364</sup> Vgl. Postgesetz (PG) vom 17. Dezember 2010, BBl 2010 8997, Inkrafttreten wird vom Bundesrat bestimmt.

<sup>365</sup> Eine aktuelle Übersicht über die vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge ist abrufbar unter: [www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/index.html?lang=de](http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/index.html?lang=de)

dieser eine nun allgemeinverbindliche Kautionspflicht in der Höhe von CHF 10 000.– für alle Maler- und Gipserbetriebe vor, welche im Geltungsbereich des GAV tätig werden, um dadurch die Ahndung von Vertragsverletzungen zu erleichtern. Die Kautionspflicht ist vor der Arbeitsaufnahme im Geltungsbereich des GAV vom jeweiligen Betrieb auf einem Sperrkonto zu hinterlegen. Eine Befreiung von der Kautionspflicht erfolgt nur dann, wenn die Auftragssumme des Betriebs (sprich die Vergütung gemäss Werkvertrag) geringer als CHF 2000.– pro Kalenderjahr ist. Bei Auftragssummen zwischen CHF 2000.– und CHF 10 000.– pro Kalenderjahr ist eine reduzierte Kautionspflicht von CHF 5000.– zu entrichten. Verwendet wird die so sichergestellte Kautionspflicht primär zur Deckung der den fehlbaren Betrieben von den paritätischen Berufungskommissionen auferlegten Konventionalstrafen sowie der damit zusammenhängenden Kontroll- und Verfahrenskosten. Von den Personalvertretern wurde die Allgemeinverbindlicherklärung der Kautionspflicht als wichtiges Signal für alle Branchenverträge begrüsst. Da auch ausländische Unternehmen der Kautionspflicht unterliegen, sind mit der Auferlegung der Kautionspflicht die flankierenden Massnahmen gegen Lohndumping entscheidend gestärkt worden. Angestrebt wird deshalb von Gewerkschaftsseite die Ausdehnung der Kautionspflicht auf alle Bau- und Gewerbebranchen.<sup>366</sup> Eine allgemeinverbindliche Kautionspflicht ist seit Februar 2009 auch im GAV Gerüstbau enthalten.<sup>367</sup>

Im *GAV des Ausbaugewerbes der Westschweiz* hat der Bundesrat neben den Modalitäten zu den Reise- und Essensauslagen (Art. 23 GAV) auch gewisse Bestimmungen zum Kündigungsschutz (Art. 10 GAV) für allgemeinverbindlich erklärt. Bemerkenswert ist diesbezüglich, dass ein expliziter Schutz vor Altersdiskriminierung für über 50-jährige Arbeitnehmer unter Einschränkung der Kündigungsfreiheit statuiert worden ist. So soll von Kündigungen von Personen dieser Altersklasse möglichst Abstand genommen werden. Ältere Arbeitnehmende, welchen aus saisonalen Gründen gekündigt werden müsste, müssen vorrangig im Betrieb eingestellt werden, bevor neue Einstellungen getätigt oder Arbeitskräfte gesucht werden. Bei einer Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen eines über 50-jährigen Beschäftigten, welcher während mindestens zehn Jahren im Betrieb tätig gewesen ist, erfolgt eine Verdoppelung der konventionellen Kündigungsfrist. Nur falls der auf diese Weise gekündigte Arbeitnehmer

---

<sup>366</sup> Anhang Kautions, Art. 1 bis 3 Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für das Maler- und Gipsergewerbe vom 22. September 2010, in Kraft seit dem 1. Oktober 2010 bis zum 31. März 2013, BBl 2010 6009 sowie Medienmitteilung der Unia vom 27. September 2010.

<sup>367</sup> Vgl. Anhang 8 zum GAV für den Gerüstbau Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den Gerüstbau, Änderung vom 20. Februar 2009, in Kraft seit 1. März 2009, BBl 2009 993.

eine neue Anstellung findet, wird der Arbeitgeber auf schriftliches Gesuch hin von der Beachtung dieser speziellen Kündigungsfrist befreit.<sup>368</sup>

Für allgemeinverbindlich erklärt worden ist per 1. Januar 2011 auch die *Zusatzvereinbarung für Untertagarbeiten zum Landesmantelvertrag (LMV) für das Bauhauptgewerbe*, welche die Stellung, den Geltungsbe- reich sowie Fragen zu Lohn- und Arbeitsbedingungen für Bauleute, welche im Untertagbau eingesetzt werden, festlegt.<sup>369</sup> Da der LMV für das Bau- hauptgewerbe Gegenstand von laufenden Vertragsverhandlungen der So- zialpartner ist (siehe oben), sind im Hinblick auf den Zeitraum ab 2012 wohl weitere, gewichtigere Änderungen zu erwarten, für welche mit gros- ser Wahrscheinlichkeit eine Allgemeinverbindlicherklärung angestrebt werden wird.

In zahlreichen weiteren Branchen wurden die Ergebnisse der Lohn- verhandlungen hinsichtlich der gesamtarbeitsvertraglich festgelegten Min- dest- bzw. Effektivlöhne für allgemeinverbindlich erklärt. So wurde na- mentlich im *GAV für die Reinigungsbranche in der Deutschschweiz* eine jährliche Anpassung der Mindestloohnerhöhung um zwei Prozent unter Vorbehalt von Neuverhandlungen bei einer unerwarteten Teuerungsent- wicklung festgelegt und für allgemeinverbindlich erklärt. Zudem wurde mit Wirkung ab 2012 die vollumfängliche Einführung des 13. Monatsloh- nes eingeführt.<sup>370</sup> Ebenso wurden u.a. die Lohnanpassungen des *GAV im Schweizerischen Dach- und Wandgewerbes*,<sup>371</sup> des *GAV für das Gärtner-*

---

<sup>368</sup> Vgl. III Art. 10 Ziff. 4 Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklä- rung des Gesamtarbeitsvertrages des Ausbaugewerbes der Westschweiz, Wieder- inkraftsetzung und Änderung vom 1. Februar 2011, in Kraft seit 1. März 2011 bis zum 31. Dezember 2012, BBl 2011 1853.

<sup>369</sup> Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Landesmantelver- trages für das Bauhauptgewerbe, Änderung vom 2. Dezember, in Kraft seit dem 1. Januar 2011 bis zu 31. Dezember 2011, BBl 2010 9035.

<sup>370</sup> Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeits- vertrages für die Reinigungsbranche in der Deutschschweiz, Verlängerung und Än- derung vom 23. September 2010, in Kraft seit dem 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2015, BBl 2010 6631 sowie Reinigungsbranche – per 1. September gilt der neue GAV, Syna, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2011 unter: [www.syna.ch/ sektoren-branchen/sector-dienstleistung/reinigungsbranche.html](http://www.syna.ch/sectoren-branchen/sector-dienstleistung/reinigungsbranche.html)

<sup>371</sup> Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeits- vertrages im Schweizerischen Dach- und Wandgewerbe, Änderung vom 22. März 2011, in Kraft seit dem 1. Mai bis zum 31. Dezember 2013, BBl 2011 3549.

gewerbe in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft<sup>372</sup> sowie des GAV für das Holzgewerbe<sup>373</sup> für allgemeinverbindlich erklärt.

d. *Vom EVD genehmigte kantonale Allgemeinverbindlicherklärungen*<sup>374</sup>

Auf *kantonomer Ebene* wurden in den Kantonen Basel-Stadt, Genf, Luzern, St. Gallen, Tessin, Wallis, Waadt und Zürich diverse Gesamtarbeitsverträge (GAV) bzw. deren Verlängerung oder Wiederinkraftsetzung von den kantonalen Behörden für allgemeinverbindlich erklärt und vom EVD genehmigt.<sup>375</sup> Im Folgenden werden die bedeutendsten Neuerungen für den kantonalen Geltungsbereich kurz zusammengefasst.

Im *Kanton Genf* wurde der von den Sozialpartnern geschlossene GAV für das *Reinigungsgewerbe* vom Regierungsrat für allgemeinverbindlich erklärt und in der Folge vom EVD genehmigt. Neben den Bestimmungen zu den Lohn- und Arbeitsbedingungen für das Reinigungspersonal wurde die Einsetzung einer paritätischen Kommission zur einheitlichen Durchsetzung des Vertrages statuiert. Die Kommission ist in diesem Zusammenhang insbesondere ermächtigt, Kontrollen in den Betrieben durchzuführen, um Verletzungen des GAV feststellen und mittels Verwarnungen oder Konventionalstrafen bis zu CHF 5000.– (im Wiederholungsfalle von bis zu CHF 20 000.–) ahnden zu können. Die Kontrolltätigkeit wird sowohl durch Arbeitnehmer- als auch durch Arbeitgeberbeiträge finanziert.<sup>376</sup>

Der Regierungsrat des *Kantons Luzern* hat Ende September 2010 die Allgemeinverbindlicherklärung ausgewählter Bestimmungen des GAV für die *Tankstellenshops* wieder in Kraft gesetzt und vom EVD genehmigen lassen. Darin enthalten sind namentlich Bestimmungen zur Normalarbeitszeit, zur angeordneten Mehrarbeit sowie zur Entlöhnung. Hinsichtlich der auch auf Bundesebene gegenwärtig diskutierten Abend- bzw. Nachtarbeit wurde im Kanton Luzern für Arbeit am Abend (zwischen 20 und 22 Uhr) zusätzlich zum Grundlohn ein Anspruch auf Lohnzuschlag von CHF 4.50 für allgemeinverbindlich erklärt. Ebenso haben Mitarbeitende, welche

---

<sup>372</sup> Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für das Gärtnergewerbe in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft, Änderung vom 29. März 2011, in Kraft seit dem 1. Mai bis zum 31. Dezember 2012, BBl 2011 3721.

<sup>373</sup> Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für das Holzbaugewerbe, Änderung vom 21. Februar 2011, in Kraft seit dem 1. April 2011 bis zum 31. Dezember 2011, BBl 2011 2295.

<sup>374</sup> Eine aktuelle Übersicht über die vom EVD genehmigten Allgemeinverbindlicherklärungen, welche monatlich aktualisiert wird, ist abrufbar unter: [www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/02500/index.html?lang=de](http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/02500/index.html?lang=de)

<sup>375</sup> Vgl. ebd.

<sup>376</sup> Art. 24 ss. Arrêté étendant le champ d'application de la convention collective de travail du nettoyage conclue à Genève le 19 janvier 2010 du 12 janvier 2011, J 1 50.34, vom EVD genehmigt am 15. Februar 2011.

Betreuungspflichten gegenüber Kindern, Pflegekindern oder Eltern wahrnehmen und diese nicht übertragen können, einen Anspruch, auf Wunsch und im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten ganz oder teilweise von der Abendarbeit dispensiert zu werden. Zudem sind die Mindestlöhne verbindlich in einem Anhang zum GAV bestätigt worden, so dass der monatliche Mindestlohn für gelerntes Verkaufspersonal auf Kantonsgebiet bei CHF 3636.– liegt. Ebenso wurde die Einsetzung einer paritätischen Kommission für allgemeinverbindlich erklärt, welche einerseits den Vollzug des GAV überwacht und andererseits als Schlichtungsstelle bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgebern fungiert.<sup>377</sup>

Auch der *Kanton St. Gallen* hat sich der Arbeits- und Lohnbedingungen der *Tankstellenshops* angenommen und die Allgemeinverbindlicherklärung des entsprechenden GAV, welcher im März 2010 ausgelaufen ist, per 1. November 2010 wieder in Kraft gesetzt. In Bezug auf die Sonntags- und Abendarbeit hält der GAV lediglich in genereller Weise fest, dass Mitarbeitende mit Familienpflichten einen Anspruch auf sozialverträgliche Arbeitszeiten haben. Weiter sieht der GAV keine zusätzliche Entlöhnung bei Sonntags- oder Abendarbeit vor. Vielmehr wird vorbehaltlich den gesetzlichen Bestimmungen ausdrücklich darauf verwiesen, dass die vereinbarten Löhne bzw. die Mindestlöhne für die gesamte Arbeitszeit, welche die Arbeitnehmenden leisten, gelten, ungeachtet ob die Arbeit tagsüber, abends oder an Samstagen, Sonn- und Feiertagen geleistet wird.<sup>378</sup>

---

<sup>377</sup> Vgl. Beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für die Tankstellenshops des Kantons Luzern vom 7. September 2010, Nr. 853a, vom EVD genehmigt am 30. September 2010.

<sup>378</sup> Vgl. Wiederinkraftsetzung der Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für die Tankstellenshops des Kantons St. Gallen vom 1. Juli 2004, vom 17. August 2010, RRB 2010/570, vom EVD genehmigt am 20. September 2010.

---

**B. Mitteilungen  
des Staatssekretariats  
für Wirtschaft (SECO)  
und des Eidgenössischen  
Datenschutz- und Öffent-  
lichkeitsbeauftragten**

Zusammengestellt von  
Dr. iur. HUBERT FRITSCH

---



## ***I. Merk- und Informationsblätter des SECO***

### **Das Arbeitsgesetz: Die wichtigsten Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen in Kürze<sup>1</sup>**

(letzte Änderung: 9. Februar 2011)

#### **1. Tages- und Abendarbeit**

*Art. 10 ArG: Tages- und Abendarbeit*

Die Arbeit von 6 bis 20 Uhr gilt als Tagesarbeit; die Arbeit von 20 bis 23 Uhr als Abendarbeit. Tages- und Abendarbeit, d.h. die Zeit zwischen 6 und 23 Uhr (17 Stunden), ist bewilligungsfrei. Abendarbeit kann vom Arbeitgeber jedoch erst nach Anhörung der Arbeitnehmenden eingeführt werden.

Beginn und Ende der Tages- und Abendarbeitszeit können zwischen 5 und 24 Uhr anders festgelegt werden, wenn die Mehrheit der betroffenen Arbeitnehmenden zustimmt. Die betriebliche Tages- und Abendarbeitszeit beträgt auch in diesem Falle höchstens 17 Stunden.

Beginn und Ende der Arbeitszeit des einzelnen erwachsenen Arbeitnehmenden muss dagegen mit Einschluss der Pausen und allfälliger Überzeit innerhalb von 14 Stunden liegen.

#### **2. Wöchentliche Höchstarbeitszeit**

*Art. 9 ArG: Grundsatz*

Die wöchentliche Höchstarbeitszeit beträgt:

- 45 Stunden pro Woche für Arbeitnehmende in industriellen Betrieben, Büropersonal, technische und andere Angestellte, Verkaufspersonal in Grossbetrieben des Detailhandels (über 50 Arbeitnehmende)
- 50 Stunden pro Woche für alle übrigen Arbeitnehmenden.

*Art. 22 ArGV I: Flexibilisierung*

In Betrieben mit witterungsbedingtem Arbeitsausfall oder mit erheblichen saisonalen Schwankungen des Arbeitsanfalles kann die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 45 bzw. 50 Stunden um höchstens vier Stunden verlängert werden, sofern sie im Durchschnitt eines halben Jahres nicht überschritten wird.

---

<sup>1</sup> Aus [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch) > Dokumentation > Publikationen und Formulare > Merk- und Informationsblätter > Arbeit.

Für Arbeitnehmende mit einer im Durchschnitt des Kalenderjahres gewährten 5-Tage-Woche kann die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 45 Stunden

- um zwei Stunden, sofern sie im Durchschnitt von acht Wochen nicht überschritten wird, oder
- um vier Stunden, sofern sie im Durchschnitt von vier Wochen nicht überschritten wird, verlängert werden.

#### *Art. 23 ArGV I: Verkürzung*

In Wochen, in denen ein oder mehrere den Sonntagen gleichgestellte gesetzliche Feiertage auf einen Werktag fallen, an dem der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin üblicherweise zu arbeiten hat, wird die wöchentliche Höchstarbeitszeit anteilmässig verkürzt.

### **3. Voraussetzungen und Dauer der Überzeitarbeit**

#### *Art. 12, 13 ArG, Art. 25 ArGV I: Überzeitarbeit*

Überzeitarbeit liegt vor, wenn die wöchentliche Höchstarbeitszeit überschritten wird. Dies darf nur ausnahmsweise erfolgen und soweit als andere Massnahmen nicht zumutbar sind. Es muss sich um ausserordentliche Situationen handeln, die unvorhergesehen eintreten oder die mit den vorhandenen Ressourcen kurzfristig nicht anders bewältigt werden können. Überzeitarbeit ist von der Überstundenarbeit nach Art. 321c OR zu unterscheiden.

Überzeitarbeit ist mit einem Lohnzuschlag von 25% zu entschädigen. Ein Freizeitausgleich 1 : 1 ist nur dann möglich, wenn der betroffene Arbeitnehmer dies wünscht oder damit einverstanden ist.

Die Überzeitarbeit darf für den einzelnen Arbeitnehmer zwei Stunden im Tag nicht überschreiten, ausser an arbeitsfreien Werktagen oder in Notfällen, und im Kalenderjahr nicht mehr betragen als:

- 170 Stunden; bei wöchentlicher Höchstarbeitszeit von 45 Stunden;
- 140 Stunden; bei wöchentlicher Höchstarbeitszeit von 50 Stunden.

Überzeitarbeit ist nur als Tages- und Abendarbeit und nur an Werktagen zulässig.

#### *Art. 26 ArGV I*

Liegen eigentliche Sonderfälle bzw. Notfälle vor (z.B. Gefährdung von Leib und Leben, Feuersbrunst, Hochwasser, Rettung der Produktion usw.) darf ausnahmsweise auch in der Nacht und an Sonntagen sowie in Überschreitung der täglichen Arbeitsdauer Überzeit geleistet werden, soweit diese Situationen unabhängig vom Willen der Betroffenen eintreten und deren Folgen nicht auf andere zumutbare Weise beseitigt werden kön-

nen. Auf keinen Fall darf damit eine Produktions- und Kapazitätserweiterung angestrebt werden.

#### **4. Ruhezeiten**

*Art. 15a ArG, Art. 19 ArGV I: Tägliche Ruhezeit*

Allen Arbeitnehmenden ist eine tägliche Ruhezeit von mindestens elf aufeinanderfolgenden Stunden zu gewähren. Die Ruhezeit kann für erwachsene Arbeitnehmer einmal in der Woche bis auf acht Stunden herabgesetzt werden, sofern die Dauer von elf Stunden im Durchschnitt von zwei Wochen eingehalten wird. In diesem Falle darf beim auf die verkürzte Ruhezeit folgenden Arbeitseinsatz keine Überzeitarbeit angeordnet werden.

*Art. 18–20a ArG, Art. 21 ArGV I: Wöchentlicher Ruhetag*

Über das Wochenende ist eine zusammenhängende Ruhezeit von 35 Stunden (11 Stunden tägliche Ruhezeit + 24 Stunden Sonntag) zu gewähren, welche die Zeit von Samstag 23 Uhr bis Sonntag 23 Uhr einschliessen muss.

*Art. 21 ArG, Art. 20 ArGV I: Wöchentlicher freier Halbttag*

Wird die wöchentliche Arbeitszeit auf mehr als fünf Tage verteilt, so ist den Arbeitnehmenden jede Woche ein freier Halbttag von acht Stunden vor oder nach der täglichen Ruhezeit zu gewähren.

Der Arbeitgeber darf im Einverständnis mit den Arbeitnehmenden die wöchentlichen freien Halbtage für höchstens vier Wochen zusammenlegen. Der wöchentliche freie Halbttag bei Tages- und Abendarbeit gilt als gewährt, wenn:

- der ganze Vormittag von 6 bis 14 Uhr arbeitsfrei bleibt;
- der ganze Nachmittag von 12 bis 20 Uhr arbeitsfrei bleibt;
- bei zweischichtiger Arbeit der Schichtwechsel zwischen 12 und 14 Uhr erfolgt;
- bei Nachtarbeit bzw. bei dreischichtiger Arbeit die alternierende 5-Tage-Woche zugestanden wird.

#### **5. Schichtarbeit**

*Art. 25 ArG, Art. 34 ArGV I: Schichtarbeit und Schichtwechsel*

Schichtarbeit liegt vor, wenn zwei oder mehrere Gruppen von Arbeitnehmenden nach einem bestimmten Zeitplan gestaffelt arbeiten, und der Einsatz wechselweise am gleichen Arbeitsplatz erfolgt.

Zweischichtige Tagesarbeit ist nicht bewilligungspflichtig, sofern sich diese innerhalb von 17 Stunden am Tag und am Abend abwickelt. Die einzelne Schichtdauer darf, Pausen inbegriffen, elf Stunden nicht über-

schreiten. Überzeitarbeit darf nur an sonst arbeitsfreien Werktagen geleistet werden.

Für zweischichtige Tagesarbeit, die nicht innerhalb von 17 Stunden liegt, sind auch die Bestimmungen über die Nachtarbeit zu beachten. Das bedeutet, dass diese Systeme bewilligungspflichtig sind.

Bei drei- und mehrschichtigen Arbeitszeitsystemen gilt:

- Die einzelne Schichtdauer darf zehn Stunden, inkl. Pausen, nicht überschreiten.
- Der Schichtwechsel hat von der Früh- zur Spät- und von dieser zur Nachtschicht zu erfolgen. Ausnahmen sind zulässig, wenn die Mehrheit der betroffenen Arbeitnehmenden schriftlich darum ersucht.
- Die Leistung von Überzeitarbeit ist nur an sonst arbeitsfreien Werktagen zulässig und nur soweit, als an diesen Tagen nicht gesetzlich vorgeschriebene Ruhe- oder Ausgleichsruhezeiten bezogen werden.

#### *Art. 35 ArGV I*

Auf den Schichtwechsel bei Tages- und Abendarbeit (bei Nachtarbeit: siehe weiter hinten) kann verzichtet werden:

- aus besonderen persönlichen Gründen des Arbeitnehmers;
- wenn eine der beiden Schichten wesentlich kürzer ist und höchstens fünf Stunden beträgt.

## **6. Nachtarbeit**

### *Art. 16 ArG: Verbot der Nachtarbeit*

Die Beschäftigung von Arbeitnehmenden ausserhalb der betrieblichen Tages- und Abendarbeit ist untersagt.

### *Art. 17 ArG: Ausnahmen vom Verbot der Nachtarbeit*

Begründete Ausnahmen (dringendes Bedürfnis, Unentbehrlichkeit) können bewilligt werden. Vorbehalten bleiben Betriebe, auf die im Rahmen der Verordnung 2 Sonderbestimmungen anwendbar sind.

### *Art. 17a ArG*

Bei Nachtarbeit darf die tägliche Arbeitszeit für den einzelnen Arbeitnehmenden max. neun Stunden in einem Zeitraum von zehn Stunden betragen.

### *Art. 17b ArG, Art. 31 ArGV I*

Den Arbeitnehmenden, die nur vorübergehend (weniger als 25 Nächte pro Kalenderjahr) Nachtarbeit verrichten, hat der Arbeitgeber einen Lohnzuschlag von mindestens 25% zu bezahlen.

Arbeitnehmende, die dauernd oder regelmässig wiederkehrend Nachtarbeit leisten, haben Anspruch auf eine Kompensation von 10% der Zeit, während der sie Nachtarbeit geleistet haben. Die Ausgleichsruhezeit ist innerhalb eines Jahres zu gewähren.

Für Arbeitnehmende, die regelmässig abends oder morgens höchstens eine Randstunde in der Nachtzeit arbeiten (z.B. im zweischichtigen Betrieb), kann der Ausgleich auch als Lohnzuschlag von 10% gewährt werden.

#### *Art. 32 ArGV I*

Bei besonders fortschrittlichen Arbeitszeitsystemen (35 Stunden pro Woche, Pausen eingeschlossen, bei max. sieben Stunden Schichtlänge; 36 Stunden pro Woche bei Vier-Tage-Woche; gleichwertige Regelung z.B. mit GAV) ist die Ausgleichsruhezeit nicht zu gewähren.

#### *Art. 17c ArG, Art. 43–45 ArGV I: Medizinische Untersuchung und Beratung*

Arbeitnehmende, die über längere Zeit (25 Nächte und mehr pro Jahr) Nachtarbeit verrichten, haben Anspruch auf ärztliche Untersuchung des Gesundheitszustandes und Beratung: bis 45 Jahre alle zwei Jahre, danach alljährlicher Anspruch.

Für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmenden ist die medizinische Untersuchung obligatorisch (z.B. Dauernachtarbeit, 12-Stunden-Schichten, allein arbeitende Personen). Die entsprechenden Kosten trägt der Arbeitgeber, soweit keine Versicherung dafür aufkommt.

#### *Art. 17e ArG: Weitere Massnahmen bei Nachtarbeit*

Soweit nach den Umständen erforderlich, hat der Arbeitgeber, der regelmässig Arbeitnehmende in der Nacht beschäftigt, weitere geeignete Massnahmen zum Schutz der Arbeitnehmenden zu prüfen und allenfalls vorzusehen. Solche Massnahmen sind Organisation des Transportes, Ruhegelegenheiten, Verpflegungsmöglichkeiten, Kinderbetreuung.

#### *Art. 17a und 25 ArG, Art. 29 und 30 ArGV I: Nachtarbeit ohne Wechsel mit Tagesarbeit und verlängerte Dauer der Nachtarbeit*

Diese Formen der Nachtarbeit sind nur unter strengen Voraussetzungen zugelassen.

Betreffend Nachtarbeit ohne Wechsel mit Tagesarbeit (Dauernachtarbeit) verweisen wir auf das entsprechende Merkblatt im Internet. <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/01901/index.html?lang=de> ([www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch) > Themen > Arbeit > Arbeitszeitbewilligungen).

## 7. Sonntagsarbeit

### *Art. 18 ArG: Verbot der Sonntagsarbeit*

In der Zeit zwischen Samstag 23 Uhr und Sonntag 23 Uhr ist die Beschäftigung von Arbeitnehmenden verboten.

### *Art. 19 ArG: Ausnahmen vom Verbot der Sonntagsarbeit*

Begründete Ausnahmen (dringendes Bedürfnis, Unentbehrlichkeit) können bewilligt werden. Vorbehalten bleiben Betriebe, auf die im Rahmen der Verordnung 2 Sonderbestimmungen anwendbar sind.

Bei vorübergehender Sonntagsarbeit ist ein Lohnzuschlag von 50% zu entrichten.

### *Art. 20 ArG, Art. 21 ArGV 1: Freier Sonntag und Ersatzruhe*

Sonntagsarbeit von einer Dauer bis zu fünf Stunden ist innert vier Wochen durch Freizeit auszugleichen.

Dauert sie länger als fünf Stunden, so ist während der vorhergehenden oder folgenden Woche – im Anschluss an die tägliche Ruhezeit – ein auf einen Arbeitstag fallender Ersatzruhetag von mindestens 24 Stunden zu gewähren. Das ergibt eine zusammenhängende Ruhezeit von 35 Stunden. Der Ersatzruhetag muss den Zeitraum von 6 bis 20 Uhr umfassen.

Muss am Sonntag gearbeitet werden, darf der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin nicht mehr als an sechs aufeinanderfolgenden Tagen beschäftigt werden.

## 8. Ununterbrochener Betrieb

### *Art. 24 ArG, Art. 36–38 ArGV 1: Ununterbrochener Betrieb*

Es wird unterschieden:

- dauernder oder regelmässig wiederkehrender ununterbrochener Betrieb, sofern aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich
- vorübergehender ununterbrochener Betrieb bis 16 Wochen, sofern ein dringendes Bedürfnis nachgewiesen wird.

Der ununterbrochene Betrieb ist bewilligungspflichtig. Vorbehalten bleiben Betriebe, auf die im Rahmen der Verordnung 2 Sonderbestimmungen anwendbar sind. Es gelten folgende Bedingungen:

- Innert 24 Stunden darf höchstens neun Stunden Arbeit in zehn Stunden Präsenzzeit sein. Zwischen Freitagabend und Montagmorgen kann in 12-Stunden-Schichten gearbeitet werden, wenn zwei Stunden Pause gewährt wird.
- Pro Kalenderjahr sind mindestens 61 wöchentliche Ruhetage zu gewähren, wovon 26 auf einen Sonntag fallen müssen und die Zeit von 6 Uhr bis 16 Uhr zu umfassen haben.

- Wenn die Ruhetage den Zeitraum von Samstag 23 Uhr bis Sonntag 23 Uhr umfassen, kann die Anzahl freier Sonntage wie folgt herabgesetzt werden:
  - auf 17 Sonntage bei maximal acht Stunden Arbeitszeit pro Tag;
  - auf 13 Sonntage bei maximal acht Stunden Arbeitszeit pro Tag und bei einer Präsenzzeit von höchstens 42 Stunden (Arbeitszeit inklusive Pausen) pro Woche.

Nach spätestens sieben Tagen muss wenigstens eine Ruhezeit von 24 Stunden gewährt werden. Soweit nichts Spezielles geregelt ist, gelten im Übrigen die Vorschriften für Nacht- und Sonntagsarbeit.

## 9. Pikettdienst

*Art. 6 und 9–31 ArG, Art. 14 und 15 ArGV 1*

Wird der Pikettdienst im Betrieb geleistet, stellt die gesamte zur Verfügung gestellte Zeit Arbeitszeit dar.

Wird der Pikettdienst ausserhalb des Betriebes geleistet, so ist die zur Verfügung gestellte Zeit soweit an die Arbeitszeit anzurechnen, als der Arbeitnehmer tatsächlich zur Arbeit herangezogen wird. Die Wegzeit zu und von der Arbeit ist in diesem Falle an die Arbeitszeit anzurechnen.

Der einzelne Arbeitnehmer oder die einzelne Arbeitnehmerin darf im Zeitraum von vier Wochen an höchstens sieben Tagen auf Pikett sein oder Piketteinsätze leisten. Nach Beendigung des letzten Pikettdienstes darf der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin während den zwei darauf folgenden Wochen nicht mehr zum Pikettdienst aufgeboden werden.

In Ausnahmefällen darf ein Arbeitnehmender im Zeitraum von vier Wochen während längstens 14 Tagen in den Pikettdienst eingeteilt werden, wobei die Anzahl tatsächlicher Piketteinsätze im Jahresdurchschnitt fünf Einsätze pro Monat nicht übersteigen darf.

## 10. Jugendliche Arbeitnehmende, schwangere Frauen und stillende Mütter

*Jugendliche: Art. 29–32 ArG, ArGV 5 und EVD-Verordnungen;  
Mutterschutz: Art. 35–35b ArG; Art. 60–65 ArGV 1; Mutterschutzverordnung*

Für Jugendliche, schwangere Frauen und stillende Mütter gelten besondere Schutzvorschriften. Konsultieren Sie dazu die Unterlagen im Internet. <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00390/00399/index.html?lang=de> (www.seco.admin.ch > Themen > Arbeit > Arbeitnehmerschutz > Sonderschutz).

## **11. Arbeitnehmende mit Familienpflichten**

*Art. 36 ArG*

Bei der Festsetzung der Arbeits- und Ruhezeit ist auf Arbeitnehmende mit Familienpflichten besonders Rücksicht zu nehmen. Als Familienpflichten gelten die Erziehung von Kindern bis 15 Jahre sowie die Betreuung pflegebedürftiger Angehöriger oder nahestehender Personen.

Diese Arbeitnehmenden dürfen nur mit ihrem Einverständnis zu Überzeitarbeit herangezogen werden. Auf ihr Verlangen ist ihnen eine Mittagspause von wenigstens 1½ Stunden zu gewähren. Der Arbeitgeber hat Arbeitnehmenden mit Familienpflichten gegen Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses die zur Betreuung kranker Kinder erforderliche Zeit im Umfang von bis zu drei Tagen freizugeben.

## **12. Verzeichnisse und andere Unterlagen, Bekanntgabe des Stundenplanes und der Arbeitszeitbewilligungen, Mitwirkung der Arbeitnehmenden**

*Art. 46 ArG, Art. 73 ArGV I: Verzeichnisse und andere Unterlagen*

Verzeichnisse und andere Unterlagen, die für den Vollzug des Gesetzes notwendig sind, sind nach Ablauf ihrer Gültigkeit für mindestens fünf Jahre aufzubewahren. Dazu gehören auch die Arbeitszeitaufzeichnungen.

*Art. 47 ArG, Art. 69 ArGV I: Bekanntgabe des Stundenplans und der Arbeitszeitbewilligungen*

Der Stundenplan, die Arbeitszeitbewilligungen und damit zusammenhängende besondere Schutzvorschriften sind bekanntzugeben (z.B. durch Anschlag).

Bei der Planung für die im Betrieb massgeblichen Arbeitszeiten und deren Änderungen sind die Arbeitnehmenden beizuziehen. Über den Zeitpunkt der konkreten Einführung der massgeblichen Arbeitszeiten sind die Arbeitnehmenden möglichst frühzeitig zu informieren, in der Regel zwei Wochen vor einem geplanten Einsatz mit neuen Arbeitszeiten.

*Art. 48 ArG, Art. 69–71 ArGV I: Mitwirkungsrechte*

Die Arbeitnehmenden oder deren Vertretung haben ein Mitspracherecht in allen Fragen des Gesundheitsschutzes, bei der Organisation der Arbeitszeit und der Gestaltung der Stundenpläne sowie hinsichtlich der besonderen Massnahmen bei Nachtarbeit. Das Mitspracherecht umfasst grundsätzlich den Anspruch auf Anhörung, Beratung und Begründung von abweichenden Entscheidungen. Vereinzelt kommt den Arbeitnehmenden ein Mitbestimmungsrecht zu, z.B. bei der abweichenden Festlegung des Nacht- und Sonntagszeitraumes.

## **II. Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB)**

### **18. Tätigkeitsbericht 2010/2011 des EDÖB, Arbeitsbereich, S. 75 ff.<sup>2</sup>**

#### **1. Zentralisierung von Human Resources im Ausland**

*Internationale Unternehmen führen vermehrt zentralisierte Human-Resources-Abteilungen. Als Folge davon werden schweizerische Tochtergesellschaften immer häufiger dazu aufgefordert, die Personendaten ihrer Angestellten an die Muttergesellschaft ins Ausland bekannt zu geben.*

Zahlreiche internationale Unternehmen gehen dazu über, nur noch eine Personalabteilung zu führen oder zumindest bestimmte Teile der Personaladministration durch einen zentralen Dienst erledigen zu lassen. Zahlreiche für die Personaladministration zuständige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in schweizerischen Tochtergesellschaften waren mit dieser Entwicklung konfrontiert und erkundigten sich bei uns, ob und unter welchen Voraussetzungen die Übermittlung von Personaldaten ins Ausland zulässig ist.

Die Übermittlung von Personendaten von der Tochtergesellschaft an die Muttergesellschaft stellt eine Datenbekanntgabe an eine dritte Person dar, und die Regeln des Datenschutzgesetzes für die grenzüberschreitende Bekanntgabe von Personendaten müssen befolgt werden. Je nach Standort der Muttergesellschaft müssen für die Datenbekanntgabe aus der Schweiz unterschiedliche Vorkehrungen getroffen werden. Gerade bei der Datenbekanntgabe in die USA, welche besonders oft Inhalt der Anfragen war, müssen alternativ drei Voraussetzungen erfüllt sein, weil die USA keinen ausreichenden Datenschutz gewährleisten. Entweder hat sich das datenempfangende Unternehmen beim Handelsministerium der USA gemäss «U.S.-Swiss Safer Harbor Framework» zertifiziert, oder es wurde ein Vertrag geschlossen, der einen angemessenen Datenschutz gewährleistet, oder die betroffenen Personen haben eingewilligt. Befindet sich das Daten empfangende Unternehmen in einem Staat, der einen angemessenen Datenschutz gewährleistet, so kann die Bekanntgabe aus der Schweiz ohne diese Vorkehrungen erfolgen. Grundsätzlich gilt aber auch hier das Transparenzprinzip. Die Angestellten der schweizerischen Tochtergesellschaft müssen über die Datenbekanntgabe ins Ausland informiert werden.

---

<sup>2</sup> Aus [www.edoeb.admin.ch](http://www.edoeb.admin.ch) > Dokumentation > Tätigkeitsberichte > Publikationen.

## 2. Biometrisches Erkennungssystem für Mitarbeitende

*Ein Unternehmen hat ein neues Badge-System mit biometrischer Erkennung mittels Fingerabdrücken eingeführt. Dabei soll der Badge einerseits zur Zutrittskontrolle eingesetzt werden, andererseits auch den Zugang zu allen passwortgeschützten IT-Anwendungen ermöglichen. Wir haben das System, das sich in der Pilotphase befindet, vor Ort angeschaut und konnten dabei feststellen, dass es die datenschutzrechtlichen Anforderungen erfüllt.*

Das Unternehmen mit mehreren tausend Mitarbeitenden verfügt über besonders klassifizierte Räumlichkeiten bis hin zu Hochsicherheitsbereichen, die nur wenigen Mitarbeitenden zugänglich sein sollten. Mit dem bisherigen Badge-System (RFID-Karte mit aufgedruckter Gesichtsfotografie) war eine zuverlässige Zutrittskontrolle sehr aufwendig. Das Unternehmen hat daher eine Lösung erarbeitet, die mit möglichst geringem Aufwand eine zuverlässige Verifizierung der Zutrittsberechtigten ermöglicht. Die Wahl fiel auf ein biometrisches Erkennungssystem, da ein solches eine automatisierte und höchst zuverlässige Verifizierung erlaubt.

Für die Zutrittskontrolle wird das Fingerabdrucktemplate nach dem Einlesen verschlüsselt und anschliessend zweigeteilt. Ein Teil wird zentral gespeichert, der zweite Teil dezentral auf dem Badge (wiederum einer RFID-Karte) abgelegt. Einzeln sind die Teile unbrauchbar, d.h. die zentral gespeicherten Daten können nicht ohne den Badge des Mitarbeiters verwendet werden. Das System ist schneller als ein vollkommen dezentrales System, da nur ein Bruchteil der Datenmenge (nur das Teiltemplate) über die drahtlose Schnittstelle ausgetauscht werden muss. Als Nebeneffekt ist es zudem unmöglich, brauchbare biometrische Daten aus der RFID-Karte auszulesen. Damit erfüllt das biometrische Zutrittssystem die datenschutzrechtlichen Anforderungen vollumfänglich.

Nebst der Zutrittskontrolle kann der neue Badge auch für das Computer-Login verwendet werden, und zwar nach dem Prinzip des Single-Sign-On (SSO). Für sämtliche passwortgeschützten IT-Anwendungen ist also nur noch ein einziges Login notwendig. Für das SSO wird das als Ganzes verschlüsselte Fingerabdruck-Template auf demselben Badge gespeichert, der auch für die Zutrittskontrolle verwendet wird; es werden aber keine biometrischen Daten zentral gespeichert. Bei jedem Arbeitsterminal kann der Badge ins Lesegerät eingelegt und das Login durchgeführt werden, ohne dass dabei biometrische Daten drahtlos übertragen werden. Damit erfüllt auch das SSO die datenschutzrechtlichen Anforderungen.

Mit dieser Systemarchitektur kann das Unternehmen die Vorteile eines biometrischen Erkennungssystems so nutzen, dass die Persönlichkeitsrechte der Mitarbeiter, insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, gewahrt bleiben.

Unser Leitfaden zum Thema befindet sich unter [www.derbeauftragte.ch](http://www.derbeauftragte.ch), Dokumentation > Datenschutz > Leitfäden > Leitfaden zu biometrischen Erkennungssystemen.

### **3. Zustellung von Pensionskassenausweisen**

*Das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) zögert, die gesetzeswidrige Praxis der offenen Zustellung von Pensionskassenausweisen über den Arbeitgeber zu unterbinden.*

In unserem 17. Tätigkeitsbericht 2009/2010, Ziff. 1.7.8, hatten wir bereits über die Praxis von einigen Vorsorgeeinrichtungen berichtet, Pensionskassenausweise offen über den Arbeitgeber zuzustellen. Da wir selber keine Verfügungsgewalt besitzen, haben wir beim zuständigen EDI im August 2009 beantragt, diese unseres Erachtens gesetzeswidrige Praxis zu unterbinden.

Seither ist leider nicht viel passiert: Auf eine erste Verfahrensstands-anfrage im Februar 2010 wurde uns immerhin Gelegenheit geboten, uns zu einer vom Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV, der Aufsichtsbehörde der Vorsorgeeinrichtungen) zusammen mit der konkret betroffenen Pensionskasse verfassten Stellungnahme vernehmen zu lassen. Diese Gelegenheit nahmen wir wahr und stellten unsere Eingabe dem BSV zu. Seit Juni 2010 ist der Schriftenwechsel abgeschlossen. Der Entscheid des EDI war bei Redaktionsschluss dieses Tätigkeitsberichts immer noch ausstehend.

Nachdem aus unserer Sicht die Rechtslage klar ist und zahlreiche von der beanstandeten Zustellpraxis betroffene Personen bis heute regelmässig eine Verletzung ihrer Persönlichkeitsrechte hinnehmen müssen, solange die Sache nicht verbindlich entschieden ist, können wir das zögerliche Vorgehen des EDI schwerlich nachvollziehen.

### **4. Kontrollen im Rahmen paritätischer Berufskommissionen**

*Die Lohnbuchkontrollen paritätischer Berufskommissionen, wie sie in Gesamtarbeitsverträgen (GAV) vorgesehen sind, haben entsprechend reglementarisch festgelegtem Ablauf zu erfolgen. Arbeitgeber sind rechtzeitig und transparent über Umfang und Ablauf der Kontrolle sowie ihre Pflichten ins Bild zu setzen.*

In den letzten Jahren haben wir uns wiederholt mit dem Problemkreis der Lohnbuchkontrollen im Bereich der GAV befasst. Die Lohnbuchkontrolle durch paritätische Berufskommissionen dient dazu, die Einhaltung von Lohnschutzbestimmungen durch die Vertragsparteien zu überwachen. Dabei soll stets der Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmer gewährleistet bleiben. Er überwiegt die Interessen einer einzelnen Firma an der Geheimhaltung der Lohnbewirtschaftungsdaten. Weil also das Interesse an der fraglichen Datenbekanntgabe höher zu werten ist, haben wir unmissverständlich dargelegt, dass ein Bedürfnis zur Einholung einer expliziten Ein-

willigung der Arbeitnehmer und deren Verankerung im GAV entfallende. Diese Aussagen, mit welchen die Abwicklung der Kontrollen erleichtert werden soll, haben wir aber stets in der Annahme gemacht, dass die von den paritätischen Berufskommissionen durchgeführten Kontrollen verhältnismässig und wenn immer möglich innert nützlicher Frist vor Ort durchgeführt würden.

Es hat sich nun aber gezeigt, dass unsere Annahme durch die Realität der Automatisierung und Digitalisierung auch der Lohnbuchhaltungen überholt wurde. Solche Kontrollen erfolgen heute wohl nur noch in seltenen Fällen vor Ort und unter Einsichtnahme in die entsprechenden Ordner durch Mitglieder von paritätischen Berufskommissionen oder durch von diesen bestimmte Dritte zwecks Vermeidung der Kontrolle von direkten Mitkonkurrenten. Heute werden Lohnbuchkontrollen grossmehrheitlich von professionellen Kontrollern oder spezialisierten Treuhändern durchgeführt. Diese lassen sich die nötigen Unterlagen zur Lohnbuchkontrolle auf elektronischem Weg geben. Mittels Kontrollprogrammen erfolgt die Überprüfung sämtlicher Daten viel minutiöser, und eine gezielte Auswertung kann zu Resultaten führen, die früher aus rein zeitlichen Gründen ausser Reichweite lagen. An konkreten Fällen hat sich jedoch gezeigt, dass elektronische Lohnbuchkontrollen durch professionelle Controller ausserhalb der Geschäftsräume eines Unternehmens vor allem bei Arbeitgebern unguete Gefühle bezüglich Datenschutz und Datensicherheit aufkommen lassen. Damit verbunden besteht die latente Angst, diese neue Art der Kontrollen könnte zu viele Betriebsdaten offen legen.

Wir sehen deshalb Handlungsbedarf dahingehend, dass die von den paritätischen Berufskommissionen angeordneten Lohnbuchkontrollen transparent in einem Reglement festgelegt werden müssen. Arbeitgeber sind rechtzeitig über Umfang, Ablauf sowie ihre Pflichten zu orientieren. Wo die einverlangte Datenmenge ungeahnte Auswertungsmöglichkeiten zulässt, werden zwecks Einhaltung der Datensicherheit und des Datenschutzes allenfalls weitere gesetzliche Grundlagen und Schranken notwendig. In den GAV sind zwar bereits heute entsprechende Kontrollreglemente erwähnt. Wie sich uns gezeigt hat, bestehen diese jedoch nur in rudimentärer Form. Zumindest eine paritätische Berufskommission hat uns nun versichert, dass sie eine Arbeitsgruppe eingesetzt hat, welche die Ausarbeitung eines entsprechenden Kontrollreglements an die Hand nehmen werde.

## **5. Elektronisches Personaldossier in der Bundesverwaltung**

*Innerhalb der Bundesverwaltung besteht der Wunsch nach elektronischen Personaldossiers. Da bisher keine gesetzlichen Grundlagen dafür bestehen, mussten wir in zwei Fällen intervenieren.*

Bundesorgane benötigen für das Bearbeiten von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen eine gesetzliche Grundlage, und zwar in Form eines Bundesgesetzes. Ein Personaldossier

stellt in sich ein Persönlichkeitsprofil dar und enthält auch besonders schützenswerte Personendaten. Die geltenden Bestimmungen bilden keine ausreichende gesetzliche Grundlage für das Führen von elektronischen Personaldossiers in der Bundesverwaltung. Bei zwei Projekten mussten wir deshalb intervenieren. Einerseits handelte es sich um ein System für elektronische Personaldossiers innerhalb des VBS, andererseits um einen online-Bewerbungsdienst des EPA, der zu elektronischen Bewerbungsdossiers geführt hätte. Auch dafür besteht jedoch zurzeit keine ausreichende gesetzliche Grundlage im Bund. Aufgrund unserer Intervention wurden beide Projekte gestoppt respektive deren Einführung verschoben, bis das revidierte Bundespersonalgesetz in Kraft tritt (voraussichtlich am 1. Januar 2012).

## **6. Bearbeitung von Personaldossiers in GEVER-Systemen**

*Die Bearbeitung von Personaldossiers in GEVER(= Geschäftsverwaltungs)-Systemen bedarf aufgrund datenschutzrechtlicher Anforderungen einer gesetzlichen Grundlage im Bundespersonalgesetz. Mit der Revision der entsprechenden Artikel wird eine solche Grundlage geschaffen.*

Im Rahmen einer Anfrage der Bundeskanzlei haben wir die momentane Rechtslage für die Bearbeitung von Personaldossiers in GEVER-Systemen aus datenschutzrechtlicher Sicht beurteilt und Stellung genommen.

Das Datenschutzgesetz (DSG) bestimmt, dass Bundesorgane besonders schützenswerte Personendaten und Persönlichkeitsprofile nur bearbeiten dürfen, wenn eine gesetzliche Grundlage im formellen Sinn es ausdrücklich vorsieht. Die Grundlage für die Geschäftsverwaltungssysteme der Bundesbehörden befindet sich in Artikel 57h des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG), nach welchem jedes Bundesorgan ein Informations- und Dokumentationssystem mit besonders schützenswerten Daten und Persönlichkeitsprofilen führen kann, «soweit sich diese aus dem Schriftverkehr oder aus der Art des Geschäftes ergeben».

Da sich die Bearbeitung von Personaldossiers nicht «aus der Art des Geschäftes» ergibt, schafft Artikel 57h in diesem Fall keine gesetzliche Grundlage. Vielmehr regelt das Bundespersonalgesetz (BPG) in Ergänzung zum DSG die Bearbeitung von Personaldossiers durch die Arbeitgeber beim Bund.

Die geltende Regelung in Artikel 27 BPG reicht allerdings nicht zur Führung von elektronischen Personaldossiers. Der Bundesrat hat dies erkannt und mit dem Beschluss vom 1. September 2010 zum Konsolidierungsprogramm 12/13 die Revision von Artikel 27 a–c BPG verabschiedet. Darin sollen die gesetzlichen Grundlagen für die Führung von elektronischen Dossiers von Stellenbewerberinnen und -bewerbern sowie von Angestellten geschaffen werden. So wird dem immer stärker werdenden Bedürfnis nach automatisierten Bearbeitungssystemen Rechnung getragen. Ein solches System muss zudem geschlossen, also nicht mit anderen elekt-

ronischen Datenbearbeitungssystemen verbunden sein, wenn im Rahmen von Personaldossiers Gesundheitsdaten bearbeitet werden. Dies schreibt die Verordnung über den Schutz von Personaldaten in der Bundesverwaltung vor.

## **7. Kontrolle des Personalinformationssystems des Bundes: Stand der Dinge**

*Das Bearbeitungsreglement des Personalinformationssystems des Bundes (BV PLUS) entspricht noch nicht den Vorgaben und soll deshalb angepasst werden. Gewisse Aspekte müssen noch verbessert oder dokumentiert werden; insbesondere der Up- und Download von Daten, die Protokollierung sowie die Kontrollverfahren.*

Grundsätzlich mussten wir bei der Kontrolle des BV PLUS feststellen, dass die Dokumentation im Bereich Datenschutz- und Datensicherheit nicht sehr umfangreich war. So wurde bspw. das Bearbeitungsreglement vor Jahren einmal erstellt, dann aber kaum noch nachgeführt. Wir machten deshalb die Verantwortlichen auf unsere Erläuterungen zur Erstellung eines solchen Reglements aufmerksam (siehe [www.derbeauftragte.ch](http://www.derbeauftragte.ch) unter Dokumentation > Datenschutz > Leitfäden > Leitfaden zu den technischen und organisatorischen Massnahmen des Datenschutzes).

Im Weiteren konnten wir auch feststellen, dass zu Beginn der Kontrolle ein Daten- oder Informationssicherheitssachverständiger im SAP-Bereich fehlte, auf welchem das BV PLUS betrieben wird. Eine sachkundige Person ist u.E. unerlässlich beim Einsatz eines solch sensitiven Systems in der gesamten Bundesverwaltung. Dieser Sachverständige müsste Ansprechperson sowohl für die Leistungserbringer (bspw. Rechenzentren) als auch für die Leistungsbezüger (bspw. HR-Abteilungen) sein und sollte seine Aufgaben möglichst unabhängig wahrnehmen können.

Die Benutzer authentifizierten sich alle, ausser die einer grösseren Organisationseinheit, mit Hilfe von Smartcards der Klasse B. Wir haben darauf aufmerksam gemacht, dass aufgrund der Sensitivität des Systems die Smartcardlösung flächendeckend eingesetzt werden sollte. Dies wurde in der Folge auch umgesetzt.

SAP bzw. BV PLUS erlaubt es, Daten auf den Computer am Arbeitsplatz herunter- oder von diesem auf das SAP-System hochzuladen. Durch das Herunterladen von Daten können die Zugriffsrestriktionen des zentralen SAP-Systems aufgehoben werden. Wir haben im Bearbeitungsreglement keine abschliessenden Angaben zu diesen Up- und Downloads gefunden. Aus Sicht des Datenschutzes muss festgestellt werden können, wer warum (zu welchem Zweck) befugt ist, solche Operationen durchzuführen. Es ist auch aufzuzeigen, welche Daten dafür benötigt und wie sie auf den Computern bearbeitet werden. Erfolgt dies in allen Organisationseinheiten gleich, genügt eine einmalige Umschreibung. Alle bundesweiten Abweichungen sind entsprechend zu dokumentieren. Während unserer Kontrolle

wurde uns mitgeteilt, dass es keine sinnvollen technischen Möglichkeiten für die Protokollierung der Up- und Downloads gebe. Im Prüflaufplan Datenschutz SAP ERP 6.0 der DSAG Arbeitsgruppe Datenschutz ist eine solche Protokollierung mit Hilfe des Security Audit Logs jedoch aufgeführt.

Weiter teilte man uns mit, dass es keine sinnvollen technischen Möglichkeiten gebe, sensitive Query/BW-Abfragen zu protokollieren. Im oben aufgeführten Leitfaden (Punkt 4.2.1.9.6) wird jedoch auch aufgezeigt, dass Ad-hoc-Query-Protokollierungen möglich sind. Aufgrund der uns zur Verfügung gestellten Unterlagen und dieser Mängel musste man davon ausgehen, dass u.a. auch bei der Protokollierung Handlungsbedarf besteht. Wir haben deshalb die Verantwortlichen gebeten, ein Protokollierungskonzept zu erstellen, welches die notwendigen Anforderungen des Datenschutzes abdeckt. Dabei ist neben der Sicht des Leistungserbringers insbesondere auch diejenige der Leistungsbezieher einzubringen.

Als Kontrollverfahren im laufenden Betrieb wurde die stichprobenweise Auswertung von Protokollen auf der Systemebene durch den Leistungserbringer festgehalten. Kontrollen müssen aber im laufenden Betrieb auch vom Inhaber der Datensammlung durchgeführt werden. Die entsprechenden Kontrollverfahren sind zu dokumentieren.

Die Verantwortlichen haben uns mitgeteilt, dass die Umsetzung der noch offenen Punkte bis Ende 2011 dauern wird.



---

## **C. Rechtsprechung**

Zusammengestellt und bearbeitet von  
Prof. Dr. WOLFGANG PORTMANN,  
Prof. Dr. JEAN-PHILIPPE DUNAND und  
Dr. iur. HUBERT FRITSCH

---



## Bundesgericht

*Bundesgericht, Urteil vom 7. Januar 2010, Doss.-Nr. 4A\_509/2009 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Luzern vom 26. August 2009)*

**Im Gegensatz zur eigentlichen Teilzeitarbeit, bei welcher der reduzierte Einsatz wiederholt und mit zum Voraus bestimmten – wenn auch möglicherweise unregelmässigen – Arbeitszeiten erfolgt, setzt die uneigentliche Teilzeitarbeit bei jedem Einsatz ein gegenseitiges Einverständnis voraus. Vorliegend hatte die Lehrerin jeweils Ende Mai ihre Einsatzwünsche für das kommende Schuljahr einzureichen. Nimmt sie in Anspruch, diese beliebig ändern zu können, darf sie nicht erwarten, dass die Schulleitung ihre Einsatzwünsche ohne weiteres zu berücksichtigen habe. Die Arbeitgeberin geriet daher nicht in Annahmeverzug, indem sie für das kommende Schuljahr wegen der stark reduzierten Verfügbarkeit der Lehrerin auf deren Einsatz völlig verzichtete (E. 2.2 und 2.3).**

Sachverhalt:

X. (Beschwerdeführerin) und die Y. Schule AG (Beschwerdegegnerin) schlossen am 5. März 1999 einen Anstellungsvertrag, mit dem die Beschwerdeführerin als Lehrerin für die Tageshandelsschule angestellt wurde. In den Ziffern 2 und 5 des Vertrags wurde Folgendes vereinbart: «(2) Das Honorar für eine Stunde (60 Min.) beträgt pauschal Fr. 47.– abzüglich AHV/ALV, obligatorische Unfall- sowie Krankentaggeldversicherung. Aus praktischen Gründen (Teilzeitarbeit mit stark wechselnder Beschäftigung) ist in der Honorarpauschale von Fr. 47.– ein 11%-iger Lohnzuschlag für Ferien und Feiertage von Fr. 4.65 inbegriffen. Die Honorarzahungen erfolgen monatlich nach erteilten Stunden. (5) Sollte ein vorgesehener Kurs wegen ungenügender Teilnehmerzahl nicht zustande kommen, so besteht kein Honoraranspruch. Falls aus irgendwelchen Gründen ein Kurs eingestellt werden müsste, wird die anteilmässige Entschädigung für die bereits erteilten Stunden ausgerichtet.» Gemäss Ziffer 8 des Vertrags gelten im Übrigen die Art. 319 ff. OR. Seit Vertragsbeginn unterrichtete die Beschwerdeführerin ohne Unterbruch, wobei unbestritten ist, dass das Pensum vor dem Schuljahresbeginn jeweils im gegenseitigen Einverständnis festgelegt wurde. Für das Schuljahr 2008/2009 hatte die Beschwerdeführerin bis Ende Mai 2008 ihre Unterrichtswünsche einzureichen. Sie tat dies unter Angabe der bevorzugten Zeiten und einer Lektionenzahl von ca. 15 bis 18 Stunden. Mit E-Mail vom 9. Juli 2008 teilte sie mit, sie habe die Möglichkeit erhalten, ihre Tätigkeit bei der Gemeinde

A. auszuweiten, weshalb sie ihr Pensum bei der Beschwerdegegnerin auf ca. 10 Stunden begrenzen müsse. In der Folge verzichtete die Beschwerdegegnerin auf eine Tätigkeit der Beschwerdeführerin für das genannte Schuljahr.

Mit Klage vom 12. September 2008 forderte die Beschwerdeführerin vor dem Arbeitsgericht des Kantons Luzern von der Beschwerdegegnerin Fr. 16 520.– nebst einem Arbeitszeugnis und einer Arbeitsbestätigung. Im Laufe des Verfahrens erhöhte sie den eingeklagten Betrag auf Fr. 29 740.–. Am 14. Mai 2009 hiess das Arbeitsgericht die Klage auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses und einer Arbeitsbestätigung gut, die eingeklagte Geldforderung hingegen wies es ab. Gegen dieses Urteil appellierte die Beschwerdeführerin an das Obergericht des Kantons Luzern. Mit Urteil vom 26. August 2009 wies das Obergericht die Appellation ab. Die Beschwerdeführerin gelangte ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Das Arbeitsgericht ging von einem Vertrag über unechte Arbeit auf Abruf aus. Eine Einigung der Parteien über einen Einsatz der Beschwerdeführerin für das Schuljahr 2008/2009 sei nicht zustande gekommen. Die Beschwerdegegnerin habe keine Pflicht gehabt, die Beschwerdeführerin gemäss deren Anträgen einzusetzen. Die Beschwerdeführerin habe ihrerseits keine Pflicht gehabt, einem allfälligen Arbeitsaufgebot Folge zu leisten. Ein Arbeitgeberverzug nach Art. 324 OR komme daher nicht zum Tragen. Die Vorinstanz liess die Frage nach der rechtlichen Einordnung des Verhältnisses der Parteien offen. Sie ging aber auch davon aus, dass sich die Parteien zumindest für jedes Schuljahr auf das jeweilige Pensum zu einigen hatten. Für den streitigen Zeitraum habe die Beschwerdeführerin vor Ende Mai 2008 das Pensum angeboten, zu einem späteren Zeitpunkt ihre Offerte aber widerrufen, indem sie unter Bezugnahme auf einen anderweitigen Erwerb bei der Gemeinde A. eine neue und stundenmässig tiefere Offerte eingereicht habe. Damit habe sie unmissverständlich ein bestimmtes Vertragsverständnis zum Ausdruck gebracht, nämlich dass sie frei sein wolle, wie viele Stunden sie offeriere. Das bedeute aber zwangsläufig, dass auch die Beschwerdegegnerin frei sei, eine bestimmte Offerte anzunehmen oder nicht. Zudem und entscheidend falle ins Gewicht, dass die Beschwerdeführerin offensichtlich der Ansicht sei, eine bereits abgegebene Offerte frei widerrufen und im Sinne einer subjektiven Beliebigkeit durch eine für sie unter den zwischenzeitlich eingetretenen Umständen günstigere Offerte ersetzen zu können. Wer für sich solche Freiheiten im Rahmen eines Vertragsverhältnisses beanspruche, müsse im Gegenzug dem Vertragspartner nach Treu und Glauben in analoger Weise die freie Wahl lassen, ob er ein Pensum zuteile oder nicht. Ob anders zu entscheiden wäre, wenn die Beschwerdegegnerin eine sich im bisherigen Rahmen hal-

tende Offerte der Beschwerdeführerin abgelehnt hätte, könne offen bleiben, da die Beschwerdeführerin dazu nichts vorgetragen habe.

2.2 Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 319 ff. OR, insbesondere von Art. 324 OR. Sie ist der Meinung, beim vorliegenden Vertrag handle es sich um echte Teilzeitarbeit. Von eigentlicher Teilzeitarbeit spricht man, wenn der reduzierte Einsatz wiederholt und mit zum Voraus bestimmten – wenn auch möglicherweise unregelmässigen – Arbeitszeiten erfolgt (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2006, N. 18 zu Art. 319 OR, S. 91). Die Beschwerdeführerin begründet ihre Meinung, vorliegend handle es sich um solche eigentliche Teilzeitarbeit, mit der Behauptung, die Arbeit sei immer gemäss einem im Voraus bestimmten Arbeits-/Stundenplan erfolgt und der reduzierte Einsatz habe wiederholt und regelmässig während mehr als neun Jahren stattgefunden. Diese Behauptung steht im Widerspruch zur für das Bundesgericht verbindlichen vorinstanzlichen Feststellung (Art. 105 Abs. 1 BGG), dass das Pensum vor dem Schuljahresbeginn im gegenseitigen Einverständnis jeweils erst festgelegt werden musste. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin ist nicht festgestellt, dass ihre Einsätze nach einem zum Voraus bestimmten Arbeitsplan erfolgten. Der von der Vorinstanz verbindlich festgestellte Sachverhalt spricht für eine uneigentliche Teilzeitarbeit, bei welcher jeder Einsatz ein gegenseitiges Einverständnis voraussetzt. Solche Arbeitstypen sind zulässig (BGE 124 III 249 E. 2a), und die daran von der Beschwerdeführerin geübte, ohnehin bloss allgemein gehaltene Kritik hilft ihr nicht weiter.

2.3 Auch ist vorliegend nicht festgestellt, dass die Beschwerdeführerin sich verpflichtet hätte, echte Arbeit auf Abruf zu leisten. Bei der echten Arbeit auf Abruf trifft den Arbeitnehmer eine Einsatzpflicht nach Weisung des Arbeitgebers. Das heisst, der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer einseitig abrufen (sog. kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit; BGE 124 III 249 E. 2a; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl. 2005, S. 401 f.; PORTMANN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Aufl. 2007, N. 19 zu Art. 321 OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 18 zu Art. 319 OR, S. 92 ff.; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl. 2005, S. 45 f.). In einem solchen Arbeitsverhältnis muss auch der Bereitschaftsdienst entschädigt werden (BGE 124 III 249 E. 3) und es muss auch während der Kündigungsfrist die vorher durchschnittlich geleistete Arbeit zugewiesen bzw. – wenn der Arbeitgeber auf einen Einsatz des Arbeitnehmers verzichtet – die entsprechende Entlohnung bezahlt werden, da sonst der Kündigungsschutz unterlaufen würde (BGE 125 III 65). Bei der unechten Arbeit auf Abruf hingegen trifft den Arbeitnehmer keine Einsatzpflicht; ein Einsatz kommt vielmehr aufgrund gegenseitiger Vereinbarung zustande. Oftmals liegt den einzelnen Einsätzen ein Rahmenvertrag zugrunde, in dem die Arbeitsbedingungen einheitlich geregelt sind (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 18 zu Art. 319 OR, S. 94 f.). Vorliegend musste sich die Beschwerdeführerin nicht für Einsätze

nach einseitigem Abruf durch die Beschwerdegegnerin bereithalten. Die jeweiligen Einsätze kamen aufgrund eines vor Beginn des Schuljahres im gegenseitigen Einverständnis festgelegten Pensums zustande. Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz brachte die Beschwerdeführerin selbst ein Vertragsverständnis in dem Sinn zum Ausdruck, dass sie in der Offerte der Stundenzahlen frei war. Entsprechend teilte sie am 9. Juli 2008 der Beschwerdegegnerin mit, dass sie wegen ihrer anderen Tätigkeit bei der Gemeinde A. bei der Beschwerdegegnerin nur noch für ca. zehn Stunden zur Verfügung stehe. Die Beschwerdegegnerin war nicht verpflichtet, diese relativ kurzfristig vor Semesterbeginn geänderten Einsatzwünsche der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen. Die Ablehnung eines sich im bisherigen Rahmen haltenden Einsatzangebots der Beschwerdeführerin liegt nicht vor. Es ist der Vorinstanz beizupflichten, dass die Beschwerdeführerin, die für sich in Anspruch nahm, ihre Einsatzwünsche beliebig ändern zu können, nicht erwarten durfte, dass die Beschwerdegegnerin diese Wünsche ohne weiteres zu berücksichtigen habe. Genauso wenig wie sich die Beschwerdeführerin zur Leistung eines bestimmten Einsatzes verpflichtet fühlte, war die Beschwerdegegnerin gebunden. Die Beschwerdegegnerin geriet daher nicht in Annahmeverzug, indem sie für das Schuljahr 2008/2009 wegen der stark reduzierten Verfügbarkeit der Beschwerdeführerin auf deren Einsatz verzichtete. Dass sie die Beschwerdeführerin auch in den kommenden Schuljahren nicht mehr hätte einsetzen wollen, ist nicht festgestellt. Die Vorinstanz hat daher kein Bundesrecht – namentlich nicht Art. 324 OR – verletzt, wenn sie die Lohnforderung der Beschwerdeführerin abwies.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 14 janvier 2010, Doss.-N° 4A\_192/2009 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre la sentence rendue le 27 février 2009 par la II<sup>e</sup> Chambre civile du Tribunal d'appel du Canton du Tessin)*

#### **Subrogation de la caisse de chômage à l'assuré (travailleur).**

**L'art. 29 al. 2 LACI ne contient aucune règle procédurale. Il régit l'obligation de principe de la caisse de chômage de faire valoir ses droits envers l'employeur, mais n'impose ni le moment ni les modalités de l'intervention. En particulier, la loi n'oblige pas la caisse à intervenir directement dans le litige judiciaire opposant l'employé et l'employeur (c. 5).**

Extraits des faits:

In accoglimento dell'azione di contestazione della disdetta del rapporto di lavoro avviata il 12 aprile 1999 da B., il 29 gennaio 2002 il Segretario assessore della Pretura del Distretto di Lugano, sezione 2, ha dichiara-

to nullo il licenziamento – siccome notificato durante la gravidanza della lavoratrice e ha stabilito che il rapporto di lavoro con A. AG non è terminato il 31 gennaio bensì il 25 ottobre 1999. Per il periodo tra il 1° febbraio e il 25 ottobre 1999 egli ha quindi accertato il diritto della lavoratrice a un salario di complessivi fr. 20 307.85 netti. Considerato tuttavia che, pendente causa – nel novembre 1999 – B. aveva ricevuto fr. 18 643.50 dalla Cassa cantonale di disoccupazione, nel dispositivo della sentenza l'azione è stata ammessa limitatamente a fr. 1664.35, pari alla differenza fra il salario riconosciuto e l'indennità di disoccupazione percepita. Non impugnata, questa sentenza è passata in giudicato.

Cessionaria legale – in virtù dell'art. 29 cpv. 2 LADI – della pretesa di fr. 18 643.50 originariamente spettante ad B., il 18 dicembre 2002 la Cassa cantonale di disoccupazione (di seguito Cassa) ha convenuto A. AG dinanzi alla medesima Pretura onde riscuotere la citata somma. A. AG ha avvertato tale pretesa eccependo l'autorità di cosa giudicata acquisita dal dispositivo della sentenza pronunciata il 29 gennaio 2002, vincolante anche nei confronti della Cassa siccome surrogata nei diritti di B.. L'istanza della Cassa è stata integralmente accolta il 15 febbraio 2008. L'impugnativa interposta dalla soccombente è stata respinta dalla II Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino il 27 febbraio 2009.

Prevalendosi della violazione dell'art. 29 LADI e del principio della res iudicata, il 24 aprile 2009 A. AG è insorta davanti al Tribunale federale con un ricorso in materia civile volto a ottenere la modifica della sentenza cantonale nel senso dell'accoglimento integrale del suo appello e, di conseguenza, della reiezione dell'istanza 18 dicembre 2002. In via subordinata ha postulato l'annullamento della pronuncia e il rinvio degli atti all'autorità cantonale per nuovo giudizio.

Extraits des considérants:

5.

A mente della ricorrente il dispositivo della sentenza del 29 gennaio 2002 ha acquisito autorità di cosa giudicata anche nei confronti della Cassa.

5.1 Si dice che una sentenza ha acquisito autorità di cosa giudicata quando è divenuta definitiva e vincolante, di modo che non può più venir rimessa in discussione né dalle parti né dai tribunali (sentenza 4C.82/2006 del 27 giugno 2006 consid. 3.3 in AJP 2007 pag. 517).

Essa vieta segnatamente l'introduzione di un'azione identica, riguardante la stessa pretesa e fondata sul medesimo complesso di fatti (limite oggettivo dell'autorità di cosa giudicata), che vede coinvolte le medesime parti (limite soggettivo dell'autorità di cosa giudicata; DTF 125 III 8 consid. 3; cfr. fra tutti VOGEL/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8<sup>a</sup> ed., 2006, n. 81 pag. 230).

5.2 Di principio sentenze di natura condannatoria, come quella pronunciata il 29 gennaio 2002, acquistano autorità di cosa giudicata solo fra le medesime parti. Fanno eccezione unicamente i casi di sostituzione processuale e di successione in diritto; un'eccezione imperfetta va invece ravvisata negli effetti che un giudizio può avere sulle persone intervenute nel procedimento a titolo di intervenienti o denunciati in lite (DTF 125 III 8 consid. 3a).

Nel caso di specie la Cassa non ha preso parte al precedente procedimento né in qualità di interveniente né in quanto rappresentata dalla lavoratrice. Preso atto della perdita della legittimazione attiva della lavoratrice nella misura delle indennità ricevute dalla Cassa, la quale non è intervenuta al procedimento, nel dispositivo della sentenza il giudice si è pronunciato unicamente sulla pretesa personale di B. – così come peraltro da lei richiesto – riconoscendole l'importo di fr. 1664.35.

Queste circostanze depongono a favore della decisione dei giudici ticinesi di respingere l'eccezione di res iudicata sollevata dalla ricorrente.

5.3 Questa sostiene tuttavia che, una volta surrogata nei diritti dell'assicurata/lavoratrice, la Cassa avrebbe dovuto – in virtù dell'art. 29 cpv. 2 LADI – intervenire nel procedimento pendente e chiedere la condanna dell'ex datrice di lavoro al pagamento dell'importo ceduto, pena la perdita del suo diritto di pretendere rispettivamente ricevere tale importo. La questione merita di essere approfondita.

5.3.1 L'art. 29 cpv. 2 LADI recita:

«2 Con il pagamento [dell'indennità di disoccupazione], le pretese dell'assicurato, compreso il privilegio legale nel fallimento, passano alla cassa nel limite dell'indennità giornaliera da essa versata. La cassa non può rinunciare a far valere i suoi diritti, salvo che il giudice che ha dichiarato il fallimento abbia ordinato la sospensione della procedura (art. 230 LEF). L'ufficio di compensazione può inoltre autorizzare la cassa a rinunciare a far valere i suoi diritti se la pretesa si rivela in seguito manifestamente ingiustificata o se la sua esecuzione forzata occasiona spese sproporzionate».

5.3.2 Come recentemente ricordato dalla I Corte di diritto sociale del Tribunale federale, questa disposizione prevede una cessione legale, opponibile ai terzi senza alcuna formalità e indipendentemente da qualsiasi manifestazione di volontà del creditore originario, ai sensi dell'art. 166 CO, secondo cui il debitore è liberato nei confronti del creditore/cedente, ma deve versare la prestazione al terzo/cessionario che ha soddisfatto il creditore. In altre parole, il lavoratore perde le pretese che avrebbe potuto far valere contro il datore di lavoro nella misura delle prestazioni versategli dall'assicurazione disoccupazione; la cassa diviene titolare di questo credito mentre il lavoratore conserva i propri diritti in relazione alla parte non coperta dall'indennità. Di conseguenza, qualora le pretese risultino fondate, il lavoratore/assicurato non è tenuto a restituire le indennità di disoccupazione percepite, bensì la Cassa dispone, quale contropartita, di un credito

contro il datore di lavoro (sentenza 8C\_226/2007 del 16 maggio 2008 consid. 4.2.2 con rinvii giurisprudenziali e riferimenti dottrinali; cfr. anche le sentenze 4C.259/2003 del 2 aprile 2004 consid. 4 e 4C.82/1999 dell'11 giugno 1999 consid. 3).

5.3.3 Contrariamente a quanto pare ritenere la ricorrente, l'art. 29 cpv. 2 LADI non contiene nessuna regola procedurale. Esso sancisce l'obbligo, di principio, della Cassa di far valere i suoi diritti nei confronti del datore di lavoro, ma non le impone un momento preciso in cui farlo né stabilisce secondo quali modalità (THOMAS NUSSBAUMER, *Arbeitslosenversicherung*, in *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Band XIV, *Soziale Sicherheit*, 2a ed., 2007, n. 451 a pag. 2311).

È vero che, come osserva la ricorrente, in altri Cantoni la Cassa surrogata parzialmente nei diritti del lavoratore pendente causa suole intervenire nel procedimento (cfr., fra tutte, la recente sentenza 4D\_99/2009 dell'11 settembre 2009, relativa a un processo nel Canton Friburgo, e la sentenza 4C.259/2003 del 2 aprile 2004, relativa a un processo nel Canton Ginevra). Così come è vero che l'intervento della Cassa nel procedimento avviato dal lavoratore può apparire auspicabile dal profilo dell'economia processuale – in quanto permette di liquidare in maniera definitiva il rapporto di lavoro all'origine della controversia, con effetto nei confronti di tutti gli eventuali interessati – e trova un certo riscontro nel senso e nello scopo della surrogazione istituita dall'art. 29 cpv. 2 LADI, per il quale l'assicurazione disoccupazione non fornisce unicamente un reddito sostitutivo, ma si assume in vece del lavoratore anche i rischi legati ai costi e all'incasso che un processo contro il datore di lavoro comporta (sentenza 8C\_226/2007 del 16 maggio 2008 consid. 4.2.2 con rinvii).

Queste considerazioni non permettono tuttavia di dedurre dalla citata normativa federale un obbligo della Cassa di intervenire nel procedimento giudiziario pendente fra lavoratore e datore di lavoro. Né si può ritenere che la surrogazione ex art. 29 cpv. 2 LADI abbia per effetto, ipso iure, la sostituzione immediata della parte nel procedimento (*Parteiwechsel*), come accade in caso di decesso o di fallimento di una parte (VOGEL/SPÜHLER, *op.cit.*, pag. 153 seg.). Una simile interpretazione dell'art. 29 cpv. 2 LADI, proposta da una parte della dottrina (FABIENNE HOHL, *Procédure civile*, vol. I, 2001, n. 667 pag. 131; la stessa, *La subrogation de la caisse de chômage et ses effets sur le procès civil*, in *Mélanges Poudret*, 1999, pag. 79 segg., in particolare pag. 90–96; in questo senso apparentemente anche BORIS RUBIN, *Assurance-chômage*, 2<sup>a</sup> ed., 2006, pag. 574; mentre questa possibilità è solo evocata da CHARLES MUNOZ, *La fin du contrat individuel de travail et le droit aux indemnités de l'assurance-chômage*, 1992, pag. 210), non trova conforto nel tenore letterale della norma – che come detto non contiene disposizioni di procedura – né appare conforme al senso e allo scopo della stessa. In effetti, se è vero che l'istituto della surrogazione mira (anche) a liberare il lavoratore dai rischi legati ai costi e all'incasso che un processo contro il datore di lavoro implica, non si vede per quale

motivo esso dovrebbe comportare un obbligo della Cassa d'intervenire nel procedimento giudiziario già pendente. L'art. 29 cpv. 2 LADI vieta alla Cassa di rinunciare a far valere i suoi diritti, ma non le impone l'adozione di specifici provvedimenti a tal scopo, in particolare non le impone di farli valere giudizialmente. Il divieto non è d'altro canto assoluto, bensì riguarda solo la rinuncia spontanea della Cassa, la quale conserva la possibilità di ottenere l'autorizzazione a rinunciarvi «se la pretesa si rivela in seguito manifestamente ingiustificata o se la sua esecuzione forzata occasiona spese sproporzionate» (art. 29 cpv. 2 LADI). Il disposto federale non vieta dunque alla Cassa di attendere il giudizio sulla causa intentata dal lavoratore, prima di determinarsi sull'opportunità di avviare a sua volta una procedura giudiziaria contro il datore di lavoro, dal profilo delle probabilità di esito favorevole di un simile procedimento (cfr. DTF 125 III 8, commentata da PAUL HOLLENSTEIN in AJP 1999 pag. 1153 segg., in particolare pag. 1556), come anche dal profilo dei costi che ne potrebbero derivare e, se del caso, delle reali possibilità d'incasso (GERHARD GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, vol. III, n. 8–11 ad art. 29 LADI).

Da ultimo, non va dimenticato che vi possono essere casi nei quali la Cassa surrogata non è nemmeno a conoscenza dell'esistenza della causa giudiziaria fra lavoratore e datore di lavoro; in simili circostanze, opporre l'effetto di res iudicata della sentenza pronunciata in esito a tale procedimento configurerebbe una crassa violazione del suo diritto di esser sentito.

5.4 Tutto questo porta a concludere che, decidendo di negare alla sentenza pronunciata il 29 gennaio 2002 carattere vincolante nei confronti della Cassa, i giudici ticinesi non hanno violato né l'art. 29 LADI né il principio della res iudicata.

*Bundesgericht, Urteil vom 4. Februar 2010, Doss.-Nr. 2C\_58/2009 (Bestätigung des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Dezember 2008)*

**Erklärt der Bundesrat in Anwendung von Art. 60 Abs. 3 BBG den Berufsbildungsfonds einer Branche für alle ihre Betriebe allgemeinverbindlich und verpflichtet er diese zur Entrichtung von Bildungsbeiträgen, entsteht auf Seiten der Betriebe eine entsprechende Leistungspflicht. Ausgenommen sind Betriebe, die sich bereits mittels Verbandsbeitrag an der Berufsbildung beteiligen, in einen Berufsbildungsfonds einbezahlen oder sonst nachweisbar angemessene Bildungs- oder Weiterbildungsleistungen erbringen. Diese dürfen nicht zu weiteren Zahlungen in allgemeinverbindlich erklärte Bildungsfonds verpflichtet werden (Art. 60 Abs. 6 BGG). Bei den «nachweisbar angemessenen Bildungs- oder Weiterbildungsleistungen» i.S.v. Art. 60 Abs. 6 BBG, welche eine Befreiung von der Beitragspflicht zu begrün-**

**den vermögen, muss es sich um gemeinwirtschaftliche Leistungen handeln, die nicht nur dem eigenen Betrieb zugute kommen. Nur wer Aufgaben erfüllt, die denjenigen des Berufsbildungsfonds entsprechen, erbringt bereits selbst einen Aufwand, der auf die Beitragspflicht angerechnet werden darf. Die Ausbildung von Lehrlingen im üblichen Rahmen zählt nicht zu solchen gemeinnützigen Leistungen, weshalb sie eine Befreiung von der Beitragspflicht nicht zu rechtfertigen vermag (E. 2.1 und 3.5).**

Sachverhalt:

Am 31. Oktober 2006 erhob die Schweizerische Metall-Union (SMU) Klage beim Bezirksgericht Dielsdorf gegen die X. AG. Darin beantragte sie, diese sei zu verpflichten, ihr den als Beitrag an den Berufsbildungsfonds geschuldeten Betrag von Fr. 1552.– nebst Zins sowie die Kosten des Zahlungsbefehls zu bezahlen; überdies sei der Rechtsvorschlag aufzuheben. Am 15. Januar 2007 trat der Einzelrichter am Bezirksgericht Dielsdorf mangels sachlicher Zuständigkeit auf die Klage nicht ein. Die III. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich hiess am 16. November 2007 eine dagegen von der Klägerin erhobene Nichtigkeitsbeschwerde gut, hob den Nichteintretensentscheid auf und wies die Sache zu neuem Entscheid an das Bezirksgericht zurück. Mit Urteil vom 3. Juli 2008 hiess der Einzelrichter am Bezirksgericht die Klage gut, sprach der Klägerin den eingeklagten Betrag samt Nebenposten zu und hob den Rechtsvorschlag auf. Am 1. Dezember 2008 wies die III. Zivilkammer des Obergerichts eine dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde der X. AG ab. Die X. AG gelangte ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Erklärt der Bundesrat in Anwendung von Art. 60 Abs. 3 BBG den Berufsbildungsfonds einer Branche für alle ihre Betriebe allgemein verbindlich und verpflichtet er diese zur Entrichtung von Bildungsbeiträgen, entsteht auf Seiten der Betriebe eine entsprechende Leistungspflicht. Nach Art. 60 Abs. 6 BBG dürfen freilich Betriebe, die sich bereits mit einem Verbandsbeitrag an der Berufsbildung beteiligen, in einen Berufsbildungsfonds einbezahlen oder sonst nachweisbar angemessene Bildungs- oder Weiterbildungsleistungen erbringen, nicht zu weiteren Zahlungen in allgemein verbindlich erklärte Bildungsfonds verpflichtet werden. Im vorliegenden Fall ist insbesondere die Tragweite dieser Zahlungsbefreiung streitig.

2.2 Die Beschwerdeführerin ist nicht Mitglied des Verbands ihrer Branche, mithin der Beschwerdegegnerin. Mit Bundesratsbeschluss vom 13. April 2005 wurde der Berufsbildungsfonds der Beschwerdegegnerin

gemäss dem Reglement vom 15. September 2004 allgemein verbindlich erklärt (Art. 1). Durch die Allgemeinverbindlicherklärung werden grundsätzlich alle Betriebe der Metallbaubranche verpflichtet, unabhängig davon, ob sie Mitglied der Beschwerdegegnerin sind oder nicht, Beiträge an den Berufsbildungsfonds derselben zu leisten.

2.3 Bei den obligatorischen Beiträgen an den fraglichen Berufsbildungsfonds handelt es sich um Zwangsabgaben, die lediglich einer bestimmten Gruppe von Pflichtigen auferlegt werden, weil diese Personen zum vom Gemeinwesen vorgeschriebenen Förderungsfonds eine nähere Beziehung haben als andere Personen. Die Beiträge werden zwecks Finanzierung der eigenen, im öffentlichen Interesse stehenden Förderungsmaßnahmen für die Berufsbildung eingezogen und sind voraussetzungslos geschuldet. Solche Abgaben haben eine gewisse Verwandtschaft zur Vorzugslast (Beiträgen), doch unterscheiden sie sich von dieser dadurch, dass kein individueller, dem einzelnen Pflichtigen zurechenbarer Sondervorteil vorliegen muss, der die Erhebung der Abgabe rechtfertigt. Es besteht daher eine noch grössere Ähnlichkeit zu den so genannten Kostenanlastungsabgaben, die ebenfalls voraussetzungslos, d.h. unabhängig vom konkreten Nutzen oder vom konkreten Verursacheranteil des Pflichtigen, geschuldet sind und daher zu den Steuern zählen (vgl. BGE 129 I 346; 128 I 155 E. 2.2 S. 160; 124 I 289; Urteil des Bundesgerichts 2P.215/2000 vom 12. März 2001 in StR 57/2002 S. 43). Die fraglichen Beiträge sind mithin als mit Kostenanlastungssteuern vergleichbare Sonderabgaben zu qualifizieren. Deren Einziehung und Verwendung ist hier jedoch einer privaten Organisation übertragen, wie dies auch in anderen Zusammenhängen vorkommt (vgl. etwa die Urteile des Bundesgerichts 2A.62/2005 vom 22. März 2006 E. 4.2 und 2A.246/2004 vom 21. Dezember 2004 E. 5.)

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin erhebt keine abgaberechtlichen Einwände, sondern rügt in erster Linie einen Verstoss gegen die konkrete Gesetzesregelung in Art. 60 Abs. 6 BBG. Zwar anerkennt sie, dass sie keine Leistungen erbracht hat, die im Berufsbildungsfonds der Beschwerdegegnerin ausdrücklich genannt werden. Sie beruft sich aber auf Eigenleistungen für ihre Lehrlinge im Rahmen der obligatorischen Ausbildung sowie von überbetrieblichen Kursen und ist der Auffassung, diese Aufwendungen rechtfertigten eine Befreiung von der Zahlungspflicht an den Berufsbildungsfonds gemäss Art. 60 Abs. 6 BBG. Umstritten ist in diesem Sinne die Bedeutung des Ausnahmetatbestandes der sonst nachweisbar angemessenen Bildungs- oder Weiterbildungsleistungen gemäss dieser Bestimmung.

3.2 Weder im Gesetz noch im dazu gehörigen Verordnungsrecht findet sich eine Legaldefinition, was mit den für die Zahlungsbefreiung massgeblichen «nachweisbar angemessenen Bildungs- oder Weiterbildungsleistungen» gemeint ist. Auch die Materialien geben wenig Aufschluss über den Sinngehalt des Ausnahmetatbestandes von Art. 60 Abs. 6 BBG. Der Grund dafür liegt darin, dass diese Bestimmung erst spät während der par-

lamentarischen Debatten in das Gesetz aufgenommen wurde. Die Beschwerdeführerin geht von einem vorwiegend grammatikalischen Verständnis aus und erachtet die Leistungen, die sie im eigenen Betrieb insbesondere zur Lehrlingsausbildung erbringt, als massgeblich. Die Kostenbefreiung von Art. 60 Abs. 6 BGG ist indessen im Gesamtzusammenhang auszulegen.

3.3 Art. 60 BBG bezweckt in erster Linie, dass mit den Beiträgen der allgemein verbindlich erklärten Fonds das Berufsbildungssystem der Trägerorganisation mitfinanziert werden soll. Das Gesetz geht vom Vorrang der privatwirtschaftlichen Eigeninitiative aus, kombiniert diese aber ergänzend mit subsidiärem staatlichem Handeln (BBl 2000 5744). Die Beiträge sollen dabei über die Tätigkeiten des Fonds allen zahlungsverpflichteten Betrieben zugute kommen. Ziel der Allgemeinverbindlicherklärung ist die Vermeidung des «Trittbrettfahrertums» (vgl. BBl 2000 5690, 5745 und 5762), d.h. dass ein Betrieb von den Leistungen des Fonds profitiert, ohne selbst an dessen Finanzierung beizutragen. Durch das Obligatorium werden denn auch diejenigen Betriebe zur Mitfinanzierung verpflichtet, die sich sonst nicht an den allgemeinen Berufsbildungskosten einer Branche beteiligen, von den Leistungen des Fonds bzw. mittelbar der übrigen Verbandsmitglieder aber profitieren. Die Betriebe, die nicht dem Verband angehören, werden zu einem hoheitlich verordneten Solidaritätsbeitrag verpflichtet, was auch zur Wettbewerbsgleichheit innerhalb der Branche beitragen soll (vgl. BBl 2000 5745 und 5762).

3.4 Ziel der Berufsbildungsfonds ist nicht, jedenfalls nicht vorrangig, die Lehrstellenförderung, sondern der Einbezug aller Betriebe einer Branche in die Finanzierung der verbandlichen Berufsbildungskosten. In der Regel übernehmen die Organisationen der Arbeitswelt bei der Berufsausbildung Aufgaben im gemeinwirtschaftlichen, d.h. überbetrieblichen strategischen und operativen Bereich. Dabei handelt es sich typischerweise um Leistungen wie die Initiative und Mitwirkung beim Aufbau und der Weiterentwicklung von Bildungsangeboten, die Nachwuchsförderung, die Beteiligung an Qualifikationsverfahren sowie die Durchführung und Koordination von Bildungsveranstaltungen.

3.5 Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich eine Auslegung von Art. 60 Abs. 6 BBG, wonach es sich bei den fraglichen Bildungs- oder Weiterbildungsleistungen, die eine Befreiung von der Beitragspflicht zu begründen vermögen, um gemeinwirtschaftliche Leistungen handeln muss, die nicht nur dem eigenen Betrieb zugute kommen. Nur wer Aufgaben erfüllt, die denjenigen des Berufsbildungsfonds entsprechen, erbringt bereits selbst einen Aufwand, der auf die Beitragspflicht angerechnet werden darf. Die Ausbildung von Lehrlingen im üblichen Rahmen zählt nicht zu solchen gemeinwirtschaftlichen Leistungen. Zwar steht sie ebenfalls im öffentlichen Interesse und dient insoweit einem überbetrieblichen Ziel. Sie vermag aber eine Befreiung von der Beitragspflicht nicht zu rechtfertigen, weil sie nicht die vom Fonds erbrachten Leistungen ersetzt. Nur wenn ein

solcher Zusammenhang besteht, erscheint eine Beitragsbefreiung sachgerecht.

3.6 Das Berufsbildungsfonds-Reglement der Beschwerdegegnerin bestimmt in Art. 2 den Förderungszweck des Fonds. Konkret sollen die von der Beschwerdegegnerin erbrachten Berufsentwicklungsprojekte, die Berufswahlvorbereitung und die nationalen Aufgaben für die berufliche Grundbildung unterstützt werden. Spezifiziert werden die Leistungen in einem durch die Trägerschaft erlassenen Katalog. Auch wenn sich dieser auf sämtliche Bereiche der Berufsbildung (berufliche Grundbildung, höhere Berufsbildung und berufsorientierte Weiterbildung) erstrecken könnte, erfolgt hier eine Beschränkung auf die Finanzierung der Leistungen in der beruflichen Grundbildung. Dazu mögen zwar auch die von der Beschwerdeführerin erbrachten Leistungen gehören. Entscheidend ist aber, dass diese nicht denjenigen des Fonds entsprechen, wie die Beschwerdeführerin selbst anerkennt, und folglich auch nicht an die Stelle der Verbandsleistungen treten können. Handelt es sich bei den von der Beschwerdeführerin angerufenen Eigenleistungen damit nicht um gemeinwirtschaftliche Tätigkeiten im Sinne von Art. 60 BBG, führen sie auch nicht zu einer Befreiung von der Beitragspflicht nach Abs. 6 dieser Bestimmung.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin beruft sich auf die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit nach Art. 23 und 28 BV.

4.2 Die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheiten schützen nicht nur das Recht, sich einem Verband anzuschliessen, sondern auch das Recht, einem solchen fernzubleiben. Nach BGE 124 I 107 E. 4c/cc S. 116 f. ist es insbesondere verfassungswidrig bzw. unverhältnismässig, von einem Unternehmen, das staatliche Finanzhilfen in Anspruch nehmen will, zu verlangen, sich einem durch Gesamtarbeitsvertrag gebundenen Arbeitgeberverband anzuschliessen.

4.3 Ob der angefochtene Entscheid in diesem Sinne in die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheiten im Sinne der negativen Zusammenschlussfreiheit eingreift, wie die Beschwerdeführerin meint, erscheint fraglich. Diese wird nämlich keineswegs gezwungen, sich dem Verband anzuschliessen. Das einschlägige Recht sieht gerade nicht eine solche Zwangsmitgliedschaft vor. Das durch die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesrates geschaffene Obligatorium erfasst einzig die Beitragspflicht. Dass eine solche bereits zu einem Eingriff in die Verbandsfreiheit – sei es unter dem Aspekt von Art. 23 BV, sei es unter demjenigen von Art. 28 BV – führt, ist nicht ohne weiteres anzunehmen, kann hier aber offen bleiben.

4.4 Selbst wenn von einem Eingriff in Art. 23 oder 28 BV auszugehen wäre, erwiesen sich die Voraussetzungen von Art. 36 BV als erfüllt. Die entsprechende gesetzliche Grundlage in Art. 60 BBG ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin genügend bestimmt und, wie dargelegt wurde, zulässiger Auslegung zugänglich. Die Beitragspflicht steht zudem im öffentlichen Interesse und ist, gerade im Hinblick darauf, dass

eine Zwangsmitgliedschaft vermieden wird, nicht zuletzt als mildere Massnahme auch verhältnismässig. Ohnehin nicht berührt ist der Kerngehalt der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit. Abgesehen davon würde für Art. 60 BBG das Anwendungsgebot von Art. 190 BV gelten.

5.

Der angefochtene Entscheid verletzt Bundesrecht somit nicht. Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 17 février 2010, Doss.-N° 4A\_631/2009 (Admission partielle du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 11 novembre 2009 par la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève)*

**Art. 327a CO. Remboursement des frais. L'employeur était tenu de prendre en charge les frais de déplacement de l'employée au lieu où elle accomplissait son travail, soit au domicile de chaque client. Il en résulte que l'usage du véhicule, cédé à l'employée, correspondait exclusivement à la prise en charge des frais nécessaires incombant à l'employeur, sans constituer de plus un élément de salaire (c. 2).**

**Certificat médical. Lorsque le certificat médical produit par l'employeur n'invalide pas de façon certaine ni catégorique les conclusions du médecin traitant, le juge peut retenir sans arbitraire que les certificats de ce dernier expriment la vérité au sujet de l'empêchement de travailler et que l'employeur a échoué dans la contre-preuve (c. 3).**

**Art. 329b CO. Réduction de la durée des vacances. La période de référence est réduite du nombre de mois complets d'absence, moins un qui est un délai de grâce, et le droit aux vacances est calculé pro rata temporis sur le solde. Ces principes s'appliquent également lorsque la période de référence n'atteint pas l'année de service entière (c. 4).**

Extraits des faits:

Dès la fin de septembre 2006, A. est entrée au service de X. Sarl, à Carouge, pour pratiquer à temps complet la coiffure au domicile des clientes et clients de l'entreprise. L'employeuse lui a versé un salaire mensuel brut de 3600 fr., sur lequel elle retenait, outre les déductions sociales, un montant de 300 fr. en contrepartie de l'utilisation d'un véhicule. Cette automobile demeurait constamment à la disposition de la travailleuse mais celle-ci, qui habitait en France, ne pouvait l'utiliser qu'en Suisse. Les parties ont conclu un nouveau contrat, cette fois par écrit, le 3 mai 2007. Le taux d'activité et le salaire mensuel brut étaient respectivement réduits à 90% et à 3240 francs. La travailleuse conservait l'usage du véhicule mais elle ne devait désormais aucune contrepartie. En conséquence, dès avril 2007, son salaire mensuel net a progressé d'environ 40 francs. De fait, elle

a continué d'être employée comme auparavant, sans réduction réelle de son taux d'activité. Selon les explications de l'employeuse, celle-ci cherchait à diminuer ses charges sociales.

Le nouveau contrat comportait des clauses concernant la perte de gain en cas d'empêchement de travailler. L'employeuse s'obligeait à conclure un contrat d'assurance qui prévoirait une indemnité correspondant à 80% du salaire brut pendant sept cent trente jours, au maximum, par cas de maladie, avec un délai d'attente de trente jours; l'employeuse verserait le salaire, au taux de 80%, pendant ce délai. L'employeuse a conclu, semble-t-il, ce contrat d'assurance, mais elle n'a pas fait les versements nécessaires au maintien de la couverture; néanmoins, elle a retenu sur le salaire la prime qui incombait à la travailleuse. A. s'est dite malade et elle a suspendu son activité dès le 29 janvier 2008. Elle a restitué l'automobile. Elle a transmis des certificats de son médecin traitant établis les 29 janvier, 14 et 20 février, 7 et 17 mars, 17 avril, 22 mai et 23 juin 2008, qui attestaient de son incapacité de travailler. Au début de juin 2008, l'employeuse a chargé le docteur B. d'établir une expertise médicale. Sur la base des renseignements reçus du médecin traitant et d'un examen de la patiente effectué le 27 juin, ce praticien a rédigé un rapport daté du 19 août 2008. Entre-temps, en mai 2008, A. s'était rendue en voyage d'agrément au Mexique durant une semaine. Par ailleurs, le 23 mai, l'employeuse a résilié le contrat de travail avec effet au 30 juin 2008.

Le 7 août 2008, A. a ouvert action contre l'employeuse devant le Tribunal de prud'hommes du canton de Genève; après amplification de sa demande, elle élevait des prétentions au total d'environ 29 500 fr. en capital. Outre des indemnités pour licenciement abusif et réparation morale, elle réclamait surtout des arriérés de salaire. Le tribunal s'est prononcé le 26 mars 2009; accueillant partiellement l'action, il a condamné la défenderesse à payer la somme brute de 16 235 fr. 60, soumise aux déductions sociales, avec intérêts au taux de 5% par an dès le 1<sup>er</sup> juillet 2008. Saisie par la défenderesse, la Cour d'appel a statué le 11 novembre 2009; elle a confirmé le jugement.

Agissant par la voie du recours en matière civile, la défenderesse requiert le Tribunal fédéral de réformer l'arrêt de la Cour d'appel en ce sens que l'action soit entièrement rejetée.

Extraits des considérants:

2.

Il est constant que dès le début de la collaboration de la demanderesse, les parties se sont liées par un contrat de travail selon l'art. 319 CO.

La Cour d'appel constate en fait que la demanderesse a toujours travaillé à temps complet au service de la défenderesse, même après qu'un engagement réduit à 90% eut été censément convenu; elle retient en droit que cette première partie a donc conservé le droit au salaire initialement

convenu pour un engagement à temps complet, soit 3600 fr. par mois. La Cour retient de plus que l'usage du véhicule fourni par la défenderesse, désormais gratuit, ne constituait pas un salaire en nature parce que la demanderesse n'en avait pas la libre disposition.

La défenderesse se plaint d'arbitraire et elle conteste que l'usage gratuit du véhicule, dès avril 2007, n'ait pas constitué un salaire en nature; à son avis, selon le contrat initial des parties, cette prestation valait 300 fr. par mois.

Devant la Cour, la demanderesse a expliqué que le véhicule mis à sa disposition ne lui avait servi que pour ses déplacements professionnels en Suisse; elle devait le laisser à proximité de la frontière et utiliser son propre véhicule entre ce lieu de stationnement et son domicile en France. La défenderesse se réfère à ces déclarations sans les mettre en doute. Le Tribunal fédéral peut donc, en application de l'art. 105 al. 2 LTF, compléter les constatations déterminantes selon ces mêmes déclarations.

A teneur de l'art. 327a al. 1 et 3 CO, l'employeur doit rembourser au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du travail (al. 1), et les accords en vertu desquels le travailleur supporte lui-même tout ou partie des frais nécessaires sont nuls (al. 3). La défenderesse devait donc prendre en charge les frais de déplacement de la demanderesse au lieu où celle-ci accomplissait son travail, soit au domicile de chaque client (RÉMY WYLER, Droit du travail, 2<sup>e</sup> éd., 2008, p. 282, avec références à d'autres auteurs); elle le faisait de manière adéquate en lui fournissant un véhicule. En tant que le contrat initial reportait les frais de déplacement sur la demanderesse, par le biais d'une retenue sur le salaire mensuel au montant de 300 fr. en contrepartie de l'usage du véhicule, il s'agissait d'un accord nul au regard de l'art. 327a al. 3 CO.

Le salaire convenu est dû au travailleur selon l'art. 322 al. 1 CO; il comprend éventuellement des prestations en nature telles que la jouissance d'un appartement, l'usage d'un véhicule, ou le logement et l'entretien dans le ménage de l'employeur (ATF 131 III 615 consid. 5.1 p. 619). En l'espèce, la demanderesse avait effectivement un véhicule à sa disposition mais elle devait respecter des restrictions d'utilisation qui ne lui permettaient guère de l'employer en dehors de son activité au service de l'employeuse. Au regard de cette situation, il s'impose de retenir que l'usage du véhicule, cédé à la demanderesse, correspondait exclusivement à la prise en charge des frais nécessaires incombant à l'employeuse, sans constituer de plus un élément du salaire. Au sujet de cette prestation en nature, l'appréciation de la Cour est donc conforme aux dispositions de droit fédéral applicables; pour le surplus, il n'est pas contesté que la demanderesse eût droit, en contrepartie de son travail, à un salaire mensuel de 3600 francs.

Ainsi, la Cour reconnaît à bon droit un arriéré de 360 fr. pour chacun des mois d'avril 2007 à janvier 2008, correspondant à la différence entre le salaire dû et celui effectivement versé, soit 3600 fr. pour dix mois.

3.

Il est constant que la demanderesse a cessé de travailler dès le 29 janvier 2008. La Cour d'appel constate qu'elle était alors empêchée de travailler pour cause de maladie et elle lui reconnaît le droit aux prestations contractuelles dues en pareil cas. La défenderesse conteste que sa co-contractante fût réellement hors d'état de travailler; invoquant l'art. 9 Cst., elle se plaint d'une appréciation arbitraire des preuves.

En ce qui concerne l'appréciation des preuves et la constatation des faits, l'autorité tombe dans l'arbitraire lorsqu'elle ne prend pas en considération, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, sur la base des éléments recueillis, elle parvient à des constatations insoutenables (ATF 129 I 8 consid. 2.1; voir aussi ATF 134 V 53 consid. 4.3 p. 62).

Dès le début de son absence, la demanderesse a remis à l'employeuse un certificat médical qu'elle a ensuite renouvelé. Elle a ainsi prouvé de façon adéquate, en principe, l'existence d'un empêchement de travailler et la cause de cet empêchement (WYLER, op.cit., p. 224); cependant, la défenderesse prétend avoir apporté la contre-preuve avec le rapport et le témoignage du docteur B.

Le rapport se lit comme suit:

J'ai vu la patiente le vendredi 27 juin 2008 à 14h00. Un complément d'information m'a été communiqué par son médecin traitant le 6 août 2008.

Mes conclusions sont les suivantes:

1. La patiente signale un début de problème avec son poignet gauche suite à une «agression» par un résident lors de l'exercice de ses fonctions à l'EMS de .... La date n'est pas précisée. La consultation et le traitement pour cet événement ont eu lieu quelque temps plus tard en septembre 2007.

2. C'est le 28 janvier 2008 que les douleurs du coude et de l'épaule gauche apparaissent et ne cesseront plus malgré divers traitements.

3. Mon examen clinique révèle peu de concordance avec les plaintes de la patiente, en particulier, aucun signe inflammatoire ni limitation de l'ampliation articulaire au niveau des trois articulations concernées.

A préciser que la patiente est droitrière.

4. Les diagnostics donnés par le médecin traitant restent un sujet à débattre puisque les examens complémentaires pour les étayer (bilan sanguin et radiographie standard) étaient strictement dans les normes.

Pas d'examen d'échographie pour aucune des trois articulations.

5. Dans l'hypothèse de l'acceptation conditionnelle d'une impotence fonctionnelle, liée à ces diagnostics, qui empêcherait la patiente d'utiliser son membre supérieur gauche, on peut souligner le fait qu'elle est droitrière et, épargnant son membre algique, une reprise d'une autre activité professionnelle aurait pu être envisagée dès le deuxième mois de son arrêt de travail et ceci à un pourcentage progressif.

A l'audience, le docteur B. a confirmé qu'il n'avait observé aucun élément propre à causer la douleur dont la patiente faisait état, et que ses plaintes étaient à son avis subjectives. Il avait accompli un examen clinique sommaire; des examens complémentaires, aux ultrasons ou IRM, auraient été nécessaires pour un examen complet. L'un des traitements exécutés – une infiltration épicondyléenne le 1<sup>er</sup> mars 2008 – avait pu influencer favorablement la mobilité de l'articulation. Dans son rapport, le docteur B. envisageait une activité professionnelle qui ne comporterait pas l'emploi du bras gauche.

Selon ses propres déclarations, l'auteur du rapport n'a donc accompli que des investigations partielles, dont le résultat était de plus influencé par le traitement médical déjà intervenu. Le médecin traitant n'a certes pas effectué ni prescrit les examens sans lesquels, d'après le docteur B., le diagnostic demeurerait sujet à caution. Néanmoins, les constatations de ce dernier praticien n'invalident pas de façon certaine ni catégorique les conclusions du médecin traitant. Les deux médecins émettent des avis différents sur des bases apparemment semblables. Dans ces conditions, le juge du fait peut retenir sans arbitraire que les certificats du médecin traitant expriment la vérité au sujet de l'empêchement de travailler et que la défenderesse a échoué dans la contre-preuve. Le voyage fait au Mexique, en mai 2008, n'exclut pas non plus l'incapacité de travail dans l'activité de coiffeuse. Tout cela conduit au rejet du grief tiré de l'art. 9 Cst.

Il n'est pas nécessaire d'examiner en détail les critiques que la défenderesse développe contre divers considérants de la décision attaquée parce que, comme on vient de le voir, ce prononcé n'est de toute manière pas arbitraire dans son résultat (cf. ATF 134 I 140 consid. 5.4 p. 148; 133 I 149 consid. 3.1 p. 153). La défenderesse invoque aussi l'art. 8 CC relatif à la répartition du fardeau de la preuve, mais cette disposition n'est pas en cause dans la présente affaire; en effet, lorsque le juge parvient à constater les faits déterminants pour l'application du droit, il est dispensé de rechercher à quelle partie il incombait de prouver quels faits (ATF 131 III 646 consid. 2.1 p. 649; 128 III 271 consid. 2b/aa in fine p. 277).

Pour le surplus, la défenderesse ne conteste pas que son employée eût droit à son salaire réduit à 80%, ou à une indemnité équivalente, pendant la période d'incapacité de travail. En dépit de ses affirmations, elle n'a donc pas versé sans justification 2592 fr. pour le mois de février 2008. Au contraire, elle aurait dû verser 3600 fr. au taux précité, soit 2880 francs. A juste titre, la Cour d'appel reconnaît un arriéré de 288 fr. pour ce mois.

A juste titre encore, la Cour alloue ce même montant de 2880 fr. pour chacun des mois de mars à juin 2008, où la demanderesse n'a rien reçu, soit 11 520 francs.

4.

La Cour d'appel retient que la demanderesse avait droit à quatre semaines de vacances par année, soit deux semaines pour le premier semestre de 2008. Elle constate que la demanderesse n'a effectivement pris qu'une semaine, lors de son voyage au Mexique, et elle alloue une indemnité pour l'autre de ces semaines; elle confirme le montant de 827 fr. 60 que les premiers juges ont calculé sur la base d'un salaire mensuel de 3600 francs.

Avec raison, la défenderesse fait grief à la Cour de n'avoir opéré aucune réduction du droit aux vacances par suite de l'incapacité de travail.

L'art. 329b al. 1 et 2 CO est libellé comme suit:

<sup>1</sup>Lorsqu'au cours d'une année de service, le travailleur est, par sa propre faute, empêché de travailler pendant plus d'un mois au total, l'employeur peut réduire la durée de ses vacances d'un douzième par mois complet d'absence.

<sup>2</sup>Si la durée de l'empêchement n'est pas supérieure à un mois au cours d'une année de service, et si elle est provoquée, sans qu'il y ait faute de sa part, par des causes inhérentes à la personne du travailleur, telles que maladie [ou] accident [...], l'employeur n'a pas le droit de réduire la durée des vacances.

En l'espèce, c'est l'art. 329b al. 2 CO qui est pertinent. Selon la jurisprudence relative à cette disposition quelque peu absconse, la période de référence – qui est en principe l'année de service – est réduite du nombre de mois complets d'absence, moins un qui est un délai de grâce, et le droit aux vacances est calculé pro rata temporis sur le solde; cela s'applique sans changement lorsque la période de référence n'atteint pas l'année de service entière (arrêt 4C.125/1998 du 10 septembre 1998, consid. 3b, JAR 1999 p. 169; WYLER, op.cit., p. 349).

Il n'est pas mis en doute que le premier semestre de 2008 soit la période de référence pertinente. Des cinq mois complets d'absence, il faut retrancher un mois de grâce et la période de présence est donc réduite à deux mois. Pour ces deux mois, le droit aux vacances pro rata temporis atteint deux tiers d'une semaine. Le montant de 827 fr. 60, pour une semaine, doit être réduit en conséquence; on parvient à 551 fr. 75.

Contrairement au jugement de la Cour d'appel et aussi à l'argumentation de la défenderesse, la semaine du voyage au Mexique n'influence pas le calcul. En effet, la demanderesse n'a pas pris de vacances à ce moment; elle se trouvait alors en incapacité de travail, ce qui n'est pas assimilable à des vacances (WYLER, op.cit., p. 344; ULLIN STREIFF et ADRIAN VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6<sup>e</sup> éd., 2006, p. 281 in fine).

*Tribunal fédéral, Arrêt du 25 février 2010, Doss.-N° 4A\_608/2009 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 30 octobre 2009)*

**Art. 322 CO. La fixation du salaire relève en principe de la liberté contractuelle. Dans la règle, l'employeur doit payer intégralement le salaire convenu qui est le salaire brut. Il ne peut réduire unilatéralement le salaire du travailleur sans que celui-ci ne donne son accord ou qu'une clause contractuelle le permette. Une réduction unilatérale constitue une inexécution partielle de l'obligation de payer le salaire (c. 3.1).**

Extraits des faits:

L'Organisation X. (ci-après: X.) est une organisation internationale non gouvernementale. Elle emploie plus de 150 personnes, qui ne sont pas des fonctionnaires internationaux, mais sont liées à leur employeur par un contrat de droit privé. Par contrat du 2 juillet 2002, X. a engagé, avec effet dès le 15 septembre 2002, Y., ressortissant suédois, en qualité de spécialiste en développement du système extranet et d'autres services, moyennant un salaire mensuel brut initial de 7000 fr. Jusqu'au 29 juin 2006, le salaire de Y. a fait l'objet d'une retenue pour l'impôt à la source, l'intéressé étant domicilié dans le canton de Genève au bénéfice d'une autorisation de séjour de type B. Le 29 juin 2006 est entré en vigueur un accord conclu entre le Conseil fédéral et X.. Cet accord prévoit d'une part (aux art. 1 à 3) une large exonération fiscale de l'organisation elle-même et, d'autre part (à l'art. 6 ch. 1), que «les membres du personnel de l'Organisation qui n'ont pas la nationalité suisse sont exonérés, pendant la durée de leurs fonctions au sein de l'Organisation, de tous impôts fédéraux, cantonaux et communaux sur les traitements, émoluments et indemnités qui leur sont versés par l'Organisation». L'art. 7 de l'accord précise que ces privilèges fiscaux ne sont pas établis en vue d'accorder aux employés de X. des avantages personnels, mais sont institués uniquement afin d'assurer, en toutes circonstances, le libre fonctionnement de l'organisation. Le 24 juillet 2006, X. a informé tous les membres de son personnel de l'accord conclu avec le Conseil fédéral. Pour les employés étrangers, résidant à Genève ou dans le canton de Vaud, elle a décidé d'opérer sur les salaires un «prélèvement accord fiscal» équivalant à l'impôt à la source, au bénéfice de l'organisation elle-même, soutenant que l'accord devait avantager l'organisation et non le personnel et qu'il fallait éviter une différence de traitement avec les employés de nationalité suisse. Le 4 octobre 2006, X. a passé un accord avec la délégation du personnel, à teneur duquel elle s'engageait à redistribuer 50% des montants ainsi prélevés sous la forme d'une contribution supplémentaire au fonds de pension.

Par courrier du 6 septembre 2006, Y. s'est opposé au prélèvement opéré par X. sur ses salaires de juillet et août 2006, ainsi qu'à tous prélèvements futurs. X. a indiqué que Y. était le seul employé à n'avoir pas accepté le principe du prélèvement, quand bien même son salaire net n'était pas modifié. A la suite de la démission de Y., les rapports de travail ont pris fin d'un commun accord le 14 décembre 2007.

Le 23 septembre 2008, Y. a ouvert action devant la Juridiction des prud'hommes du canton de Genève contre X., à laquelle il a réclamé, avec les intérêts légaux, le remboursement de tous les prélèvements opérés durant la période de juillet 2006 à décembre 2007. Par jugement du 30 mars 2009, le Tribunal des prud'hommes a débouté Y. des fins de sa demande. Statuant sur appel par arrêt du 30 octobre 2009, la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes a annulé ce jugement et alloué au demandeur le plein de ses conclusions.

X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt précité. L'intimé propose le rejet du recours, mais admet que le dispositif doit être rectifié en ce sens que la cour cantonale a retenu à tort que l'employé recevait un treizième salaire.

Extraits des considérants:

3.

3.1 Les parties ont conclu un contrat individuel de travail, l'intimé s'étant engagé à travailler au service de la recourante, laquelle s'est obligée à lui payer le salaire convenu (art. 319 al. 1 CO).

Il ressort des constatations cantonales (art. 105 al. 1 LTF) que les parties sont convenues du montant du salaire mensuel, étant observé qu'aucun contrat-type ou convention collective n'est applicable (art. 322 al. 1 CO). La fixation du salaire relève en principe de la liberté contractuelle (ATF 129 III 276 consid. 3.1 p. 281). La recourante tente de provoquer la confusion en parlant du salaire net. L'employeur doit en principe payer intégralement le salaire convenu (PIERRE TERCIER/PASCAL G. FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 4<sup>e</sup> éd. 2009, n° 3469). Le salaire convenu est le salaire brut (RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd. 2008, p. 177).

Sur le salaire brut, l'employeur impute les cotisations sociales obligatoires à la charge du travailleur (ATF 107 II 430 consid. 4 p. 435 s.), ainsi que d'éventuelles cotisations convenues (WYLER, *op.cit.*, p. 177; WOLFGANG PORTMANN, *Commentaire bâlois, Obligationenrecht I*, 4<sup>e</sup> éd., n° 8 ad art. 322 CO; JÜRIG BRÜHWILER, *Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, 2<sup>e</sup> éd. 1996, p. 104). Dans les cas où le droit public l'y oblige, l'employeur prélève également sur le salaire brut l'impôt à la source (WYLER, *op.cit.*, p. 179/180; PORTMANN, *op.cit.*, n° 8 ad art. 322 CO; BRÜHWILER, *op.cit.*, p. 104).

Selon l'art. 323a CO, un accord des parties, un usage, un contrat-type ou une convention collective pourrait prévoir une retenue à titre de garantie

en faveur de l'employeur (STAEHELIN/VISCHER, Commentaire zurichois, n° 6 ad art. 323a CO; WYLER, op.cit., p. 267; BRÜHWILER, op.cit., p. 128; PORTMANN, op.cit., n° 2 ad art. 323a CO; pour le cas d'une peine conventionnelle: ATF 119 II 162 consid. 2). Aucune retenue à titre de garantie n'a cependant été convenue en l'espèce.

Les accords prévoyant que le travailleur doit utiliser une partie de son salaire dans l'intérêt de l'employeur sont nuls (art. 323b al. 3 CO; ATF 130 III 19 consid. 4.2 p. 27).

Hormis les obligations du droit de la famille qui n'entrent pas en considération en l'espèce, le travailleur ne peut céder une partie de ses salaires futurs (art. 325 al. 2 CO).

L'employeur ne peut réduire unilatéralement le salaire du travailleur sans que celui-ci ne donne son accord ou qu'une clause contractuelle le permette (WYLER, op.cit., p. 176; PORTMANN, op.cit., n° 4 ad art. 322 CO; BRÜHWILER, op.cit., p. 101; TERCIER/FAVRE, op.cit., n° 3420). Une réduction unilatérale sans l'accord du travailleur constitue une inexécution partielle de l'obligation de payer le salaire (BRÜHWILER, op.cit., p. 102).

Le travailleur peut cependant, sans respecter aucune forme particulière, renoncer à une partie de son salaire, mais cette renonciation doit être dûment établie (arrêt 4C.242/2005 du 9 novembre 2005 consid. 4.3; arrêt 4C.474/1996 du 18 février 1997 consid. 1 et 2).

3.2 En l'occurrence, il ressort des constatations cantonales (art. 105 al. 1 LTF) que l'intimé n'a jamais consenti aux prélèvements litigieux. Aucune clause du contrat conclu ne permettait d'y procéder. Il n'apparaît pas non plus que le travailleur avait donné le pouvoir à la délégation du personnel de le représenter et de l'engager.

Aussi longtemps que l'employeur était tenu de prélever l'impôt à la source, les retenues étaient fondées sur une obligation légale. Dès que l'employeur a été dispensé de cette obligation, la retenue n'avait plus de base légale. Dès le moment où le prélèvement ne reposait sur aucun fondement, légal ou contractuel, l'employeur n'était plus autorisé à réduire ainsi le salaire convenu. La solution ne serait d'ailleurs pas différente si une cotisation sociale obligatoire à la charge du travailleur venait à diminuer. On se trouve donc bien en présence d'une inexécution partielle de l'obligation de payer le salaire (art. 322 al. 1 CO) et l'arrêt cantonal ne viole en rien le droit fédéral.

3.3 L'argumentation de la recourante selon laquelle l'intimé ne possédait pas la qualité pour agir est incompréhensible. En tant que travailleur lié à la recourante par un contrat individuel de travail, l'intimé est évidemment légitimé à réclamer intégralement le salaire auquel il a droit (art. 322 al. 1 CO).

Que l'intimé ne soit pas partie à l'accord fiscal passé entre le Conseil fédéral et la recourante est une remarque sans pertinence. Ce qui est ici déterminant est que la recourante n'est plus tenue de prélever l'impôt à la

source (qui n'est d'ailleurs plus dû par l'employé), de sorte qu'elle n'a plus aucune base légale pour procéder à une telle retenue sur le salaire convenu.

Que les employés de la recourante, suivant leur nationalité, soient traités de manière différente d'un point de vue fiscal relève directement de l'application de la loi fiscale. Il n'appartient pas à l'employeur d'essayer de gommer les effets de la loi fiscale en violant son obligation de payer à l'intimé le salaire convenu. Sous cet angle également, il n'y a aucune violation du droit fédéral ou du droit international en vigueur en Suisse.

La recourante fait valoir que l'intimé bénéficie indirectement des versements effectués au fonds de pension grâce aux prélèvements litigieux. Outre que ces versements semblent avoir été effectués en main d'un tiers (le fonds de pension), il apparaît surtout que la recourante ne prétend pas avoir invoqué une créance compensatoire dans la procédure cantonale. Elle ne peut donc formuler une prétention pour la première fois devant le Tribunal fédéral, alors que celle-ci supposerait que l'on élucide de nouvelles questions de fait (art. 99 LTF).

En tant qu'organisation non gouvernementale, la recourante n'est pas un sujet du droit international public et ne dispose d'aucune compétence fiscale. Elle ne peut donc percevoir un impôt et l'accord passé avec le Conseil fédéral n'y change rien. Cet accord ne prévoit en tout cas pas que la recourante pourrait percevoir un impôt en lieu et place de la Confédération suisse.

L'argument selon lequel le salaire net est resté le même n'est pas pertinent, puisque l'employeur doit payer le salaire brut, sous réserve des déductions qu'il est autorisé à faire en vertu de la loi ou de l'accord des parties.

Que la recourante ait voulu, avec l'accord fiscal, obtenir un avantage pour elle-même ne change rien quant à son obligation de payer le salaire convenu dans le cadre du contrat individuel de travail conclu avec l'intimé.

Il a déjà été observé qu'il ne lui incombait pas de corriger les effets de la loi fiscale fondés sur des nationalités différentes, en tout cas pas au moyen d'une réduction unilatérale sur le salaire dû à l'intimé.

A juste titre, la recourante ne revient pas sur le fait que la loi sur l'Etat hôte et l'art. 323a CO ne sont pas applicables au cas d'espèce.

*Bundesgericht, Urteil vom 5. März 2010, Doss.-Nr. 4A\_593/2009 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Glarus vom 23. Oktober 2009)*

**Gemäss Art. 42 LMV 2005/6 setzt die Lohnklasse Q neben einem anerkannten Fachausweis mindestens eine dreijährige Tätigkeit auf einer Schweizer Baustelle voraus, wobei die Berufslehrezeit als Tätigkeit gilt. Art. 42 LMV stellt nicht auf die Staatsangehörigkeit ab. Es ist**

**aber davon auszugehen, dass sich viele Personen in dem Land ausbilden lassen, in dem sie aufgewachsen sind, womit sich Art. 42 LMV 2005/6 in der grossen Mehrzahl der Fälle zu Lasten der nicht in der Schweiz aufgewachsenen Ausländer auswirkt. Objektive Umstände, welche diese Ungleichbehandlung gerechtfertigt erscheinen lassen könnten, wurden in casu nicht festgestellt. Es ist somit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die LMV-Klausel als indirekt diskriminierend i.S.v. Art. 2 FZA einstuft und eine dreijährige Tätigkeit auf einer ausländischen Baustelle als Voraussetzung für den Aufstieg in die Lohnklasse Q genügen liess (E. 1.4 und 1.5).**

Sachverhalt:

A. (Kläger und Beschwerdegegner) wurde in Deutschland zum Hochbaufacharbeiter ausgebildet. Im Juni 2004 trat er in die Dienste der X. AG (Beklagte und Beschwerdeführerin). Diese Anstellung war sein erster Arbeitseinsatz in der Schweiz. Zuvor war er fast elf Jahre hauptsächlich als Maurer und Verputzer in diversen deutschen Betrieben tätig. Der Lohn, den ihm die Beschwerdeführerin ausrichtete, entsprach der Lohnklasse C nach den Landesmantelverträgen (LMV) für das Schweizerische Bauhauptgewerbe 2005 (LMV 2005) und 2006–2008 (LMV 2006). Der Beschwerdegegner war der Auffassung, er hätte einen höheren Stundenlohn entsprechend der Lohnklasse Q der LMV erhalten müssen.

Mit Klage vom 8. Mai 2008 verlangte der Beschwerdegegner von der Beschwerdeführerin die entsprechende Lohndifferenz für die geleisteten Arbeitsstunden von Fr. 24 294.25 brutto. Zusätzlich verlangte er eine Schlechtwetterentschädigung und Ersatz für Zügelstage. Die erste Instanz wies die Klage ab. Demgegenüber sprach die Vorinstanz dem Beschwerdegegner die geltend gemachte Lohndifferenz von Fr. 24 294.25 brutto nebst Zins zu. Die Beschwerdeführerin gelangt ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

1.

Gemäss den einschlägigen Bestimmungen in Art. 42 der LMV 2005/6 setzt die Lohnklasse Q neben einem anerkannten Fachausweis mindestens eine dreijährige Tätigkeit auf Schweizer Baustellen voraus, wobei die Berufslehrezeit als Tätigkeit gilt. Die Voraussetzung einer dreijährigen Tätigkeit auf Schweizer Baustellen erfüllte der Beschwerdegegner objektiv nicht.

1.1 Die Vorinstanz kam zum Schluss, Art. 42 LMV 2005/6 führe zu einer gemäss dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (FZA, SR 0.142.112.681) unzulässigen verdeckten Diskriminierung, da bei einem

gleichwertigen ausländischen Abschluss der Arbeitnehmer drei Jahre bis zum Aufstieg in die Lohnklasse Q warten müsse, während die Schweizer Kollegen diese drei Jahre normalerweise schon hinter sich hätten, wenn sie den eidgenössischen Fachausweis erlangten. Es seien regelmässig ausländische Arbeitnehmer, welche die Berufslehre in ihrem Heimatland gemacht hätten und keine anrechenbare Präsenz auf Schweizer Baustellen vorweisen könnten. Umgekehrt komme es selten vor, dass ein Schweizer Arbeitnehmer seine Ausbildungszeit im Ausland verbracht habe. Daher führe Art. 42 LMV zu einer indirekten Diskriminierung und müsse auch eine Tätigkeit auf einer ausländischen Baustelle genügen.

1.2 Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, die LMV 2005/6 (und damit auch Art. 42 Abs. 1 LMV 2005/6) seien nach Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens vom Bundesrat genehmigt und für allgemeinverbindlich erklärt, beziehungsweise die Allgemeinverbindlicherklärung verlängert worden. Durch die in Art. 110 BV geregelte Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Art. 42 Abs. 1 LMV 2005/6 sei belegt, dass der Bundesrat die Voraussetzung einer dreijährigen Tätigkeit auf Schweizer Baustellen für zulässig gehalten habe und nicht von einer Diskriminierung ausgegangen sei. Zudem seien die normativen Bestimmungen von Gesamtarbeitsverträgen Gesetze im materiellen Sinne, und zwar autonomes Satzungsrecht, an dessen Vorgaben das Bundesgericht gebunden sei.

1.3 Die Qualifikation der normativen Bestimmungen von Gesamtarbeitsverträgen als Gesetze im materiellen Sinne (PORTMANN in: Basler Kommentar, 4. Aufl. 2007, N. 11 zu Art. 356 OR, auf den sich die Beschwerdeführerin beruft) bezieht sich auf die Wirkung der Bestimmungen gegenüber vertragsfremden Dritten. Art. 2 Ziff. 4 des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG, SR 221.215.311) hält ausdrücklich fest, der Gesamtarbeitsvertrag dürfe unter Vorbehalt von Art. 358 OR (vgl. hiezu STÖCKLI, Berner Kommentar, 1999, N. 1 ff. zu Art. 358 OR) dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen. Die Annahme, durch die Allgemeinverbindlichkeitserklärung würden die im LMV enthaltenen normativen Bestimmungen vom Anwendungsgebot nach Art. 190 BV erfasst, geht fehl. Der von der Beschwerdeführerin zitierte Autor führt an der angegebenen Stelle selbst aus, bei Teilnichtigkeit des Vertrages wegen Verstosses gegen zwingendes staatliches Recht bleibe der übrige Teil des Vertrages in seiner Wirkung unberührt (PORTMANN, a.a.O.), was die Möglichkeit zur Überprüfung impliziert. Die Allgemeinverbindlicherklärung geht denn auch vom Bundesrat aus (Art. 7 Abs. 1 AVEG) und nicht etwa vom Parlament im für die Bundesgesetzgebung vorgesehenen Verfahren. Das Bundesgericht kann demnach prüfen, ob die Bestimmungen des LMV gegen zwingendes Bundes- oder Völkerrecht verstossen (Art. 189 BV; Art. 95 BGG).

1.4 Nach Art. 2 FZA dürfen die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet der anderen aufhalten, bei der

Anwendung des Abkommens nach den Anhängen I, II und III nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden. Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA sieht vor, dass ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, auf Grund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht anders behandelt werden darf als die inländischen Arbeitnehmer. Das Diskriminierungsverbot verbietet sowohl die offene oder direkte (formelle) Diskriminierung, d.h. jede Unterscheidung, die ausdrücklich auf die Staatsangehörigkeit abstellt, als auch die versteckte oder indirekte (materielle) Diskriminierung. Eine solche liegt vor, wenn eine benachteiligende Regelung an ein anderes Kriterium als die Staatsangehörigkeit anknüpft, aber in ihren Auswirkungen zum gleichen Ergebnis führt, ohne dass dies durch objektive Umstände gerechtfertigt wäre (BGE 130 I 26 E. 3.2 S. 35; vgl. auch ALVARO BORGHI, *La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE*, 2010, N. 61 ff. zu Art. 2 FZA, je mit Hinweisen).

1.5 Art. 42 LMV 2005/6 stellt nicht auf die Staatsangehörigkeit ab. Die Bestimmung führt daher nicht zu einer direkten Diskriminierung. Dies ist unbestritten. Zu prüfen bleibt die indirekte Diskriminierung.

1.5.1 Die Beschwerdeführerin rügt, die Annahme der Vorinstanz, mehr Schweizer Arbeitnehmer würden aufgrund ihrer Ausbildungszeit das Erfordernis der dreijährigen Arbeit auf Schweizer Baustellen erfüllen, sei nicht belegt. Ausländer könnten ihre Ausbildung in der Schweiz absolvieren und Schweizer im Ausland. Eine Diskriminierung liege nicht vor.

1.5.2 Zwar trifft zu, dass sich Art. 42 LMV 2005/6 auch zu Ungunsten von Schweizern auswirkt, die sich im Ausland haben ausbilden lassen. Dennoch kann eine indirekte Diskriminierung vorliegen. Massgebend für eine indirekte Diskriminierung ist, dass in der grossen Mehrzahl der von der Norm geregelten Fälle Angehörige anderer Staaten betroffen sind (BGE 130 I 26 E. 3.2.3 S. 36 mit Hinweisen). Vor diesem Hintergrund ist der angefochtene Entscheid nicht zu beanstanden. Es ist in der Tat nach der allgemeinen Lebenserfahrung davon auszugehen, dass sich die Mehrheit der Personen in dem Land ausbilden lassen, in dem sie aufgewachsen sind, womit sich Art. 42 LMV 2005/6 in der grossen Mehrzahl der Fälle zu Lasten der nicht in der Schweiz aufgewachsenen Ausländer auswirkt. Zwar kann es Berufszweige geben, in denen eine Ausbildung im Ausland die Regel bildet, weil internationale Erfahrung zu den Berufsanforderungen gehört oder weil für einen Beruf nur in bestimmten Ländern adäquate Ausbildungsmöglichkeiten bestehen. Dass dies bei Bauarbeitern der Fall wäre, behauptet aber nicht einmal die Beschwerdeführerin.

1.5.3 Objektive Umstände, welche die Ungleichbehandlung gerechtfertigt erscheinen lassen könnten (BGE 130 I 26 E. 3.2 S. 35 mit Hinweisen), sind nicht festgestellt und werden von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht (vgl. demgegenüber das ebenfalls zu Art. 42 LMV 2006 ergangene Urteil des Bundesgerichts 4A\_290/2009 vom 12. August 2009 E. 2.3.2). Damit ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Klausel

als indirekt diskriminierend einstuft und eine dreijährige Tätigkeit auf einer ausländischen Baustelle als Voraussetzung für den Aufstieg in die Lohnklasse Q genügen liess.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 8 mars 2010, Doss.-N° 8C\_358/2009 (Rejet du recours en matière de droit public interjeté contre le jugement du Tribunal administratif fédéral du 16 mars 2009)*

**Art. 12 al. 6 lit. b LPers. Employés de la Confédération. Il appartient en premier lieu aux supérieurs hiérarchiques, ainsi qu'à l'autorité compétente de qualifier les prestations de l'employé, du moment qu'ils peuvent le mieux évaluer le travail quotidien et apprécier le comportement de l'intéressé. Le Tribunal fédéral n'examine cette qualification que si les éléments invoqués à l'appui de la résiliation des rapports de service ne sont pas établis ou que les constatations y relatives sont manifestement insoutenables ou contraire aux pièces versées au dossier (c. 4.2.1).**

En dehors de la forme écrite, la LPers ne soumet l'avertissement prévu à l'art. 12 al. 6 lit. b à aucune condition formelle. En particulier, elle ne contient pas de directives au sujet du contenu de l'avertissement. On peut toutefois déduire des principes de la bonne foi et de l'interdiction de l'arbitraire que l'avertissement doit être reconnaissable en tant que tel et qu'il doit permettre à l'intéressé de savoir clairement quels sont les manquements reprochés et quelles sont les exigences auxquelles il aura à satisfaire à l'avenir. En ce qui concerne le contenu et la portée de l'avertissement, on peut se référer aux règles posées par la jurisprudence en matière de licenciement immédiat au sens de l'art. 337 CO (c. 4.3.1).

Aux termes de l'art. 4 al. 2 lit. g LPers, l'employeur met en œuvre les mesures propres à assurer la protection de la personnalité et de la santé ainsi que la sécurité au travail de son personnel. Cette disposition prohibe les actes de harcèlement psychologique (c. 5.1).

Par définition, le harcèlement psychologique est constitué par un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés de manière fréquente et durable. A contrario, le mobbing ne saurait résulter d'un seul acte hostile ou de quelques comportements isolés, même si ces derniers causent un préjudice ou constituent une véritable atteinte à la personnalité du travailleur. Ainsi, il n'est pas arbitraire de considérer qu'un seul acte hostile, ni même deux, ne suffisent pas à former un tel enchaînement, partant un harcèlement psychologique (c. 5.3).

## Extraits des faits:

M. a travaillé dès le 1<sup>er</sup> avril 2007 en qualité de collaboratrice spécialisée au Service X., Section Y., Division Z., auprès de V.. Elle a été engagée sur la base d'un contrat de durée indéterminée, prévoyant un taux d'occupation de 100%. La période d'essai était de trois mois. L'activité principale consistait à établir des cartes de légitimation pour les collaborateurs des organisations internationales. Par lettre du 5 juillet 2007, la Direction des ressources et du réseau extérieur (DRE) du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) a informé M. que la période d'essai était terminée et que les rapports de service seraient prolongés conformément au contrat de travail. Le 6 juillet 2007, la cheffe de la Section Y. (ci-après: la cheffe de section) a fait savoir à M. que le travail fourni ne correspondait pas encore aux attentes. Dans les mois qui ont suivi, un désaccord est apparu entre l'employeur qui estimait que les objectifs quantitatifs et qualitatifs n'étaient pas atteints et M. qui prétendait que ces objectifs étaient irréalistes voire arbitraires. Lors d'entretiens avec le chef de Division, le 31 août 2007, et avec un responsable du personnel, le 3 septembre suivant, l'intéressée s'est vu impartir un délai à la fin du mois de septembre pour améliorer ses prestations dans une mesure correspondant aux attentes. Par une écriture du 17 septembre 2007, M. a contesté les conclusions du compte-rendu de l'entretien du 3 septembre précédent. Cette situation a débouché sur un conflit entre l'intéressée et la cheffe de section, laquelle a été accusée notamment d'abus de pouvoir.

Par décision du 19 décembre 2007, la DRE du DFAE a notifié à M. la résiliation ordinaire des rapports de travail pour faute de l'employée, avec effet au 31 mars 2008. L'intéressée a été libérée de son obligation de fournir des prestations de travail dès réception de la décision et l'effet suspensif d'un éventuel recours a été retiré.

Par mémoire du 30 janvier 2008, M. a recouru devant le DFAE en concluant à l'annulation de cette décision et à sa réintégration dans l'emploi qu'elle occupait ou, en cas d'impossibilité, dans un autre emploi pouvant raisonnablement être exigé d'elle. En outre, elle demandait la restitution de l'effet suspensif. Par une autre écriture du même jour, l'intéressée a saisi la DRE d'une demande tendant à la constatation de la nullité de la résiliation et à la restitution de l'effet suspensif.

De son côté, la DRE a saisi le DFAE le 28 février 2008 d'une requête en constatation de validité de sa résiliation du 19 décembre 2007. Par décision incidente du 27 mars 2008, le DFAE a restitué l'effet suspensif au recours. Il a confirmé la libération de l'intéressée de l'obligation de fournir des prestations de travail et décidé qu'elle percevrait son salaire sans majoration jusqu'au prononcé de sa décision sur le fond du litige. Statuant le 13 mai 2008, le DFAE a admis la requête de la DRE en constatation de la validité de la résiliation et rejeté le recours formé par M.. En outre, il a condamné celle-ci au remboursement du salaire perçu au-delà du 31 mars

2008 (ch. III du dispositif). M. a recouru devant le Tribunal administratif fédéral en concluant à l'annulation de la décision du DFAE du 13 mai 2008 et à sa réintégration dans son emploi ou, en cas d'impossibilité, dans un autre emploi pouvant raisonnablement être exigé d'elle. Statuant le 16 mars 2009, le Tribunal administratif fédéral a partiellement admis le recours en ce sens qu'il a annulé le ch. III du dispositif de la décision attaquée par lequel le DFAE avait condamné l'intéressée au remboursement du salaire perçu au-delà du 31 mars 2008.

M. interjette un recours en matière de droit public contre ce jugement dont elle demande l'annulation, en concluant à sa réintégration dans l'emploi qu'elle occupait ou, en cas d'impossibilité, à ce qu'on lui propose un autre emploi pouvant raisonnablement être exigé d'elle. Subsidiairement, elle conclut au renvoi de la cause à la juridiction précédente pour nouveau jugement. Par ordonnance du 2 juillet 2009, le juge instructeur a rejeté la requête d'effet suspensif.

Extraits des considérants:

4.

4.1 L'employeur a invoqué deux motifs de résiliation ordinaire, à savoir des manquements répétés ou persistants dans les prestations, malgré un avertissement écrit (art. 12 al. 6 let. b LPers), ainsi que des aptitudes ou capacités insuffisantes pour effectuer le travail convenu dans le contrat (art. 12 al. 6 let. c LPers). En outre, il a considéré que la résiliation des rapports de travail était due à une faute de l'employée au sens de l'art. 31 al. 1 let. a OPers.

4.2 La recourante soutient en substance qu'il n'y a pas eu de manquements répétés ou persistants dans les prestations, justifiant une résiliation ordinaire selon l'art. 12 al. 6 let. b LPers.

4.2.1 Il appartient en premier lieu aux supérieurs hiérarchiques, ainsi qu'à l'autorité compétente de qualifier les prestations de l'employé, du moment qu'ils peuvent le mieux évaluer le travail quotidien et apprécier le comportement de l'intéressé (cf. ATF 118 Ib 164 consid. 4b p. 166 s.). Le Tribunal fédéral n'examine cette qualification que si les éléments invoqués à l'appui de la résiliation des rapports de service ne sont pas établis ou que les constatations y relatives sont manifestement insoutenables ou contraires aux pièces versées au dossier (arrêt 2A.761/2006 du 19 avril 2007 consid. 3.3.4).

4.2.2 En l'espèce, les premiers juges ont constaté que la recourante s'était vu fixer par ses supérieurs hiérarchiques des objectifs hebdomadaires sur les plans quantitatif et qualitatif et ils ont examiné les prestations accomplies par l'intéressée au cours de dix semaines de travail. Sur le vu des constatations de l'autorité précédente, les objectifs fixés ont été atteints une fois, quasiment atteints deux fois, partiellement atteints deux fois également et pas atteints cinq fois. Cela étant, même si l'on n'est pas dans une

situation où, comme l'a admis la juridiction précédente, les objectifs n'ont jamais été atteints, les manquements dans les prestations apparaissent cependant de manière répétée et persistante. En effet, si l'on assiste à une relative amélioration de ces prestations vers le milieu de la période d'évaluation (semaine du 10 au 14 septembre 2007: objectifs atteints; semaine du 17 au 21 septembre 2007: objectifs quasiment atteints), les qualifications font état d'objectifs non atteints durant toute la période qui a suivi cette amélioration des performances de travail. Dès lors, on ne saurait nier l'existence en l'occurrence de manquements répétés et persistants dans les prestations au sens de l'art 12 al. 6 let. b LPers.

4.3 La recourante soutient en outre que la résiliation est contraire au droit, dès lors qu'elle n'a pas reçu un avertissement écrit au sens de l'art. 12 al. 6 let. b LPers, ce qui supposait selon elle une décision formelle, c'est-à-dire une décision désignée comme telle et susceptible de recours.

4.3.1 Selon la jurisprudence, l'avertissement prévu à l'art. 12 al. 6 let. b LPers ne constitue pas une décision sujette à recours (décision de la Commission de recours du Tribunal fédéral du 1<sup>er</sup> juillet 2005, in JAAC 69/2005 n° 122 p. 1471, consid. 3; décision de la Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral du 30 septembre 2004, in JAAC 69/2005 n° 33 p. 351). En dehors de la forme écrite, la LPers ne soumet l'avertissement prévu à l'art. 12 al. 6 let. b à aucune condition formelle. En particulier, elle ne contient pas de directives au sujet du contenu de l'avertissement. On peut toutefois déduire des principes de la bonne foi et de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) que l'avertissement doit être reconnaissable en tant que tel et qu'il doit permettre à l'intéressé de savoir clairement quels sont les manquements reprochés et quelles sont les exigences auxquelles il aura à satisfaire à l'avenir (cf. HARRY NÖTZLI, *Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht*, Berne 2005, n. 197 p. 124). Les exigences relatives au contenu de l'avertissement vont de pair avec les règles posées par la jurisprudence qui définit le contenu et la portée des avertissements qui doivent nécessairement précéder un licenciement immédiat au sens de l'art. 337 CO, lorsque le manquement imputé au travailleur n'est pas assez grave pour justifier un tel licenciement sans préavis (arrêt 1C\_277/2007 du 30 juin 2008 consid. 6.2). Sur ce point, le Tribunal fédéral considère qu'étant donné la diversité des situations envisageables, il n'existe pas de critère absolu au sujet du contenu de l'avertissement. Le juge qui examine la validité d'un licenciement immédiat doit se prononcer à la lumière de toutes les circonstances particulières. La jurisprudence ne saurait dès lors poser des règles rigides sur le nombre et le contenu des avertissements. Les juridictions cantonales disposent à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 127 III 153 consid. 1c p. 157).

4.3.2 Selon les constatations des premiers juges, les prestations de l'employée ont été évaluées avec la note C («ne remplit pas les exigences et les objectifs convenus») lors d'un entretien d'évaluation des presta-

tions/de convention d'objectifs qui a eu lieu le 15 octobre 2007. Cette qualification a été notifiée à l'intéressée le 7 novembre suivant. En outre, celle-ci s'est vu impartir par écrit à deux reprises (le 17 et le 27 septembre 2007) un ultime délai (à la fin du mois de septembre, respectivement du mois d'octobre 2007) pour s'améliorer et fournir un travail correspondant aux attentes, ainsi que pour atteindre les objectifs définis chaque semaine.

En l'occurrence, la qualification du 7 novembre 2007 et les injonctions des 17 et 27 septembre 2007 permettaient clairement à l'employée de savoir quels étaient les manquements reprochés et les exigences auxquelles elle aurait à satisfaire à l'avenir. En outre, les injonctions constituaient indéniablement des mises en demeure reconnaissables en tant que telles. D'ailleurs, la recourante affirme que la qualification du 7 novembre 2007 n'a servi qu'à lui faire connaître la volonté de l'employeur de mettre un terme aux rapports de travail.

Le moyen de la recourante tiré de l'absence d'avertissement écrit satisfaisant aux exigences de l'art. 12 al. 6 let. b LPers se révèle ainsi mal fondé.

5.

Par un autre moyen, la recourante allègue avoir été victime d'un harcèlement psychologique de la part de l'employeur.

5.1 Aux termes de l'art. 4 al. 2 let. g LPers, l'employeur met en œuvre les mesures propres à assurer la protection de la personnalité et de la santé ainsi que la sécurité au travail de son personnel. Cette disposition prohibe les actes de harcèlement psychologique. Selon la définition donnée par la jurisprudence, qui vaut pour les relations de travail fondées tant sur le droit privé que sur le droit public (arrêts 4A\_128/2007 du 9 juillet 2007 consid. 2.1; 2A.584/2002 du 25 janvier 2006 consid. 3.5.2.3), le harcèlement psychologique, communément appelé *mobbing*, se définit comme un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail. La victime est souvent placée dans une situation où chaque acte pris individuellement, auquel un témoin a pu assister, peut éventuellement être considéré comme supportable alors que l'ensemble des agissements constitue une déstabilisation de la personnalité, poussée jusqu'à l'élimination professionnelle de la personne visée. Il n'y a toutefois pas harcèlement psychologique du seul fait qu'un conflit existe dans les relations professionnelles ou qu'il règne une mauvaise ambiance de travail, ni du fait qu'un membre du personnel serait invité – même de façon pressante, répétée, au besoin sous la menace de sanctions disciplinaires ou d'une procédure de licenciement – à se conformer à ses obligations résultant du rapport de travail, ou encore du fait qu'un supérieur hiérarchique n'aurait pas satisfait pleinement et toujours aux devoirs qui lui incombent à l'égard de ses collaboratrices et collaborateurs. Il résulte des particularités du *mobbing* que ce dernier est généralement difficile à prouver, si bien qu'il faut éven-

tuellement admettre son existence sur la base d'un faisceau d'indices convergents. Il sied cependant de garder à l'esprit que le mobbing peut n'être qu'imaginaire et qu'il peut même être allégué abusivement pour tenter de se protéger contre des remarques ou mesures pourtant justifiées (arrêt 4A\_128/2007 du 9 juillet 2007 consid. 2.1; 4C.404/2005 du 10 mars 2006 consid. 3.2; 4C.109/2005 du 31 mai 2005 consid. 4; 4C.276/2004 du 12 octobre 2004 consid. 4.1; 4C.343/2003 du 13 octobre 2004 consid. 3.1).

5.2 Selon la juridiction précédente, le dossier ne contient aucun élément de nature à établir que l'employeur avait pour but de déstabiliser l'employée et de l'inciter à quitter le service. En particulier, l'employeur n'a pas tenu des propos hostiles envers celle-ci. Quant aux reproches adressés à l'intéressée immédiatement après la confirmation sans réserve de l'engagement au terme du temps d'essai, ils ne constituent pas une circonstance de nature à faire admettre l'existence d'un harcèlement psychologique.

De son côté, la recourante allègue un certain nombre de faits justifiant, selon elle, le grief de harcèlement psychologique. En particulier, elle relève que les premiers reproches lui ont été adressés immédiatement après la fin de la période d'essai, alors que son travail n'avait suscité aucune remarque négative pendant cette période et que l'évaluation qui y mettait fin était bonne.

5.3 En l'occurrence, il n'y a pas lieu d'examiner ce grief dans la mesure où l'appréciation des faits proposée par l'intéressée s'écarte des faits établis par la juridiction précédente, qui lie le Tribunal fédéral (cf. consid. 3.2).

Quant aux reproches adressés par l'employeur immédiatement après la confirmation de l'engagement à l'issue du temps d'essai, ils ne permettent pas non plus d'accueillir le grief invoqué. Certes, on peut se demander si, en exprimant leurs premiers reproches immédiatement après la fin de la période d'essai – laquelle, au demeurant, avait été qualifiée de réussie –, les supérieurs hiérarchiques de l'intéressée n'ont pas manqué aux devoirs qui leur incombent. Quoi qu'il en soit, à supposer qu'il constitue un indice d'atteinte aux droits de la personnalité, un tel manquement ne saurait toutefois être assimilé à un acte de mobbing. Par définition, en effet, le harcèlement psychologique est constitué par un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés de manière fréquente et durable. A contrario, le mobbing ne saurait résulter d'un seul acte hostile ou de quelques comportements isolés, même si ces derniers causent un préjudice ou constituent une véritable atteinte à la personnalité du travailleur. Ainsi, il n'est pas arbitraire de considérer qu'un seul acte hostile, ni même deux, ne suffisent pas à former un tel enchaînement, partant un harcèlement psychologique (arrêt 2P.207/2002 du 20 juin 2003 consid. 4.3.2; cf. aussi JEAN-PHILIPPE DUNAND, *Le harcèlement psychologique (mobbing) en droit privé suisse du travail*, Recueil de jurisprudence neuchâteloise (RJN) 2006 p. 21 s.). Le grief de harcèlement psychologique se révèle ainsi mal fondé.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 16 mars 2010, Doss.-N° 4A\_31/2010 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 17 novembre 2009)*

**Art. 340 al. 2 CO. Nullité d'une clause d'interdiction de concurrence. Pour être qualifiées de secrets d'affaires ou de fabrication, les connaissances acquises par le travailleur doivent toucher à des questions techniques, organisationnelles ou financières, qui sont spécifiques et que l'employeur veut garder secrètes. Les connaissances qui peuvent être obtenues dans toutes les entreprises de la même branche ressortissent à l'expérience professionnelle du travailleur et n'ont rien à voir avec des secrets. Il appartient à l'employeur d'établir que les connaissances litigieuses sont objectivement secrètes et qu'il entend qu'elles ne soient pas divulguées à l'extérieur de l'entreprise (c. 2.1).**

Extraits des faits:

X. SA (ci-après: X.) a pour but la fabrication et la vente en Suisse et à l'étranger d'appareils et produits non médicamenteux destinés à la santé humaine et animale. Elle produit en particulier des appareils destinés aux soins dentaires reposant sur la méthode Z. ® exploitée par de nombreuses autres entreprises dans le monde; ces appareils se composent d'une unité de force, soit d'un boîtier sur lequel sont branchés les pointes et autres accessoires servant aux traitements ou aux soins dentaires. Par contrat de travail du 5 janvier 2000, Y. a été engagé par X. en qualité de dessinateur-prototypiste pour un salaire mensuel de 4300 fr. brut payé treize fois l'an.

Ce contrat, modifié le 1<sup>er</sup> décembre 2000, contient à son art. 11 une clause de non-concurrence ayant la teneur suivante:

«Article 11 Clause de non concurrence (sic)

11.1 Pendant toute la durée des rapports de travail, l'employé s'engage envers l'employeur à s'abstenir de lui faire concurrence de quelque manière que ce soit, notamment d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente, soit toute entreprise fournissant des prestations identiques ou semblables à celles de X. SA, d'y travailler ou de s'y intéresser.

11.2 Compte tenu de la formation acquise par l'employé, des connaissances et méthodes de fabrication, secrets de fabrication ou d'affaires enseignés ou dévoilés par l'entreprise, l'employé s'interdit expressément, à l'échéance de son contrat conformément aux art. 340 ss CO, et quelles qu'aient été la durée de son activité ou les circonstances de son départ de la société:

- d'entrer au service de toute entreprise ou personne qui développe, fabrique, transforme ou vend tous produits concurrents;
- d'exercer pour son propre compte ou pour celui d'autrui, à titre lucratif ou gratuit, une activité identique et/ou semblable à celle de X. SA;

– de divulguer ou d'utiliser pour son compte, comme pour le compte de toute entreprise, quelle que soit son activité, les plans, dessins, schémas, photos, procédés de fabrication, nouvelles technologies en phase d'élaboration, savoir-faire et toutes les techniques propres utilisées par X. SA.

11.3 Considérant l'activité spécifique de X. SA, cette prohibition de concurrence s'étend au monde entier, sans exception.

11.4 Cette prohibition de concurrence sera valable pour une période de deux ans dès la fin du contrat.

11.5 En cas de violation de la prohibition de concurrence, l'employé devra, conformément à l'art. 340b CO, verser à l'employeur une peine conventionnelle de Fr. 30 000.– (trente mille francs). L'employé devra en outre réparer le dommage qui excéderait le montant de la peine.

11.6 En outre, et nonobstant le paiement de la peine conventionnelle due, l'employeur se réserve expressément le droit d'exiger de l'employé, par la voie judiciaire, la cessation immédiate de l'activité contrevenante».

Le salaire de Y. a progressivement augmenté pour atteindre 5620 fr. par mois en 2007, payé treize fois l'an. Employé au service «recherche et développement» de X., le prénommé a principalement travaillé sur le développement des boîtiers «...». Selon le cahier des charges établi le 2 février 2005, Y. avait la fonction de «Responsable CAO, Constructeur». Il a été retenu que le salarié avait une activité partiellement créatrice et qu'il a pu avoir connaissance de tous les dessins réalisés par les employés, notamment pour les inserts, lesquels constituaient des secrets de fabrication.

Par lettre du 26 septembre 2007, Y. a fait savoir à X. qu'il démissionnait pour le 31 décembre 2007 et qu'il souhaitait poursuivre sa carrière dans une autre entreprise. Celle-ci s'est révélée être A. Sàrl (ci-après: A.), sise à ..., laquelle fabrique des inserts adaptables en particulier, comme du reste les produits d'autres concurrents, aux unités de force produites par X. ou d'autres entreprises actives dans le domaine des appareils médicaux et dentaires. Les deux associés gérants de A. travaillaient précédemment au service de X., dont l'un en tant que responsable du département «recherche et développement». Si A. est la seule concurrente de X. en Suisse, plusieurs dizaines de sociétés de par le monde sont actives sur le même marché que la seconde. Durant la seconde quinzaine d'octobre 2007, X. a libéré Y. de son obligation de travailler. Par pli recommandé du 22 novembre 2007, X. s'est opposée à ce que Y. soit engagé par A. et a proposé à celui-ci un nouveau contrat de travail dès le 1<sup>er</sup> janvier 2008. Le 23 novembre 2007, X. a fait part de sa position à A. X. a encore réitéré au salarié, le 20 décembre 2007, qu'il n'était pas autorisé à aller travailler chez A. Y. est entré au service de A. le 1<sup>er</sup> janvier 2008. Il a perçu en 2008 un salaire mensuel brut de 6000 fr., plus une gratification de fin d'année de 14 040 fr. Le 30 avril 2008, le conseil de X. a déclaré à son ancien employé qu'il n'était pas en droit de travailler pour un concurrent. A. a développé un nouvel appareil de détartage à ultra sons nommé «...», lequel fait concurrence aux produits commercialisés par X. Cet appareil a été présenté pour la

première fois à une foire internationale qui s'est tenue à Cologne en 2009. Selon les déclarations du chef du département «recherche et développement» de X. jusqu'en 2005, le matériel «...» a connu peu d'évolutions ces dernières années, hormis au niveau de la stérilisation, domaine dont Y. ne s'occupait pas.

Le 2 octobre 2008, X. a ouvert action contre Y. devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Côte. La demanderesse a conclu à ce que le défendeur lui verse la somme de 30 000 fr. plus intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> janvier 2008. Par jugement du 1<sup>er</sup> septembre 2009, le Tribunal de prud'hommes a rejeté les conclusions de la demanderesse. Saisie d'un recours de la demanderesse, la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois, par arrêt du 17 novembre 2009, l'a rejeté, le jugement attaqué étant confirmé.

X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal. Elle propose principalement que cette décision soit annulée, la cause étant retournée à la Chambre des recours pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Subsidiairement, elle requiert que le défendeur soit condamné à lui payer 30 000 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> janvier 2008, voire un montant que justice dira.

Extraits des considérants:

2.

La recourante fait grief aux magistrats vaudois d'avoir enfreint les art. 340 et 340a al. 2 CO. Elle se prévaut de la validité matérielle de la clause litigieuse de prohibition de concurrence, en déclarant que l'intimé, en travaillant auprès d'elle, a emmagasiné des connaissances spécifiques, lesquelles «dépassaient ce qui pouvait être acquis dans toutes les entreprises de la même branche». A l'en croire, la référence faite par la cour cantonale au salaire moyen en Suisse pour juger de l'application de ladite clause est dénuée de pertinence. Tout au plus ce facteur pourrait jouer un rôle dans le cadre de la réduction de la peine convenue si la clause est transgressée. Elle soutient enfin que le risque potentiel de diffusion de secrets justifie que le défendeur soit astreint au versement de la sanction contractuelle convenue.

2.1 A teneur de l'art. 340 al. 2 CO, la prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible.

Le travailleur doit ainsi être amené, dans le cadre des rapports de travail, à connaître la clientèle ou des secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur, à telle enseigne qu'en cas de rupture des rapports de travail, il puisse causer un préjudice à ce dernier en exploitant les éléments dont il a acquis connaissance en étant à son service. Le défaut de l'une de ces condi-

tions cumulatives entraîne la nullité de la clause de prohibition de concurrence (RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd. 2008, p. 596 ss; STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 4 ad art. 340 CO). Pour être qualifiées de secrets d'affaires ou de fabrication, les connaissances acquises par le travailleur doivent toucher à des questions techniques, organisationnelles ou financières, qui sont spécifiques et que l'employeur veut garder secrètes. Les connaissances qui peuvent être obtenues dans toutes les entreprises de la même branche ressortissent à l'expérience professionnelle du travailleur et n'ont rien à voir avec des secrets. Il appartient à l'employeur d'établir que les connaissances litigieuses sont objectivement secrètes et qu'il entend qu'elles ne soient pas divulguées à l'extérieur de l'entreprise (arrêt C.491/86 du 1<sup>er</sup> décembre 1987 consid. 1, in SJ 1989 I p. 683; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, *Aspects de la clause d'interdiction de concurrence*, in *Journée 1996 de droit du travail et de la sécurité sociale*, Zurich 1999, p. 9/10; GABRIEL AUBERT, *Commentaire romand*, n<sup>o</sup> 3 ss ad art. 340 CO).

2.2 Il résulte des principes exposés ci-dessus qu'il est nécessaire, pour que les connaissances acquises par le travailleur au sein d'une entreprise soient qualifiées de secrets de fabrication, qu'il ait été formé à une technique de fabrication propre à l'entreprise qui l'employait.

Rien de tel ne résulte des constatations cantonales, qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF). On ne voit pas que l'intimé aurait été initié, lorsqu'il travaillait pour le compte de la demanderesse, à des innovations techniques inconnues des concurrents de celle-ci.

Il a en effet été retenu que les appareils produits par la recourante le sont par application de la méthode Z., laquelle est exploitée par de très nombreuses entreprises dans le monde. Autrement dit, la demanderesse n'a aucunement l'exclusivité du procédé de fabrication des appareils destinés à la santé humaine et animale qu'elle vend à sa clientèle. Du reste, selon les propres déclarations d'un ancien cadre de la demanderesse, le matériel piézo-électrique a connu peu d'évolutions ces derniers temps, exception faite du domaine de la stérilisation, pour lequel il est admis que l'intimé n'a aucune connaissance particulière.

A défaut d'avoir été détenteur de secrets de fabrication ou d'affaires de son ancien employeur, la clause de prohibition de concurrence stipulée dans le contrat du travailleur est nulle.

C'est donc à bon droit que les juges cantonaux ont rejeté les conclusions de la demanderesse.

*Bundesgericht, Urteil vom 1. April 2010, Doss.-Nr. 4A\_638/2009 (Aufhebung des Urteils der Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève vom 13. November 2009), in: BGE 136 III 225*

*Tribunal fédéral, Arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2010, Doss.-N° 4A\_638/2009 (Annulation de l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève du 13 novembre 2009), in: ATF 136 III 225*

**Werk-Individualität (Art. 2 URG); Schöpferprinzip (Art. 6 URG); Miturheberschaft (Art. 7 URG).**

**Das Verzeichnis der gefährlichen Produkte (bzw. der «Guide orange» der Genfer Feuerwehr) ist ein Werk (E. 4.2). Dass der Arbeitnehmer ein Werk im Rahmen des Arbeitsverhältnisses schafft, hindert ihn nicht daran, Urheber zu werden. Miturheber ist, wer tatsächlich die endgültige Gestaltung des Werks oder seine Verwirklichung mitbestimmt (E. 4.3).**

**Individualité d'une œuvre (art. 2 LDA); principe du créateur (art. 6 LDA); coauteur (art. 7 LDA).**

**Le Répertoire des produits dangereux (ou Guide orange des sapeurs-pompiers genevois) est une œuvre (consid. 4.2). La création d'une œuvre dans le cadre d'un contrat de travail n'empêche pas l'employé d'acquérir le statut d'auteur. Est coauteur celui qui concourt de manière effective à la détermination définitive de l'œuvre ou à sa réalisation (consid. 4.3).**

Faits:

A.

S. est titulaire d'un diplôme d'ingénieur-chimiste EPFL. En octobre 1978, il a été engagé par le Service d'incendie et de secours de la Ville de Genève (ci-après: SIS) en qualité de chimiste-documentaliste avec un taux d'activité de 20%. Ses tâches au sein du SIS ont toujours été les mêmes. Selon un cahier des charges daté du 24 août 2001, l'employé devait en particulier établir les fiches de l'ouvrage intitulé «Répertoire des produits dangereux» ou «Guide orange des sapeurs-pompiers genevois» (ci-après: Guide orange) et contrôler les imprimés de ce document. Le Guide orange est un manuel d'intervention pratique destiné d'abord aux sapeurs-pompiers genevois. Pour chaque produit, il contient une description détaillée du produit lui-même et énumère les dangers qui lui sont liés, les mesures de protection personnelle, de sécurité et d'évacuation à prendre ainsi que les moyens d'extinction autorisés. Le guide est pourvu d'une reliure amovible; ses feuillets sont en papier indéchirable et résistant à l'eau.

De 1962 à 1988, le SIS était dirigé par A., ingénieur-technicien diplômé de l'école technique de Genève et disposant d'une formation

d'officier NBC (nucléaire, bactériologique, chimiste). En avril 1979, A. a rédigé une ébauche d'un répertoire des produits dangereux. Le manuscrit contenait une table des matières, un projet de préface, se terminant par les noms de S. et A., un mémento des mesures immédiates, une signalisation/identification des produits et une échelle des dangers; deux fiches de produits dangereux, dactylographiées, étaient jointes. Quelques mois plus tard, A. a demandé au Conseil administratif de la Ville de Genève un crédit spécial pour la réalisation de l'ouvrage. Tirée à 350 exemplaires et comportant 118 fiches, la première édition du Guide orange est parue en 1979. Dans la préface, A. indiquait que «la réalisation de ce guide SPG a été rendue possible grâce à la collaboration efficace de Monsieur S., Ingénieur-Chimiste, qui a effectué des stages dans notre service en participant aux opérations.»

Le Guide orange a été régulièrement mis à jour, au fur et à mesure que l'ONU communiquait de nouvelles données relatives aux produits dangereux. Il a été réédité en 1985, 1992 et 2003, toujours aux frais de la Ville de Genève. Sa dernière version se décline en trois volumes et comporte 990 fiches. Comme dans les éditions précédentes, les armoiries de la Ville de Genève et, en-dessous, la mention du SIS figurent sur la page de couverture. Le guide est devenu l'ouvrage de référence des sapeurs-pompiers francophones; il a été recommandé par le Ministère de l'Intérieur français et est utilisé par plusieurs industries chimiques et de transport. La préface de toutes les éditions mentionne la collaboration de S., qui a permis la réalisation de l'ouvrage. Par ailleurs, chaque édition comporte un avant-propos rédigé et signé par S.

En 2004, ce dernier a appris que le maire de Genève souhaitait confier à un tiers l'édition et la commercialisation du Guide orange. Le collaborateur a alors cherché à reprendre à son compte l'exploitation scientifique et commerciale du guide. En juillet 2006, le SIS l'a informé que le maire avait écarté sa proposition.

En octobre 2006, S. a déposé une requête de mesures provisionnelles, tendant notamment à faire interdiction à la Ville de Genève de déposer tout ou partie du Guide orange, de confier à quiconque l'édition et/ou la commercialisation de l'ouvrage, de confier à quiconque sa réimpression et/ou sa reproduction et de supprimer le lien sur le site Internet de la ville renvoyant au dit guide. Par la suite, S. a retiré sa requête, dès lors que la Ville de Genève n'avait, pour le moment, passé aucun contrat en relation avec le Guide orange et n'avait pas entamé non plus de pourparlers à ce sujet.

En mars 2007, la Ville de Genève a résilié le contrat de travail la liant à S., invoquant une rupture du lien de confiance à la suite du dépôt de la requête de mesures provisionnelles.

B.

Le 9 juillet 2008, S. a introduit une action tendant à faire constater qu'il est l'auteur du Guide orange. La Ville de Genève a conclu au rejet de l'action.

Statuant le 13 novembre 2009 en instance cantonale unique, la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève a débouté le demandeur des fins de son action.

C.

S. a interjeté un recours en matière civile, que le Tribunal fédéral a admis partiellement.

Extraits des considérants:

4.

4.1 Dans la motivation principale de l'arrêt attaqué, la cour cantonale a jugé que le recourant n'est pas l'auteur du Guide orange, dont elle attribue la paternité à A.

Le recourant se plaint d'une violation de l'art. 6 LDA (RS 231.1). A son avis, les critères appliqués par la Chambre civile ne sont pas pertinents pour définir la qualité d'auteur. Ainsi, le fait que le recourant ne soit pas pompier ne serait pas déterminant puisque l'ouvrage nécessitait avant tout des compétences de chimiste. Par ailleurs, les notes manuscrites de A. démontrant qu'il avait réfléchi à la conception, forme et présentation du guide, ne suffiraient pas à en faire un auteur dans la mesure où la cour cantonale ne constate pas que l'œuvre a été effectivement réalisée sur la base de ces notes. L'obtention d'un crédit pour la publication de l'œuvre ne serait pas non plus pertinente à cet égard. Le recourant réfute en outre n'avoir fait qu'un travail de compilation. Le travail de vulgarisation que la cour cantonale lui reconnaît tout de même donnerait du reste prise au droit d'auteur. Le recourant conteste également que le choix d'un papier indestructible et résistant à l'eau pour l'ouvrage lui-même puisse avoir une pertinence quelconque pour attribuer à une personne la qualité d'auteur. De même, celui qui définit le but de l'ouvrage, pose des critères de présentation ou donne des instructions ne saurait de ce fait être considéré comme l'auteur. Selon le recourant, la cour cantonale a ignoré enfin des éléments de sa propre décision qui démontreraient qu'il avait bel et bien créé l'œuvre concrète, comme par exemple le fait qu'il avait été chargé de mettre à exécution le projet ou le rapport de la Commission des sports le désignant comme celui qui avait élaboré le guide.

4.2 Il n'est pas contesté que le Guide orange est une œuvre au sens de l'art. 2 al. 1 LDA, soit une création de l'esprit qui a un caractère individuel, quelles qu'en soient la valeur ou la destination. Sont notamment des créations de l'esprit les œuvres recourant à la langue, qu'elles soient littéraires, scientifiques ou autres (art. 2 al. 2 let. a LDA). Le critère décisif réside dans l'individualité, qui doit s'exprimer dans l'œuvre elle-même; l'originalité, dans le sens du caractère personnel apporté par l'auteur, n'est plus nécessaire selon la LDA entrée en vigueur en juillet 1993 (ATF 134 III 166 consid. 2.1 p. 169/170; ATF 130 III 168 consid. 4.4 p. 172, ATF 130 III 714 consid. 2.1 p. 717). Le caractère individuel exigé dépend de la

liberté de création dont l'auteur jouit; si la nature de l'objet ne lui laisse que peu de marge de manœuvre, par exemple pour une œuvre scientifique, la protection du droit d'auteur sera accordée même si le degré d'activité créatrice est faible (ATF 113 II 190 consid. 2a p. 196; ATF 117 II 466 consid. 2a p. 468; ATF 130 III 168 consid. 4.1 p. 170). L'individualité se distingue de la banalité ou du travail de routine; elle résulte de la diversité des décisions prises par l'auteur, de combinaisons surprenantes et inhabituelles, de sorte qu'il paraît exclu qu'un tiers confronté à la même tâche ait pu créer une œuvre identique. Un compendium contenant des informations sur des médicaments a ainsi été jugé comme manquant de l'individualité requise (ATF 134 III 166 consid. 2.3.1, 2.3.2 et 2.5).

En l'espèce, ce qui fait l'individualité du Guide orange, c'est la présentation de chaque produit chimique par fiche, comprenant l'étiquette de danger correspondante, le panneau orange avec le numéro de danger ONU, une échelle allant de 0 à 4 indiquant les dangers pour la santé (carré bleu), en cas de feu (carré rouge), lors d'instabilité chimique à la chaleur (carré jaune) et de réaction avec l'eau (carré blanc) ou avec l'air à 20° C (carré rouge et jaune), une description du produit et de ses dangers, l'indication de l'attitude à adopter en cas de feu, de déversement sur terre ou dans l'eau, d'intoxication, la mention du matériel de protection et de récupération à utiliser, les constantes physiques et, selon les produits, une barre orange simple ou double indiquant si l'évacuation de la population est à envisager ou indispensable, ainsi qu'une description de la zone à évacuer en cas de fuite toxique ou de risque d'explosion. En revanche, ni le type de reliure, ni le choix du papier sur lequel le guide est imprimé ne participent à l'individualité de l'œuvre (cf. KAMEN TROLLER, Manuel du droit suisse des biens immatériels, 2<sup>e</sup> éd. 1996, tome I, p. 19).

4.3 Selon le principe du créateur (*Schöpferprinzip*), l'auteur est la personne physique qui a créé l'œuvre (art. 6 LDA). La création d'une œuvre dans le cadre d'un contrat de travail n'empêche pas l'employé d'acquérir le statut d'auteur (cf. RÉMY WYLER, Droit du travail, 2<sup>e</sup> éd. 2008, p. 383; DANIEL ALDER, Urheberrecht und Arbeitsvertrag, in Urhebervertragsrecht, Magda Streuli-Youssef [éd.], 2006, p. 475; KAMEN TROLLER, Précis du droit suisse des biens immatériels, 2<sup>e</sup> éd. 2006, p. 253; KATHARINA RÜDLINGER, Der Urheber im Arbeitsverhältnis aus rechtsvergleichender Sicht, 1995, p. 70). S'il est une personne physique, l'employeur ne sera coauteur que s'il a fourni un apport créatif original; tel ne sera pas le cas s'il se borne à exprimer certains vœux ou à donner quelques lignes directrices (WYLER, op.cit., p. 383). De manière générale, est coauteur celui qui concourt de façon effective à la détermination définitive de l'œuvre ou à sa réalisation; la contribution du coauteur peut résider dans la forme ou dans la structure du contenu, pour autant que son apport revête l'individualité nécessaire (TROLLER, Précis, op.cit., p. 254). Le coauteur doit faire preuve d'une collaboration créatrice; celui qui exécute simplement les instructions d'un autre, sans qu'une marge de manœuvre ne soit

laissée à sa propre créativité, n'est pas un coauteur, mais un auxiliaire (BARRELET/EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, 3<sup>e</sup> éd. 2008, n<sup>o</sup> 4 ad art. 7 LDA p. 37).

Comme déjà relevé, le caractère individuel de l'œuvre réside en l'espèce dans la disposition originale de la matière, par fiches d'intervention comprenant pour chaque produit en tout cas une étiquette chimique, le numéro ONU, une échelle des dangers, une description du produit et des dangers qui lui sont liés, différentes rubriques indiquant aux intervenants comment agir au mieux selon les situations, ainsi qu'une indication des constantes.

Selon l'arrêt attaqué, le recourant n'est ni auteur, ni coauteur du Guide orange, car il devait suivre les instructions données par A. La cour cantonale observe par ailleurs que celui-ci avait posé des critères, notamment de présentation. A ce propos, l'arrêt entrepris n'est guère précis. Il est simplement fait état d'instructions, sans que l'on sache exactement sur quoi elles portaient. De même, les critères de présentation posés par A. ne sont pas énumérés. En particulier, la cour cantonale ne constate nulle part que A. aurait décidé seul des éléments qui figurent en définitive sur les fiches d'intervention. Certes, elle se réfère aux notes manuscrites rédigées par A. en avril 1979 qui, selon elle, démontrent que l'intéressé avait mûrement réfléchi à la conception, forme et présentation du guide. En réalité, sous la plume du chef du SIS, on trouve un titre, une table des matières, une préface, un mémento des mesures immédiates, une signalisation et identification des produits selon les panneaux oranges et les étiquettes de danger, ainsi que l'échelle des dangers; les deux exemples de fiches qui suivent ces notes sont dactylographiées et rien ne permet d'attribuer le choix de leur structure au seul A. On le peut d'autant moins que, au bas de son projet de préface, le chef du SIS a écrit de sa main le nom du recourant à côté du sien. En conséquence, il ne résulte pas des faits constatés dans l'arrêt attaqué que A. avait fixé seul la disposition originale de la matière et que la tâche du recourant était celle d'un simple auxiliaire chargé de remplir des rubriques prédéterminées.

Cela étant, il est incontesté que c'est bien le recourant qui a rédigé les fiches composant le Guide orange. Certes, pas plus que pour A., les faits constatés dans l'arrêt cantonal ne laissent apparaître que la forme et la structure des fiches et du guide en général ont été déterminées exclusivement par le recourant. A cet égard, le recourant fait grief à la cour cantonale d'avoir violé l'art. 8 CC en refusant une expertise permettant de dater les projets de fiches qu'il avait produits. Dans la mesure où, selon le recourant lui-même, ces exemples ont été dactylographiés alors qu'il travaillait déjà au SIS, on ne voit pas comment une datation plus précise démontrerait qu'il a choisi seul les informations à faire figurer dans la fiche. Le moyen est mal fondé.

Il n'en demeure pas moins que la Chambre civile relève elle-même qu'en 1978, le SIS a engagé le recourant en qualité de chimiste-

documentaliste précisément «afin de réaliser et de mettre à jour les fiches du <Guide Orange>»; or, à ce moment-là, aucun répertoire de produits dangereux n'existait. La cour cantonale retient également que le recourant a été «chargé, notamment en raison de ses très grandes compétences professionnelles, de mettre à exécution le projet, en compilant les données chimiques, les vulgarisant et les rendant utiles pour les besoins des sapeurs-pompiers.» Plus loin, elle relève que le recourant «a largement participé à la réalisation des fiches dudit guide et que ses compétences, ainsi que son enthousiasme pour ce domaine, ont contribué à la qualité et la renommée du guide.» Au surplus, la collaboration du recourant à la réalisation du guide a été louée dans la préface de toutes les éditions de l'ouvrage. Le recourant a également rédigé et signé l'avant-propos de chaque édition. Enfin, comme relevé plus haut, la paternité de l'œuvre ne peut être attribuée uniquement à A.

Dans ces conditions, la cour cantonale ne pouvait pas, sans violer le droit fédéral, dénier au recourant tout apport créatif au Guide orange et le réduire à un auxiliaire n'ayant eu aucune prise sur les choix qui font l'individualité de l'œuvre. Il s'ensuit que la qualité de coauteur du Guide orange doit être reconnue au recourant. L'arrêt attaqué sera réformé dans ce sens.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2010, Doss.-N° 4A\_44/2010 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois du 7 octobre 2009)*

**Art. 329a ss CO. Le droit aux vacances se prescrit séparément pour chaque année de service. Le délai court dès le moment où la créance est devenue exigible (art. 130 al. 1 CO). Le droit aux vacances est exigible à la date des vacances prévues dans le contrat de travail ou fixé par l'employeur (cf. art. 329c al. 2 CO). A défaut, il faut admettre qu'il devient exigible le dernier jour permettant encore de prendre l'entier des vacances durant l'année de service en cours (c. 3.3.2). Les parties peuvent convenir de reporter l'exigibilité du droit aux vacances – et corollairement, de compenser celles prises en trop –, à la fin de chaque année civile (cf. 3.3.3).**

**Tant le droit aux vacances que l'indemnité pour les vacances non prises se prescrivent par cinq ans (c. 3.3.2).**

Extraits des faits:

A compter du 1<sup>er</sup> janvier 1988, Y. (ci-après: l'employeur) a engagé X. (ci-après: l'employé) en qualité d'ingénieur de développement, statut qui a évolué en celui d'ingénieur chef de projet et responsable informatique. Dès avril 1997, le salaire mensuel brut de l'employé était de 10 500 francs.

Depuis janvier 1998, l'employé a rempli chaque mois un rapport mensuel d'activité, complété par une fiche de travail, établissant le nombre d'heures à travailler, le nombre d'heures effectivement travaillées et les heures supplémentaires qui en résultaient. L'employé gérait ses activités de manière indépendante jusqu'à la facturation, l'employeur lui faisant pleinement confiance à cet égard; il organisait librement son horaire; c'est ainsi qu'il a bénéficié, grâce à cette liberté, de vacances supplémentaires, prises chaque année jusqu'en 2002, excepté pour l'année 1992.

Par lettre du 24 septembre 2003, l'employeur a licencié l'employé pour le 31 décembre 2003; celui-ci ayant ultérieurement été déclaré en incapacité de travail, les rapports de travail se sont finalement poursuivis jusqu'au 30 juin 2004.

Le 30 juin 2004, l'employé a établi un décompte global de ses heures pour les années 1988 à 2003; il en résulte notamment qu'en 1999, le nombre d'heures à faire était de 2218.50, le nombre d'heures faites de 2360.25 – d'où une différence de 141.75 heures –, le droit aux vacances de 201 heures et les vacances faites de 331.50 heures; par ailleurs, pour 2002, le nombre d'heures à faire était de 2218.50, le nombre d'heures faites de 2295.75 – d'où une différence de 77.25 heures –, le droit aux vacances de 220 heures et les vacances faites de 306 heures. Le 7 octobre 2004, l'employé a fait notifier à l'employeur un commandement de payer portant sur la somme de 250 000 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> juillet 2004, auquel le poursuivi a formé opposition totale.

Par demande du 27 décembre 2004, l'employé a conclu au paiement par l'employeur d'une somme limitée à 100 000 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> juillet 2004; celui-ci a opposé les exceptions de compensation et de prescription aux prétentions, contestées, de son adverse partie. Le 17 avril 2007, le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rendu un premier jugement qui a été annulé par arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois du 30 janvier 2008, renvoyant la cause aux premiers juges pour nouvelle instruction et nouveau jugement dans le sens des considérants. Par jugement du 2 mars 2009, le Tribunal a dit que l'employeur devait payer à l'employé, avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> juillet 2004, les montants de 4867 fr. 75 bruts à titre d'indemnité pour vacances, 2882 fr. à titre de restitution de la part de l'employé à la ristourne versée par l'assurance perte de gain maladie, 5250 fr. bruts à titre de treizième salaire pour l'année 2004 – sous déduction d'un montant de 1274 fr. – et 54 185 fr. 60 bruts à titre de paiement des heures supplémentaires (ch. II). Par arrêt du 7 octobre 2009, la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois a très partiellement admis le recours déposé par l'employé contre le jugement du 2 mars 2009 (ch. I) et réformé le chiffre II du dispositif du jugement en ce sens qu'elle a porté à 54 301 fr. 35 bruts le montant accordé à titre de paiement des heures supplémentaires; elle a confirmé la décision pour le surplus (ch. II).

L'employé (le recourant) interjette un recours au Tribunal fédéral; il conclut à la réforme du chiffre II du dispositif de l'arrêt du 7 octobre 2009 en ce sens que le montant alloué à titre de paiement des heures supplémentaires est augmenté à 69 641 fr. 65 avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> octobre 2001, avec suite de frais et dépens des instances cantonales et fédérale.

Extraits des considérants:

3.

Le recourant s'en prend au décompte des heures supplémentaires de l'année 1999.

3.1

3.1.1 Avant de procéder au décompte des heures supplémentaires pour chacune des années 1999 à 2003, les premiers juges ont relevé que le recourant avait fait notifier à l'intimé un commandement de payer en date du 7 octobre 2004; cela impliquait que ses prétentions ne pouvaient être antérieures au 7 octobre 1999; toutefois, s'agissant de la méthode de calcul, il y avait lieu de se calquer sur l'entier de l'année 1999, de manière à tenir compte de l'ensemble des facteurs et à rendre une décision équitable.

Concernant plus particulièrement l'année 1999, les premiers juges ont retenu que le recourant avait calculé son nombre d'heures supplémentaires à 141.75; son droit aux vacances était de 205 heures (et non de 210 heures); il avait pris 331.50 heures de vacances, soit 126.50 de trop qu'il convenait de déduire des heures supplémentaires; il restait donc à comptabiliser 15.25 heures supplémentaires; le tribunal est revenu sur le point sus-évoqué, à savoir la prise en compte des données pour l'ensemble de l'année, malgré le fait que le droit du recourant ne pouvait être antérieur au 7 octobre 1999; on constatait qu'entre octobre et décembre 1999, l'employé avait accumulé 84 heures, soit plus de la moitié du total pour l'année en cause; étant donné qu'il convenait de compenser les heures supplémentaires avec les vacances prises en trop, il n'était pas correct de se baser sur les seules vacances prises entre octobre et décembre, raison pour laquelle les premiers juges ont décidé d'annualiser le décompte.

3.1.2 Quant à elle, la cour cantonale a en particulier considéré qu'il ressortait des faits de la cause que la gestion indépendante de l'horaire de travail de l'employé lui permettait de coordonner heures supplémentaires et vacances comme l'indiquaient les décomptes adressés à l'employeur; il n'y avait pas lieu de s'écarter de la manière de calculer des premiers juges, initiée par l'employé, qui déduisait les heures de vacances prises en trop des heures supplémentaires à rémunérer; dans cette mesure, la restitution des vacances perçues en trop, respectivement leur contrepartie financière, procédait d'un fondement contractuel entre travailleur et employeur; la pratique appliquée par le recourant de soustraire la valeur des vacances prises en sus démontrait ainsi l'existence d'un accord sur ce point sans

qu'il soit nécessaire de rechercher la responsabilité de la fin des rapports de travail pour déterminer l'existence d'un droit au remboursement.

Cela étant, l'employeur soutenait que l'employé avait pris 17 heures de vacances en sus de celles mentionnées dans le décompte de celui-ci pour l'année 1999; des pièces confirmaient le calcul de l'employeur et, sans remettre en cause le report de toute la période de référence annuelle adoptée à juste titre par les premiers juges, il fallait ainsi admettre la compensation pour ces heures en sus des vacances; la compensation de cette prétention contractuelle, exigible à l'échéance de la période de référence, était possible dès lors que la prétention en paiement des heures supplémentaires était payable au même moment.

### 3.2

3.2.1 Le recourant estime d'abord que la cour cantonale ne pouvait pas admettre un moyen de l'intimé pour augmenter la compensation des jours de vacances pris en trop à son détriment, aucune conclusion n'ayant été prise dans ce sens par celui-ci; selon l'art. 466 du code de procédure civile (du canton de Vaud) du 14 décembre 1966 (CPC/VD; RSV 270.11), l'intimé aurait dû déposer des conclusions dans un recours joint s'il avait voulu que le jugement soit réformé en défaveur de son adverse partie.

3.2.2 Sauf dans les cas cités expressément à l'art. 95 LTF, le recours au Tribunal fédéral ne peut pas être formé pour violation du droit cantonal en tant que tel. En revanche, il est possible de faire valoir que la mauvaise application du droit cantonal constitue une violation du droit fédéral, en particulier qu'elle est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ou contraire à d'autres droits constitutionnels. A cet égard, le Tribunal fédéral n'examine le moyen fondé sur la violation d'un droit constitutionnel que si le grief a été invoqué et motivé de manière précise (art. 106 al. 2 LTF; cf. ATF 135 I 106 consid. 2.6; 134 II 349 consid. 3 p. 351 s.; 133 III 462 consid. 2.3).

A supposer recevable au regard de ces exigences de motivation – étant en particulier précisé que le recourant ne parle pas d'arbitraire –, ce grief ne résiste pas à l'examen. En effet, le recours joint est celui par lequel l'intimé se joint au recours principal et demande que le jugement soit modifié dans un sens qui lui est favorable (cf. HOHL, Procédure civile, tome II, 2002, p. 260 n° 2967). En l'occurrence, l'intimé n'a pas à proprement parler cherché à obtenir une modification du dispositif, mais s'est uniquement exprimé sur une question de fait déterminante pour statuer sur la prétention que son adverse partie avait élevée dans son recours; or, saisi d'un recours en réforme, le Tribunal cantonal revoit librement la cause en fait et en droit (art. 452 al. 2 CPC/VD) et les parties peuvent articuler des faits nouveaux qui résultent du dossier et qui auraient dû être retenus (cf. art. 452 al. 1<sup>er</sup> CPC/VD). En définitive, l'on ne voit donc pas en quoi les juges cantonaux auraient commis arbitraire dans l'application de l'art. 466 CPC/VD.

### 3.3

3.3.1 Invoquant l'art. 128 ch. 3 CO, le recourant conteste ensuite que ses prétentions s'arrêtent au 7 octobre 1999 et qu'il doive par contre se voir pénaliser des vacances prises en trop antérieurement à cette date; il précise que l'équité n'aurait pas sa place dans le cadre de l'application de cette disposition, à laquelle il ne serait par ailleurs pas possible de déroger conventionnellement, conformément à l'art. 129 CO; en conséquence, il prétend avoir droit au paiement des 84 heures comptabilisées entre octobre et décembre 1999, au lieu des 15.25 allouées après compensation.

3.3.2 Le travailleur a droit à des vacances fixées, sauf convention ou réglementation contraire, par année de service; ce droit consiste en l'octroi de temps libre avec paiement du salaire correspondant à cette période (cf. art. 329a, art. 329c et art. 329d al. 1 CO). Tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages (art. 329d al. 2 CO). Une prétention pécuniaire en remplacement de vacances non prises ne peut donc en principe naître qu'à la fin des rapports de travail. Le droit aux vacances se prescrit; s'il est prescrit au moment où les rapports de travail prennent fin, il ne naît aucune prétention pécuniaire de remplacement. Le droit aux vacances se prescrit séparément pour chaque année de service. Le délai court dès le moment où la créance est devenue exigible (art. 130 al. 1 CO). Le droit aux vacances est exigible à la date des vacances prévues dans le contrat de travail ou fixé par l'employeur (cf. art. 329c al. 2 CO). A défaut, il faut admettre qu'il devient exigible le dernier jour permettant encore de prendre l'entier des vacances durant l'année de service en cours; tant le droit aux vacances que l'indemnité pour les vacances non prises se prescrivent par cinq ans (cf. art. 128 ch. 3 CO; arrêt 4A\_333/2009 du 3 décembre 2009, destiné à la publication aux ATF, consid. 4.1).

3.3.3 En l'occurrence, il apparaît que le recourant critique en réalité l'annualisation du décompte de ses heures supplémentaires et de vacances; or, il a été retenu que l'employé était libre d'organiser ses horaires, ce qui lui permettait de prendre des vacances supplémentaires; en outre, l'employé lui-même a établi ses décomptes en compensant, pour chaque année, ses jours de vacances et ses heures supplémentaires; dès lors, les premiers juges ont considéré qu'il existait un accord des parties quant à ce mode de faire, ce que le recourant ne remet pas en cause.

Dans ces circonstances, il apparaît que ce système impliquait un accord des parties sur le report de l'exigibilité du droit aux vacances – et, corollairement, à la compensation de celles prises en trop –, à la fin de chaque année civile. Par conséquent, les précédents juges étaient fondés à retenir les chiffres relatifs à l'entier de l'année 1999 pour calculer le droit aux vacances qui subsistait à la fin de cette année-là. Or, c'est bien ce qu'ils ont fait, car bien que retenant que les prétentions du recourant antérieures au 7 octobre 1999 étaient prescrites, ils ont pris sans limite en considération l'entier des 141.75 heures supplémentaires, du droit aux vacan-

ces de 205 heures et du nombre d'heures de vacances prises de 331.50, d'où un solde de 15.25 heures. Le grief doit être rejeté.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 6 avril 2010, Doss.-N° 4A\_245/2009 (Rejets du recours en matière civile et du recours complémentaire en matière civile interjetés contre le jugement de la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 27 février 2009 et contre l'arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 21 octobre 2009)*

**La décision qui admet ou écarte l'existence d'un harcèlement psychologique présuppose une appréciation globale des circonstances d'espèce, en particulier des indices pouvant entrer dans la définition du mobbing; il convient donc d'accorder au juge du fait une certaine marge d'appréciation (c. 4.3.3).**

**Bien qu'il s'agisse d'un cas limite, la cour cantonale n'a pas abusé de sa marge d'appréciation en jugeant que les faits suivants ne permettaient pas de conclure à l'existence d'un mobbing au détriment d'une employée travaillant comme boursière communale: difficultés relationnelles et tensions avec un collègue de travail; courriers demandant de fournir un effort pour améliorer l'ambiance au sein du bureau communal, ainsi que la qualité de son travail; menace de résiliation à défaut d'une amélioration de la situation dans un délai de trois mois; refus d'accorder une augmentation de salaire; réduction du taux d'activité et du salaire; défaut d'information sur l'engagement d'un nouveau collaborateur; décision de ne plus convoquer l'employée à la Commission des finances; retrait de la comptabilité scolaire; décision de ne plus autoriser l'employée à retirer le courrier contenant la bourse communale à la poste; décision de ne plus inviter l'employée aux sorties de fin d'année (c. 4.3).**

**Art. 328 CO. Dans le cadre d'une action en dommages-intérêts fondée sur l'omission de l'employeur d'adopter les mesures destinées à protéger la personnalité et la santé de l'employée, il appartient à celle-ci d'alléguer et de prouver que le comportement de l'employeur est la condition sine qua non du résultat, soit du dommage subi, en l'occurrence, l'invalidité. L'employée doit démontrer que si l'employeur avait pris les mesures que l'on peut attendre de lui, l'employée ne serait pas dans l'incapacité de travailler (c. 4.4).**

Extraits des faits:

Par demande du 26 septembre 2001, X. a assigné la Commune auprès des autorités judiciaires civiles vaudoises, en concluant à ce que celle-ci soit reconnue sa débitrice d'un montant de 200 000 fr. plus intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> octobre 2001. En cours de procès, une experte judiciaire en la

personne de la doctoresse F., spécialiste FMH en médecine interne, a été désignée. Dans son rapport du 25 juin 2003, l'experte a conclu que l'invalidité de X. était due à l'apparition d'un état dépressif sévère, conséquence d'un processus de harcèlement psychologique subi de la part de ses deux employeurs. Un rapport d'expertise complémentaire a été déposé le 15 décembre 2003, dans lequel l'experte a confirmé que c'était bien la détérioration des relations de travail et le harcèlement psychologique qui seraient la cause de la dépression grave de X. Elle a également indiqué qu'elle s'était prononcée, conformément à sa mission, uniquement sur des actes de harcèlement dans le cadre du travail de X. auprès de la Municipalité, mais qu'elle ne voyait pas de raison de douter des conclusions de ses confrères, qui avaient conclu à du mobbing de la part de B.

Par jugement du 9 décembre 2004, la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois a rejeté l'intégralité des conclusions formées par X. Celle-ci a déposé un recours en nullité auprès de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois à l'encontre du jugement du 9 décembre 2004. Par arrêt du 4 novembre 2005, la Chambre des recours a maintenu le jugement attaqué. Parallèlement au recours en nullité déposé sur le plan cantonal, X. a interjeté un recours en réforme au Tribunal fédéral contre le jugement du 9 décembre 2004. Elle a également formé un recours de droit public à l'encontre de l'arrêt de la Chambre des recours du 4 novembre 2005. Par arrêt du 21 février 2006, le Tribunal fédéral a admis le recours de droit public et annulé l'arrêt attaqué. Il a jugé que la Chambre des recours avait appliqué arbitrairement le droit cantonal et que si les juges précédents éprouvaient des doutes au sujet des conclusions de l'expertise, il leur appartenait d'ordonner des preuves complémentaires pour dissiper leurs hésitations (procédure 4P.329/2005).

Le même jour, statuant sur le recours en réforme, le Tribunal fédéral a annulé le jugement de la Cour civile et lui a renvoyé la cause. Il a jugé qu'il n'était pas exclu que le congé donné en raison de l'incapacité de travail de X. constitue un licenciement abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO, si les juges arrivaient à la conclusion, après investigations complémentaires, que l'ancienne boursière avait été victime de mobbing à l'origine de l'atteinte à sa santé durant son activité auprès de la Commune. Le Tribunal fédéral a également considéré que la situation évoquée par la Cour civile ne relevait pas de la causalité, mais du concours de responsabilité, puisqu'elle envisage l'hypothèse dans laquelle le préjudice subi serait causé par plusieurs personnes. Il a jugé que, si le mobbing était établi, la Commune ne pouvait alors, dans les rapports externes, opposer le fait qu'un tiers répond également du même dommage (procédure 4C.201/2005).

Après réforme, la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois a entrepris une instruction complémentaire; elle a entendu six témoins, requis une expertise comptable pour déterminer le préjudice de l'employée et mandaté un expert en la personne du docteur H., spécialiste FMH en psychiatrie et

psychothérapie. Dans son rapport du 23 juillet 2008, l'expert partage l'affirmation de la première experte, selon laquelle la personnalité de la recourante ne présentait pas d'état pathologique invalidant avant la détérioration des rapports de travail. Revenant sur l'expertise effectuée par la dresse F., il a par contre affirmé qu'«un complément d'enquête et des preuves complémentaires – demandées par le Tribunal fédéral et nécessaires, à [son] avis – prouveront si oui ou non le harcèlement psychologique a été réel ou pas». Par jugement du 27 février 2009, la Cour civile a rejeté les conclusions formées par la recourante. Constatant qu'il résultait des propos de l'expert H. que l'expertise F. et les opinions des médecins traitants ayant examiné la recourante ne suffisaient pas à faire la preuve de l'existence d'actes de harcèlement, l'autorité cantonale a apprécié les faits relevés dans l'expertise F. à la lumière des preuves apportées dans le cadre de l'instruction complémentaire. La Cour civile a alors établi que la recourante n'avait pas été insensiblement mise à l'écart et que les quelques actes retenus, qui pourraient être considérés comme visant à isoler la recourante, ne représentaient pas des indices suffisants pour établir le *mobbing*. Niant l'existence d'un harcèlement psychologique, la Cour civile a écarté la violation de l'art. 328 CO et jugé qu'en conséquence le licenciement n'était pas abusif.

X. a exercé un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre le jugement de la Cour civile du 27 février 2009. Elle a conclu, principalement, à sa réforme en ce sens que la Commune soit condamnée à lui payer la somme de 220 000 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> août 2004 et sur 100 000 fr. dès le 1<sup>er</sup> janvier 2007 pour le solde. La recourante invoque la violation des art. 328 et 336 CO. Parallèlement, la recourante a interjeté un recours en nullité auprès de la Chambre des recours du Tribunal cantonal, qui l'a rejeté par arrêt du 21 octobre 2009. Elle a alors formé un recours complémentaire en matière civile au Tribunal fédéral, reprenant, à titre principal, les conclusions déjà formulées dans son premier recours et concluant, subsidiairement, à l'annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision. La recourante reproche en particulier à la Chambre des recours d'avoir violé l'interdiction de l'arbitraire dans l'appréciation des témoignages.

Extraits des considérants:

3.

(...) Le recours dirigé contre l'arrêt rendu le 21 octobre 2009 par la Chambre des recours ne peut donc qu'être rejeté.

Recours contre le jugement de la Cour civile du 27 février 2009

4.

4.1 La recourante considère que les faits retenus dans le jugement attaqué sont bien constitutifs de *mobbing* et que la cour cantonale a violé l'art. 328 CO en ne le retenant pas. En conséquence, elle soutient que le

licenciement, motivé par son incapacité de travail, était abusif au sens de l'art. 336 CO, puisque l'intimée est elle-même responsable de la dégradation de santé de la recourante. Dans son mémoire de recours, elle s'écarte toutefois largement – de manière irrecevable – des constatations cantonales. En particulier, elle appuie son argumentation juridique sur les deux expertises, dont les conclusions confirment, selon elle, la réalité des actes fondant le mobbing. La cour cantonale a pourtant affirmé – en constatant que le deuxième expert affirmait que seul un complément d'enquête permettrait de confirmer ou d'infirmer si le harcèlement psychologique était réel ou pas – que les actes de mobbing évoqués par la première experte n'étaient pas établis. Elle est arrivée à cette conclusion en appréciant globalement les preuves, notamment en confrontant le contenu de la première expertise aux témoignages recueillis lors de l'instruction complémentaire. Le moyen tiré de l'arbitraire dans l'appréciation des preuves pouvait faire l'objet d'un recours en nullité à la Chambre des recours; il n'est pas recevable dans le recours dirigé contre le jugement de la Cour civile du 27 février 2009, faute d'épuisement des instances cantonales (cf. ATF 133 III 585 consid. 3 p. 586; arrêt 4A\_17/2009 du 14 avril 2009 consid. 1.2). Une inexactitude manifeste sur un fait déterminant n'apparaît pas non plus, de sorte qu'une rectification d'office sur la base de l'art. 105 al. 2 LTF n'entre pas en considération (cf. ATF 133 IV 286 consid. 6.2 p. 288). Il convient donc de se fonder sur les faits établis par l'autorité cantonale, étant précisé qu'il s'agira de tenir compte des prétendus indices de mobbing évoqués par la recourante (cf. supra consid. 2.4).

4.2 Le harcèlement psychologique, appelé aussi mobbing, se définit comme un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail (arrêt 2P.39/2004 du 13 juillet 2004 consid. 4.1; 2P.207/2002 du 20 juin 2003 consid. 4.2 et les références citées). La victime est souvent placée dans une situation où chaque acte pris individuellement, auquel un témoin a pu assister, peut éventuellement être considéré comme supportable alors que l'ensemble des agissements constitue une déstabilisation de la personnalité, poussée jusqu'à l'élimination professionnelle de la personne visée (arrêt 1P.509/2001 du 16 octobre 2001 consid. 2b et les références citées). Il n'y a toutefois pas harcèlement psychologique du seul fait qu'un conflit existe dans les relations professionnelles, ni d'une mauvaise ambiance de travail, ni du fait qu'un membre du personnel serait invité – même de façon pressante, répétée, au besoin sous la menace de sanctions disciplinaires ou d'une procédure de licenciement – à se conformer à ses obligations résultant du rapport de travail, ou encore du fait qu'un supérieur hiérarchique n'aurait pas satisfait pleinement et toujours aux devoirs qui lui incombent à l'égard de ses collaboratrices et collaborateurs. Il résulte des particularités du mobbing que ce dernier est généralement difficile à prouver, si bien qu'il faut savoir admettre son

existence sur la base d'un faisceau d'indices convergents, mais aussi garder à l'esprit qu'il peut n'être qu'imaginaire, sinon même être allégué abusivement pour tenter de se protéger contre des remarques et mesures pourtant justifiées (arrêt 2P.39/2004 du 13 juillet 2004 consid. 4.1; 2P.207/2002 du 20 juin 2003 consid. 4.2 et les références citées). En droit privé, les actes de mobbing sont prohibés par l'art. 328 al. 1 CO (arrêt 2C.2/2000 du 4 avril 2003 consid. 2.3), qui dispose que l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité (arrêt 4C.343/2003 du 10 mars 2006 consid. 3.1 et les références).

#### 4.3

4.3.1 Pour soutenir la thèse du harcèlement psychologique, la recourante s'appuie sur des éléments de faits qui, bien que constatés par la cour cantonale, n'entrent pas dans la définition du mobbing, telle que l'a posée la jurisprudence. Il en va ainsi des difficultés relationnelles qu'elle a rencontrées dans le cadre de son travail, ainsi que des tensions existant entre elle et I., expert-comptable venu l'«épauler» depuis 1996. On relèvera d'ailleurs, que, selon les constatations cantonales, la situation s'est détériorée en raison de l'attitude agressive de la recourante à l'égard de plusieurs personnes de la municipalité et que c'est du fait de ces tensions que «tout le monde s'est éloigné l'un de l'autre». En ce qui concerne les prétendus indices de mobbing (cf. infra consid. 2.4), ceux-ci ne sont pas non plus le reflet de la mise à l'écart progressive de la recourante. Les courriers des 10 février et 7 avril 1998 demandaient à celle-ci de fournir un effort pour améliorer l'ambiance au sein du bureau communal, ainsi que la qualité de son travail. L'attitude de la recourante étant à l'origine des tensions, on ne saurait reprocher à l'intimée de lui avoir rappeler ses obligations. La menace de résiliation du contrat à défaut d'une amélioration de la situation dans un délai de trois mois n'est pas synonyme de harcèlement psychologique (cf. supra consid. 4.2). Enfin, du refus de l'intimée d'accorder à la recourante une augmentation de salaire, on ne saurait y voir une attitude hostile dirigée contre une employée déterminée (cf. arrêt 2A.770/2006 du 26 avril 2007 consid. 5.1), puisque cette mesure a également été prise à l'égard de la secrétaire municipale. Quant à la proposition de l'intimée, du 27 mars 2000, de réduire le taux d'activité de la recourante, ainsi que son salaire, tout en maintenant le même cahier des charges, la cour cantonale a retenu qu'elle était parfaitement justifiée eu égard à l'occupation effective de l'employée, très largement en-deçà des 22.5 heures/semaines alors prévues dans son contrat. La «correction» du taux d'activité ayant pour seul but d'adapter la relation contractuelle à la réalité, on ne saurait retenir que le délai très court imparti à la recourante pour signer ou refuser ce nouveau contrat de travail (jusqu'au 3 avril 2000) constitue un indice de harcèlement psychologique, ce d'autant plus qu'à la demande de la recourante, l'intimée a accepté de prolonger ce délai au 10 avril 2000.

4.3.2 Il a été établi que la recourante n'a pas été informée qu'elle allait devoir collaborer, courant 1996, avec I., et qu'elle a été mise devant le fait accompli. La cour cantonale a retenu (art. 105 al. 1 LTF) que l'intervention de l'expert-comptable était parfaitement justifiée, la recourante ayant besoin d'être «épaulée»; il n'a en outre pas été établi que l'intimée ait cherché à l'évincer pour placer I. à son poste. Le fait de ne pas avoir informé l'employée était certainement maladroit; on ne saurait toutefois y voir un acte hostile contribuant, avec d'autres agissements, à déstabiliser la recourante. Il s'agit là d'un acte isolé. L'existence d'actes constitutifs d'un mobbing à cette époque est d'ailleurs douteuse. Le reproche de harcèlement n'a jamais été évoqué durant la période où la recourante a travaillé au service de l'intimée, ni même d'ailleurs pendant les premiers mois de son arrêt maladie en 2000. A l'époque, la recourante n'en avait jamais parlé au témoin J., alors également employée de l'intimée. Enfin, dans un courrier adressé le 13 septembre 2000 à l'intimée, il apparaît que le harcèlement psychologique était alors évoqué par l'employée elle-même comme une éventualité future à prévenir, le conseil de la recourante indiquant que «compte tenu du climat de travail qui paraît quelque peu détérioré, sans que Mme X. sache pourquoi, je dois attirer votre attention sur le fait que ma cliente ne tolérera aucune pression, ni aucune démarche pouvant être assimilée à ce que l'on appelle aujourd'hui du «mobbing»».

4.3.3 De façon générale, la cour cantonale a établi qu'il ne ressortait pas des preuves administrées que la recourante aurait été mise à l'écart, qu'elle aurait fait l'objet de menaces verbales ou qu'on lui aurait dit de se taire en présence des membres de la Municipalité. Constatant que certaines situations – reprises ci-après – pourraient toutefois être considérées comme visant à isoler la recourante, elle a jugé que celles-ci étaient toutefois insuffisantes pour établir le mobbing.

La recourante, pourtant boursière communale, n'a plus été convoquée par la Commission des finances pour la préparation du budget. La cour cantonale a constaté que la décision a été prise par cette Commission, ceci afin d'éviter des tensions lors des séances. On ne saurait y voir un acte hostile participant à l'isolement de la recourante, autre étant la question de savoir si l'intimée a pris les mesures nécessaires, attendues de l'employeur, pour réduire les tensions générées principalement par l'attitude agressive de la recourante (cf. infra consid. 4.3.1). La cour cantonale a établi que la comptabilité de l'établissement scolaire a été retirée à la recourante, qu'elle ne pouvait plus prendre le courrier contenant la bourse communale à la poste et n'était plus invitée aux sorties de fin d'année de la Municipalité. Les circonstances entourant chacun de ces agissements sont floues. Il n'est pas établi que la comptabilité aurait été retirée à la recourante sans qu'aucune explication ne lui ait été donnée; on ne sait en particulier pas si la mesure a été prise en raison des erreurs commises (constatées par la cour cantonale) dans l'accomplissement de son travail. Quant au courrier contenant la bourse communale, il n'est pas établi que la recourante n'y avait

plus accès ou que la nouvelle manière de faire ne lui permettait plus d'exécuter convenablement les tâches confiées (cf. par exemple l'arrêt 4C.343/2003 du 13 octobre 2004 consid. 3.2). S'agissant enfin des sorties auxquelles la recourante n'aurait plus été conviées, il semble que cela s'explique par le fait qu'elle ne cotisait plus à la cagnotte correspondante.

En tout état de cause, ces seuls indices ne suffisent pas à établir qu'il y a eu un harcèlement psychologique systématique dirigé contre la recourante pendant une assez longue période, ce d'autant plus que l'attitude de l'employée semble exclure un tel comportement, en tout cas jusqu'en 2000 (cf. supra consid. 4.3.2). Reconnaisant elle-même que les indices de harcèlement «ne sont certes pas très nombreux», la recourante soutient que la réalité du mobbing doit néanmoins être admise puisque ces indices portent sur une période relativement longue (dégradation de la situation environ en 1995) et, surtout, qu'ils sont confortés par les déclarations de deux experts. Or, nous avons vu plus haut que ces deux arguments tombent à faux (cf. infra consid. 4.3.1 et 4.3.2 et consid. 4.1). Quant aux prétendues similitudes existant avec un précédent jugé le 13 octobre 2004 (arrêt 4C.343/2003) – dans lequel le Tribunal fédéral a relevé que l'existence d'un mobbing peut être admis, même si la personne qui en est l'objet n'est pas exempte de reproches –, il n'est d'aucune aide pour la recourante. Les indices constatés dans son cas sont sans commune mesure avec les faits à l'origine du mobbing dans l'arrêt cité où il a été établi que l'employeur avait choisi d'isoler l'employée, notamment en faisant pression, en communiquant avec elle uniquement par des notes écrites; certaines instructions données par l'employeur étaient contradictoires ou sans intérêt; plusieurs procédés ont été utilisés pour rendre impossible l'exécution des tâches confiées, volontairement nombreuses, dans un laps de temps donné; certaines directives données reflétaient en plus un autoritarisme dur, injuste, blessant, rabaisant et vexatoire.

S'agissant du refus de l'intimée d'accepter les services de l'employée en septembre 2000, il est incontestable que ce fait a pu être ressenti très fortement par la recourante, qui avait alors recouvré sa capacité de travail à raison de 50%. La cour cantonale a cependant retenu que ce refus ne reflétait pas une quelconque intention de l'intimée de mettre à l'écart la recourante, mais qu'il reposait sur un motif objectif, soit des travaux informatiques entrepris à cette période visant à changer le système informatique de la commune. La cour cantonale n'a nullement constaté que ce motif aurait été factice ou chicanier (cf. également l'arrêt de renvoi 4C.201/2005 du 21 février 2006 consid. 4). Ainsi, le refus de la commune n'est pas propre à démontrer la réalité d'un harcèlement psychologique.

On rappellera enfin que la décision qui admet, ou écarte, l'existence d'un harcèlement psychologique présuppose une appréciation globale des circonstances d'espèce, en particulier des indices pouvant entrer dans la définition du mobbing; il convient donc d'accorder au juge du fait une certaine marge d'appréciation. En l'occurrence, bien qu'il s'agisse d'un cas

limite, on ne saurait reprocher à la cour précédente de ne pas avoir respecté sa marge d'appréciation en jugeant que les faits retenus (complétés sur un point, cf. supra consid. 4.1 et 2.4) ne permettent pas de conclure que la recourante aurait été victime de mobbing, au sens où l'entend la jurisprudence.

En conséquence, en résiliant le contrat de travail en raison de l'incapacité de travail de la recourante, l'intimée ne s'est pas prévalu d'un motif dont son propre comportement aurait été à l'origine (cf. à ce sujet, arrêt de renvoi 4C.201/2005 du 21 février 2006 consid. 3) et le licenciement ne peut dès lors être considéré comme abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO.

4.4 La recourante soutient que dans l'hypothèse où les indices constatés ne permettraient pas d'établir l'existence d'un processus de harcèlement assimilable à du mobbing, il y aurait néanmoins lieu de retenir plusieurs transgressions de l'art. 328 CO, ainsi que la violation de l'art. 336 CO. Selon elle, l'intimée se devait de prendre les mesures nécessaires pour désamorcer les tensions et éviter de porter ainsi atteinte à la santé de l'employée.

En l'espèce, il est douteux que l'intimée ait pris toutes les mesures pour résoudre les conflits existants entre la recourante et d'autres personnes de la Municipalité (sur l'exigence, cf. arrêt 4C.253/2001 du 18 décembre 2001 consid. 3). Il n'est toutefois pas nécessaire d'approfondir la question. Il appartenait à la recourante, en vertu de l'art. 8 CC, d'alléguer et de prouver les faits permettant de constater que le comportement de l'employeur (en l'occurrence la prétendue omission d'adopter des mesures destinées à protéger la personnalité et la santé de l'employée) est la condition sine qua non du résultat, soit du dommage subi par la recourante (en l'occurrence son invalidité). Autrement dit, il s'agissait de démontrer que si l'intimée avait pris les mesures qu'on pouvait attendre d'elle, la recourante ne serait pas dans l'incapacité de travailler aujourd'hui, étant précisé que cette incapacité est à l'origine de son action en dommages-intérêts (cf. ATF 119 V 335 consid. 1 p. 337; 95 IV 139 consid. 2a). Or, ce lien de causalité naturelle, qui relève du fait, n'est pas établi. La recourante ne prétend pas qu'elle l'aurait allégué en procédure cantonale et on ne trouve aucune trace d'une telle allégation. Il apparaît ainsi qu'elle présente une argumentation juridique nouvelle reposant sur des faits qui n'ont pas été allégués précédemment et dont le Tribunal fédéral ne saurait dès lors tenir compte (art. 99 al. 1 LTF; ATF 130 III 28 consid. 4.4 p. 34; 129 III 135 consid. 2.3.1 p. 144 et l'arrêt cité).

Le motif de la résiliation du contrat conclu entre l'intimée et la recourante consiste dans l'incapacité de travail durable de cette dernière (cf. arrêt de renvoi 4C.201/2005 du 21 février 2006 consid. 3). Les difficultés relationnelles et les tensions observées sur le lieu de travail de la recourante, pour lesquelles l'intimée n'aurait pas pris les mesures nécessaires, ne

sont pas la cause du licenciement et la violation de l'art. 336 CO est donc exclue (cf. ATF 125 III 70 consid. 2a p. 73).

4.5 Enfin, la recourante reproche à la cour cantonale de ne pas avoir examiné les conditions d'application de l'art. 4 LRECA. Elle n'explique pas, dans son recours formé à l'encontre du jugement de la Cour civile, en quoi cette autorité aurait violé une disposition de droit fédéral; l'exigence de motivation de l'art. 42 al. 2 LTF n'est donc pas réalisée, et il est douteux que le renvoi à l'argumentation présentée dans son recours à l'encontre de l'arrêt de la Chambre des recours réponde à cette exigence (cf. arrêt 4A\_186/2009 du 3 mars 2010 consid. 2.1). Fût-il recevable, le moyen serait mal fondé puisque la cour cantonale a expliqué, avec une motivation suffisante, les raisons pour lesquelles elle ne retenait pas la violation des art. 336 et 328 CO. Sur la base du jugement cantonal, on comprend donc parfaitement pourquoi la demande a été rejetée et l'exigence formelle de l'art. 112 LTF est donc remplie. Savoir si c'est à juste titre que la cour précédente n'a pas appliqué le droit cantonal (art. 4 LRECA) est une autre question (cf. Corboz, op.cit., n° 29 ad art. 112 LTF), qui doit être tranchée dans l'examen du recours formé contre l'arrêt de la Chambre des recours (cf. supra consid. 3).

Le recours dirigé contre le jugement du 27 février 2009 rendu par la Cour civile ne peut donc qu'être rejeté.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 6 avril 2010, Doss.-N° 4A\_69/2010 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre le jugement de la II<sup>e</sup> Cour civile du Tribunal cantonal neuchâtelois du 18 décembre 2009)*

**Congé abusif. Omission d'ouvrir action dans le délai de péremption de l'art. 336b al. 2 CO.**

**Art. 336 CO.** Procède au licenciement de manière abusive l'employeur qui ne retient pas une employée de quitter son domicile aux Etats-Unis et de s'établir en Suisse alors qu'il sait qu'il va supprimer le poste, puis en lui signifiant le congé lorsqu'elle se présente pour la première fois à son lieu de travail en Suisse (c. 4).

**Art. 336a CO.** Le temps libre obtenu suite à la dispense de devoir offrir ses services après réception de la résiliation ne concerne pas directement le congé et n'a pas à être imputé sur l'indemnité due pour cause de licenciement abusif (c. 5).

**Art. 336b CO.** Action en dommages-intérêts contre l'avocat qui a omis d'ouvrir action avant l'échéance du délai de 180 jours à compter de la fin du contrat. Cet avocat ne pouvait pas simplement laisser l'action se périmier au motif qu'aucun arrêt publié ne tranchait un cas tout-à-fait similaire à celui dont il était en charge (c. 6).

## Extraits des faits:

Dès 1996, Y. (ci-après: l'employée), citoyenne américaine, a travaillé pour un groupe de sociétés (ci-après: l'employeur) aux États-Unis. Le 14 mai 2002, elle a conclu un nouveau contrat de travail avec l'une des branches du groupe implantée à La Chaux-de-Fonds; le contrat a été partiellement modifié le 2 septembre 2002. L'employée devait commencer son activité en Suisse le 1<sup>er</sup> janvier 2003 et s'installer dans ce pays où habitait son époux, avec lequel elle s'était mariée en 2000. Le 19 novembre 2002, l'employée a eu une conversation téléphonique avec des représentants de l'employeur, au cours de laquelle il a été question de la suppression de son poste en Suisse ensuite d'une restructuration du groupe. Le lendemain, se référant à cet entretien et au fait qu'on l'avait invitée à quitter l'entreprise, elle a demandé quel serait son dernier jour de travail et posé diverses autres questions sur son avenir. Il lui a été répondu qu'elle pourrait quitter la société une fois les problèmes courants résolus, en particulier une migration informatique aux États-Unis; il a été ajouté que ses autres questions recevraient une réponse ultérieurement. En décembre 2002, l'employée a déménagé des États-Unis en Suisse. Le 17 décembre 2002, elle s'est présentée chez son employeur à La Chaux-de-Fonds et a alors été priée d'accuser réception d'une lettre du même jour qui confirmait le congé donné le 19 novembre 2002, fixait la fin des rapports de travail au 31 mars 2003 et la dispensait de son obligation de travailler jusqu'à cette date; l'employée a signé le document en précisant qu'elle n'était pas d'accord avec son contenu. Agissant par l'intermédiaire d'un avocat vaudois, l'employée a contesté son congé; elle réclamait, pour le cas où l'employeur ne reviendrait pas sur le congé, une indemnité de six mois de salaire pour licenciement abusif, ainsi que d'autres montants. Une procédure judiciaire étant envisagée, le mandataire vaudois a transmis au printemps 2003 le dossier à un confrère neuchâtelois, l'avocat X. (ci-après: l'avocat). Celui-ci a entamé des négociations avec le mandataire de l'employeur, en faisant notamment valoir une prétention en versement d'une indemnité pour licenciement abusif ou économique. Le 15 octobre 2003, l'employée et son époux ont demandé à l'avocat des nouvelles de l'affaire, lui ont signalé leur intention d'aller de l'avant et d'intenter une procédure judiciaire et se sont inquiétés de savoir s'il y avait des délais à respecter. Le 22 octobre 2003, il leur a répondu qu'il était en négociation et qu'envisager une procédure judiciaire était prématuré. En réponse à une nouvelle interpellation de l'employée du 11 avril 2004, l'avocat lui a indiqué le 25 avril 2004 que la menace d'une procédure pour licenciement abusif n'en était plus une dès lors que le délai pour introduire une telle procédure était échu depuis fin septembre ou fin octobre 2003; il s'en excusait, tout en relevant que la menace avait tout de même permis d'obtenir le paiement du salaire jusqu'à fin avril 2003.

L'employée a poursuivi ses négociations avec l'employeur avec l'aide d'un nouveau mandataire. Une transaction a finalement été conclue. En septembre 2005, l'employée s'est adressée à l'avocat pour lui indiquer qu'elle le tenait pour responsable de sa perte du droit à demander une indemnité pour licenciement abusif et qu'elle entendait lui réclamer l'équivalent à titre de réparation du dommage.

Le 16 août 2006, l'employée a actionné l'avocat en paiement de 55 000 fr. représentant quatre mois de son ancien salaire de base. Par jugement du 18 décembre 2009, la IIe Cour civile du Tribunal cantonal neuchâtelois a admis l'action; elle a condamné l'avocat à payer à l'employée 55 000 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> mai 2003. En substance, elle a considéré que l'employeur avait violé ses obligations en manquant des égards les plus élémentaires face à une collaboratrice qui travaillait pour lui depuis six ans au moins et qui devait donner satisfaction puisque le nouveau contrat prévoyait un salaire de base annuel confortable de 165 000 fr.; en effet, il l'avait laissée quitter définitivement les États-Unis pour l'accueillir pratiquement à sa descente d'avion avec une lettre de licenciement prétendant faussement confirmer un congé déjà donné précédemment; en outre, il avait allégué des raisons économiques que l'instruction n'avait pas confirmées; en conséquence, il pouvait être admis avec une vraisemblance prépondérante qu'une indemnité pour licenciement abusif correspondant à quatre mois de salaire aurait été accordée si l'action avait été intentée à temps; l'omission d'ouvrir action, en violation fautive du devoir de diligence du mandataire, avait dès lors causé à l'employée un dommage de même montant.

L'avocat (le recourant) a interjeté un «recours en matière de droit civil, subsidiairement constitutionnel» au Tribunal fédéral, concluant principalement au rejet de toutes les conclusions de la demande.

Extraits des considérants:

3.

Le recourant critique l'appréciation des preuves concernant la situation économique de l'employeur; en bref, il reproche à la cour cantonale de ne pas avoir pris certaines pièces en considération.

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), dont il ne peut s'écarter que s'ils l'ont été de façon manifestement inexacte – notion qui correspond à celle d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 135 II 145 consid. 8.1; 135 III 127 consid. 1.5 p. 130) – ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF), et pour autant que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause. En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, si, sur la base des éléments recueillis, il a fait des déductions insoutenables, ou encore s'il a omis, sans raison

sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée (ATF 134 V 53 consid. 4.3; 129 I 8 consid. 2.1).

La cour cantonale a retenu que l'employeur avait licencié des cadres durant la période du 1<sup>er</sup> mai 2002 au 31 mars 2003, c'est-à-dire pendant celle où il avait d'abord conclu le nouveau contrat avec l'intimée puis y avait mis fin. Ces faits ne sont pas contestés, mais ne relèveraient pas, selon le recourant, l'importance des difficultés économiques auxquelles l'employeur devait faire face.

En l'occurrence, les juges cantonaux ont admis que le congé était abusif essentiellement parce que l'employeur avait laissé l'intimée quitter son domicile aux États-Unis pour l'accueillir pratiquement à sa descente d'avion en Suisse avec une lettre de licenciement. On ne discerne pas en quoi l'éventuelle importance des difficultés économiques de l'employeur imposait de procéder de la sorte, ni en quoi elle serait susceptible de modifier l'appréciation du manque d'égards dont il avait fait preuve envers une employée de longue date, ce d'autant moins que le nouveau contrat de l'intimée avait été conclu à un moment où il connaissait manifestement des problèmes et procédait déjà à des licenciements; le recourant n'en dit mot. Le grief doit être rejeté faute de pertinence.

#### 4.

Le recourant critique la cour cantonale pour avoir retenu que l'omission d'ouvrir action avant l'échéance du délai de 180 jours à compter de la fin du contrat (art. 336b al. 2 CO) avait causé un dommage à l'intimée; en résumé, il soutient que le congé litigieux n'était pas abusif et, partant, qu'une action en paiement d'une indemnité n'aurait pas abouti.

L'énumération des cas de licenciement abusif à l'art. 336 CO n'est pas exhaustive. Elle concrétise avant tout l'interdiction générale de l'abus de droit et en aménage les conséquences juridiques pour le contrat de travail. D'autres situations constitutives de congé abusif sont donc également admises par la pratique. Elles doivent toutefois comporter une gravité comparable aux cas expressément mentionnés à l'art. 336 CO. L'abus de la résiliation peut découler non seulement des motifs du congé, mais également de la façon dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit. Lorsqu'une partie résilie de manière légitime un contrat, elle doit exercer son droit avec des égards. Elle ne peut en particulier pas jouer un double jeu en contrevenant de manière caractérisée au principe de la bonne foi; en revanche, un comportement qui ne serait simplement pas convenable ou indigne des relations commerciales établies ne suffit pas; par exemple, le fait pour l'employeur d'avoir affirmé à son collaborateur qu'il ne serait pas licencié et de lui notifier son congé une semaine plus tard est un comportement qui n'est certes pas correct, mais qui ne rend pas à lui seul le congé abusif (ATF 131 III 535 consid. 4.2 p. 538 s.; cf. également ATF 132 III 115 consid. 2.1 et 2.2 p. 116 s.).

En l'occurrence, la cour cantonale a jugé que l'employeur avait procédé au licenciement de manière abusive en ne retenant pas l'intimée de

quitter son domicile aux États-Unis et de s'établir en Suisse alors qu'il savait qu'il allait supprimer son poste dans ce dernier pays, puis en lui signifiant le congé lorsqu'elle s'était présentée pour la première fois à son lieu de travail en Suisse. Cette appréciation ne prête pas le flanc à la critique. Il ne s'agit pas d'un cas où l'employeur, de bonne ou de mauvaise foi, nie simplement toute intention de licenciement avant d'y procéder quelques jours plus tard. En l'espèce, l'employeur, alors qu'il savait qu'il allait mettre fin aux relations de travail, a laissé l'intimée prendre des dispositions d'ordre personnel incisives en vue de remplir les obligations découlant pour elle du contrat de travail.

5.

A titre subsidiaire, le recourant conteste le montant du dommage; il soutient que l'intimée aurait au plus reçu une indemnité correspondant à un mois de salaire, dès lors qu'elle avait été dispensée de son obligation de travailler pendant le délai de congé.

L'indemnité prévue par l'art. 336a CO a une double finalité, punitive et réparatrice; comme elle est due même si le travailleur ne subit aucun dommage, il ne s'agit pas de dommages-intérêts au sens classique, mais d'une indemnité sui generis, s'apparentant à une peine conventionnelle (ATF 135 III 405 consid. 3.1 p. 407). Le juge fixe l'indemnité en équité (art. 4 CC) en fonction de toutes les circonstances (ATF 131 III 243 consid. 5.2 p. 246); il doit notamment tenir compte de la gravité de la faute de l'employeur, d'une éventuelle faute concomitante du travailleur, de la manière dont s'est déroulée la résiliation, de la gravité de l'atteinte à la personnalité du travailleur licencié, de la durée des rapports de travail, de leur étroitesse, des effets économiques du licenciement, de l'âge du travailleur, d'éventuelles difficultés de réinsertion dans la vie économique et de la situation économique des parties (ATF 135 III 405 consid. 3.1 p. 407; 123 III 246 consid. 6a p. 255 s., 391 consid. 3c). Le montant de l'indemnité est fixé librement par le juge; le pouvoir d'appréciation qui est reconnu de la sorte à l'autorité cantonale conduit le Tribunal fédéral à ne pas substituer sa propre appréciation à celle de l'instance inférieure. Il n'interviendra que si la décision s'écarte sans raison sérieuse des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation ou s'appuie sur des faits qui, en l'occurrence, ne devaient jouer aucun rôle ou encore ne tient, au contraire, pas compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; le Tribunal fédéral sanctionnera, en outre, les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 32, 213 consid. 3.1 p. 220).

En l'espèce, la cour cantonale a tenu compte du nombre d'années passées par l'intimée au service de l'employeur et du manque de tout ménagement lors du licenciement dans le contexte du changement radical d'environnement professionnel et personnel que supposait sa venue en Suisse; le recourant ne critique pas ces motifs. Le fait que l'intimée n'ait

pas dû travailler pendant la période du délai de congé est par contre sans pertinence; le temps libre obtenu suite à la dispense de devoir offrir ses services après réception de la résiliation, libération au demeurant courante, ne concerne pas directement le congé et n'a pas à être imputé sur l'indemnité due pour cause de licenciement abusif, en tout cas pas si, comme en l'espèce pour l'intimée, il n'est pas établi que l'employé licencié a occupé un emploi équivalent durant cette période ou aurait pu le faire. En retenant une indemnité correspondant à quatre mois de salaire, les juges cantonaux sont restés dans le cadre du large pouvoir d'appréciation qui leur revient en la matière.

6.

Le recourant conteste avoir violé son devoir de diligence; il plaide qu'à l'époque concernée, aucun arrêt admettant qu'un licenciement sans ménagement pouvait être qualifié d'abusif n'avait été publié au Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral; il en déduit qu'on ne saurait dès lors lui reprocher à faute de ne pas avoir ouvert action pour demander une indemnité pour licenciement abusif (cf. ATF 134 III 534 consid. 3.2.3.3).

Un arrêt du 13 octobre 1998 publié au Recueil officiel précise que l'énumération à l'art. 336 CO n'est pas exhaustive et que le caractère abusif d'un licenciement peut découler de la façon dont la partie donnant le congé exerce son droit de résilier le contrat de travail (cf. ATF 125 III 70 consid. 2a et 2b). Le recourant ne pouvait dès lors pas ignorer qu'un licenciement, en soi licite, pouvait néanmoins être abusif suivant les circonstances dans lesquelles il est prononcé. Le reste était question d'appréciation, et le comportement de l'employeur, dont le recourant admet lui-même le caractère critiquable, devait à cet égard à tout le moins soulever des questions; dans les négociations avec l'employeur, le recourant a d'ailleurs requis une indemnité pour licenciement abusif. Il ne pouvait pas simplement laisser l'action se périmer au motif qu'aucun arrêt publié ne tranchait un cas tout-à-fait similaire à celui dont il était en charge, ce d'autant moins que l'intimée lui avait annoncé être disposée à engager une procédure judiciaire.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 7 avril 2010, Doss.-N° 8C\_453/2009 (Admission du recours en matière de droit public interjeté contre le jugement du Tribunal administratif de la République et canton de Genève du 7 avril 2009)*

**Fonction publique. Tribunal indépendant et impartial. Selon la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, il y a désormais une présomption que l'art. 6 par. 1 CEDH s'applique dans les contestations relatives aux employés publics. Les conflits ordinaires de travail dans la fonction publique – tels ceux portant sur un salaire,**

**une indemnité ou d'autres droits de ce type – ne sont en principe pas soustraits aux garanties de cette disposition conventionnelle (c. 2.2).**

Extraits des faits:

C., née en 1950, travaille au service du département de l'instruction publique du canton de Genève (ci-après: le DIP). Dès le 1<sup>er</sup> septembre 1973, elle a été confirmée dans ses fonctions de maîtresse enfantine. A partir de l'année scolaire 2002–2003, elle a exercé la fonction de formatrice dans le dispositif d'encadrement et de suivi des suppléants et des remplaçants à un taux de 100%. Son traitement correspondait à son salaire de maîtresse de l'enseignement primaire équivalant à la classe 16, annuité 15, auquel s'ajoutait une indemnité de 7700 fr. par an. Le 19 mai 2005, la direction de l'enseignement primaire a élaboré un projet de cahier des charges pour la fonction de formateur d'enseignants, lequel a été soumis au service d'évaluation des fonctions de l'office du personnel de l'Etat (ci-après: l'OPE). Par la suite, les procédures de réévaluation des fonctions ont toutefois été suspendues en raison de mutations affectant la formation initiale et la formation continue. A la suite d'une décision du Conseil d'Etat du 21 février 2007 autorisant la reprise des évaluations, la directrice adjointe de la division des ressources humaines du DIP (DRH) a demandé à l'OPE de procéder à l'évaluation de la fonction de formateur. Dans une note adressée le 19 juillet 2007 à la directrice adjointe de la DRH, l'OPE a proposé, conformément à la méthode en vigueur à l'Etat de Genève, des dénominations, profils, pondérations et classifications. En réponse à cette note, la directrice adjointe de la DRH a indiqué à l'OPE, le 27 juillet 2007, qu'en dépit de la justesse de la proposition, il était souhaitable de maintenir pour l'instant la situation actuelle en raison des nombreux changements qui allaient se produire prochainement dans l'organisation de la formation des enseignants. Aussi, le DIP avait-il décidé de faire passer les formateurs dans la classe 18 selon les nouvelles classifications des enseignants du primaire et de maintenir l'octroi d'une indemnité correspondant à la différence entre les classes 18/00 et 20/00.

Par courrier du 24 août 2007, le service des ressources humaines du DIP a informé C. que la situation actuelle des formateurs de l'enseignement primaire, soit des enseignants détachés pour la formation serait maintenue. Le DIP avait décidé, compte tenu des propositions de l'OPE, que le salaire des formateurs, maîtres généralistes détachés de l'enseignement ordinaire et/ou de l'enseignement spécialisé, passait de la classe 16 à la classe 18. En outre, les formateurs se voyaient accorder une indemnité qui correspondait à la différence de deux classes (16/00 à 18/00 ou 18/00 à 20/00).

Par écriture du 29 septembre 2008, C. a saisi le Tribunal administratif de la République et canton de Genève d'une action pécuniaire en concluant au paiement par l'Etat de Genève des sommes de 3913 fr. 85 avec intérêt à

5% dès le 29 février 2008 et de 65 771 fr. 40 avec intérêt à 5% dès le 31 août 2005. Elle alléguait un préjudice économique découlant du fait qu'en ne respectant pas la proposition de l'OPE, le DIP l'avait privée du passage à la classe de traitement 20. Statuant le 7 avril 2009, le Tribunal administratif a déclaré irrecevable l'action pécuniaire formée par C.

Celle-ci interjette un recours en matière de droit public contre ce jugement dont elle demande l'annulation en concluant, sous suite de frais et dépens, au renvoi de la cause au Tribunal administratif pour qu'il statue sur ses prétentions contre l'Etat de Genève.

Extraits des considérants:

2.

2.1 La juridiction cantonale a déclaré irrecevable l'action pécuniaire dont elle était saisie. Elle s'est fondée sur l'art. 56G al. 1 let. a de la loi cantonale d'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ; RSG E 2 05), dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2008, aux termes duquel une action pécuniaire devant le tribunal administratif est ouverte pour les actions relatives à des prétentions de nature pécuniaire fondées sur le droit public cantonal qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision au sens de l'art. 56A al. 2 LOJ et qui découlent des rapports entre l'Etat, les communes, les autres corporations et établissements de droit public et leurs agents publics. S'appuyant sur la réglementation régissant le traitement du personnel de l'Etat (loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'Etat et des établissements hospitaliers du 21 décembre 1973 [LTrait; RSG B 5 15] et son règlement d'application du 17 octobre 1979 [RTrait; RSG B 5 15.01]; règlement instituant une commission de réexamen en matière d'évaluation des fonctions du 7 avril 1982 [RComEF; RSG B 5 15.04]), le Tribunal administratif a considéré que seul le Conseil d'Etat est compétent pour modifier la classification d'une fonction existante, le rôle du service d'évaluation des fonctions de l'OPE consistant seulement à faire une proposition. Dès lors, la collocation de la fonction de formateur de l'enseignement en classe maximum 20 repose sur une proposition, de sorte que l'action pécuniaire est irrecevable en tant qu'elle est fondée sur le rapport d'évaluation de l'OPE du 27 (recte: 19) juillet 2007. Par ailleurs, en indiquant, le 24 août 2007, que les formateurs, maîtres généralistes détachés de l'enseignement ordinaire et/ou de l'enseignement spécialisé, voyaient leur salaire passer de la classe 16 à la classe 18 et qu'une indemnité correspondant à la différence de deux classes (16/00 à 18/00 ou 18/00 à 20/00) leur était octroyée, le DIP a fixé l'étendue du droit au traitement et à l'indemnité complémentaire de l'intéressée. Comme elle concerne la réévaluation de la fonction de formateur, cette décision ne peut pas faire l'objet d'un recours au regard de la LOJ dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2008 ni être remise en cause par une action pécuniaire, laquelle se révèle ainsi irrecevable.

La recourante invoque l'art. 6 par. 1 CEDH pour se plaindre du fait que sa cause n'a pas pu être soumise à une autorité judiciaire.

Dans sa réponse au recours, l'intimé fait valoir que, afin de respecter les exigences de l'art. 6 par. 1 CEDH, le tribunal administratif a étendu la notion de prétentions de nature pécuniaire au sens de l'art. 56G LOJ dans sa teneur valable jusqu'au 31 décembre 2008. Ainsi, pour le tribunal administratif, sont des prétentions de nature pécuniaire, c'est-à-dire appréciables en argent, celles qui tendent directement à l'octroi de sommes en espèces, notamment au paiement de traitements, d'allocations, d'indemnités ou de prestations d'assurance. Entrent aussi dans cette catégorie les droits qui sont étroitement liés à un rapport juridique appréciable en argent, comme une demande en paiement de la réparation financière des désavantages que le fonctionnaire a subis en raison d'une clause illicite de traitement contenue dans l'engagement ou comme les prétentions concernant le paiement des heures supplémentaires et en versement d'une indemnité pour vacances non prises. En revanche, ne sont pas considérées comme des prétentions de nature pécuniaire celles qui ont trait notamment à l'évaluation ou à la réévaluation d'une fonction, car alors la prétention a en réalité deux objets, l'un pécuniaire et l'autre de nature différente. Comme l'aspect pécuniaire n'est pas susceptible d'être jugé de manière indépendante de l'autre objet pour lequel l'autorité hiérarchique dispose d'un pouvoir d'appréciation entier, personne ne saurait, selon la jurisprudence du tribunal administratif, exiger de l'autorité une prestation dont l'octroi est laissé à sa discrétion. Cela étant, l'intimé est d'avis qu'en l'occurrence l'action pécuniaire de la recourante avait pour but principal de contester le choix politique exprimé par le DIP, de ne pas suivre la proposition du service d'évaluation des fonctions de l'OPE. La volonté du DIP de ne pas suivre cette proposition concernait un objet pour lequel il disposait d'un pouvoir d'appréciation entier, dont l'octroi était laissé à sa discrétion et qui ne peut dès lors pas faire l'objet d'une garantie d'accès à un juge.

2.2 Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de se prononcer dans des affaires semblables (arrêts 1C\_355/2007 du 6 novembre 2008 et 1C\_267/2008 du 27 octobre 2008). Il a relevé que l'art. 6 par. 1 CEDH donne à toute personne le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a récemment étendu le champ d'application de cette disposition en ce qui concerne les employés publics. Elle s'est écartée de l'ancien «critère fonctionnel», selon lequel étaient soustraits au champ d'application de l'art. 6 par. 1 CEDH «les litiges des agents publics dont l'emploi était caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des

autres collectivités publiques» (arrêt Pellegrin contre France du 8 décembre 1999, Recueil CourEDH 1999-VIII § 66). Désormais, il y a une présomption que l'art. 6 par. 1 CEDH s'applique dans les contestations relatives aux employés publics. Pour que ces litiges soient soustraits à la protection offerte par cette norme, deux conditions doivent être remplies. En premier lieu, le droit interne de l'Etat concerné doit avoir expressément exclu l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de salariés en question. En second lieu, cette dérogation doit reposer sur des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'Etat. Le simple fait que l'intéressé relève d'un secteur ou d'un service qui participe à l'exercice de la puissance publique n'est pas en soi déterminant. Il faut encore que l'objet du litige soit lié à l'exercice de l'autorité étatique, de sorte que les conflits ordinaires du travail – tels ceux portant sur un salaire, une indemnité ou d'autres droits de ce type – ne sont en principe pas soustraits aux garanties de l'article 6 CEDH (arrêt Vilho Eskelinen et autres contre Finlande du 19 avril 2007, § 62).

2.3 En l'occurrence, les conditions posées par la jurisprudence pour soustraire un employé public à la protection offerte par l'art. 6 par. 1 CEDH ne sont pas réunies. En effet, le droit applicable n'exclut pas expressément, pour des motifs qui seraient liés à l'intérêt de l'Etat, l'accès à un tribunal pour le poste de la recourante ou pour la catégorie de salariés à laquelle elle appartient. Or, l'intéressée s'est vu refuser l'accès au tribunal administratif et il n'apparaît pas en l'état que sa cause puisse être examinée par une autre autorité judiciaire cantonale, le tribunal administratif et l'intimé ne soutenant d'ailleurs pas le contraire. Par ailleurs, sous l'angle de l'art. 6 par. 1 CEDH, le Tribunal fédéral ne saurait être la seule autorité judiciaire compétente pour connaître du litige. Son pouvoir d'examen est en effet fortement limité en ce qui concerne les faits de la cause, puisqu'il statue en principe sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il convient en outre de relever que, même si le législateur cantonal avait prévu une dérogation, le domaine d'activité en cause et l'objet du litige sont manifestement étrangers à l'exercice de l'autorité étatique, de sorte qu'il n'y a pas de raison objective de soustraire cette cause aux garanties de l'art. 6 CEDH. Enfin, savoir si l'intéressée peut déduire une prétention de la décision ou du moins de l'avis du service d'évaluation des fonctions relève du fond et non de la recevabilité de l'action : c'est précisément ce point que l'autorité est appelée à trancher.

Dans ces conditions, il y a lieu de constater que la cause de la recourante n'a pas été examinée par un tribunal, de sorte que l'art. 6 par. 1 CEDH a été violé. Il se justifie donc de renvoyer l'affaire au tribunal administratif pour qu'il statue sur le fond du litige ou qu'il transmette la cause à une autre autorité judiciaire répondant aux exigences posées à l'art. 30 al. 1 Cst.

3.

Il s'ensuit que le recours en matière de droit public doit être admis et l'arrêt attaqué annulé, l'affaire étant renvoyée au tribunal administratif pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

*Bundesgericht, Urteil vom 4. Mai 2010, Doss.-Nr. 4A\_54/2010 (Aufhebung des Urteils des Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève vom 26. November 2009), in: BGE 136 I 290*

*Tribunal fédéral, Arrêt du 4 mai 2010, Doss.-N° 4A\_54/2010 (Annulation de l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 26 novembre 2009), in: ATF 136 I 290*

**Art. 110 Abs. 3 BV; Lohnzahlung für Feiertage; Angestellte im Stundenlohn.**

**Es besteht keine Verpflichtung, Angestellte im Stundenlohn für Feiertage zu entschädigen, unter Vorbehalt des 1. August, für den ein Lohnanspruch besteht, sofern er auf einen Tag fällt, an dem gearbeitet worden wäre (E. 2).**

**Art. 110 al. 3 Cst.; rémunération des jours fériés; employés payés à l'heure.**

**Il n'existe aucune obligation d'indemniser les jours fériés pour les travailleurs payés à l'heure, sous réserve du 1<sup>er</sup> août donnant droit à un salaire, à la condition encore qu'il tombe sur un jour qui aurait été travaillé (consid. 2).**

Faits:

A.

En mars 2001, Z. a été engagée en qualité d'enseignante; elle s'activait de manière irrégulière, en fonction des plannings qui lui étaient proposés, de sorte qu'elle ne donnait pas des cours toute l'année, ni tous les jours ouvrables de la semaine; le contrat de travail prévoyait un salaire horaire. Le 23 décembre 2004, l'employeuse X. a résilié le contrat de travail pour le 8 avril 2005.

Jusqu'au mois de juin 2008, l'employeuse ne versait pas d'indemnité compensatoire pour les jours fériés, mais faisait en sorte que ces jours soient remplacés, de telle manière que les employés ne subissent aucune perte. Au mois de septembre 2008, la direction de l'employeuse a décidé que tous les employés seraient indemnisés rétroactivement pour les jours fériés, pour autant qu'ils ne soient pas tombés un samedi ou un dimanche et que les cours aient eu lieu avant et après le jour férié en question; l'indemnité versée à l'employée s'est élevée à 1905 fr. 50 bruts, correspondant à cinq jours fériés en 2003 et trois en 2004.

B.

L'employée a assigné l'employeuse en paiement de 11 960 fr. 35 à titre d'indemnisation des jours fériés de 2000 à 2005; le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève lui a alloué 2212 fr. 10 bruts, considérant qu'elle n'avait été indemnisée que partiellement pour les jours fériés, rétroactivement, alors que cette rémunération était due intégralement; la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève a annulé le jugement du 19 mars 2009 et condamné l'employeuse à payer à l'employée 4874 fr. bruts, sous déduction de 1844 fr. 05 bruts.

C.

L'employeuse (la recourante) a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral, concluant à l'annulation de l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes, au rejet de la demande et au déboutelement de l'employée (l'intimée) de toutes ses conclusions.

Extraits des considérants:

2.

Il convient de commencer par examiner si l'ordre juridique suisse contient une obligation d'indemniser les jours fériés pour les travailleurs payés à l'heure.

2.1 A teneur de l'art. 110 al. 3 Cst., le 1<sup>er</sup> août est le jour de la fête nationale, il est assimilé aux dimanches du point de vue du droit du travail – ce qui implique que tout travail est en principe interdit, sauf circonstances particulières (cf. art. 19 et 27 de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce [loi sur le travail, LTr; RS 822.11] ainsi qu'art. 2 al. 2 de l'ordonnance du 30 mai 1994 sur la fête nationale [RS 116]) – et il est rémunéré. Il est incontestable que cette disposition consacre une obligation de payer le salaire pour le jour férié fédéral, laquelle concerne également les travailleurs rémunérés à l'heure (PHILIPPE CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, 2009, n° 4 ad art. 329 CO, p. 351; WOLFGANG PORTMANN, in *Basler Kommentar*, 4<sup>e</sup> éd. 2007, n° 5 ad art. 329 CO), pour autant toutefois que le 1<sup>er</sup> août tombe sur un jour à l'occasion duquel l'employé aurait normalement travaillé (CARRUZZO, *op.cit.*, n° 4 ad art. 329 CO, p. 351; dans le même sens, cf. STAEHELIN/VISCHER, *Zürcher Kommentar*, 3<sup>e</sup> éd. 1996, n° 11 ad art. 329 CO).

2.2 Selon l'art. 20a al. 1 LTr, outre le jour de la fête nationale, les cantons peuvent assimiler au dimanche huit autres jours fériés par an au plus; cette disposition ne dit toutefois pas mot de la question de la rémunération de ces jours. Le Code des obligations, en particulier l'art. 329 al. 3 CO relatif aux congés usuels, ne traite pas davantage la question. Pour le surplus, compte tenu de la force dérogatoire du droit fédéral en matière de droit privé, les cantons ne sont pas habilités à légiférer à ce sujet, de sorte qu'une obligation de rémunération ne saurait découler du droit cantonal (cf. ATF 76 I 305, 321). En résumé, le droit interne ne prévoit donc pas

une obligation de payer les jours fériés pour les travailleurs payés à l'heure, la question étant le cas échéant réglée par les conventions collectives ou les contrats-cadres de travail, voire contractuellement dans chaque cas particulier, ou encore s'il existe usage (cf. art. 322 al. 1 CO) en la matière (sur ces différents points, cf. arrêt 4A\_478/2009 du 16 décembre 2009 consid. 5, in DTA 2010 p. 23; arrêt du Tribunal d'appel du canton du Tessin du 13 mars 1995 consid. 2.1, in Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts [JAR] 1996 p. 149; arrêt de la Cour civile du Tribunal cantonal jurassien du 4 mai 1994, in Revue jurassienne de jurisprudence [RJJ] 1994 p. 179; CARRUZZO, op.cit., n° 5 ad art. 329 CO, p. 352; GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2009, p. 169 n° 485; ROLAND A. MÜLLER, ArG, 2009, n° 2 ad art. 20a al. 1 LTr; TERCIER/FAVRE, Les contrats spéciaux, 4<sup>e</sup> éd. 2009, p. 529 n° 3564; RÉMY WYLER, Droit du travail, 2<sup>e</sup> éd. 2008, p. 338; PORTMANN, op.cit., n° 9 ad art. 329 CO; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6<sup>e</sup> éd. 2006, n° 14 ad art. 329 CO, p. 415; PORTMANN/PETROVIC, in Loi sur le travail, 2005, n° 17 et 18 ad art. 20a LTr, p. 319; GABRIEL AUBERT, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. I, 2003, n° 8 ad art. 329 CO; STAEHELIN/VISCHER, op.cit., n° 11 ad art. 329 CO; MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, 2<sup>e</sup> éd. 1985, n° 15 ad art. 329 CO).

2.3 Cela étant, les tenants de la théorie du droit des travailleurs payés à l'heure à la rémunération des jours fériés – cantonaux – sont d'avis que celui-ci découlerait du droit international, spécifiquement de l'art. 7 let. d du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques sociaux et culturels (Pacte ONU I; RS 103.1), qui dispose que les Etats parties au dit Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables, qui assurent notamment: le repos, les loisirs, la limitation raisonnable de la durée du travail et les congés payés périodiques, ainsi que la rémunération des jours fériés.

Ce point de vue, initialement soutenu par PASCALE BYRNE-SUTTON dans sa thèse de doctorat (Le contrat de travail à temps partiel, 2001, p. 145 s.), a été repris sans autre explication par la jurisprudence genevoise susmentionnée et quelques auteurs isolés (cf. PORTMANN, op.cit., n° 9 ad art. 329 CO, p. 1891; PORTMANN/PETROVIC, op.cit., n° 19 ad art. 20a LTr; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3<sup>e</sup> éd. 2004, n° 2 ad art. 329 CO). Les autres auteurs précités n'en parlent purement et simplement pas, sous réserve de STREIFF/VON KAENEL (op.cit., n° 14 ad art. 329 CO, p. 415 s.), qui relèvent la question sans toutefois prendre position.

2.3.1 Le Pacte ONU I contient, à ses art. 6 à 15, un catalogue de droits économiques, sociaux et culturels; en vertu de son art. 2 ch. 1, chacun des Etats parties s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice de ces droits par tous les

moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives.

Le Tribunal fédéral a jugé à plusieurs reprises que les dispositions de ce Pacte énonçaient un programme, s'adressaient au législateur et ne conféraient en principe pas aux particuliers de droits subjectifs que ceux-ci pouvaient invoquer en justice (cf. ATF 135 I 161 consid. 2.2 p. 163; ATF 130 I 113 consid. 3.3 p. 123; ATF 126 I 240 consid. 2c p. 242 s.; ATF 123 II 472 consid. 4d p. 478; ATF 122 I 101 consid. 2a; ATF 121 V 246 consid. 2a et 2c; ATF 120 Ia 1 consid. 5c p. 11 s.; cf. également Message du 30 janvier 1991 sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme et une modification de la loi d'organisation judiciaire, FF 1991 I 1129 ss, spéc. 1141 ch. 431).

Le Tribunal fédéral a toutefois admis qu'il n'était pas exclu que l'une ou l'autre des normes du Pacte ONU I puisse être considérée comme directement applicable ou «self-executing» (cf. ATF 121 V 246 consid. 2e au sujet de l'art. 8 al. 1 let. a relatif au droit de toute personne de former des syndicats et de s'affilier à celui de son choix, ainsi que ATF 125 III 277 consid. 2e en rapport avec l'art. 8 al. 1 let. d concernant le droit de grève, qui laissent la question indécise). Savoir si tel est le cas est une question d'interprétation (ATF 121 V 246 consid. 2b p. 249), étant précisé qu'une norme est directement applicable si elle est suffisamment déterminée et claire par son contenu pour constituer le fondement d'une décision (cf. ATF 126 I 240 consid. 2b; ATF 125 III 277 consid. 2d/aa p. 281; ATF 121 V 246 consid. 2b p. 249; ATF 120 Ia 1 consid. 5b).

2.3.2 S'agissant de l'interprétation des traités, la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111) pose des principes directeurs, qui sont relativement semblables aux méthodes d'interprétation valant pour les règles générales et abstraites en droit interne, au nombre desquelles figurent les traités internationaux qui, en Suisse, sont introduits dans l'ordre juridique national dès leur entrée en vigueur sur le plan du droit international (cf. ATF 135 V 339 consid. 5.3; ATF 130 I 312 consid. 4.1 p. 325).

Sur le plan interne, la loi s'interprète selon sa lettre, son esprit et son but, ainsi que selon les valeurs sur lesquelles elle repose, conformément à la méthode téléologique; si la prise en compte d'éléments historiques n'est pas déterminante pour l'interprétation, cette dernière doit néanmoins s'appuyer en principe sur la volonté du législateur et sur les jugements de valeur qui la sous-tendent de manière reconnaissable (cf. ATF 135 III 20 consid. 4.4 p. 23).

2.3.3 En l'occurrence, l'on ne voit pas qu'en dérogation à la règle selon laquelle les dispositions du Pacte ONU I ne confèrent en principe pas aux particuliers de droits subjectifs susceptibles d'être invoqués en justice, son art. 7 let. d doive être considéré comme directement applicable. Il apparaît au contraire que cette norme s'adressait au législateur, respectivement au Constituant, lequel en a précisément tenu compte en édictant

l'art. 110 al. 3 Cst. pour ce qui est du jour férié fédéral. Comme la recourante le souligne de façon pertinente, l'adoption de cette dernière disposition, singulièrement de l'obligation de rémunération, a donné lieu à de nombreuses discussions (cf. Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1996 I 1 ss, spéc. 327 s.; PASCAL MAHON, in *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* [...], 2003, n° 24 ad art. 110 Cst., p. 859 s.), ce qui n'aurait probablement pas été le cas si le caractère «self-executing» de l'art. 7 let. d du Pacte ONU I avait semblé si évident, car alors la réglementation constitutionnelle n'aurait pas eu de raison d'être.

En outre, l'on ne saurait admettre, comme l'ont soutenu les auteurs favorables à l'application directe, que de par sa clarté, la disposition litigieuse ne nécessiterait pas de mesure interne de concrétisation (cf. BYRNE-SUTTON, *op.cit.*, p. 145 s.; PORTMANN/PETROVIC, *op.cit.*, n° 19 ad art. 20a LTr). En effet, cette norme n'est pas si claire et sa lecture ne permet nullement d'en déduire si elle concerne tous les travailleurs, à savoir également ceux payés à l'heure, le cas échéant à partir de combien d'heures de travail, ni comment elle s'appliquerait concrètement; elle ne fait ainsi que poser une idée générale.

Il y a encore lieu de relever que, quoi que semble en penser la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève qui les cite à l'appui de sa position, les commentateurs helvétiques du Pacte ONU I n'affirment pas non plus que les jours fériés devraient être rémunérés pour les travailleurs payés à l'heure, mais indiquent seulement que l'effectivité du droit à des conditions de travail justes et favorables au sens de l'art. 7 du Pacte ONU I, autant qu'aucun effet horizontal direct ne lui est reconnu sur le plan interne, dépend dans une large mesure de l'état de la législation, car il doit se concrétiser en première ligne dans les domaines de l'économie privée (KÜNZLI/KÄLIN, *Die Bedeutung des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte für das schweizerische Recht*, in *La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, 2<sup>e</sup> éd. 1997, p. 119; dans le même sens, cf. MATTHEY CRAVEN, *The international Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights*, Oxford 1995, p. 246).

2.4 En définitive, il convient donc de s'en tenir à ce qui découlait déjà de l'arrêt 4A\_478/2009 du 16 décembre 2009 (in DTA 2010 p. 23), à savoir qu'il n'existe aucune obligation d'indemniser les jours fériés pour les travailleurs payés à l'heure, sous réserve du 1<sup>er</sup> août donnant droit à un salaire, à la condition encore qu'il tombe sur un jour qui aurait été travaillé.

Il s'ensuit qu'en considérant que l'intimée avait droit à la rémunération de tous les jours fériés, la cour cantonale a violé le droit fédéral. Il n'y avait pas lieu d'allouer à l'employée davantage que ce que la recourante avait spontanément accepté, à bien plaisir, de lui verser pour les jours fériés – incluant la fête nationale lorsque celle-ci était un jour de semaine –, étant précisé que le montant concerné n'est en soi pas remis en cause. Par

conséquent, le recours doit être admis, l'arrêt entrepris annulé et la demande rejetée.

*Bundesgericht, Urteil vom 4. Mai 2010, Doss.-Nr. 4A\_94/2010 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Bern vom 10. Dezember 2009)*

**Art. 15 Abs. 1 ArGV 1 unterscheidet zwischen Pikettdienst innerhalb und ausserhalb des Betriebes. Von ausserhalb des Betriebes geleistetem Pikettdienst i.S.v. Art. 15 ArGV 1 ist nur dann auszugehen, wenn der Arbeitnehmer mehr Freizeit- und Erholungsmöglichkeiten hat. Dies ist zu verneinen, wenn der Arbeitnehmer während des Pikettdienstes innert sehr kurzer Frist, z.B. innert 15 Minuten nach dem Anruf, intervenieren muss, den Betrieb daher unter den gegebenen Umständen kaum verlassen und somit auch nicht von seiner Freizeit profitieren kann. Anders verhält es sich aber, wenn der Arbeitnehmer den Pikettdienst tatsächlich zu Hause erbringen kann, da dies ihm namentlich bezüglich des Sozialkontakts und der Freizeitbeschäftigungen verschiedene auf dem Betriebslokal ausgeschlossene Möglichkeiten bietet und deshalb keine Gleichstellung mit dem im Betrieb erbrachten Pikettdienst gerechtfertigt ist. In casu wurde einem Arbeitnehmer, welcher verpflichtet war, innert 15 Minuten einsatzbereit zu sein, der in seiner 100 Meter vom Arbeitsort entfernt liegenden Privatwohnung geleistete Pikettdienst zu Recht nicht voll als Arbeitszeit angerechnet. Weder nach dem Wortlaut noch nach dem Regelungszweck von Art. 15 ArGV 1 war eine Gleichstellung mit Pikettdienst auf dem Betriebsgelände angezeigt (E. 4.4 und 4.5).**

Sachverhalt:

Dr. X. (Arbeitnehmer, Kläger und Beschwerdeführer) arbeitete vom 1. Oktober 2001 bis zum 31. Oktober 2004 zu 100% als Oberarzt in der Abteilung Anästhesiologie bei der Regionalspital E. AG (Arbeitgeberin, Beklagte und Beschwerdegegnerin). Der Arbeitsvertrag vom 6. August 2001 sah ein Monatsgehalt von brutto Fr. 9941.45 vor und erklärte den Gesamtarbeitsvertrag für das Personal bernischer Spitäler (GAV) als integrierenden Bestandteil. Der GAV 2000 enthält folgende Bestimmungen:

«34.10 Arbeitszeit

1 Die Arbeitszeit beträgt bei einem Beschäftigungsgrad von 100 Prozent maximal 42 Stunden pro Woche, entsprechend 2184 Stunden pro Jahr.

2–6 [...]

7 Arbeitszeit für Assistenz- und Oberärzte

Für Assistenzärzte und -ärztinnen sowie Oberärzte und -ärztinnen gelten die Bestimmungen, welche demnächst mit dem Kanton Bern ausge-

handelt und in der neuen VOA festgeschrieben werden. Bis diese neue Regelung in Kraft tritt, darf die Arbeitszeit für Assistenzärzte und -ärztinnen sowie Oberärzte und -ärztinnen 55 Stunden pro Woche nicht überschreiten. Pikettdienst in der Nacht und an Wochenenden im Spital gilt uneingeschränkt als Arbeitszeit. Für diese Zeit werden keine Zulagen ausgerichtet.

#### 34.20 Überstunden

[...]

#### 34.30 Pikettdienst, Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit

1 [...]

#### 2 Pikettdienst ausserhalb des Betriebsgeländes

Während des Pikettdienstes steht die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter ausserhalb des Betriebes entsprechend dem Einsatzdispositiv auf Abruf bereit. Die Zeit, während welcher die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter effektiv beschäftigt ist, gilt als Arbeitszeit. In der Regel wird diese Zeit kompensiert.

#### 3 Pikettdienst innerhalb des Betriebsgeländes

Während des Pikettdienstes steht die Mitarbeiterin/der Mitarbeiter innerhalb des Spitalgeländes entsprechend dem Einsatzdispositiv auf Abruf bereit. Dieser Pikettdienst gilt voll als Arbeitszeit. Ausgenommen ist die nachts in einem dafür reservierten Raum verbrachte Ruhezeit. Die Anrechnung dieser nächtlichen Ruhezeit als Arbeitszeit wird in den Ausführungsbestimmungen festgelegt. Während der Übergangszeit (Ziff. 71.00 GAV) gelten die jeweiligen betrieblichen Regelungen. Von dieser Regelung ausgenommen sind Assistenzärzte und -ärztinnen sowie Oberärzte und -ärztinnen.

4 Die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes sowie der dazu gehörenden Verordnungen sind einzuhalten.»

Der GAV 2004 enthält folgende Bestimmungen:

#### «Art. 11 Arbeitszeit

#### 11.1 Wochenarbeitszeit und Arbeitszeitmodelle

1 Die Arbeitszeit beträgt bei einem Beschäftigungsgrad von 100 Prozent 42 Stunden pro Woche.

[...]

#### 11.2 Arbeitszeit für Assistenz- und Oberärzte

Für Assistenzärzte und -ärztinnen sowie Oberärzte und -ärztinnen gelten die Bestimmungen der kantonalen Verordnung über die Anstellungsverhältnisse des ärztlichen Spitalpersonals und – soweit anwendbar – des Arbeitsgesetzes.

#### 11.3 Überstunden

[...]

#### 11.4 Pikettdienst, Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit

Für diese Dienste werden Zeitgutschriften gesprochen und Zuschläge ausgerichtet. Umfang und Ansätze sind in den Ausführungsbestimmungen festgelegt.

### 11.5 Pikettdienst in Rufbereitschaft

Während des Pikettdienstes in Rufbereitschaft steht die Mitarbeiterin/der Mitarbeiter für allfällige Arbeitseinsätze bereit. Die Zeit, während der die Mitarbeiterin/der Mitarbeiter effektiv beschäftigt ist, gilt als Arbeitszeit. Die Wegzeit zu und von der Arbeit ist in diesem Fall an die Arbeitszeit anzurechnen. In der Regel wird diese Zeit kompensiert.

### 11.6 Pikettdienst in Arbeitsbereitschaft

1 Während des Pikettdienstes in Arbeitsbereitschaft steht die Mitarbeiterin/der Mitarbeiter für allfällige Arbeitseinsätze in weniger als 30 Minuten bereit. Der Dienst kann innerhalb oder ausserhalb des Betriebsgeländes geleistet werden. Die gesamte zur Verfügung gestellte Zeit gilt als Arbeitszeit.

2 Änderungen des Arbeitsgesetzes, der Verordnung und der Wegleitung SECO bleiben vorbehalten.»

Die Privatwohnung des Arbeitnehmers lag gemäss seinen Angaben 100 Meter vom Spital entfernt. Er konnte sich während des Pikettdienstes zu Hause aufhalten, war jedoch verpflichtet, innert 15 Minuten einsatzbereit zu sein.

Am 4. Januar 2007 klagte der Arbeitnehmer gegen die Arbeitgeberin auf Zahlung von Fr. 108 846.–. Er verlangte damit Lohn für in den Jahren 2002, 2003 und 2004 geleistete Überstunden und Überzeit, wobei er davon ausging, der von ihm geleistete Pikettdienst habe vollumfänglich als Arbeitszeit zu gelten. Die erste Instanz wies die Klage ab. Auf Appellation des Arbeitnehmers hin bestätigte die Vorinstanz den erstinstanzlichen Entscheid. Der Arbeitnehmer gelangt ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

3.1 Das Obergericht erwog, der vorliegende Arbeitsvertrag unterstehe dem Gesamtarbeitsvertrag für das Personal bernischer Spitäler (GAV). Bezüglich der Arbeitszeit der Oberärzte verweise Ziff. 34.10.7 GAV 2000 bzw. Art. 11.2 GAV 2004 auf die Verordnung über die Anstellungsverhältnisse des ärztlichen Spitalpersonals (VOA). Demnach bestimme diese Verordnung, ob der vom Beschwerdeführer geleistete inaktive Pikettdienst als Arbeitszeit gelte. Die damit verbundene Ungleichbehandlung der Assistenz- und Oberärzte und des übrigen Spitalpersonals sei unter Berücksichtigung der jeweiligen Verantwortungen sachgerecht.

3.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, der Verweis in Ziff. 34.10.7 GAV 2000 auf die VOA beziehe sich nur auf die wöchentliche Arbeitszeit. Deren Begrenzung sei bei der Aushandlung des GAV 2000 eine der wichtigsten Forderungen des Verbandes der schweizerischen Assistenz- und Oberärztinnen und -ärzte gewesen. Für diese Ärzte sehe Ziff. 34.10.7 GAV 2000 daher bis zum Inkrafttreten der VOA eine maximale Arbeitszeit von 55 Stunden pro Woche vor. Ziff. 34.10.7 GAV 2000 bestimme zwar Übergangsrechtlich weiter, dass Pikettdienst in der Nacht und an Wochenenden

im Spital uneingeschränkt als Arbeitszeit gelte und für diese Zeit keine Zulagen ausgerichtet würden. Daraus könne jedoch nicht der Schluss gezogen werden, Pikettdienst ausserhalb des Spitals sei nicht zu entschädigen. Vielmehr habe die Praxis, die nachts von Assistenzärzten im Spital erbrachten Pikettdienste nicht anzurechnen, unterbunden werden sollen. Im Übrigen unterstehe nach dem GAV 2000 der Pikettdienst der Assistenz- und Oberärzte der für das übrige Personal geltenden Regelung. Daran habe der GAV 2004 nichts geändert. In Art. 11.2 GAV 2004 werde unter der unveränderten Überschrift «Arbeitszeit für Assistenz- und Oberärzte» als Ausnahme von der 42-Stunden-Woche auf die VOA verwiesen. Der Pikettdienst werde in den nachfolgenden Art. 11.4 ff. GAV 2004 für das gesamte Personal geregelt, wobei in Art. 11.6 gemäss der SECO-Wegleitung bei einer Arbeits- bzw. Einsatzbereitschaft von unter 30 Minuten von Arbeitszeit ausgegangen werde. Die Sozialpartner seien davon ausgegangen, diese Regelung gelte auch für Assistenz- und Oberärzte, was durch eine als Novum eingereichte Vereinbarung zwischen den Spitälern FMI AG und verschiedenen Verbänden und den systematischen Aufbau von Art. 11 GAV 2004 bestätigt werde. Die Anwendung der allgemeinen Pikettregelung auf Assistenz- und Oberärzte sei gerechtfertigt, weil nicht einzusehen sei, weshalb diese weniger Ruhezeit brauchten als das übrige Spitalpersonal.

(...)

3.4 Ziff. 34.10.7 GAV 2000 verweist bezüglich der Arbeitszeit von Assistenz- und Oberärzten auf die künftige VOA und bestimmt, dass bis zu ihrem Inkrafttreten 55 Stunden pro Woche nicht überschritten werden dürfen und der Pikettdienst in der Nacht und an Wochenenden im Spital als Arbeitszeit gilt. Diese Übergangsbestimmung betreffend den Pikettdienst zeigt, dass die Anrechnung dieses Dienstes an die Arbeitszeit für Assistenz- und Oberärzte künftig ebenfalls von der VOA geregelt werden soll. Die Regelung des Pikettdienstes in Ziff. 34.30 GAV 2000, namentlich Ziff. 34.30.3 Abs. 3 GAV 2000 bezüglich der nachts in einem dafür reservierten Raum verbrachte Ruhezeit, gilt daher nicht für Assistenz- und Oberärzte, sondern lediglich für das übrige Personal. Dieses Ergebnis wird dadurch untermauert, dass Ziff. 34.30.3 Abs. 4 GAV 2000 Assistenz- und Oberärzte ausdrücklich ausnimmt. Aus dem Wortlaut und der systematischen Stellung von Ziff. 34.10.7 GAV 2000 ergibt sich somit, dass der darin enthaltene Verweis auf die VOA die Bestimmungen über die Arbeitszeit ganz allgemein, also auch die Anrechnung des Pikettdienstes, umfasst. Die damit verbundene Gleichstellung mit den Ärzten an den öffentlichen Berner Spitälern steht nicht in Widerspruch dazu, dass bei der Aushandlung des GAV 2000 die Begrenzung der wöchentlichen Arbeitszeit eine wichtige Forderung der Assistenz- und Oberärzte darstellte. Der GAV 2004 brachte bezüglich des Verweises auf die VOA inhaltlich keine Änderung, zumal in Art. 11.2 GAV 2004 unter dem Titel «Arbeitszeit für Assistenz- und Oberärzte» weiterhin allgemein auf die Bestimmungen der VOA verwiesen wird, ohne insoweit eine Beschränkung auf die Regelung

der Wochenarbeitszeit vorzusehen. Ein davon abweichender Wille der Vertragsparteien des GAV 2004 ist nicht erkennbar. Nicht entscheidend ist, wie einzelne Spitäler den GAV 2004 tatsächlich verstanden haben. Damit kann offen bleiben, welches Verständnis des GAV 2004 der vom Beschwerdeführer als Novum eingereichten Vereinbarung zugrunde lag und ob diese gemäss Art. 99 Abs. 1 BGG zugelassen werden könnte. Aus dem Gesagten folgt, dass das Obergericht kein Bundesrecht verletzt, wenn es davon ausging, die in den beiden Gesamtarbeitsverträgen bezüglich der Arbeitszeit der Assistenz- und Oberärzte vorgesehenen Verweise auf die VOA erfassten auch die Anrechnung des Pikettdienstes.

4.

4.1 Die Berner Verordnung über die Anstellungsverhältnisse des ärztlichen Spitalpersonals vom 22. März 2000 (VOA; BAG 811.123) findet nach deren Art. 1 auf Assistenz- und Oberärzte Anwendung, die an den kantonalen psychiatrischen Kliniken eine Funktion in einem Dienst mit 24-Stunden-Betrieb ausüben. Art. 7 VOA lautet:

«1 Als Arbeitszeit gilt die Zeit, die gemäss Dienstplan oder auf Anordnung der Vorgesetzten am Arbeitsort verbracht werden muss.

2 Die Zeit, während der sich die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter gemäss Dienstplan ausserhalb des Betriebsgeländes auf Abruf zum Einsatz bereithalten muss (Pikettdienst), gilt nicht als Arbeitszeit. Einsätze während dieses Dienstes gelten jedoch als Arbeitszeit.»

Die Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1; SR 822.111) bestimmt in Art. 15:

«1 Wird der Pikettdienst im Betrieb geleistet, stellt die gesamte zur Verfügung gestellte Zeit Arbeitszeit dar.

2 Wird der Pikettdienst ausserhalb des Betriebes geleistet, so ist die zur Verfügung gestellte Zeit soweit an die Arbeitszeit anzurechnen, als der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin tatsächlich zur Arbeit herangezogen wird. Die Wegzeit zu und von der Arbeit ist in diesem Fall an die Arbeitszeit anzurechnen.»

4.2 Das Obergericht ging davon aus, gemäss Art. 7 Abs. 2 VOA, der Art. 15 Abs. 2 ArGV 1 entspreche, könnten die vom Beschwerdeführer zu Hause und damit ausserhalb des Betriebs der Beschwerdegegnerin geleisteten Pikettdienste nicht als Arbeitszeit gelten, soweit er nicht zu einem Einsatz aufgerufen worden sei.

4.3 Der Beschwerdeführer rügt, das Obergericht habe Art. 15 ArGV 1 verletzt, indem es den von ihm erbrachten Pikettdienst nicht als Arbeitszeit qualifiziert habe. Es habe nicht beachtet, dass Art. 15 ArGV 1 dem Schutz der Ruhezeit diene und demnach auf die mit dem Pikettdienst verbundene Intensität der Einschränkung der Ruhezeit abzustellen sei. Entsprechend sei das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) in seiner kurz nach dem Inkrafttreten der ArGV 1 veröffentlichten Wegleitung von Arbeitszeit bzw. -bereitschaft ausgegangen, wenn der Arbeitgeber einen raschen Einsatz garantieren und sich dazu in Betriebsgebäuden aufhalten oder in der Nähe des Einsatz-

ortes wohnen müsse. Dies habe vorliegend zugetroffen, da der Beschwerdeführer wegen der verlangten Einsatzbereitschaft in 15 Minuten während des Pikettdienstes kaum etwas anderes habe tun können, als zu Hause auf den Einsatz zu warten. Dies rechtfertige die Gleichstellung mit der Leistung des Pikettdienstes im Spital. Dagegen wäre stossend, den Pikettarzt, der im Spital bleibt, weil er weit davon entfernt wohnt, anders zu behandeln, als denjenigen, der seinen Wohnort unmittelbar daneben wähle.

4.4 Art. 15 ArGV 1 unterscheidet – ähnlich wie Art. 7 VOA – zwischen Pikettdienst innerhalb und ausserhalb des Betriebes. Dieser Unterscheidung liegt die Überlegung zugrunde, dass der Arbeitnehmer ausserhalb des Betriebes mehr Freizeit- und Erholungsmöglichkeiten hat. Gemäss dem Regelungsgedanken von Art. 15 ArGV 1 ist daher nur von ausserhalb des Betriebes geleistetem Pikettdienst auszugehen, wenn der Arbeitnehmer diese Möglichkeiten auch nutzen kann (vgl. ADRIAN VON KAENEL, in: Stämpfli Handkommentar, Arbeitsgesetz, Thomas Geiser und andere [Hrsg.], 2005, N. 11 zu Art. 9 ArG). Dies ist zu verneinen, wenn der Arbeitnehmer während des Pikettdienstes innert sehr kurzer Frist, z.B. innert 15 Minuten nach dem Anruf, intervenieren muss, den Betrieb daher unter den gegebenen Umständen kaum verlassen und somit auch nicht von seiner Freizeit profitieren kann (SECO, Wegleitung zur ArGV 1, Nov. 2006, Vorbem. zu Art. 15). Entsprechend bestimmt der am 1. Januar 2010 in Kraft getretene Art. 8a Abs. 3 der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (SR 822.112), dass die gesamte zur Verfügung gestellte Zeit als Arbeitszeit gilt, wenn der (inaktive) Pikettdienst wegen der kurzen Interventionszeit im Betrieb geleistet werden muss. Anders verhält es sich aber, wenn der Arbeitnehmer den Pikettdienst tatsächlich zu Hause erbringen kann, da dies ihm namentlich bezüglich des Sozialkontakts und der Freizeitbeschäftigungen verschiedene auf dem Betriebslokal ausgeschlossene Möglichkeiten bietet und deshalb keine Gleichstellung mit dem im Betrieb erbrachten Pikettdienst gerechtfertigt ist (vgl. Urteil 2P.134/2006 vom 27. November 2006 E. 3.2 und betreffend Art. 15 Abs. 2 ArG: Urteil 4A\_528/2008 vom 27. Februar 2009, E. 4.3). Das SECO hat zunächst eine abweichende Meinung vertreten (vgl. SECO, Wegleitung zur ArGV 1, April 2001, Vorbem. zu Art. 15 ArGV 1), diese jedoch aufgrund der dagegen erhobenen Kritik aufgegeben (vgl. SECO, Wegleitung zur ArGV 1, November 2006, Vorbem. zu Art. 15 ArGV 1; CHRISTOPH SENTI, Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Pikettdienst, ZBJV 2006, S. 645 ff., 662).

4.5 Der Beschwerdeführer konnte den Pikettdienst in seiner ausserhalb des Betriebsgeländes der Beschwerdegegnerin gelegenen Privatwohnung erbringen, weshalb weder nach dem Wortlaut noch dem Regelungszweck von Art. 15 ArGV 1 die Gleichstellung mit Pikettdienst auf dem Spitalgelände angezeigt ist. Demnach hat das Obergericht weder Art. 15 ArGV 1 noch den diesem entsprechenden Art. 7 Abs. 2 VOA verletzt. Ob das vorliegende Arbeitsverhältnis dem Arbeitsgesetz untersteht und damit Art. 15 ArGV 1 anwendbar ist, kann somit offenbleiben.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 11 mai 2010, Doss.-N° 4A\_88/2010 et 4A\_96/2010 (Rejet des recours interjetés contre l'arrêt rendu le 23 décembre 2009 par la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève)*

**Art. 335c al. 1 CO.** Lorsque les parties ont convenu d'un temps d'essai trop long et, partant, d'un délai de résiliation trop bref dans le laps excédentaire, les parties sont présumées avoir voulu le délai de résiliation le plus court possible selon la loi (c. 4).

**Art. 336c CO.** Quelle que soit sa durée, le délai de congé se compute rétrospectivement dès son échéance, en tenant compte, le cas échéant, des périodes de protection du travailleur qui suspendent son cours en vertu de l'art. 336c al. 2 CO (c. 4).

Extraits des faits:

A. est entré au service de Y. SA, à Genève, le 1<sup>er</sup> décembre 2007 en qualité d'analyste de gestion. Un contrat de travail avait été conclu par écrit le 2 novembre précédent; ce document prévoyait un salaire annuel brut au montant de 90 000 fr. pendant les six premiers mois de travail et de 100 000 fr. dès le septième mois, payable en douze tranches mensuelles. Une clause intitulée «période d'essai et congé» se lisait comme suit: Le contrat est conclu avec une période d'essai de six mois. Le délai de congé est fixé à une semaine pour la fin d'un mois pendant la période d'essai. Par la suite, le délai de congé est de trois mois pour la fin d'un mois.

Y. SA a déclaré la résiliation du contrat le 5 mai 2008 avec effet au 30 juin suivant. A. a réclamé l'observation d'un délai de congé de trois mois pour la fin d'un mois; il faisait observer que le temps d'essai s'était terminé après trois mois de travail déjà, nonobstant la teneur différente du contrat, et il signalait qu'en raison d'une période de service militaire à accomplir du 18 août au 8 septembre 2008, le rapport de travail se prolongerait jusqu'au 31 octobre 2008. Il se mettait à disposition pour travailler jusqu'à cette date. Rejetant ce point de vue, l'employeuse s'est dite autorisée à résilier le contrat avec un délai de préavis d'un mois pour la fin d'un mois, entre la fin du temps d'essai qui, effectivement, n'avait pas pu excéder trois mois, et la fin du sixième mois de travail.

Le 13 octobre 2008, A. a ouvert action contre Y. SA devant le Tribunal de prud'hommes du canton de Genève. Le tribunal s'est prononcé le 3 avril 2009 et il a, en substance, donné gain de cause au demandeur. La défenderesse ayant appelé du jugement, la Cour d'appel a statué le 23 décembre 2009. Elle a réformé cette décision en retenant un délai de congé de deux mois pour la fin d'un mois. Agissant par la voie du recours en matière civile, le demandeur requiert le Tribunal fédéral de réformer l'arrêt de la Chambre d'appel.

Extraits des considérants:

2.

Selon l'art. 335b al. 1 et 2 CO, chacune des parties peut résilier le contrat de travail à tout moment, pendant le temps d'essai, moyennant un délai de congé de sept jours, et le premier mois de travail est considéré comme temps d'essai (al. 1). Les parties peuvent prévoir des dispositions différentes par accord écrit mais le temps d'essai ne peut pas dépasser trois mois (al. 2).

Selon l'art. 335c al. 1 et 2 CO, après le temps d'essai, le contrat peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois pendant la première année de service, de deux mois de la deuxième à la neuvième année de service, et de trois mois ultérieurement (al. 1); ces délais peuvent être modifiés par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective, mais des délais inférieurs à un mois ne peuvent être fixés que par convention collective et pour la première année de service (al. 2).

3.

Il est constant que le contrat conclu le 2 novembre 2007 n'est pas conforme à cette réglementation en tant que dès la fin du troisième mois de travail, soit l'échéance du temps d'essai impérativement fixée par l'art. 335b al. 1 CO, et jusqu'à la fin du sixième mois, le délai de congé d'une semaine seulement contrevient aux exigences minimales de l'art. 335c CO. Les trois premiers mois se sont écoulés de décembre 2007 à février 2008; mai 2008 était le sixième mois.

C'est pourquoi le 5 mai 2008, la défenderesse n'a pas pu résilier pour la fin du mois en cours mais pour celle de celui d'après, soit juin 2008; elle observait ainsi le délai et le terme prescrits par l'art. 335c al. 1 CO.

Le Tribunal de prud'hommes a interprété et modifié le contrat des parties en anticipant, dès la fin du troisième mois, le mode de résiliation initialement prévu pour après la fin du sixième, comportant un délai de trois mois; il a reporté l'échéance du délai de fin août à fin novembre 2008 selon l'art. 336c al. 1 let. a, al. 2 et al. 3 CO, en raison du service militaire que le demandeur avait accompli du 18 août au 5 septembre.

La Chambre d'appel a elle aussi interprété et modifié le contrat. Elle a supputé ce que les parties auraient convenu si elles avaient connu les exigences minimales de la loi; elle a retenu qu'elles auraient adopté un délai de congé de deux mois dès la fin du troisième mois de travail et jusqu'à la fin du sixième. C'est ainsi que, selon son arrêt, la résiliation signifiée le 5 mai 2008 prend effet au 31 juillet suivant.

En instance fédérale, le demandeur et l'intervenante acquiescent à ce délai de deux mois. Ils font valoir, néanmoins, que la période de protection du travailleur prévue par l'art. 336a al. 1 let. a CO, débutant quatre semaines avant le commencement du service militaire, était déjà en cours au

31 juillet 2008, et ils infèrent de cette situation que le contrat de travail n'a pas pu prendre fin avant le 31 octobre 2008.

4.

Il est vrai que selon la jurisprudence, le contrat doit être complété lorsque les parties ont convenu d'un temps d'essai trop long et, partant, d'un délai de résiliation trop bref dans le laps excédentaire. Toutefois, le complètement doit s'effectuer en ce sens que les parties sont présumées avoir voulu le délai de résiliation le plus court possible selon la loi, soit un mois pendant la première année de service (ATF 131 III 467 consid. 1 p. 469). Les parties au contrat du 2 novembre 2007 devaient donc respecter ce délai d'un mois si l'une d'elle voulait résilier pendant les mois de mars, avril ou mai 2008. En retenant plutôt, selon leur appréciation, un délai de trois mois en première instance puis de deux mois en appel, les précédents juges ont appliqué incorrectement l'art. 335c al. 1 CO.

Quelle que soit sa durée, le délai de congé se compute rétrospectivement dès son échéance, en tenant compte, le cas échéant, des périodes de protection du travailleur qui suspendent son cours en vertu de l'art. 336c al. 2 CO (ATF 134 III 354 consid. 2 et 3 p. 358). En l'espèce, le demandeur ne pouvait prétendre à un délai de trois mois, selon le contrat du 2 novembre 2007, que si la résiliation lui parvenait au cours du mois de juin 2008 au plus tôt. La résiliation du 5 mai 2008 a déclenché un délai d'un mois qui s'est écoulé sans aucune suspension du 1<sup>er</sup> au 30 juin suivant. Le demandeur n'avait pas droit au salaire pendant le mois de juillet 2008 et il obtient cette prestation seulement parce que la défenderesse s'abstient de recourir contre l'arrêt de la Chambre d'appel. Quoiqu'il ait dû se rendre au service militaire du 18 août au 5 septembre, le demandeur ne peut non plus exiger aucun salaire pour les mois d'août à octobre 2008, et l'intervenante se subroge à une prétention inexistante.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 14 mai 2010, Doss.-N° 4A\_178/2010 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la II<sup>e</sup> Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'État de Fribourg du 4 décembre 2009)*

**Harcèlement sexuel. Il n'est pas arbitraire de considérer que l'employeur qui a pris les mesures utiles pour faire cesser une atteinte contraire à la LEg ne peut être condamné à verser à la victime l'indemnité prévue à l'art. 5 al. 3 LEg (c. 4.3).**

Extraits des faits:

Par contrat de travail du 21 juin 2000, A. (ci-après: l'employeur) a engagé X. (ci-après: l'employée) à mi-temps, avec effet au 1<sup>er</sup> juillet 2000. Au cours du printemps 2003, l'employée a reçu, via le courrier électronique de son ordinateur professionnel, plusieurs plaisanteries adressées à

l'ensemble du personnel et dont elle a allégué qu'ils avaient gravement heurté sa sensibilité de femme et de chrétienne. Le 18 décembre 2003, une démission avec effet immédiat a donné lieu à une réorganisation que l'employée a contestée, en particulier le nouveau rôle assigné à celui qui allait devenir son supérieur hiérarchique.

Le 23 janvier 2004, l'employeur a résilié le contrat de travail de l'employée pour le 31 mars 2004 et l'a libérée de son obligation de travailler jusqu'à l'échéance de son contrat. Par courrier du 28 janvier 2004, l'employée a demandé la reconsidération de la décision de licenciement ou, à tout le moins, sa motivation. Le 6 février 2004, il lui a été répondu que son congé avait dû lui être signifié dans le contexte de la réorganisation et qu'au demeurant, l'on ne pouvait pas réexaminer une décision nécessaire au nouveau fonctionnement.

Le 4 mars 2004, l'employée a déposé une requête de conciliation auprès de la Commission cantonale de conciliation en matière d'égalité entre les sexes dans les rapports de travail; elle concluait à sa réintégration provisoire, à la tentative de conciliation relativement à l'annulation du congé du 23 janvier 2004 et au versement d'une indemnité de trois mois de salaire; pour des raisons de compétence, la Commission a transmis la cause au Président de la Chambre des prud'hommes de la Sarine, qui a rejeté la requête de réintégration provisoire par ordonnance du 9 juin 2004. Par demande du 30 juillet 2004, l'employée a assigné l'employeur devant la Chambre des prud'hommes de l'arrondissement de la Sarine; elle concluait principalement à l'annulation du congé et à sa réintégration rétroactive au 1<sup>er</sup> avril 2004, subsidiairement au versement de son salaire jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2005 ainsi que d'indemnités de deux mois de salaire brut pour résiliation abusive, de deux mois de salaire brut pour harcèlement sexuel et discriminatoire et de 10 000 fr. pour tort moral. Par jugement du 4 septembre 2008, la Chambre des prud'hommes a rejeté la demande.

Statuant sur appel de l'employée – qui demandait désormais le versement de son salaire jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2010 – par arrêt du 4 décembre 2009, la IIe Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'État de Fribourg a rejeté le recours et confirmé le jugement attaqué. En bref, elle a considéré que trois des six courriels produits en procédure étaient légèrement mais suffisamment sexistes pour importuner l'employée, de sorte qu'une violation de l'art. 4 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg; RS 151.1) était établie; cela étant, le congé n'était pas annulable, dès lors qu'il avait été signifié après la période légale de protection prévue par l'art. 10 al. 2 LEg; enfin, si l'un des courriels avait pu avoir un impact sur la sensibilité de croyante de l'employée, ce cas ne revêtait pas un caractère de gravité tel qu'il conduise à lui allouer une indemnité pour tort moral selon l'art. 49 CO.

L'employée (la recourante) interjette un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

Extraits des considérants:

3.

Dans un premier grief, la recourante, sous le titre «de l'annulation de la résiliation du contrat de travail à raison de réclamations pour harcèlement et discrimination de genre», reproche à la cour cantonale d'avoir nié l'annulabilité de son congé au sens de l'art. 10 LEg.

3.1 Aux termes de l'art. 10 LEg, la résiliation du contrat de travail par l'employeur est annulable lorsqu'elle ne repose pas sur un motif justifié et qu'elle fait suite à une réclamation adressée à un supérieur ou à un organe compétent au sein de l'entreprise, à l'ouverture d'une procédure de conciliation ou à l'introduction d'une action en justice (al. 1); le travailleur est protégé contre le congé durant toute la durée des démarches effectuées au sein de l'entreprise, durant la procédure de conciliation et durant toute la durée du procès, de même que pendant le semestre qui suit la clôture des démarches ou de la procédure (al. 2).

(...)

3.4 Le congé n'ayant pas été donné durant le délai de protection prévu à l'art. 10 al. 2 LEg, il n'y a pas lieu d'examiner s'il reposait sur un motif justifié, de sorte que l'argumentation de la recourante y relative est sans objet. Pour le surplus, en l'absence d'annulation de la résiliation, les questions de la réintégration et du versement de salaire pour la période postérieure à l'échéance du contrat ne se posent plus.

4.

Sous une rubrique «la gravité des courriels sexistes importuns», la recourante fait ensuite grief aux juges cantonaux de ne pas lui avoir alloué d'indemnité au sens de l'art. 5 al. 3 LEg.

4.1 Selon cet article, lorsque la discrimination porte sur un cas de harcèlement sexuel, le tribunal ou l'autorité administrative peuvent également condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité, à moins que l'employeur ne prouve qu'il a pris les mesures que l'expérience commande, qui sont appropriées aux circonstances et que l'on peut équitablement exiger de lui pour prévenir ces actes ou y mettre fin.

4.2 A cet égard, la cour cantonale a en substance considéré que des six courriels produits en procédure, seuls trois revêtaient un caractère sexiste, léger mais suffisant pour importuner la recourante; le premier était une citation de Flaubert selon laquelle «Les femmes des uns font le bonheur des autres», le deuxième était une sentence disant «Ne soyez pas méchants avec les femmes... La nature s'en charge au fur et à mesure que le temps passe» et le troisième était un dessin de presse représentant un chef du personnel sur le point de profiter sans scrupule de sa fonction pour regarder sous la minijupe d'une jeune employée en la faisant asseoir en face de son bureau sur une chaise exagérément surélevée; compte tenu du fait que lesdits messages se situaient à la limite inférieure de ce qui pouvait encore être considéré comme une discrimination à raison du sexe au sens

de la LEg et que, par ailleurs, de l'aveu même de la recourante, les courriels sexistes qu'elle aurait reçus par la suite étaient (encore) «plus soft», force était d'en conclure que l'employeur avait pris les mesures nécessaires à mettre fin à la discrimination en question puisque celle-ci ne s'était plus reproduite; la cour n'imaginait pas en effet de message sexiste qui, tout en étant «plus soft» que, par exemple, la citation de Flaubert susmentionnée, tomberait encore sous le coup de la loi invoquée; il s'ensuivait le rejet du chef de conclusions tendant au versement d'une indemnité à raison de harcèlement sexuel au sens de l'art. 5 al. 3 LEg.

4.3 Dans son écriture au Tribunal fédéral, la recourante plaide en bref que les courriels litigieux – dont elle soutient à tort que quatre auraient été reconnus comme sexistes par la cour cantonale, celui contenant, sous le titre «Fécondation in vitraux», la représentation caricaturale d'un vitrail où deux animaux s'accouplaient, ayant certes été considéré comme contenant une composante sexuelle, mais ne comportant en revanche pas de caractère sexiste – l'auraient si gravement atteinte dans sa personnalité que les juges cantonaux auraient dû lui allouer une indemnité fondée sur l'art. 5 al. 3 LEg.

Force est toutefois de constater d'emblée que la question n'est pas là. En effet, la cour cantonale a considéré que la conclusion tendant au versement d'une telle indemnité devait être rejetée au motif que l'intimé avait pris les mesures utiles pour faire cesser la diffusion de courriels contrevenant à la LEg ultérieurement au mois d'avril 2003; cela excluait de le condamner au versement d'une indemnité à teneur de l'art. 5 al. 3 LEg. Or, la recourante ne discute pas cet aspect des choses, si ce n'est en affirmant de manière purement appellatoire, sans démontrer en quoi les constatations contraires des juges cantonaux seraient arbitraires, que «l'employeur n'a pas eu, durant les rapports de travail, la diligence nécessaire pour empêcher toute discrimination et harcèlement de genre» ou que «l'employeur n'a mis fin aux courriels sexistes qu'après l'intervention de la commission de conciliation». Partant, son argumentation doit derechef être écartée.

5.

Sous le titre «de l'atteinte illicite à la personnalité de la recourante», celle-ci reproche enfin à la cour cantonale de ne pas lui avoir alloué d'indemnité pour tort moral fondée sur l'art. 49 CO.

5.1 Aux termes du premier alinéa de cette disposition, celui qui subit une atteinte à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement.

Pour justifier l'allocation d'une indemnité pour tort moral fondée sur l'art. 49 al. 1 CO, il ne suffit pas que le tribunal constate une violation de l'obligation faite à l'employeur de protéger la personnalité du travailleur découlant de l'art. 328 CO; encore faut-il que l'atteinte ait une certaine gravité objective et qu'elle ait été ressentie par la victime, subjectivement, comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse

légitime qu'une personne, dans ces circonstances, s'adresse au juge pour obtenir réparation (cf. ATF 130 III 699 consid. 5.1 p. 704).

5.2 Sur ce point, les juges cantonaux ont considéré que les trois messages sexistes susmentionnés n'atteignaient manifestement pas, dans leur modération déjà relevée plus haut, un degré de gravité suffisant pour justifier une indemnisation au sens de l'art. 49 CO; des autres courriels produits en procédure, le seul susceptible de heurter la foi catholique était celui montrant un Pape Jean-Paul II déjà âgé en train de lever, dans un geste qu'on pouvait imaginer mal assuré, le calice lors de la consécration, cette photographie étant assortie de la légende suivante: «Il est des nôô-ô-tres il a bu son verre comme les au-ô-tres»; le fait que la recourante ait été confrontée à une telle image dans un contexte religieux ajoutait à l'impact que cette plaisanterie avait pu avoir sur sa sensibilité de croyante; pour autant, cette unique occurrence ne suffisait pas à faire admettre que sa personnalité ait subi une atteinte d'une gravité telle que cela justifiait une indemnisation au sens de l'art. 49 CO.

5.3 A cet égard également, la recourante se contente d'affirmer que la cour cantonale aurait eu tort de lui refuser une indemnité «puisque l'administration des preuves a démontré que l'employeur n'a pas protégé sa personnalité», avant de se lancer dans des considérations générales, notamment relatives à la doctrine ecclésiastique, qui se fondent d'ailleurs largement sur des faits non constatés dans la décision entreprise, en particulier lorsqu'elle affirme avoir été victime de diffamation. Ce mode de faire est impropre à démontrer en quoi les juges cantonaux auraient mal apprécié l'intensité de l'atteinte à sa personnalité et le moyen ne résiste ainsi pas à l'examen.

Il y a encore lieu de préciser que dans la mesure où la recourante n'a droit ni à une indemnité pour tort moral, ni à une indemnité fondée sur le LEg, il n'est pas nécessaire d'examiner la question du rapport, spécifiquement d'un éventuel cumul, entre ces deux types d'indemnités.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 14 mai 2010, Doss.-N° 4A\_115/2010 (Admission du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 21 janvier 2010)*

**Licenciement immédiat d'un travailleur contrôlé positif à un test d'alcoolémie.**

**L'art. 337 al. 1 et 2 CO constitue une disposition absolument impérative au sens de l'art. 361 CO de sorte que ni un règlement d'entreprise ni un ordre de service, pris isolément ou dans leur ensemble, ne sauraient permettre à eux seuls de prononcer à l'encontre d'un travailleur un congé sans délai. Il faut en toutes hypothèses que les conditions posées par l'art. 337 CO soient réalisées (c. 2.3).**

**La doctrine considère que l'ivresse du salarié sur son lieu de travail ne saurait justifier son licenciement immédiat s'il n'avait pas été dûment averti auparavant que la répétition d'un tel manquement serait dorénavant considérée comme un juste motif de congé abrupt (c. 2.3).**

Extraits des faits:

En août 1986, X., né le 6 octobre 1952, a été engagé par la compagnie aérienne V. en qualité de convoyeur/chauffeur poids lourds à l'aéroport de Genève-Cointrin, tout d'abord comme auxiliaire, puis dès le 1<sup>er</sup> décembre 1986 avec le statut d'employé fixe. La compagnie V. ayant transféré à Y. ses activités de «catering», celle-ci a repris le 16 septembre 1992 le contrat de travail de X., avec les avantages liés à son ancienneté. X. avait essentiellement pour tâches de convoier dans la zone aéroportuaire, et notamment sur le tarmac, un camion chargé de marchandises vers ou à partir des avions; accessoirement, il travaillait comme préparateur, effectuant le chargement ou le déchargement des camions, mais pouvait également être affecté à d'autres activités. Le dernier salaire mensuel brut du prénommé s'est élevé à 5795 fr. 35 pour 42 heures de travail par semaine.

Le 1<sup>er</sup> janvier 2005 est entré en vigueur un nouveau règlement d'entreprise applicable au personnel de Y. Selon l'art. 2 de ce règlement, la consommation de boissons alcoolisées est strictement interdite avant le début du travail et pendant les heures de travail, le taux d'alcoolémie autorisé sur le tarmac étant de 0‰. Le 23 octobre 2006, X. a signé une note interne, par laquelle il confirmait avoir pris connaissance et accepter l'Ordre de service n° 18 de l'Aéroport International de Genève (AIG) relatif à l'admission des véhicules et des conducteurs, ainsi qu'aux règles de circulation dans l'enceinte de l'aéroport; cet ordre de service prévoit notamment que tous les conducteurs doivent présenter un taux d'alcoolémie de 0‰.

Il a été retenu que jusqu'au 29 décembre 2007, X. a donné toute satisfaction à son employeur. Le jour en question, il a été demandé au travailleur, en plus de ses tâches de préparateur, de remplacer momentanément le chef de sortie, qui est la personne ayant pour fonction de contrôler tous les mouvements sur le tarmac et de centraliser les départs et les arrivées des véhicules. Une erreur a alors été commise dans le chargement du «catering» sur un vol de la compagnie W. à destination de Moscou et retour; un document de contrôle n'a pas été rempli correctement, en sorte que l'avion a décollé sans emporter de trolleys de vente ni de caisses à bar. X. a expliqué qu'en ayant dû suppléer le chef de sortie, il avait délégué ses fonctions de préparateur à des collègues, auxquels il avait fait confiance. Il a été constaté que le cumul des tâches de chef de sortie et de préparateur «pose problème». Le 30 décembre 2007, un avertissement a été prononcé à l'encontre de X. en raison des événements de la veille.

Le 25 janvier 2008, la Police de sécurité internationale (PSI) a organisé un contrôle d'alcoolémie sur le tarmac de l'aéroport. Vers 16 h. 45, X. a été contrôlé positif avec un taux de 0.47 à 0.50‰. La PSI lui a notifié aussitôt une interdiction immédiate de circuler sur le tarmac. C'était la première fois que le travailleur subissait un test d'alcoolémie positif. X. a été appelé peu après par la direction de Y., laquelle l'a licencié oralement avec effet immédiat pour faute grave. Des collègues du prénommé ont déclaré que son licenciement était à mettre en relation avec sa participation à une grève deux jours auparavant, même si aucun autre gréviste n'a été licencié. X. a été en incapacité de travail pour cause de maladie du 28 janvier au 2 mars 2008. Invoquant la fin des rapports de travail intervenue le 25 janvier 2008, Y. lui a refusé tout versement d'indemnités perte de gain. Par courrier du 31 janvier 2008, Y. a confirmé au salarié son licenciement immédiat avec effet au 25 janvier 2008, motivé par le contrôle positif qu'il avait subi ce jour-là. Par décision du 26 février 2008, non contestée, l'AIG a constaté la caducité de l'autorisation de conduire sur le tarmac délivrée à Y., compte tenu du congé immédiat survenu le 25 janvier 2008.

Par demande du 19 mai 2008 déposée devant la juridiction prud'homale genevoise, X. a ouvert action contre Y., lui réclamant 34 772 fr. 10 à titre de salaire pendant les quatre mois du délai de congé conventionnel, échéance repoussée au 31 juillet 2008 du fait de l'incapacité de travail, 3471 fr. 90 pour 13 jours de vacances non prises, et 34 772 fr. 10 à titre d'indemnité de six mois de salaire pour congé immédiat injustifié, respectivement abusif. La Caisse de chômage A. est intervenue dans la procédure, se déclarant subrogée dans les droits du demandeur à concurrence de 12 863 fr. 05 en capital.

Par jugement du 1<sup>er</sup> avril 2009, la juridiction des prud'hommes du canton de Genève a débouté le demandeur de toutes ses conclusions, faisant subir le même sort aux conclusions de l'intervenante. Le demandeur a appelé de ce jugement. Par arrêt du 21 janvier 2010, la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes de Genève a rejeté l'appel et confirmé le jugement attaqué.

X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt précité. Il requiert que cette décision soit annulée et que la défenderesse soit condamnée à lui verser le montant brut de 36 546 fr. 60 à titre de salaire afférent au délai de congé, plus intérêts, ainsi que la somme de 3650 fr. 85 à titre d'indemnités de vacances correspondant aux 13 jours de vacances dus pendant le délai de congé, avec les mêmes intérêts.

Extraits des considérants:

2.

Le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir enfreint les art. 4 CC et 337 al. 3 in initio CO. Il fait valoir que cette juridiction n'a retenu dans son raisonnement juridique que les faits qui étaient en sa défaveur,

sans procéder à une appréciation de l'ensemble des circonstances de l'espèce. Il rappelle que son âge avancé et son expérience ont été pris en compte à sa charge, alors que le fait qu'il a travaillé durant 23 ans pour la compagnie V. puis pour l'intimée, cela à l'entière satisfaction desdits employeurs, n'est absolument pas considéré à son crédit. Le demandeur en déduit que les magistrats genevois ont rendu une décision qui enfreint l'art. 337 al. 3 CO et qui au surplus n'est pas conforme à l'équité.

2.1 Il est constant que les parties se sont liées par un contrat de travail et que celui-ci était conclu pour une durée indéterminée. Ledit contrat était donc susceptible d'une résiliation ordinaire avec observation d'un délai de congé, selon l'art. 335c CO, ou d'une résiliation immédiate pour de justes motifs, selon les art. 337 et 337a CO.

Il faut donc vérifier si le fait pour le travailleur d'avoir conduit un véhicule de livraison sur le tarmac de l'AIG le 25 janvier 2008 avec un taux d'alcoolémie de 0.47 à 0.50‰ constituait un juste motif pour mettre fin abruptement à son contrat de travail, compte tenu qu'un avertissement lui avait été donné 26 jours plus tôt pour des faits différents.

2.2 Selon l'art. 337 al. 1 1<sup>ère</sup> phrase CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat de travail en tout temps pour de justes motifs. Doivent notamment être considérées comme tels toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (cf. art. 337 al. 2 CO).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. D'après la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31, 213 consid. 3.1 p. 221; 129 III 380 consid. 2.1). Par manquement du travailleur, on entend la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, comme l'obligation de loyauté ou de discrétion ou celle d'offrir sa prestation de travail.

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 in initio CO). Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et les responsabilités du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 32; 127 III 351 consid. 4a p. 354). Le Tribunal fédéral ne revoit qu'avec réserve la décision d'équité prise en dernière instance cantonale. Il intervient lorsque celle-ci s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, ou lorsqu'elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou, à l'inverse, lorsqu'elle n'a pas

tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; il sanctionnera en outre les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 32, 213 consid. 3.1 p. 220; 129 III 380 consid. 2 p. 382).

2.3 Il est incontesté que le recourant, s'il n'a pas commis d'infraction pénale à l'occasion de son travail en conduisant le 25 janvier 2008 à l'AIG un véhicule de livraison avec une alcoolémie comprise entre 0.47 et 0.50‰, a violé le règlement d'entreprise de l'intimée ainsi que l'Ordre de service n° 18 de l'AIG, qui prescrivent que le taux d'alcoolémie autorisé sur le tarmac est de 0‰.

Il n'en demeure pas moins que dès l'instant où l'art. 337 al. 1 et 2 CO constitue une disposition absolument impérative au sens de l'art. 361 CO, ni le règlement d'entreprise précité, ni l'Ordre de service en cause, pris isolément ou dans leur ensemble, ne sauraient permettre à eux seuls de prononcer à l'encontre d'un travailleur un congé sans délai. Il faut en toutes hypothèses que les conditions posées par l'art. 337 CO soient réalisées.

La doctrine moderne considère, de manière générale, que l'ivresse du salarié sur son lieu de travail ne saurait justifier son licenciement immédiat s'il n'avait pas été dûment averti auparavant que la répétition d'un tel manquement serait dorénavant considérée comme un juste motif de congé abrupt (MANFRED REHBINDER, Commentaire bernois, n° 8 ad art. 337 CO; TERCIER/FAVRE, Les contrats spéciaux, 4<sup>e</sup> éd., 2009, ch. 3756 p. 561; PIERRE ENGEL, Contrats de droit suisse, 2<sup>e</sup> éd., 2000, p. 378; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3<sup>e</sup> éd., n° 8 ad art. 337 CO p. 276). En revanche, si le salarié a causé un dommage à l'employeur alors qu'il accomplissait son travail sous l'influence de l'alcool, par exemple s'il a détruit le véhicule d'entreprise qu'il pilotait, il a commis une faute grave, de sorte que son licenciement immédiat est alors autorisé sans avertissement préalable (ADRIAN STAEHELIN, Commentaire zurichois, n° 21 ad art. 337 CO, p. 624; TERCIER/FAVRE, op.cit., ch. 3759 p. 561).

Dans un arrêt 4C.112/2002 du 8 octobre 2002 consid 5, publié in JAR 2003 p. 329 s., le Tribunal fédéral a admis, dans le cas du directeur d'un centre informatique, que la consommation de drogues dures (i.e. héroïne) à la place de travail ne justifiait pas un congédiement immédiat sans qu'un avertissement ait été donné au salarié, aux motifs qu'elle n'avait pas influencé négativement les prestations de travail de l'intéressé ni le climat de travail et que ce dernier n'avait pas de fonctions représentatives à l'égard des tiers.

Dans le cas présent, il n'a pas été retenu que le demandeur, lorsqu'il a été contrôlé positif le 25 janvier 2008 avec un taux d'alcoolémie de 0.47 à 0.50‰, avait en raison de son état mal accompli ses prestations de travail ou dérangé de quelque manière ses collègues de l'AIG. Il a été contrôlé

de manière totalement inopinée par la PSI, sans avoir attiré l'attention sur lui par un comportement particulier. Certes, il avait reçu un avertissement le 30 décembre 2007, mais pour des faits n'ayant rien à voir avec la consommation d'alcool. Avant le 25 janvier 2008, le recourant n'avait d'ailleurs jamais subi un test d'alcoolémie positif et rien ne permet de penser qu'il aurait récidivé s'il n'avait pas été licencié avec effet immédiat.

La cour cantonale a affirmé que le demandeur, homme d'âge mûr, devait donner l'exemple à ses collègues plus jeunes. Elle a toutefois omis de retenir que ce dernier n'exerçait pas une fonction à responsabilités, n'avait personne sous ses ordres et percevait un salaire moyen, de sorte que l'on ne saurait l'assimiler à un cadre dont le comportement doit être apprécié avec une rigueur accrue (cf. à ce propos ATF 104 II 28; STAEHELIN, op.cit., n° 8 ad art. 321a CO). L'argument en cause des magistrats genevois en perd toute sa pertinence.

La Chambre d'appel a en outre totalement minimisé le fait que le recourant avait travaillé une très longue période (plus de 21 ans) sans subir le moindre reproche de la compagnie V. ou de l'intimée, qui avait repris les activités de «catering» de la première en septembre 1992. Il s'agissait pourtant d'un élément très important à prendre en compte dans l'appréciation des circonstances de l'espèce.

On ne sait si pendant le délai de congé, en l'occurrence de quatre mois, le demandeur aurait été autorisé à nouveau à conduire sur le tarmac de l'aéroport. Peu importe. En effet, il pouvait être affecté durant ce laps de temps uniquement à des tâches de préparateur ayant la mission de charger et décharger les camions circulant à l'aéroport, activité qu'il avait au demeurant toujours exercée en parallèle à ses fonctions de convoyeur/chauffeur poids lourds.

Il suit de là que la faute commise par le demandeur le 25 janvier 2008, soit se présenter sur le lieu de travail avec un taux d'alcool compris entre 0.47 à 0.50‰, doit être qualifiée de gravité moyenne. Partant, ce manquement ne permettait pas, à considérer les données de l'espèce où le recourant avait été averti antérieurement sur la base de faits qui n'avaient aucun rapport avec le comportement incriminé, de le congédier abruptement.

Pour avoir retenu le contraire, la cour cantonale a enfreint l'art. 337 CO en abusant de son pouvoir d'appréciation.

Le grief doit être admis.

3.

3.1 Le travailleur licencié de manière injustifiée a droit à ce qu'il aurait gagné, si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cessation du contrat conclu pour une durée déterminée (art. 337c al. 1 CO). La prétention du travailleur fondée sur cette disposition est une créance en dommages-intérêts qui comprend principalement le salaire; cette créance peut recouvrir aussi le droit aux vacances, alors remplacé par des prestations en argent, à moins que le travailleur ait suffisam-

ment de temps à disposition pour prendre ses jours de vacances, ce qui est le cas s'il dispose pour ce faire de plus de deux à trois mois (ATF 128 III 271 consid. 4a/bb p. 282; 117 II 270 consid. 3b; REHBINDER, op.cit., n° 3 ad art. 337c CO).

3.2 In casu, il n'a pas été contesté que le demandeur, après 20 ans de service, bénéficiait d'un délai de congé de quatre mois. Après avoir été congédié abruptement le 25 janvier 2008, il a été incapable de travailler du 28 janvier au 2 mars 2008, soit pendant 35 jours, période qui a suspendu le délai de congé en application de l'art. 336c al. 2 CO, de sorte que ce dernier est venu à échéance le 29 juin 2008, terme reporté au 30 juin 2008 (cf. art. 336c al. 3 CO).

Il s'ensuit que le recourant a droit au paiement de son salaire pour la période du 26 janvier au 31 janvier 2008 (6 jours), ainsi que pour les mois de février à juin 2008 (5 mois). A considérer le salaire mensuel brut du travailleur, à savoir 5795 fr. 35, divisé par 21,7 (nombre de jours de travail par mois, cf. arrêt 4C.189/1992 du 24 novembre 1992 consid. 3b, in SJ 1993 p. 354), six jours de travail représentent un montant de 1602 fr. 40  $((5795,35 : 21,7) \times 6)$ . En ajoutant cette somme au montant correspondant à 5 mois de salaire, c'est-à-dire 28 976 fr. 75  $(5795,35 \times 5)$ , on obtient un total de 30 579 fr. 15.

En revanche, le recourant n'a pas droit à une indemnité de vacances, car celles-ci pouvaient être prises pendant le délai de congé de quatre mois.

En définitive, il sied d'allouer au recourant la somme brute de 30 579 fr. 15, laquelle portera intérêts à 5% l'an dès le 15 avril 2008, échéance moyenne.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 17 mai 2010, Doss.-N° 4A\_32/2010 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre le jugement du Tribunal cantonal du canton du Valais, I<sup>er</sup> Cour civile, du 26 novembre 2009)*

**Art. 328 CO. Les agissements d'un supérieur hiérarchique visant à contrôler le travail d'une employée, à la suivre dans ses déplacements et à exiger d'elle qu'elle effectue régulièrement des minutes supplémentaires, en tant qu'actes qui se sont répétés fréquemment sur une période assez longue, constituent en principe des indices de mobbing. Dans la mesure cependant où ce supérieur a adopté un comportement inadéquat à l'égard de plusieurs employés, on ne saurait retenir l'existence d'un mobbing lequel présuppose une attitude hostile dirigée contre une employée déterminée (c. 3.3.3).**

**La décision qui admet ou écarte l'existence d'un harcèlement psychologique présuppose une appréciation globale des circonstances d'espèce, en particulier des indices pouvant entrer dans la définition du mobbing. Il convient donc d'accorder au juge du fait une certaine marge d'appréciation, ce d'autant plus lorsque, comme en l'espèce, les**

déclarations des nombreux témoins entendus sont largement contradictoires et que la cour cantonale a dû composer selon l'ensemble des témoignages (c. 3.3.4).

**On ne saurait considérer comme mobbing le fait qu'une employée a été invitée, même de manière abrupte et peu diplomatique, à effectuer le travail qui lui était attribué. En effet, selon la jurisprudence, il n'y a pas harcèlement psychologique du simple fait qu'un membre du personnel est invité, même de façon pressante et répétée à se conformer à ses obligations résultant du rapport de travail (c. 3.3.4).**

**Art. 49 CO. Ne peut obtenir une indemnité pour tort moral l'employée qui n'est pas parvenue à prouver le lien de causalité naturelle entre l'omission de l'employeur d'adopter les mesures destinées à protéger la personnalité et la santé de l'employée, et le résultat, soit son trouble psychique (c. 4).**

Extraits des faits:

Par contrat du 31 mars 2000, X. a été engagée en qualité de «fille d'office» au sein de l'établissement V. à ... (comprenant un magasin et un tea-room) exploité, entre autres commerces, par la société Y. SA, avec siège social à ..., dirigée par les frères A.Y. et B.Y.. X. a débuté son activité le 23 mai 2000. Elle était en charge de la cuisine, de la vaisselle, de divers achats et, parfois, du repassage. Il lui incombait également d'instruire les employées débutant à l'office. A la date de l'engagement de X., la fille de B.Y., F.A., gérait le tea-room du V.. Son époux, H.A., lui a succédé dans cette fonction en novembre 2002. Sa position impliquait qu'il donne des directives au personnel, tant pour la salle que pour l'office.

X. a reçu son congé le 27 avril 2005, pour le 30 juin suivant. Les motifs invoqués étaient les suivants: «Nos conceptions du travail n'étant plus les mêmes, et ayant besoin de gens qui tirent à la même corde que nous et qui par leur disponibilité et leur enthousiasme participent à la bonne marche de l'entreprise, cette décision nous semble évidente». X. n'a pas occupé son poste en mai et juin 2005, pour raison de santé. Le 29 juin 2005, le Dr B. lui a délivré un certificat d'incapacité de travail couvrant cette période. En janvier 2006, X. a débuté une activité comme femme de chambre à l'Hôtel W. à ... Elle s'est trouvée en incapacité de travail dès le 27 février 2006.

Le 19 avril 2007, X. a ouvert action contre Y. SA devant le juge du district de Sierre, concluant à ce que la défenderesse soit condamnée à lui payer une indemnité pour tort moral de 18 000 fr., ainsi qu'une indemnité pour résiliation abusive du contrat de travail de 15 000 fr. Alléguant avoir été victime de mobbing, la demanderesse soutient que le climat de travail s'est rapidement détérioré dès l'entrée en fonction de H.A. et qu'elle a été la cible de celui-ci, faisant l'objet de menaces, de critiques, de contrôles constants, de vexations et de tracasseries. Le 21 novembre 2008, le juge de

district a transmis les actes de la cause au Tribunal cantonal du canton du Valais pour décision. Dans son jugement du 26 novembre 2009, la cour cantonale a rejeté la demande. X. exerce un recours en matière civile contre ce jugement.

Extraits des considérants:

3.

3.1 La recourante reproche à la cour cantonale d'avoir méconnu la notion de harcèlement psychologique (mobbing) et d'avoir ainsi transgressé le droit fédéral. Bien qu'elle ne le dise pas expressément, on comprend qu'elle invoque une violation de l'art. 328 al. 1 CO qui prohibe, en droit privé, les actes de mobbing. En vertu de cette disposition, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité (arrêt 2C.2/2000 du 4 avril 2003 consid. 2.3; arrêt 4C.343/2003 du 10 mars 2006 consid. 3 et les références).

L'autorité précédente n'ayant pas sombré dans l'arbitraire en appréciant les preuves (cf. supra consid. 2), c'est sur la base des faits retenus dans l'arrêt attaqué (art. 105 al. 1 LTF) que l'analyse juridique doit être entreprise.

3.2 Le harcèlement psychologique, appelé aussi mobbing, se définit comme un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail (arrêt 4A\_245/2009 du 6 avril 2010 consid. 4.2; arrêt 2P.39/2004 du 13 juillet 2004 consid. 4.1; 2P.207/2002 du 20 juin 2003 consid. 4.2 et les références citées). La victime est souvent placée dans une situation où chaque acte pris individuellement, auquel un témoin a pu assister, peut éventuellement être considéré comme supportable alors que l'ensemble des agissements constitue une déstabilisation de la personnalité, poussée jusqu'à l'élimination professionnelle de la personne visée (arrêt 1P.509/2001 du 16 octobre 2001 consid. 2b et les références citées). Il n'y a toutefois pas harcèlement psychologique du seul fait qu'un conflit existe dans les relations professionnelles, ni d'une mauvaise ambiance de travail, ni du fait qu'un membre du personnel serait invité – même de façon pressante, répétée, au besoin sous la menace de sanctions disciplinaires ou d'une procédure de licenciement – à se conformer à ses obligations résultant du rapport de travail, ou encore du fait qu'un supérieur hiérarchique n'aurait pas satisfait pleinement et toujours aux devoirs qui lui incombent à l'égard de ses collaboratrices et collaborateurs. Il résulte des particularités du mobbing que ce dernier est généralement difficile à prouver, si bien qu'il faut savoir admettre son existence sur la base d'un faisceau d'indices convergents, mais aussi garder à l'esprit qu'il peut n'être qu'imaginaire, sinon même être allégué abusivement pour tenter de se

protéger contre des remarques et mesures pourtant justifiées (arrêt 4A\_245/2009 du 6 avril 2010 consid. 4.2; arrêt 2P.39/2004 du 13 juillet 2004 consid. 4.1; 2P.207/ 2002 du 20 juin 2003 consid. 4.2 et les références citées).

### 3.3

3.3.1 Il ressort des constatations cantonales que la recourante a entretenu une relation difficile avec son supérieur, H.A., caractérisée notamment par de vifs échanges verbaux. La cour précédente a toutefois observé que cette situation résultait de la confrontation de deux fortes personnalités et que les torts étaient partagés. L'échange verbal violent entre les protagonistes montre à quel point la relation de travail était détériorée: H.A. ayant menacé l'employée de lui casser ou de lui exploser la tête, celle-ci a alors rétorqué: «ah, c'est toi qui va me casser la tête?». Il s'agit là d'un conflit évident dans les relations professionnelles et l'on ne peut en tirer un indice contribuant à établir l'existence d'un harcèlement psychologique (cf. infra consid. 3.2).

3.3.2 L'autorité cantonale a également établi que H.A. a menacé l'employée, au moins à deux reprises, de la «jeter dehors comme un chien à coups de pied dans le cul». Comme le relève l'arrêt attaqué, aucune circonstance ne permet de justifier l'emportement du supérieur hiérarchique, pas même une situation de stress, ni le comportement d'une employée persistant à s'opposer aux directives reçues. Il n'est cependant pas établi que ces menaces se sont répétées fréquemment pendant une période assez longue ni qu'elles visaient à isoler ou à exclure l'employée, autre étant la question de savoir si l'employeur a pris les mesures nécessaires pour réduire les tensions entre les protagonistes et éviter que H.A. n'use une nouvelle fois de tels propos à l'égard de l'employée (cf. infra consid. 4.2).

3.3.3 Les agissements de H.A. visant à contrôler le travail de la recourante, à la suivre dans ses déplacements et à exiger d'elle qu'elle effectue régulièrement des minutes supplémentaires, en tant qu'actes qui se sont répétés fréquemment sur une période assez longue, constituent en principe des indices de mobbing. La cour cantonale a toutefois établi que le comportement de H.A. visait d'autres employées (pour les contrôles, cf. cependant encore infra consid. 3.3.4). Elle a souligné en particulier que, du point de vue de celles-ci également la présence continue du supérieur hiérarchique «dépassait les limites de l'admissible». Il en va de même pour les minutes supplémentaires qui ont été imposées au moins à trois autres employées. Quant à l'attitude de H.A. consistant à jeter les plateaux et quotidiens avec fracas et à l'interdiction d'utiliser le téléphone de l'office pour les appels privés, l'autorité précédente a constaté qu'elles n'étaient pas destinées à la seule recourante. L'épisode du toast brûlé (jeté dans la direction du témoin C., à quelques centimètres de son visage) démontre que cette dernière employée a également subi les excès de H.A., tout comme E., qu'une altercation avec le supérieur avait poussée à abandonner son emploi (qu'elle avait cependant réintégré par la suite). Il ressort indénia-

blement des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF) qu'il existait des problèmes d'ordre humain et relationnel liés à H.A., qui a adopté un comportement inadéquat à l'égard de plusieurs employées. Il est vraisemblable que la dégradation de l'ambiance et des rapports de travail au sein de l'office a pu être ressentie péniblement par la recourante, même si celle-ci n'y était pas tout à fait étrangère (cf. infra consid. 3.3.4). Il n'en demeure pas moins que les divers comportements du supérieur ne peuvent être qualifiés comme une attitude hostile dirigée contre une employée déterminée dans l'intention de l'isoler, de la marginaliser et de l'exclure (cf. arrêt 4A\_245/2009 du 6 avril 2010 consid. 4.3.1; arrêt 2A.770/2006 du 26 avril 2007 consid. 5.1).

3.3.4 Il reste que la cour cantonale a relevé que les reproches émis par H.A. étaient principalement adressés à la recourante et que les contrôles, bien que dirigés aussi contre les autres employées, étaient plus pesants à son égard. L'autorité cantonale a cependant nié l'existence du *mobbing*, constatant l'absence d'autres indices convergents propres à démontrer que les agissements constatés visaient à isoler la recourante, à l'anéantir professionnellement ou à la pousser à la démission.

A ce point, il faut relever que la décision qui admet, ou écarte, l'existence d'un harcèlement psychologique présuppose une appréciation globale des circonstances d'espèce, en particulier des indices pouvant entrer dans la définition du *mobbing*; il convient donc d'accorder au juge du fait une certaine marge d'appréciation (arrêt 4A\_245/2009 du 6 avril 2010 consid. 4.3.3), ce d'autant plus lorsque, comme en l'espèce, les déclarations des nombreux témoins entendus sont largement contradictoires et que la cour cantonale a dû composer sur la base de l'ensemble des témoignages.

Il faut souligner que la cour cantonale a établi que si les reproches ont été principalement adressés à la recourante, c'est en raison des «rapports entretenus par les intéressés», ceux-ci étant conflictuels. A ce sujet, elle a retenu que la recourante a, «si ce n'est elle-même provoqué, à tout le moins alimenté les disputes intervenues avec [H.A.]». La forte personnalité et le caractère affirmé de la recourante ont été soulignés par l'autorité cantonale, celle-ci rappelant que certains témoins avaient même mis en évidence son comportement violent vis-à-vis de ses collègues. Les reproches et les contrôles se sont ainsi inscrits dans le conflit entre le supérieur et sa subordonnée et l'on ne saurait y voir le reflet de la mise à l'écart progressive de l'employée. La cour cantonale n'a d'ailleurs pas établi que les reproches étaient injustifiés ou qu'ils devaient être assimilés à des vexations et des tracasseries, soulignant qu'il ne s'agissait là que de pures allégations. On doit ainsi comprendre que les reproches étaient plutôt destinés à modifier le comportement inadéquat de l'employée, en fonction des directives établies par le supérieur hiérarchique. A considérer l'ambiance de travail au sein de l'office, le conflit existant entre la recourante et son supérieure, ainsi que la forte personnalité de chacun des protagonistes, on peut imaginer que les reproches et les contrôles ont été effectués sans ménagement. On ne saurait

toutefois considérer comme mobbing le fait que la recourante a été invitée, même de manière abrupte et peu diplomatique, à effectuer le travail qui lui était attribué, selon les directives que H.A. avait établies tant pour la salle que pour l'office. En effet, selon la jurisprudence, il n'y a pas harcèlement psychologique du simple fait qu'un membre du personnel est invité, même de façon pressante et répétée à se conformer à ses obligations résultant du rapport de travail (cf. supra consid. 3.2; arrêt 2A\_770/2006 du 26 avril 2007 consid. 5.1).

On ne saurait dès lors reprocher à la cour précédente de ne pas avoir respecté sa marge d'appréciation en jugeant que les faits retenus (avant tout les reproches et les contrôles subis par la recourante) ne permettent pas de conclure que la recourante aurait été victime de mobbing, au sens où l'entend la jurisprudence.

Le grief est mal fondé.

3.4 Après avoir soutenu que la cour cantonale a méconnu la notion de harcèlement psychologique (cf. supra consid. 3), la recourante lui reproche d'avoir violé l'art. 328 CO, dans ce qui apparaît être, de son point de vue, comme un deuxième grief. La question du mobbing a été tranchée ci-dessus et il n'y a pas lieu d'y revenir.

4.

Enfin, la cour cantonale a nié le mobbing, mais reconnu une violation de l'art. 328 CO, observant que la direction de la société intimée n'avait pris aucune mesure alors même qu'elle connaissait la relation conflictuelle existant entre l'employée et son supérieur hiérarchique. Elle a par contre constaté qu'il existait trop d'incertitudes quant à la date de la survenance et aux causes du trouble psychique de la recourante et a alors conclu que celle-ci n'était pas parvenue à prouver le lien de causalité (naturelle) entre le conflit vécu sur le lieu de travail et le trouble dépressif diagnostiqué par le Dr B. La constatation de la causalité naturelle relève du fait (ATF 130 III 591 consid. 5.3 p. 601, 699 consid. 4.1 p. 402). Il incombe à la partie recourante, qui entend s'écarter des constatations de l'autorité précédente, d'expliquer de manière circonstanciée en quoi les conditions d'une exception prévue par l'art. 105 al. 2 LTF seraient réalisées (cf. supra consid. 1.3).

La recourante revient sur le lien de causalité naturelle existant, selon elle, entre le mobbing et son trouble psychique. Son argumentation tombe à faux; la réalité du mobbing ayant été niée, il lui incombait de développer son argumentation en fonction du lien de causalité entre l'omission d'adopter les mesures destinées à protéger la personnalité et la santé de l'employée et le résultat (soit son trouble psychique). La recourante se limite en outre à discuter les faits sur la base desquels les magistrats cantonaux ont nié le rapport de causalité naturelle et à fournir sa propre appréciation. Force est d'observer qu'elle n'invoque pas, dans ce contexte, le grief d'arbitraire (art. 9 Cst.). Dès lors, vu les art. 105 al. 2 et 106 al. 2 LTF, le Tribunal fédéral ne peut pas examiner si l'appréciation des faits à laquelle s'est livrée l'autorité précédente viole ou non l'art. 9 Cst.

*Bundesgericht, Urteil vom 26. Mai 2010, Doss.-Nr. 4A\_122/2010 (teilweise Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Aargau vom 19. Januar 2010), in: BGE 136 III 313*

**Gratifikation; Lohnausweis; Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers (Art. 322d sowie Art. 82 und 324 Abs. 1 OR).**

**Wesen der Gratifikation (E. 2 Ingress).**

**Der Lohnausweis stellt keine Schuldanererkennung dar. Ob eine Gratifikation geschuldet ist, bestimmt sich nach der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung (E. 2.1).**

**Wurde das Ausrichten einer Gratifikation vereinbart, hat der Arbeitgeber diese nach billigem Ermessen festzusetzen. Die berechnete Arbeitsverweigerung bei Zahlungsverzug bildet keinen zulässigen Herabsetzungsgrund (E. 2.2 und 2.3).**

**Verweigert der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung wegen eines Rückstandes bei der Zahlung der Gratifikation, besteht keine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers (E. 2.4).**

Sachverhalt:

A.

X. (Beschwerdeführer) arbeitete ab 1. Juni 2007 bei Y. (Beschwerdegegner). Ein schriftlicher Arbeitsvertrag existiert nicht. Mit Schreiben vom 22. Dezember 2007 teilte der Beschwerdeführer dem Beschwerdegegner die Einstellung der Arbeitsleistung zufolge Lohnrückstandes mit. Daraufhin kündigte der Beschwerdegegner das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 27. Dezember 2007, welches dem Beschwerdeführer am 7. Januar 2008 zugestellt wurde. Mit Klage vom 28. Mai 2008 verlangte der Beschwerdeführer vor dem Arbeitsgericht Kulm im Wesentlichen, es sei der Beschwerdegegner zu verpflichten, ihm Fr. 24 494.70 nebst Zins zu bezahlen und die gegen ihn eingeleitete Betreibung über Fr. 45 000.– zurückzuziehen. Eventuell sei diese zu löschen. Ausserdem verlangte der Beschwerdeführer Rechtsöffnung in der von ihm gegen den Beschwerdegegner angestrebten Betreibung. Der Beschwerdegegner erhob Widerklage und beantragte, den Beschwerdeführer unter Strafandrohung zu verpflichten, ordnungsgemässe Arbeitsrapporte für die Monate Juni-Dezember 2007 einzureichen und die Betreibung zurückzuziehen.

B.

Am 2. Juni 2009 sprach das Arbeitsgericht dem Beschwerdeführer Fr. 15 744.30 nebst Zins zu, erteilte für diesen Betrag und Kosten definitive Rechtsöffnung und wies die Widerklage ab. Es wies das Betreibungsamt an, die gegen den Beschwerdeführer eingeleitete Betreibung über Fr. 45 000.– zu löschen. In teilweiser Gutheissung der Appellation des Beschwerdegegners verpflichtete das Obergericht des Kantons Aargau diesen mit Urteil vom 19. Januar 2010 zur Zahlung von Fr. 4377.95 nebst Zins, beseitigte im

Umfang von Fr. 197.90 nebst Zins den vom Beschwerdegegner erhobenen Rechtsvorschlag und auferlegte ihm, mit dem Urteil in Einklang stehende Lohnausweise auszustellen. Mit Bezug auf die Löschanweisung an das Betriebsamt blieb es beim Urteil des Arbeitsgerichts.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Beschwerdeführer dem Bundesgericht im Wesentlichen, den Entscheid des Arbeitsgerichts zu bestätigen. Der Beschwerdegegner schliesst auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, während das Obergericht auf Vernehmlassung verzichtet.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut.

Aus den Erwägungen:

1.

Zwischen den Parteien war im kantonalen Verfahren umstritten, ob der Beschwerdeführer zufolge Verzugs des Beschwerdegegners mit der Lohnzahlung zur Verweigerung der Arbeitsleistung berechtigt war, ob der Arbeitgeber nach Ablauf der Probezeit einen höheren Lohn schuldete und ob der Beschwerdeführer anteilmässig Anspruch auf einen 13. Monatslohn beziehungsweise eine Gratifikation hat.

1.1 Beide kantonalen Instanzen stellten auf eine E-Mail vom 28. März 2007 ab, mit welcher der Beschwerdegegner die Anstellung bestätigte. Dort ist unter dem Stichwort Anfangslohn festgehalten: «Fr. 6500.–/Mt. plus Gratifikation». Die Behauptung des Beschwerdeführers, nach Ablauf der Probezeit sei ein höherer Lohn vereinbart gewesen, erachtete bereits das Arbeitsgericht nicht für erwiesen, was im kantonalen Rechtsmittelverfahren nicht mehr streitig war. Wie das Arbeitsgericht ging auch die Vorinstanz davon aus, der Beschwerdeführer sei aufgrund der ständig verspäteten Lohnzahlungen und der massiven Verspätung bei der Bezahlung des Novemberlohns 2007 ab dem 22. Dezember 2007 bis Ende Jahr zur Arbeitsverweigerung berechtigt gewesen, da der Lohn für November 2007 erst am 24. Dezember 2007, also innerhalb der vom 23. Dezember 2007 bis zum 5. Januar 2008 dauernden Betriebsferien, beim Beschwerdeführer eingetroffen war. Da sich der Arbeitgeber am ersten Arbeitstag (Montag, 7. Januar 2008) mit dem Dezemberlohn in Verzug befand, war nach Auffassung der Vorinstanz auch im neuen Jahr die Arbeitsverweigerung gerechtfertigt bis zur Überweisung des Dezemberlohns am 22. Januar 2008. Ab diesem Zeitpunkt hätte der Beschwerdeführer nach Auffassung der Vorinstanz seine Arbeitsleistung wieder erbringen müssen, zumal er nicht freigestellt worden sei und der in diesem Zeitpunkt noch bestehende Lohnrückstand von Fr. 197.90 keine Arbeitsverweigerung rechtfertige.

1.1.1 In diesem Punkt war das Arbeitsgericht zu einem abweichenden Ergebnis gelangt. Es ging von einem höheren Ausstand aus, da es auf den

Lohnausweis 2007 abstellte, in welchem ein Nettolohn von Fr. 44 997.– ausgewiesen wurde. Dieser Betrag ist höher als die tatsächlich erfolgten Auszahlungen von sieben Monatslöhnen für die Monate Juni 2007 bis Dezember 2007. Das Arbeitsgericht schloss daraus, dem Beschwerdeführer sei eine Gratifikation zugesprochen worden. Es sah im Lohnausweis eine Schuldanerkennung und sprach dem Beschwerdeführer für das Jahr 2007 den Differenzbetrag zwischen den im Lohnausweis ausgewiesenen und den tatsächlich erfolgten Zahlungen zu. Damit verblieb auch nach Zahlung des Dezemberlohns ein substantieller Ausstand, welcher in den Augen des Arbeitsgerichts die Arbeitsverweigerung rechtfertigte.

1.1.2 Die Vorinstanz erkannte demgegenüber, beim Lohnausweis handle es sich um eine letztlich an die Steuerbehörde gerichtete Wissens-erklärung, die inhaltlich falsch sein könne. Aber selbst wenn man darin auch eine an den Arbeitnehmer gerichtete Willenserklärung erblicken wollte, wäre diese nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Diesbezüglich entspreche der ausgewiesene Bruttolohn von Fr. 49 292.– zwar exakt dem Bruttolohn für die sieben Anstellungsmonate zuzüglich eines pro rata temporis geschuldeten 13. Monatslohns. In der E-Mail vom 28. März 2007 sei aber von einer Gratifikation die Rede. Die Gratifikation stelle grundsätzlich eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers dar. Der Beschwerdegegner habe dem Beschwerdeführer den Dezemberlohn, mit welchem Gratifikationen häufig ausbezahlt würden, ohne Zulage ausgerichtet. Demgemäss habe der Beschwerdeführer von einem Versehen im Lohnausweis ausgehen müssen. Der Beschwerdeführer habe denn auch vor Arbeitsgericht nie behauptet, er habe den Lohnausweis als Anerkennung verstanden.

1.2 Vor Bundesgericht vertritt der Beschwerdeführer die Auffassung, er habe Anspruch auf Auszahlung einer Gratifikation pro rata temporis für das Jahr 2007. Er verweist darauf, der Arbeitgeber sei gegenüber dem Arbeitnehmer zur Ausstellung des Lohnausweises verpflichtet, der eine Urkunde darstelle. Zudem sei der Ausweis ausgestellt worden, nachdem dem Beschwerdegegner aufgrund eines Schreibens des Beschwerdeführers und der eingeleiteten Betreuung habe klar sein müssen, dass dieser einen anteilmässigen 13. Monatslohn forderte. Der Beschwerdeführer verweist sodann auf Aussagen des Beschwerdegegners vor dem Arbeitsgericht, aus denen sich seiner Meinung nach in aller Deutlichkeit ergibt, dass auch der Beschwerdegegner immer der Auffassung war, es sei für das Jahr 2007 eine Gratifikation zu zahlen.

1.3 Der Beschwerdegegner macht demgegenüber geltend, der Beschwerdeführer habe erkennen müssen, dass der Beschwerdegegner ihm keine Gratifikation habe ausrichten wollen. Begründet wird dies in der Beschwerdeantwort einerseits mit den schlechten Arbeitsleistungen des Beschwerdeführers und andererseits mit der Tatsache, dass der Lohnausweis ausgestellt wurde, nachdem der Beschwerdeführer seine Arbeitsleistung ungerechtfertigt verweigert habe.

2.

Bei einer Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR handelt es sich um eine ausserordentliche Zulage, die zum Lohn hinzutritt und bei bestimmten Anlässen ausgerichtet wird. Sie hängt immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers ab. Ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag kann keine Gratifikation sein, sondern stellt Lohn dar (BGE 129 III 276 E. 2 S. 278; BGE 109 II 447 E. 5c S. 548). Ob es sich bei einer Gratifikation um eine vollständig freiwillige Leistung des Arbeitgebers handelt oder ob auf deren Ausrichtung ein Anspruch besteht, hängt von den Umständen ab. Die Verpflichtung zur Ausrichtung kann im schriftlichen oder mündlichen Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart worden sein. Sie kann aber auch während des laufenden Arbeitsverhältnisses durch konkludentes Verhalten entstehen, wie beispielsweise durch die regelmässige und vorbehaltlose Ausrichtung eines entsprechenden Betrages (BGE 129 III 276 E. 2 S. 278 mit Hinweisen). Betrifft die Einigung nur den Grundsatz, dass eine Gratifikation auszurichten ist, kann der Arbeitgeber unterschiedliche Beträge je nach der Qualität der Arbeitsleistung, dem Geschäftsgang und weiteren von ihm frei bestimmbareren Kriterien ausrichten (BGE 129 III 276 E. 2 S. 279 mit Hinweis; Urteil des Bundesgerichts 4C.263/2001 vom 22. Januar 2002 E. 4b). Ist die Gratifikation im Grundsatz vereinbart, darf der Arbeitgeber diese nicht gestützt auf Umstände kürzen, von denen der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben nicht annehmen muss, sie seien für die Ausrichtung der Gratifikation beziehungsweise deren Umfang von Belang (Urteil des Bundesgerichts 4P.284/1996 vom 7. Oktober 1997 E. 2a). Verspricht der Arbeitgeber den Arbeitnehmern für ein Jahr eine Gratifikation von einer bestimmten Höhe, ist er an dieses Versprechen gebunden, sofern der Arbeitnehmer seine vertraglichen Pflichten nicht grob verletzt (Urteil des Bundesgerichts 4C.277/2000 vom 19. Dezember 2000 E. 3c, nicht publ. in: BGE 127 III 86).

2.1 Der Lohnausweis dient dem Arbeitnehmer als Bestätigung des von ihm erwirtschafteten Lohns. Dass er keine eigentliche Schuldanererkennung darstellt, ergibt sich schon daraus, dass die ausgewiesenen Beträge in der Regel bereits gezahlt wurden, so dass dem Lohnausweis nicht zu entnehmen ist, wie viel der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer schuldet. Im Lohnausweis kann immerhin ein Indiz dafür erblickt werden, wie viel der Arbeitnehmer nach Auffassung des Arbeitgebers in einem Jahr verdient hat. Der Beschwerdegegner hat denn auch an der vom Beschwerdeführer angegebenen Stelle ausgesagt, er sei davon ausgegangen, der im Lohnausweis angegebene entspreche dem ausbezahlten Lohn. Wie viel Lohn und ob eine Gratifikation geschuldet ist, ergibt sich indessen aus dem Vertrag, beziehungsweise den zwischen den Parteien getroffenen Abreden, wobei bezüglich der Gratifikation auch der in früheren Jahren gehandhabten Praxis Bedeutung zukommen kann (BGE 129 III 276 E. 2 S. 278).

2.2 Wie der Beschwerdeführer den Lohnausweis nach dem Vertrauensprinzip hat verstehen müssen, prüft das Bundesgericht als Rechtsfrage

frei (BGE 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67). Die Annahme, der Beschwerdeführer habe von einem Irrtum des Beschwerdegegners ausgehen müssen, überzeugt nicht. Objektiv bestand sowohl die Möglichkeit eines fehlerhaft ausgestellten Ausweises als auch einer unvollständigen Auszahlung der Ansprüche. Da gemäss der von der Vorinstanz selbst für massgeblich erachteten E-Mail das Ausrichten einer Gratifikation ausdrücklich vereinbart war, durfte der Beschwerdeführer nach Treu und Glauben davon ausgehen, er werde im Normalfall eine Gratifikation erhalten. Es wäre daher am Arbeitgeber gelegen, zu behaupten und nachzuweisen, dass ein Grund zur Kürzung (oder Streichung) der an sich vertraglich vereinbarten Gratifikation bestand (zitiertes Urteil 4P.284/1996 E. 2a). Selbst wenn man mit der Vorinstanz davon ausgeht, Gratifikationen würden häufig mit dem Dezemberlohn ausbezahlt, musste der Beschwerdeführer der Tatsache, dass mit dem Dezemberlohn keine Gratifikation ausbezahlt wurde, keine Bedeutung zumessen, zumal sich der Beschwerdegegner zum einen mit den Lohnzahlungen ständig in Verzug befand und überdies eine Schadenersatzforderung von Fr. 45 000.– gegenüber dem Beschwerdeführer in Betreuung gesetzt hatte. Der Frage, ob der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Ausstellung des Lohnausweises eine Gratifikation ausbezahlen wollte, kommt indessen von vornherein keine Bedeutung zu, soweit ohnehin ein Anspruch auf Auszahlung der Gratifikation pro rata temporis für das Jahr 2007 bestand. Das bleibt nachfolgend zu prüfen.

2.3 Gemäss der E-Mail erhält der Beschwerdeführer neben dem Lohn eine Gratifikation. Die Parteien haben also grundsätzlich das Ausrichten einer Gratifikation vereinbart, so dass der Beschwerdeführer Anspruch auf die Gratifikation hat (Art. 322d OR). Die Gratifikation steht damit nicht mehr vollständig im Belieben des Arbeitgebers, weshalb auch von einer «unechten» Gratifikation gesprochen wird (vgl. PORTMANN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2007, N. 12 zu Art. 322d OR). Nur bezüglich der Höhe besteht ein Freiraum für den Beschwerdegegner und erlangt dessen Willen allenfalls Bedeutung (BGE 129 III 276 E. 2 S. 279). Der Arbeitgeber darf seine Pflicht zur Ausrichtung der Sondervergütung aber nicht dadurch unterlaufen, dass er diese willkürlich tief festsetzt oder ganz entfallen lässt. Wurde eine Gratifikation vertraglich vereinbart, hat sie der Arbeitgeber nach billigem Ermessen festzusetzen (REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 3. Aufl. 2010, N. 17 zu Art. 322d OR; PORTMANN, a.a.O., N. 13 zu Art. 322d OR mit Hinweisen). Als Grund für die Verweigerung der Gratifikation führt der Beschwerdegegner die angeblich ungerechtfertigte Arbeitsverweigerung an sowie angeblich ungenügende Arbeitsleistungen.

2.3.1 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Arbeitnehmer in analoger Anwendung von Art. 82 OR befugt, die Leistung von Arbeit zu verweigern, solange der Arbeitgeber sich mit verfallenen Lohnzahlungen im Rückstand befindet (BGE 120 II 209 E. 6a S. 211 f. mit Hinweisen). Bei berechtigter Arbeitsverweigerung bleibt dem Arbeitneh-

mer dabei (analog zu Art. 324 Abs. 1 OR) der laufende Lohnanspruch gewährt, ohne dass er zur Nachleistung der Arbeit verpflichtet wäre (BGE 120 II 209 E. 9a S. 213 mit Hinweisen).

2.3.2 Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz befand sich der Beschwerdegegner mit dem Novemberlohn massiv in Verzug. Unter Berücksichtigung der Betriebsferien war damit der Beschwerdeführer zur Verweigerung der Arbeitsleistung bis zum Ende des Jahres 2007 berechtigt und zufolge des Rückstandes mit dem Dezemberlohn auch noch darüber hinaus. Dem Arbeitnehmer bleibt bei berechtigter Arbeitsverweigerung sein Lohnanspruch erhalten (BGE 120 II 209 E. 9a S. 213 mit Hinweisen). Dies muss grundsätzlich auch für den vertraglich vereinbarten Anspruch auf Gratifikation gelten, da sich der Arbeitgeber dieser Pflicht nicht mit Blick auf sein eigenes Fehlverhalten entschlagen kann. Der Arbeitnehmer muss sich nach Treu und Glauben nicht gefallen lassen, trotz berechtigter Arbeitsverweigerung seiner Gratifikation verlustig zu gehen. Hat der Arbeitgeber die fehlende Arbeitsleistung selbst verschuldet, begeht er einen Ermessensmissbrauch, wenn er deswegen die Gratifikation kürzt (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N. 17 zu Art. 322d OR). Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn die Arbeitsverweigerung wie hier nur wenige Tage der für die Gratifikation massgeblichen Beschäftigungsperiode betrifft. Die Arbeitsverweigerung ist Folge des arbeitgeberischen Zahlungsverzugs, und dieser bildet keinen zulässigen Grund für die Herabsetzung einer vertraglich vereinbarten Gratifikation.

2.3.3 Zulässig wäre eine Herabsetzung mit Blick auf die Arbeitsleistung oder das Geschäftsergebnis (BGE 129 III 276 E. 2 S. 279), sofern der Arbeitnehmer erkennen konnte, dass darin Herabsetzungskriterien liegen. Dass Herabsetzungsgründe bestehen, wäre vom Beschwerdegegner zu behaupten und zu beweisen. In der Beschwerdeantwort werden neben der Arbeitsverweigerung, welche im zu beurteilenden Fall keine Herabsetzung rechtfertigt, einzig die schlechten Arbeitsleistungen erwähnt. Ob diese tatsächlich ungenügend waren, kann indessen offenbleiben. Der Beschwerdegegner hat, wie der Beschwerdeführer aufzeigt, auf die Frage «ob wegen mangelnder Leistung kein 13. oder keine Grati ausbezahlt worden seien» geantwortet: «Nein, das wurde nicht vereinbart». Diese Erklärung zeigt, dass der Beschwerdegegner selbst die Leistung des Beschwerdeführers offensichtlich nicht als massgebliches Kriterium für eine Kürzung der Gratifikation betrachtete. Er kann daher die unterbliebene Auszahlung der Gratifikation nicht nachträglich unter Hinweis auf die Arbeitsleistungen des Beschwerdeführers rechtfertigen. Da keine zulässigen Kürzungsgründe dargetan sind, bleibt die vertraglich vereinbarte Gratifikation geschuldet, unabhängig davon, ob sie der Beschwerdegegner ausrichten wollte oder nicht. Bezüglich der Höhe ist entsprechend dem Lohnausweis von einem Monatslohn pro rata temporis auszugehen. Insoweit erweist sich die Beschwerde als begründet.

2.4 Der Ausstand des Arbeitgebers war mithin um rund Fr. 3435.90 höher als von der Vorinstanz angenommen (Nettolohn [Fr. 5890.10]/12 x 7). Vom Gesamtausstand betrafen aber nur Fr. 197.90 die eigentliche Lohnzahlung. Das Bundesgericht hat die analoge Anwendung von Art. 82 OR insbesondere für Dauerschuldverhältnisse mit zeitlich verschobenen Fälligkeiten innerhalb der einzelnen Leistungspaare bejaht (BGE 120 II 209 E. 6a S. 212). Das Leistungspaar, welches die analoge Anwendung von Art. 82 OR rechtfertigt, bildet beim Arbeitsverhältnis das dauerhafte Austauschverhältnis zwischen der Arbeitsleistung einerseits und dem Lohn zuzüglich Spesen andererseits. Die Gratifikation steht zwar mittelbar auch im Austauschverhältnis zur geleisteten Arbeit (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1996, N. 7 zu Art. 322d OR). Sie kann aber neben der Abgeltung der geleisteten Dienste auch die Motivation des Arbeitnehmers für die Zukunft bezwecken (STAEHELIN, a.a.O., N. 2 zu Art. 322d OR). Da sie zu besonderen Anlässen ausgerichtet wird und ihr ein freiwilliges Element innewohnt, steht nicht fest, in welcher Höhe sie im Folgejahr geschuldet sein wird. Die Gratifikation bildet daher kein Leistungspaar mit der laufenden Arbeitsleistung, weshalb es nicht gerechtfertigt erscheint, dem Arbeitnehmer diesbezüglich ein Leistungsverweigerungsrecht bei fortlaufender Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers einzuräumen. Demnach ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz davon ausging, der Beschwerdeführer sei ab dem 22. Januar 2008 wieder zur Arbeitsleistung verpflichtet gewesen.

*Bundesgericht, Urteil vom 31. Mai 2010, Doss.-Nr. 4A\_159/2010 (Bestätigung des Urteils des Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève vom 10. Februar 2010), in: BGE 136 III 283*

*Tribunal fédéral, Arrêt du 31 mai 2010, Doss.-N° 4A\_159/2010 (Confirmation de l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 10 février 2010), in: ATF 136 III 283*

**Auslegung eines Gesamtarbeitsvertrages, der vom Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt wurde.**

**Grundsätze der Auslegung von Gesamtarbeitsverträgen. Anwendung, wenn die Parteien sich uneinig sind über den Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages zu einem bestimmten Zeitpunkt. Bestimmung des anwendbaren Textes anhand der Webseiten der schweizerischen Bundesbehörden (E. 2.3).**

**Interprétation d'une convention collective de travail dont le champ d'application a été étendu par le Conseil fédéral.**

**Rappel des principes régissant l'interprétation des conventions collectives de travail. Cas où les parties divergent sur le contenu de la con-**

**vention collective à une date donnée. Détermination du texte applicable à l'aide du site Web des autorités fédérales suisses (consid. 2.3).**

Extraits des considérants:

2.

2.3 A titre principal, la recourante se plaint de la manière dont la convention collective a été interprétée. Elle soutient que les heures de travail effectives ne doivent pas être majorées pour tenir compte du travail de nuit et des vacances.

2.3.1 Le litige porte sur l'interprétation d'une convention collective au sens de l'art. 356 CO, dont le champ d'application a été étendu par le Conseil fédéral en vertu de la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (RS 221.215.311).

Sauf disposition contraire de la convention, les clauses relatives à la conclusion, au contenu et à l'extinction des contrats individuels de travail ont, pour la durée de la convention, un effet direct et impératif envers les employeurs et travailleurs qu'elles lient (art. 357 al. 1 CO).

Les clauses qui ont un effet direct et impératif sur les contrats individuels entre les employeurs et employés qu'elles lient sont appelées des clauses normatives (cf. ATF 115 II 251 consid. 4a p. 253; parmi d'autres: RÉMY WYLER, Droit du travail, 2<sup>e</sup> éd. 2008, p. 675). Les dispositions normatives d'une convention collective de travail doivent être interprétées de la même manière qu'une loi (ATF 127 III 318 consid. 2a p. 322).

D'après la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). On peut cependant s'écarter de cette interprétation s'il y a des raisons sérieuses de penser que le texte de la loi ne reflète pas la volonté réelle du législateur; de tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition, ainsi que de la systématique de la loi. Lorsque plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires, du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose ou encore de sa relation avec d'autres dispositions; le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique (cf. ATF 135 I 198 consid. 2.1 p. 201; ATF 135 II 78 consid. 2.2. p. 81, ATF 135 V 243 consid. 4.1 p. 251, 416 consid. 2.2 p. 418; ATF 135 III 20 consid. 4.4 p. 23, ATF 135 V 112 consid. 3.3.2 p. 116, 483 consid. 5.1 p. 486; ATF 135 V 153 consid. 4.1 p. 157 s., ATF 135 V 249 consid. 4.1 p. 252).

Dans le domaine de l'interprétation des dispositions normatives d'une convention collective, il ne faut pas exagérer la distinction entre les règles sur l'interprétation des lois et les règles sur l'interprétation des contrats; la volonté des cocontractants et ce que l'on peut comprendre selon le principe

de la bonne foi constituent également des moyens d'interprétation (ATF 133 III 213 consid. 5.2 p. 218).

2.3.2 En l'espèce, les parties sont en litige sur le contenu de la convention collective. Selon la recourante, l'arrêté du Conseil fédéral du 30 août 2007 avec entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2007 a modifié l'art. 2 al. 4 let. b de la convention en ce sens que le collaborateur doit être «transféré à une rétribution au mois équivalant au moins au taux d'occupation exercé jusque-là». L'intimé soutient que ce membre de phrase est apparu pour la première fois dans l'arrêté d'extension du Conseil fédéral du 30 juin 2008, soit postérieurement à la période déterminante.

Lorsque les dispositions d'une convention collective de travail ont un effet direct sur les relations individuelles, il est important qu'elles puissent être connues de tous avec certitude. On sait que ces dispositions, en fonction des négociations entre les partenaires sociaux, sont fréquemment modifiées, ce qui pose déjà des problèmes de droit transitoire. La difficulté est encore plus grande s'il devient difficile de déterminer le texte en vigueur à chaque période. En l'espèce, les parties divergent sur le contenu de la convention collective dont le champ d'application a été étendu, par arrêté du Conseil fédéral étendant le champ d'application de la convention collective de travail pour la branche privée de la sécurité du 30 août 2007, avec effet dès le 1<sup>er</sup> octobre 2007. Il est regrettable que la publication à la Feuille fédérale (FF 2007 6093) soit à ce point laconique que l'on ne puisse pas saisir d'emblée quel est le contenu de la modification au point que les avocats des parties divergent sur le contenu de celle-ci.

La version complète de l'arrêté du Conseil fédéral, que l'on trouve en partant du site <http://www.seco.admin.ch> montre que dès le 1<sup>er</sup> octobre 2007, l'art. 2 al. 4 let. b de la convention collective contenait effectivement la phrase: «il est transféré à une rétribution au mois équivalant au moins au taux d'occupation exercé jusque-là». C'est donc la recourante qui a raison sur ce point.

La phrase litigieuse ne modifie cependant rien à la question posée. L'art. 2 al. 4 let. b de la convention collective prévoit que lorsqu'un collaborateur a travaillé plus de 150 heures par mois en moyenne au cours des six derniers mois dans les secteurs qui sont précisés, il est transféré à une rétribution au mois équivalant au moins au taux d'occupation exercé jusque-là. Il n'est cependant pas précisé ce qu'il faut entendre par «taux d'occupation exercé jusque-là». La phrase invoquée laisse entièrement ouverte la question de la détermination du taux d'occupation.

2.3.3 La cour cantonale a estimé qu'il fallait augmenter le nombre des heures de travail effectif pour tenir compte du travail de nuit.

Elle s'est référée à l'art. 9 ch. 3 de la convention collective ainsi qu'à son annexe 2, documents qui tous deux prévoient qu'en compensation du travail de nuit, du travail du dimanche et des jours fériés officiels, une majoration de temps de 6 minutes par heure (soit 10%) est accordée. Dans

les deux cas il est ajouté que «cette majoration de temps est prise en compte dans le calcul de la durée du travail».

Selon le sens usuel des mots, ces textes sont clairs. Il n'est pas question d'une majoration de salaire, mais bien d'une augmentation de la durée de travail déterminante, pour compenser le fait que le travail est effectué de nuit, un dimanche ou un jour férié officiel.

L'interprétation de la cour cantonale est conforme au contexte général de la convention collective et la recourante ne peut citer aucune disposition qui irait en sens inverse.

D'un point de vue téléologique, il est clair que le travail de nuit (ou un dimanche ou jour férié) est plus pénible, parce qu'il suppose une adaptation du mode de vie et une renonciation à passer son temps libre en même temps que les autres; que cela soit compensé en considérant que 60 minutes de travail effectif valent 66 minutes est parfaitement compréhensible. L'argumentation un peu prolix de la recourante n'y change rien.

On ne voit donc pas que la cour cantonale ait violé, sur ce point, les règles sur l'interprétation des conventions collectives.

2.3.4 La recourante soutient que le chiffre de 163.21 heures par mois contenait déjà cette majoration.

Il ressort cependant de l'arrêt attaqué que la cour cantonale a admis que le chiffre de 163.21 heures par mois correspondait aux heures effectivement travaillées.

Il s'agit là d'une question de fait, qui lie le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF). Or, à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente, des faits nouveaux ne peuvent pas être présentés devant le Tribunal fédéral (art. 99 al. 1 LTF). Dès lors que la recourante ne tente même pas de démontrer que la constatation cantonale reposerait sur une appréciation arbitraire des preuves (art. 97 al. 1 et art. 105 al. 2 LTF), il n'y a pas lieu de s'écarter de cette constatation.

2.3.5 La recourante conteste également la majoration du temps de travail pour tenir compte des vacances dues.

Pour permettre au travailleur de prendre du repos sans en être dissuadé par la perte de salaire, l'art. 329d al. 1 CO prévoit que le travailleur a droit à son salaire pendant les vacances qui lui sont dues. Il s'agit d'une règle relativement impérative à laquelle il ne peut pas être dérogé au détriment du travailleur, même par une convention collective (art. 362 al. 1 CO).

La jurisprudence en a déduit que le travailleur ne doit pas être traité différemment, du point de vue salarial, lorsqu'il est en vacances que s'il travaillait (ATF 132 III 172 consid. 3.1 p. 174; ATF 129 III 493 consid. 3.1, ATF 129 III 664 consid. 7.3). Pour la période de vacances dues, le travailleur doit recevoir autant que ce qu'il aurait obtenu s'il avait travaillé pendant cette période (ATF 134 III 399 consid. 3.2.4.2 p. 402).

Un travailleur payé à l'heure avec un horaire irrégulier et incertain peut être enclin à ne pas prendre de vacances. Cette situation ne supprime

cependant pas son droit à des vacances payées, de sorte qu'une compensation adéquate doit lui être procurée.

Il est vrai que le contrat prévoit – selon les constatations cantonales – une majoration du salaire pour tenir compte des vacances, et non pas une majoration du temps de travail induisant une augmentation du salaire. Cette distinction est toutefois sans importance. Il s'agit en effet de comparer la situation d'un travailleur rémunéré au mois à celle d'un travailleur payé à l'heure. Il est clair qu'un travailleur payé au mois prendrait un temps de vacances qui, du point de vue salarial, serait assimilé à un temps de travail. Pour opérer la comparaison, il est logique d'ajouter au temps de travail effectif de la personne engagée à l'heure le temps de vacances qu'elle aurait pu prendre.

La recourante ne peut citer aucune disposition qui, selon une interprétation littérale ou contextuelle, aboutirait à une solution différente. Elle se réfère abondamment à l'art. 9 ch. 2 de la convention collective, mais cette disposition parle de «la durée annuelle du travail» sans rien préciser quant au contenu de cette notion. En revanche, le texte qui précède immédiatement cette clause, à savoir l'art. 9 ch. 1 de la convention, explique très clairement que «la durée annuelle du travail comprend les heures au cours desquelles un travail est effectivement fourni, de même que les pauses payées et les vacances». Les vacances entrent donc dans la notion de «durée annuelle du travail».

En jouant sur la distinction entre la majoration du salaire et la majoration du temps de travail, la recourante soutient que l'interprétation de la Cour d'appel ne serait pas satisfaisante d'un point de vue téléologique, parce que le travailleur bénéficierait deux fois d'un avantage, à savoir une majoration de salaire, d'une part, et une majoration du temps de travail, d'autre part. Cette manière de présenter la situation est pourtant trompeuse. Lorsqu'il a été payé à l'heure, l'intimé a bénéficié effectivement d'une majoration de salaire pour tenir compte des vacances; dans le calcul de la cour cantonale, l'entier de ce qu'il a reçu de son employeur est imputé sur la somme qu'il peut réclamer, de sorte qu'il ne reçoit pas cette majoration deux fois. Ce n'est que pour calculer le temps de travail équivalent et fixer ainsi le salaire au mois auquel il aurait pu prétendre que la cour cantonale a tenu compte, raisonnablement, du temps de vacances que l'employé aurait pu prendre, de manière à déterminer un temps de travail à l'heure qui corresponde à un temps de travail au mois.

Au vu de ce qui précède, le recours est privé de fondement, d'où son rejet.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2010, Doss.-N° 9C\_824/2009 (Admission du recours en matière de droit public interjeté contre le jugement de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 26 août 2009)*

**Détermination du montant journalier de base pour le calcul des indemnités journalières versées au titre de l'allocation de maternité.**

**On peut se demander si, dans le cas d'un contrat d'enseignement qui peut être résilié de part et d'autre trois mois à l'avance pour la fin d'un semestre, l'on n'est pas en présence de contrats de travail successifs d'une durée déterminée de six mois chacun plutôt que d'un contrat de durée indéterminée? (c. 5.2).**

**Art. 5 et 6 RAPG. Sont en règle générale considérés comme des salariés n'ayant pas de revenus réguliers les travailleurs journaliers ou temporaires, les employés saisonniers ou encore les voyageurs de commerce. Les salariés concernés par cette énumération ont pour dénominateur commun une situation professionnelle précaire, caractérisée par l'incertitude quant à leur avenir professionnel proche et/ou par la fragilité et le caractère profondément aléatoire de leurs revenus (c. 5.3).**

**Art. 5 al. 2 let. a et b RAPG. Critères pour déterminer si la salariée est payée à l'heure ou au mois (c. 5.4).**

Extraits des faits:

M. travaille depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2004 en qualité de professeur de piano pour le compte de X. sis à L. A la suite de la naissance de son fils en 2008, elle a présenté à la Caisse AVS de la Fédération patronale vaudoise (ci-après: la caisse de compensation) une demande d'allocation de maternité.

Par décision du 25 septembre 2008, la caisse de compensation a reconnu le droit à une allocation de maternité pour la période courant du 27 juin au 2 octobre 2008, calculée sur la base d'un revenu journalier moyen de 47 fr. Faisant valoir que la caisse de compensation s'était fondée à tort sur un salaire mensualisé alors qu'elle était rétribuée à l'heure, M. a formé opposition contre cette décision et conclu à ce que le droit à l'allocation soit calculé sur la base d'un revenu journalier moyen de 65 fr. 02. Par décision du 17 novembre 2008, la caisse de compensation a rejeté l'opposition de l'assurée. Par jugement du 26 août 2009, la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud a admis le recours formé par l'assurée, annulé la décision sur opposition litigieuse et renvoyé la cause à la caisse pour nouvelle décision.

L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) interjette un recours en matière de droit public contre ce jugement dont il demande l'annulation.

Extraits des considérants:

3.

Le litige porte sur la détermination du montant journalier de base pour le calcul des indemnités journalières versées au titre de l'allocation de maternité.

3.1 Selon l'art. 16e de la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (Loi sur les allocations pour perte de gain, LAPG; RS 834.1), l'allocation de maternité est versée sous la forme d'indemnités journalières (al. 1). L'indemnité journalière est égale à 80% du revenu moyen de l'activité lucrative acquis avant le début du droit à l'allocation (al. 2, 1<sup>ère</sup> phrase). Le revenu moyen acquis avant le début du droit à l'allocation est le revenu déterminant pour le calcul des cotisations dues conformément à la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10). Le Conseil fédéral édicte des dispositions relatives au calcul de l'allocation (art. 11 al. 1 en corrélation avec l'art. 16e al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, LAPG).

3.2 Selon l'art. 31 du règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain (RAPG; RS 834.11), l'allocation de maternité est calculée sur la base du dernier salaire déterminant acquis avant l'accouchement et converti en gain journalier moyen (al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase). Au surplus s'appliquent par analogie les art. 5 et 6 RAPG. Le règlement distingue les salariées ayant un revenu régulier de celles ayant un revenu irrégulier. Selon l'art. 5 RAPG, sont considérées comme salariées ayant un revenu régulier les femmes: (a) qui ont un rapport de travail conclu pour une durée indéterminée ou pour une année au moins et dont le revenu n'est pas soumis à de fortes fluctuations; (b) qui ont interrompu leur activité en raison d'une maladie, d'un accident, d'une période de chômage, de service ou de maternité ou pour tout autre motif qui n'implique aucune faute de leur part (al. 1). Le gain journalier moyen acquis avant l'accouchement est déterminé de la façon suivante: (a) pour les salariées payées à l'heure, le dernier salaire horaire perçu avant l'accouchement est multiplié par le nombre d'heures de travail effectuées durant la dernière semaine de travail normal précédant l'accouchement et ce produit est divisé par sept; (b) pour les salariées payées au mois, le dernier salaire mensuel perçu avant l'accouchement et ce produit est divisé par 30; (c) pour les salariées rémunérées d'une autre façon, le salaire perçu durant les quatre dernières semaines précédant l'accouchement est divisé par 28 (al. 2). En vertu de l'art. 6 RAPG, le revenu journalier moyen acquis avant l'accouchement pour les femmes salariées n'ayant pas de revenu régulier au sens de l'art. 5 RAPG est établi d'après le gain obtenu pendant les trois mois précédant l'accouchement (al. 1). Le gain d'une période plus longue est pris en considération si le revenu moyen ainsi déterminé n'est pas approprié (al. 2).

4.

4.1 Alors que le contrat de travail prévoyait une rémunération sous forme d'un salaire brut par période d'enseignement d'une heure et que la formule de demande d'allocation mentionnait l'existence d'un salaire horaire et d'un salaire mensuel, la juridiction cantonale a considéré que l'indication d'un salaire mensuel constituait le résultat d'une opération mathématique destinée à simplifier le versement du salaire (mensualisation du salaire horaire durant un semestre dans le but de garantir un versement mensuel régulier). Les modalités particulières de paiement choisies par les parties ne signifiaient pas pour autant que la base horaire de la rémunération, convenue dans le contrat de travail, avait été convertie en base mensuelle. L'assurée devait par conséquent être considérée comme une salariée payée à l'heure au sens de l'art. 5 al. 2 let. a RAPG.

4.2 L'OFAS estime en premier lieu que l'assurée ne peut pas se prévaloir du statut de salariée ayant un revenu régulier, mais de celui de salariée ayant un revenu irrégulier au sens de l'art. 6 RAPG. Même si l'assurée est partie à un rapport de travail conclu pour une durée indéterminée, son revenu est soumis à des fluctuations, le contrat de travail ne garantissant pas le nombre d'heures d'enseignement, lequel peut varier chaque semestre en fonction du nombre d'inscriptions aux cours. Dans la mesure où le but de l'allocation de maternité est de compenser le revenu qui n'est pas versé à cause de l'accouchement, l'OFAS fait valoir en second lieu que le calcul de cette prestation doit se fonder sur le revenu que la personne concernée aurait vraisemblablement obtenu durant toute la période du congé de maternité si elle n'avait pas été empêchée de travailler. Or, dans le cas d'espèce, l'assurée ne travaille que 17 semaines par semestre, car il n'y a pas de cours durant les vacances scolaires. Le fait de calculer le salaire de l'assurée par avance pour chaque semestre et de le mensualiser n'est qu'une manière de garantir un revenu constant durant tout le semestre concerné en évitant que durant les mois de vacances scolaires le salaire ne subisse de trop fortes fluctuations. L'application de la méthode de calcul du gain journalier moyen prévue à l'art. 5 al. 2 let. a RAPG aurait pour conséquence d'attribuer le même nombre d'heures de travail hebdomadaires aux semaines de vacances durant lesquelles aucuns cours ne sont donnés.

5.

5.1 En l'espèce, l'assurée et X. ont conclu un contrat d'enseignement de durée indéterminée qui peut être résilié de part et d'autre trois mois à l'avance pour la fin d'un semestre. Le nombre d'élèves inscrits aux cours détermine le degré d'occupation et, partant, le salaire de l'assurée.

5.2 On pourrait s'interroger sur la nature juridique du contrat conclu entre l'assurée et X.. Dans la mesure où le taux d'occupation et le salaire constituent des éléments essentiels du contrat qui sont modifiés tous les semestres, on peut se demander si l'on n'est pas en présence de contrats de travail successifs d'une durée déterminée de six mois chacun plutôt que

d'un contrat de durée indéterminée. La réponse à cette question n'étant toutefois pas décisive pour trancher le problème litigieux, elle peut demeurer indécise.

5.3 Sont en règle générale considérés comme des salariés n'ayant pas de revenus réguliers les travailleurs journaliers ou temporaires, les employés saisonniers ou encore les voyageurs de commerce (BINSWANGER/ACHERMANN, Régime des allocations pour perte de gain, II, Les prestations, in FJS n° 929, 1972, p. 6). Les salariés concernés par cette énumération ont pour dénominateur commun une situation professionnelle précaire, caractérisée par l'incertitude quant à leur avenir professionnel proche et/ou par la fragilité et le caractère profondément aléatoire de leurs revenus. La situation de l'assurée est différente. La relation contractuelle entre l'assurée et X. repose sur des rapports qu'il y a lieu de qualifier de stables et durables. Si l'organisation semestrielle de l'enseignement est susceptible de modifier périodiquement les conditions de travail et de salaire, l'assurée bénéficie néanmoins pendant toute la durée du semestre d'un taux d'activité et d'un salaire mensuel constants, sous réserve d'éventuelles fluctuations résultant de cours non donnés et de remplacements effectués. Le revenu de l'assurée revêt par conséquent un caractère suffisamment prévisible qui permet de le distinguer de celui d'un salarié qui travaille sur une base irrégulière. Dans la mesure où il convient d'exclure dans le cas particulier l'application de l'art. 6 RAPG, la situation de l'assurée doit être examinée à la lumière de l'art. 5 RAPG.

5.4 Ce faisant, il convient de déterminer si l'assurée est payée à l'heure (art. 5 al. 2 let. a RAPG), comme l'a retenu la juridiction cantonale, ou au mois (art. 5 al. 2 let. b RAPG), comme le suggère implicitement l'OFAS. A la différence d'un salarié normal, qui travaille en règle générale 48 semaines par année (52 semaines moins 4 semaines de vacances), l'assurée ne travaille de manière effective que 34 semaines par année, mais se voit verser un salaire durant toute l'année, salaire qui comprend également une rémunération pour les vacances (supplément de 8,34% sur le salaire brut). La période de calcul prise en compte par l'employeur pour fixer le montant du salaire mensuel s'étend à la durée d'un semestre, lequel comprend 17 semaines de travail et 9 semaines sans activité. Il s'ensuit que le revenu touché à la fin du mois ne dépend au final plus de l'activité déployée par l'assurée et des heures effectivement accomplies durant le mois en question – le nombre de jours ouvrés et fériés n'ayant à cet égard aucune influence –, mais bien de la projection salariale effectuée par l'employeur au début du semestre. Il convient dès lors de considérer que l'assurée est payée au mois, au sens de l'art. 5 al. 2 let. b RAPG. Cette solution est d'ailleurs la seule qui permette de garantir l'égalité de traitement entre assurées. Comme le souligne l'OFAS, le fait de calculer le revenu déterminant sur la base du salaire horaire reviendrait dans le présent cas de figure à rémunérer des périodes où l'assurée n'aurait, en tout état de cause, pas travaillé. Cela ne serait pas conforme au but de l'allocation de

maternité, lequel est justement de permettre aux femmes actives de percevoir, pendant la période suivant la naissance de leur enfant, un revenu de remplacement se substituant au salaire non perçu.

5.5 Dans la mesure où la caisse de compensation a divisé par 30 le dernier salaire mensuel perçu par l'assurée avant son accouchement, soit le salaire du mois de mai 2008 (1397 fr. 15), la décision qu'elle a rendue s'avère conforme à l'art. 5 al. 2 let. b RAPG. Le jugement attaqué doit par voie de conséquence être annulé et la décision sur opposition du 17 novembre 2008 confirmée.

*Bundesgericht, Urteil vom 2. Juni 2010, Doss.-Nr. IC\_491/2009 (Abweisung des Rekurses gegen Art. 4 Abs. 1 lit. a des Gesetzes des Grand Conseil du canton de Genève vom 22. Januar betreffend Rauchverbot auf öffentlichen Plätzen), in: BGE 136 I 241*

*Tribunal fédéral, Arrêt du 2 juin 2010, Doss.-N° IC\_491/2009 (Rejet du recours contre l'article 4 alinéa 1 lettre a de la loi sur l'interdiction de fumer dans les lieux publics adoptée le 22 janvier 2009 par le Grand Conseil du canton de Genève), in: ATF 136 I 241*

**Art. 178B KV/GE; Genfer Gesetz betreffend Verbot, in öffentlichen Räumen zu rauchen; Art. 95 lit. c BGG.**

**Art. 178B KV/GE betreffend den Schutz vor Passivrauchen räumt keine direkt anrufbaren verfassungsmässigen Rechte ein (E. 2.2 und 2.3). Das Bundesgericht prüft lediglich unter dem Gesichtswinkel der Willkür, ob das kantonale Ausführungsgesetz der Verfassungsbestimmung entspricht (E. 2.4 und 2.5). Das Gesetz erlaubt in den öffentlichen Restaurationsbetrieben Fumoirs, allerdings unter Bedingungen, sodass das von der Verfassungsnorm verfolgte Ziel der öffentlichen Gesundheit nicht beeinträchtigt wird (E. 3).**

**Art. 178B Cst./GE; loi genevoise sur l'interdiction de fumer dans les lieux publics; art. 95 let. c LTF.**

**L'art. 178B Cst./GE sur la protection contre la fumée passive ne consacre pas un droit fondamental directement invocable (consid. 2.2 et 2.3). Le Tribunal fédéral examine donc sous l'angle de l'arbitraire si la loi cantonale d'application respecte la disposition constitutionnelle (consid. 2.4 et 2.5). La loi autorise les fumoirs dans les établissements publics, mais à des conditions telles que le but de santé publique poursuivi par la norme constitutionnelle ne s'en trouve pas compromis (consid. 3).**

Faits:

A.

Le 22 juin 2006, le Grand Conseil de la République et canton de Genève a partiellement validé l'initiative populaire intitulée «Fumée passive et santé» (IN 129). Celle-ci portait sur l'introduction, dans la Constitution genevoise (Cst./GE), d'un nouvel article 178B intitulé «Protection de l'hygiène publique et de la santé; Fumée passive». Tel qu'il a été validé, le texte de cette disposition était ainsi libellé:

Art. 178B

<sup>1</sup> Vu l'intérêt public que constitue le respect de l'hygiène publique et la protection de la santé, le Conseil d'Etat est chargé de prendre des mesures contre les atteintes à l'hygiène et à la santé de la population résultant de l'exposition à la fumée du tabac, dont il est démontré scientifiquement qu'elle entraîne la maladie, l'invalidité et la mort.

<sup>2</sup> Afin de protéger l'ensemble de la population, il est interdit de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés, tout particulièrement dans ceux qui sont soumis à une autorisation d'exploitation.

<sup>3</sup> Sont concernés:

a) tous les bâtiments ou locaux publics dépendant de l'Etat et des communes ainsi que toutes autres institutions de caractère public;

b) tous les bâtiments ou locaux ouverts au public, notamment ceux affectés à des activités médicales, hospitalières, para-hospitalières, culturelles, récréatives, sportives ainsi qu'à des activités de formation, de loisirs, de rencontres, d'exposition;

c) tous les établissements publics au sens de la législation sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement;

d) les transports publics et les autres transports professionnels de personnes;

e) les autres lieux ouverts au public tels que définis par la loi.

Par arrêt du 28 mars 2007 (ATF 133 I 110), le Tribunal fédéral a rejeté le recours formé contre cette décision de validation. (...) Il a notamment considéré que (...) l'interdiction générale de fumer dans les lieux publics fermés devrait être assortie d'exceptions, en particulier pour les détenus et les pensionnaires d'établissements médicaux, ainsi que pour les lieux publics à usage privatif. (...)

L'IN 129 a été acceptée en votation populaire le 24 février 2008, par près de 80% des votants.

B.

Le 3 mars 2008, le Conseil d'Etat genevois a adopté un règlement d'exécution relatif à l'interdiction de fumer dans les lieux publics. Celui-ci a toutefois été annulé par arrêt du Tribunal fédéral du 5 décembre 2008, pour défaut de base légale (ATF 134 I 322).

### C.

Le 22 janvier 2009, le Grand Conseil genevois a adopté la loi sur l'interdiction de fumer dans les lieux publics (LIF; RSG K 1 18). Celle-ci reprend le principe de l'interdiction de fumer dans les lieux publics ou accessibles au public, intérieurs ou fermés (art. 2). Son champ d'application est défini de la manière suivante:

#### Art. 3 Champ d'application

L'interdiction concerne notamment:

- a) les bâtiments et locaux publics dépendant de l'Etat et des communes ainsi que toutes autres institutions de caractère public;
- b) les hôpitaux et les autres institutions de santé, au sens de la loi sur la santé, du 7 avril 2006;
- c) les établissements de formation, les écoles et les garderies;
- d) les bâtiments ou locaux dédiés à la culture, au sport, aux loisirs, aux rencontres et aux expositions;
- e) les maisons de jeux;
- f) les commerces, les centres commerciaux et les galeries marchandes;
- g) les établissements d'exécution des peines et des mesures;
- h) les véhicules de transports publics et les autres transports professionnels de personnes;
- i) les établissements au sens de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement, du 17 décembre 1987.

La loi prévoit également les exceptions suivantes à son article 4:

#### Art. 4 Exceptions

##### *Lieux privés*

<sup>1</sup> Des exceptions à l'interdiction de fumer peuvent être prévues pour les lieux à caractère privé suivants, pour autant qu'ils soient isolés, ventilés de manière adéquate et désignés comme tels:

- a) les fumeurs clos et correctement ventilés installés dans les établissements et lieux publics sont autorisés pour autant que ceux-ci soient isolés et qu'aucun service n'y soit effectué;
- b) les cellules de détention et d'internement;
- c) les chambres d'hôtels et d'autres lieux d'hébergement;
- d) les chambres d'hôpitaux, de cliniques et d'autres lieux de soins, dans lesquels les patients séjournent de manière prolongée et dont ils ne peuvent aisément sortir compte tenu de leur état de santé.

<sup>2</sup> L'exploitant ou le responsable de ces lieux soumet pour approbation au département en charge de la santé (ci-après: département) les modalités d'application des exceptions qu'il entend prévoir.

##### *Cercles*

<sup>3</sup> Les cercles ne sont pas soumis à l'interdiction de fumer, pour autant qu'ils remplissent les conditions du droit fédéral.

### *Commerces spécialisés dans la vente de tabac*

<sup>4</sup> L'exploitant d'un lieu de vente spécialisé dans le domaine du tabac est autorisé à aménager un local de dégustation réservé aux clients consommateurs de tabac, à la condition qu'il soit isolé, ventilé de manière adéquate et désigné comme tel.

### *Aéroport international de Genève*

<sup>5</sup> L'Aéroport international de Genève est autorisé à exploiter un fumeur isolé dans la zone de transit, à la condition que le local soit ventilé de manière adéquate et désigné comme tel.

La LIF définit encore le rôle des exploitants (art. 6), les procédures de contrôle (art. 7) et les sanctions (art. 8). Une demande de référendum ayant abouti, la loi a été soumise au vote populaire. Elle a été acceptée, le 29 septembre 2009, par 81,7% des votants. Elle est entrée en vigueur le 31 octobre 2009, le lendemain de sa promulgation dans la Feuille d'avis officielle.

Le 7 octobre 2009, le Conseil d'Etat genevois a adopté le règlement d'application relatif à la LIF (RIF; RSG K 1 18.01). Il comporte notamment les dispositions suivantes, s'agissant des exceptions à l'interdiction.

Art. 2 Approbation des modalités d'application des exceptions à l'interdiction de fumer

<sup>1</sup> L'exploitant ou le responsable des lieux décrits à l'article 4, alinéa 1, de la loi soumet au préalable et par écrit à la direction générale la demande d'approbation des modalités d'aménagement du lieu à caractère privatif fumeur prévue par l'article 4, alinéa 2, de la loi.

<sup>2</sup> Cette demande doit être accompagnée des plans d'aménagement, du descriptif du système de ventilation et de toutes les pièces permettant le contrôle du respect des prescriptions de la loi et du présent règlement.

<sup>3</sup> La direction générale statue sur l'approbation de ces modalités d'aménagement.

<sup>4</sup> (...)

Art. 3 Conception des locaux fumeurs

<sup>1</sup> Les locaux fumeurs au sein de lieux publics au sens des articles 4, alinéas 1, lettre a, 4 et 5 de la loi doivent:

a) être dotés de portes à fermeture automatique, être séparés hermétiquement des pièces contiguës et ne pas constituer un lieu de passage;

b) disposer d'un système de ventilation mécanique séparé de celui du reste du bâtiment; ce dernier doit permettre un renouvellement d'air minimal conformément à la norme SIA 382/1 et être entretenu régulièrement et conformément à l'état de la technique;

c) être maintenus en dépression continue d'au moins 5 pascals par rapport aux pièces communicantes, pendant les heures d'ouverture de l'établissement.

<sup>2</sup> Dès la mise en service, leur exploitant doit être en mesure de produire sur toute réquisition de l'autorité compétente une attestation émanant

d'un spécialiste en dispositifs de ventilation, certifiant que l'installation est conforme aux dispositions du présent article.

<sup>3</sup> Les locaux fumeurs doivent être signalés, de manière visible, notamment à leur entrée.

D.

Par acte du 30 octobre 2009, l'association genevoise Oxyromandie, Pascal Diethelm et Michel Starobinski forment un recours en matière de droit public par lequel ils demandent l'annulation de l'art. 4 al. 1 let. a LIF. (...)

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

Extraits des considérants:

1.

Selon l'art. 82 let. b et c LTF, le Tribunal fédéral connaît des recours dirigés directement contre les actes normatifs cantonaux, ainsi que des recours concernant le droit de vote des citoyens. Les recourants s'appuient sur l'une et l'autre de ces dispositions.

1.1 Ils se plaignent d'une violation des dispositions sur le droit d'initiative (art. 34 Cst.), en reprochant au Grand Conseil de s'être écarté du texte de l'art. 178B Cst./GE, et d'avoir ainsi violé la volonté des auteurs de l'initiative populaire IN 129.

1.1.1 Le recours prévu à l'art. 82 let. c LTF permet à l'électeur de se plaindre d'une violation des dispositions cantonales légales et constitutionnelles qui définissent le contenu et l'étendue des droits politiques des citoyens (ATF 129 I 392 consid. 2.1 p. 394 et les références). La violation du droit de vote doit toutefois résulter directement de l'acte attaqué (ATF 130 I 226 consid. 1.2 p. 228; ATF 123 I 41 consid. 6b p. 46 et les références; STEINMANN, in Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2008, n° 87 ad art. 82 LTF).

1.1.2 Les moyens soulevés dans le recours reviennent tous à affirmer que la loi ne respecterait pas la disposition constitutionnelle cantonale relative à l'interdiction de fumer dans les lieux publics. Un tel grief ne relève pas du recours pour violation des droits politiques. En effet, lorsqu'il est prétendu qu'une loi viole la constitution cantonale, il est toujours possible de reprocher au législateur d'avoir violé la volonté du constituant ou celle des auteurs du projet d'article constitutionnel. On peut également lui faire le reproche, dans certains cas, d'avoir fait l'économie d'une révision constitutionnelle soumise au référendum obligatoire. Cela ne saurait toutefois suffire pour permettre aux recourants d'agir par la voie de l'art. 82 let. c LTF, sans quoi la voie du recours pour violation du droit de vote serait ouverte chaque fois qu'un acte normatif en viole un autre, soumis à un régime différent du point de vue des droits politiques (ATF 131 I 386 consid. 2.2 et 2.3 et les arrêts cités). Dans la mesure où la norme attaquée n'a matériellement aucun rapport direct avec les votations ou les élections

cantonaux (cf. ATF 131 I 291 consid. 1.1; ATF 130 I 226 consid. 1.2 p. 228; ATF 123 I 41 consid. 6b p. 46 et les références), le recours fondé sur l'art. 82 let. c LTF est irrecevable. Les moyens soulevés relèvent exclusivement de l'art. 82 let. b LTF (ATF 131 I 386 consid. 2.3 p. 390).

1.2 Selon cette disposition, le recours en matière de droit public est ouvert contre les actes normatifs cantonaux. La loi attaquée ne peut, en droit genevois, faire l'objet d'aucun recours cantonal, de sorte que le recours est directement recevable (art. 87 al. 1 LTF).

1.2.1 Selon l'art. 101 LTF, le recours contre un acte normatif doit être interjeté dans un délai de 30 jours à compter de sa publication selon le droit cantonal. Lorsque la loi est soumise, comme en l'espèce, au référendum facultatif, ce délai commence à courir non pas avec sa publication en vue de l'exercice du droit de référendum, mais avec la publication de la décision de promulgation (ATF 133 I 286 consid. 1 p. 288 et les arrêts cités). En l'occurrence, les recourants ont agi en temps utile.

1.2.2 L'art. 89 al. 1 LTF confère la qualité pour former un recours en matière de droit public à quiconque est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). Lorsque l'acte attaqué est un acte normatif, l'intérêt personnel requis peut être simplement virtuel; il suffit qu'il existe un minimum de vraisemblance que le recourant puisse se voir un jour appliquer les dispositions contestées. Un intérêt de fait est suffisant (arrêt 8C\_184/2008 du 3 octobre 2010 consid. 2.1, non publié in ATF 134 I 269; ATF 133 I 286 consid. 2.2 p. 290).

En l'occurrence, l'un des recourants au moins est domicilié dans le canton de Genève. Il est ainsi susceptible d'être touché par les effets de la réglementation attaquée, ce qui suffit pour admettre sa qualité pour agir (arrêt 1C\_155/2008 du 5 septembre 2008 consid. 1.3, non publié in ATF 134 I 322). Il y a lieu d'entrer en matière, sans s'interroger sur la qualité pour agir des autres recourants (soit un citoyen suisse domicilié en France voisine et une association de prévention du tabagisme).

## 2.

Les recourants s'en prennent uniquement à l'art. 4 al. 1 let. a LIF, en tant qu'il prévoit l'introduction de fumeurs en particulier dans les restaurants. Cette disposition, ajoutée lors des débats parlementaires, irait à l'encontre de l'art. 178B Cst./GE, dont le but est l'interdiction complète de la fumée dans les lieux publics. Dans son arrêt concernant l'IN 129 (ATF 133 I 110), le Tribunal fédéral avait relevé que des exceptions devaient être aménagées afin de respecter le principe de la proportionnalité, mais uniquement pour les lieux à caractère privatif. L'objectif de santé publique poursuivi par la disposition constitutionnelle serait ainsi compromis. Les recourants invoquent, sur ce point également, le principe de la légalité (hiérarchie des normes), le cas échéant en relation avec celui de la séparation des pouvoirs, ainsi que l'interdiction de l'arbitraire.

2.1 Selon l'art. 95 LTF, le recours peut être formé pour violation du droit fédéral – y compris le droit constitutionnel (let. a).

A juste titre, les recourants ne se prévalent pas de la loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la protection contre le tabagisme passif (RS 818.31), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2010. Les dispositions qu'elle contient prévoient en effet expressément la création de locaux fumeurs «isolés des autres espaces, désignés comme tels et dotés d'une ventilation adéquate» (art. 2), ainsi que des autorisations d'établissements fumeurs aux restaurants remplissant certaines conditions (art. 3). L'art. 178B Cst./GE fait ainsi partie des dispositions plus strictes que les cantons peuvent adopter, conformément à l'art. 4 de la loi fédérale.

2.2 S'agissant du droit cantonal, le recours peut être formé pour violation «de droits constitutionnels cantonaux» (art. 95 let. c LTF), de dispositions sur le droit de vote et sur les élections et votations (let. d) ainsi que du droit intercantonal (let. e). Le législateur a entendu maintenir le principe selon lequel, afin de préserver l'autonomie cantonale, il n'appartient pas au Tribunal fédéral de contrôler l'interprétation ou l'application de l'ensemble du droit constitutionnel cantonal, mais seulement des droits fondamentaux (Message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4133). La notion de droits constitutionnels cantonaux, au sens de l'art. 95 let. c LTF (ou de l'art. 116 LTF, concernant le recours constitutionnel subsidiaire) ne s'étend donc pas à n'importe quelle disposition constitutionnelle cantonale, mais seulement à celles qui garantissent des droits individuels aux citoyens et sont, à ce titre, directement applicables (ATF 131 I 366; HÄFELIN/HALLER/KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7<sup>e</sup> éd. 2008, p. 592; SCHOTT, in *Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz*, 2008, n<sup>o</sup> 56 ad art. 95 LTF). Tel était le cas sous l'empire de la loi fédérale d'organisation judiciaire (art. 84 al. 1 let. a OJ; ATF 121 I 267 consid. 3a p. 269 et les références citées; ATF 104 Ia 284 consid. 2b p. 286), et le législateur n'a pas voulu changer la pratique suivie jusque-là.

2.3 Les recourants estiment que l'art. 178B Cst./GE consacrerait un droit fondamental puisqu'il garantit aux citoyens le droit de ne pas être exposés à la fumée du tabac. Cette opinion ne peut être suivie.

L'art. 178B Cst./GE constitue une norme générale de protection de la santé qui tend à préserver le public dans son ensemble des effets de la fumée passive (ATF 133 I 110 consid. 4.5 p. 117). Comme l'a déjà relevé le Tribunal fédéral, il ne s'agit pas d'une norme d'application immédiate. Celle-ci doit être concrétisée par une loi au sens formel, telle la loi attaquée, prévoyant notamment les mesures de contrôle, les sanctions et les dérogations (même arrêt consid. 6.2 p. 122). On ne saurait par conséquent y voir un droit dont les particuliers pourraient directement se prévaloir, le cas échéant devant un juge, mais une norme de type programmatique dans la concrétisation de laquelle, on le verra, le législateur dispose d'une certaine liberté. Au demeurant, même la loi attaquée, qui vient concrétiser la

disposition constitutionnelle, s'analyse davantage comme une norme d'interdiction (assortie de contrôle et de sanctions) que comme un droit que l'individu pourrait faire valoir à l'encontre de l'Etat.

Il en résulte que les recourants ne sont pas recevables à invoquer directement une violation de l'art. 178B Cst./GE.

2.4 En dehors des griefs mentionnés à l'art. 95 let. c et d LTF, la violation du droit cantonal ne constitue pas un motif de recours (ATF 134 III 379 consid. 1.2). Le recourant peut donc uniquement se plaindre de ce que la violation du droit cantonal par l'autorité précédente consacrerait simultanément une violation du droit fédéral au sens de l'art. 95 let. a LTF (ATF 133 III 462 consid. 2.3; ATF 133 II 249 consid. 1.2.1).

2.5 A ce titre, les recourants invoquent également le principe de la légalité, consacré à l'art. 5 al. 1 Cst., selon lequel le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat. Ils estiment que le principe de hiérarchie des normes en serait le corollaire, et qu'il constituerait un droit constitutionnel distinct. Tel n'est toutefois pas le cas. Au contraire du principe de la suprématie du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst.), le principe de la légalité et de la hiérarchie des normes ne constitue pas (hormis en matière pénale et fiscale; ATF 132 I 117 consid. 4.1; ATF 118 Ia 137 consid. 1c) un droit constitutionnel distinct: il s'agit d'un principe constitutionnel dont la violation ne peut pas être invoquée séparément, mais uniquement en relation avec, notamment, le principe de la séparation des pouvoirs, d'un droit fondamental particulier ou de l'interdiction de l'arbitraire (ATF 134 I 322 consid. 2.1 p. 326).

2.5.1 Le principe de la séparation des pouvoirs est garanti par l'art. 130 Cst./GE et, plus généralement, par toutes les constitutions cantonales implicitement ou explicitement; il représente un droit constitutionnel dont peut se prévaloir le citoyen (ATF 130 I 1 consid. 3.1 p. 5 et la jurisprudence citée). Il interdit à un organe de l'Etat d'empiéter sur les compétences d'un autre organe (ATF 106 Ia 389 consid. 3a p. 394). Ce principe garantit le respect des compétences établies par la Constitution. Il appartient en premier lieu au droit public cantonal de fixer les compétences des autorités (ATF 130 I 1 consid. 3.1 p. 5; ATF 128 I 113 consid. 2c p. 116 et les nombreuses références citées).

Le principe de la séparation des pouvoirs régit la répartition des compétences entre les trois pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire. Pour l'essentiel, il s'applique au rapport entre la loi et l'ordonnance, en interdisant au pouvoir exécutif d'édicter des règles de droit, si ce n'est dans le cadre d'une délégation valablement conférée par le législateur (ATF 134 I 322 consid. 2.2 p. 326). L'arrêt cité par les recourants (ATF 106 Ia 389 consid. 3a p. 394) n'étend pas la portée de ce principe puisqu'il sanctionne l'attribution par le parlement cantonal de compétences appartenant au gouvernement.

En l'occurrence, il n'est pas contesté que l'adoption de la LIF relève bien de la compétence du parlement cantonal; la nécessité d'une telle légis-

lation d'exécution a été plusieurs fois confirmée dans le cadre des précédentes procédures. Cela étant, la question de savoir si la loi est matériellement conforme à la disposition constitutionnelle ne relève pas de la séparation des pouvoirs proprement dite, principe qui ne s'applique pas au demeurant à l'organe électoral (MOOR, Droit administratif, 2<sup>e</sup> éd. 1994, vol. I, p. 201) et, par voie de conséquence, au constituant.

2.5.2 Cela signifie qu'en dehors des dispositions constitutionnelles cantonales conférant directement des droits aux particuliers au sens de l'art. 95 let. c LTF, et à défaut d'un droit constitutionnel particulier valablement invoqué par les recourants, le Tribunal fédéral n'examine que sous l'angle de l'interdiction de l'arbitraire la manière dont le législateur cantonal s'est acquitté du mandat qui lui est attribué par l'art. 178B Cst./GE.

3.

Les recourants soulèvent le grief d'arbitraire. L'art. 178B al. 2 Cst./GE prévoirait une interdiction stricte de fumer et les cafés et restaurants seraient expressément visés à l'alinéa 3 de la disposition. L'avis de droit réalisé lors de l'examen de constitutionnalité de l'IN 129 ferait clairement ressortir que les exceptions nécessaires, du point de vue de la proportionnalité, seraient limitées aux lieux à caractère privatif (établissements médicaux ou de détention, chambres d'hôtels). L'introduction de fumeurs dans tous les lieux publics serait dès lors clairement contraire au texte constitutionnel. Il serait arbitraire de considérer des fumeurs comme des lieux privés. La possibilité d'installer des fumeurs irait à l'encontre du but de santé publique poursuivi, puisque seule une interdiction totale de la fumée offrirait une protection suffisante.

3.1 Un arrêté de portée générale viole le principe de l'interdiction de l'arbitraire s'il ne repose pas sur des motifs objectifs sérieux ou s'il est dépourvu de sens et de but (ATF 124 I 297 consid. 3b p. 299 et la jurisprudence citée). Le législateur cantonal, organe politique soumis à un contrôle démocratique, doit se voir reconnaître une grande liberté dans l'élaboration des lois (ATF 135 I 130 consid. 6.2 p. 138 et les arrêts cités). Il dispose d'un pouvoir formateur étendu, en particulier dans les domaines qui dépendent très largement de facteurs politiques (ATF 131 I 1 consid. 4.2 p. 7; ATF 111 Ia 86 consid. 3a p. 91). Le Tribunal fédéral n'a pas à revoir l'opportunité des choix effectués dans ce cadre. Il n'annulera pas une disposition légale au motif que d'autres solutions lui paraîtraient envisageables, voire même préférables (ATF 134 I 140 consid. 5.4 p. 148; ATF 133 I 149 consid. 3.1 p. 153; ATF 132 I 13 consid. 5.1 p. 17).

Par ailleurs, le principe de la proportionnalité, bien qu'étant de rang constitutionnel n'est pas un droit constitutionnel ayant une portée propre (ATF 126 I 112 consid. 5b p. 120; ATF 125 I 161 consid. 2b p. 163). Ainsi, lorsque ce principe constitutionnel est invoqué dans le cadre d'un recours pour violation de l'art. 9 Cst., le Tribunal fédéral n'examine ce moyen que sous l'angle restreint de l'arbitraire; autrement dit, ce grief se

confond lui aussi avec celui de l'arbitraire (ATF 117 Ia 27 consid. 7a p. 32).

3.2 La rédaction de l'art. 178B Cst./GE a été légèrement modifiée par le Grand Conseil, dans sa décision d'invalidation partielle de l'IN 129, afin précisément de tenir compte des réserves d'interprétation qui avaient été formulées, sur la base d'un avis de droit demandé par le Grand Conseil au Professeur Martenet. Le Tribunal fédéral a confirmé la position du Grand Conseil genevois en considérant que, pour être conforme au principe de la proportionnalité, l'interdiction de fumer devait être assortie de dérogations et d'exceptions afin de tenir compte des situations particulières dans lesquelles la personne désireuse de fumer est appelée à rester durant un certain temps dans un espace fermé dont elle ne peut sortir, notamment les détenus ou pensionnaires d'établissements médicaux; le cas des lieux publics à usage privatif (chambres d'hôtel) devait aussi être réservé (ATF 133 I 110 consid. 6.2 p. 122 et 7.3 p. 125). Ces considérations n'excluent nullement que d'autres exceptions ou aménagements puissent être prévus, pour des raisons différentes, par le législateur cantonal.

3.3 L'art. 178B Cst./GE pose certes le principe de l'interdiction de fumer. Toutefois, en tant que principe général assorti d'un mandat législatif, il ne présente pas un caractère normatif absolu (AUBERT, Notion et fonctions de la Constitution, in: Thürer/Aubert/Müller (éd.), Droit constitutionnel suisse, 2001, p. 12). Il autorise au contraire des exceptions, que le législateur peut prévoir afin de ménager au mieux les intérêts en présence. Seule apparaîtrait arbitraire, dans un tel contexte, une loi qui, par le nombre d'exceptions prévues, viderait pratiquement de son sens le principe posé par la disposition constitutionnelle, ou en compromettrait la réalisation (cf. concernant l'institution du référendum financier, ATF 121 I 291 consid. 2c p. 295).

Tel n'est assurément pas le cas en l'occurrence.

3.3.1 L'art. 4 LIF traite des exceptions à l'interdiction de fumer. Les alinéas 1 et 2 de cette disposition sont consacrés aux *lieux privatifs* dont font partie (let. a) les fumoirs clos et correctement ventilés installés dans les établissements et lieux publics. Contrairement à ce que soutient le Grand Conseil, de tels fumoirs ne sauraient être considérés comme des lieux privatifs, dans la mesure où ils se situent par définition dans des lieux publics et sont librement accessibles à n'importe quelle personne fréquentant ces lieux. Le fait qu'il s'agit d'endroits fermés n'y change évidemment rien. Cette simple erreur de dénomination ne saurait toutefois être qualifiée d'arbitraire: la disposition demeure, dans son ensemble et dans chacune de ses parties, parfaitement compréhensible.

3.3.2 Les recourants ne peuvent non plus être suivis lorsqu'ils prétendent que l'exception en faveur des fumoirs dans les établissements publics dénaturerait totalement l'interdiction de fumer. En effet, la création de fumoirs ne peut être autorisée à n'importe quelle condition. La loi impose en effet des locaux fermés, correctement ventilés et sans aucun service.

L'exploitant doit par ailleurs soumettre sa demande d'exception au Département cantonal de la santé, pour approbation (art. 4 al. 2 LIF).

Appelé à s'interroger sur la constitutionnalité d'une norme de droit cantonal, le Tribunal fédéral doit aussi tenir compte de la manière dont le texte sera vraisemblablement appliqué, le cas échéant sur le vu des travaux préparatoires de l'acte litigieux (ATF 133 I 110 consid. 2.5 non publié; SJ 2001 I p. 241; ATF 121 I 334 consid. 2c p. 338). En l'occurrence, la LIF a fait l'objet d'un règlement d'application (RIF), adopté le 7 octobre 2009 et entré en vigueur en même temps que la loi. Le RIF définit de manière très stricte la procédure d'autorisation et les conditions matérielles auxquelles sont soumis les fumeurs. Ainsi, les locaux doivent être dotés de portes à fermetures automatiques, être séparés hermétiquement des pièces contiguës et ne pas constituer un lieu de passage (art. 3 al. 1 let. a RIF). Le système de ventilation doit être séparé de celui du reste du bâtiment et permettre un renouvellement d'air minimal conforme à la norme SIA 382/1; il doit être entretenu régulièrement (art. 3 al. 1 let. b RIF). Le local doit être maintenu en dépression d'au moins 5 pascals par rapport aux pièces communicantes pendant les heures d'ouverture de l'établissement (art. 3 al. 1 let. c RIF). Selon l'art. 2 RIF, l'exploitant doit produire, à l'appui de sa demande, les plans d'aménagement, le descriptif du système de ventilation et toutes les pièces permettant de vérifier le respect des conditions légales et réglementaires. Dès la mise en service, l'exploitant doit pouvoir produire une attestation d'un spécialiste certifiant la conformité de l'installation (art. 3 al. 2 RIF).

Sur le vu de l'ensemble de ces conditions, il apparaît d'emblée que les autorisations d'aménager un fumeur dans les établissements publics ne seront pas délivrées à la légère. Les exigences applicables aux locaux, en particulier celles qui concernent la ventilation et celles qui sont destinées à empêcher la fumée de s'échapper du local paraissent suffisamment contraignantes, d'un point de vue technique et économique, pour qu'il n'y ait pas à redouter une multiplication incontrôlée des établissements dotés de fumeurs.

3.3.3 Les recourants relèvent qu'il n'existe pas de seuil au-dessous duquel l'exposition à la fumée du tabac serait sans danger. Ils invoquent diverses publications selon lesquelles les fumeurs ventilés et isolés ne permettraient pas une élimination à 100% de la fumée. Ces critiques d'ordre général ne tiennent pas compte des mesures supplémentaires exigées dans le règlement, notamment les portes automatiques et le maintien du local en dépression. Quoi qu'il en soit, la situation s'est radicalement modifiée depuis l'entrée en vigueur de l'interdiction de principe de fumer dans les lieux publics: les personnes qui craignent d'être incommodées dans un établissement public disposant d'un fumeur ont en effet désormais le choix d'en fréquenter d'autres, puisque la grande majorité des établissements sera entièrement non-fumeur.

3.3.4 La LIF procède ainsi d'une pesée des intérêts en présence et de choix d'opportunité, afin de permettre aux fumeurs de ne pas se trouver systématiquement exclus des établissements publics, sans pour autant compromettre le but de santé publique qui est à la base de l'art. 178B Cst./GE. Elle ne saurait être qualifiée d'arbitraire.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 3 juin 2010, Doss.-N° 4A\_186/2010 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 30 novembre 2009 par la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud)*

### **Couverture d'indemnité journalière en cas de maladie.**

**Art. 331 al. 4 CO. L'employeur doit donner à ses travailleurs les renseignements nécessaires sur leurs droits envers une institution de prévoyance professionnelle ou en faveur du personnel ou envers un assureur. Ce devoir d'information est institué pour que les travailleurs puissent préserver leurs droits (c. 3).**

**Lorsque les conditions générales de l'assureur prévoient la cessation du paiement des indemnités d'assurance à la fin des rapports de travail, l'employeur ne respecte pas son devoir d'information et engage sa responsabilité s'il omet d'informer un employé du délai de 30 jours dans lequel il doit agir pour sauvegarder ses droits envers l'assurance (c. 3).**

Extraits des faits:

Par contrat de travail du 30 décembre 1997, Y. a été engagé en qualité d'auxiliaire par X. SA, de siège à Lausanne. Depuis le 28 novembre 2001, X. SA est liée à V. Assurances, devenue W. Assurances, par un contrat d'assurance collective d'indemnités journalières. Le contrat prévoit, en cas de perte de gain due à la maladie, le paiement d'une indemnité journalière correspondant au 93% du gain journalier, versée durant 730 jours par cas sous déduction d'un délai d'attente de 90 jours. Les conditions générales disposent que la personne assurée a le droit de continuer l'assurance à titre d'assurance individuelle, notamment lorsque la convention d'assurance cesse en raison de la fin des rapports de travail. Ce droit doit être exercé par écrit dans les 30 jours qui suivent l'extinction du contrat ou la sortie du cercle des personnes assurées, sous peine d'extinction (art. 18 ch. 2, al. 1 première phrase, CGA).

A partir du 31 octobre 2003, Y. s'est trouvé en incapacité de travail. Le 28 avril 2004, son contrat a été résilié pour le 30 juin suivant. L'employé n'a pas contesté son congé et a perçu son salaire, respectivement des indemnités journalières pour perte de gain, jusqu'au 30 juin 2004. Le 29 avril 2004, l'employeuse informait par écrit son employé de la possibili-

té de contracter, auprès de son assureur, une couverture d'indemnité journalière en cas de maladie à titre individuel. La lettre du 29 avril 2004 a été contresignée le 12 mai 2004 par l'employé. Le 27 août 2004, l'employé a informé son ex-employeuse du fait qu'il souhaitait «continuer avec cette assurance perte de gain (W.)». La requête a été transmise à W. Assurances. Celle-ci a, le 7 septembre 2004, rejeté la demande de maintien de l'assurance d'indemnité journalière, au motif qu'elle était tardive au sens de l'art. 18 ch. 2 CGA.

Le 10 janvier 2006, Y. a ouvert action contre X. SA devant le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne, en concluant, avec dépens, au paiement par la partie adverse de la somme de 56 000 fr., avec intérêts. La défenderesse X. SA a conclu au rejet des conclusions de la demande et, à titre reconventionnel, au paiement de la somme de 5'092 avec intérêts. Le 14 octobre 2008, les premiers juges ont condamné la défenderesse à payer au demandeur la somme de 48 482 fr., avec intérêts. Par arrêt du 30 novembre 2009, la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud a confirmé le jugement du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

X. SA exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt du 30 novembre 2009.

Extraits des considérants:

2.

Le présent litige porte sur la question de savoir si l'employeuse devait ou non communiquer à l'employé le délai de 30 jours imparti à celui-ci pour formuler la demande de transfert dans l'assurance individuelle.

Dans un premier grief, la recourante dénonce un établissement arbitraire des faits. Elle reproche à la cour cantonale d'avoir refusé de compléter l'état de fait par la mention de quatre correspondances, soit la lettre adressée le 29 avril 2004 par l'employeuse à W. Assurances et les lettres de cette dernière à l'intimé, datées pour deux d'entre elles du 10 mai 2004 et pour la troisième du 2 juin 2004.

La recourante ne prétend pas que les titres évoqués permettraient d'établir que l'employé a bien été informé du délai dans lequel il devait agir, mais tente de démontrer l'existence de relations entre l'intimé et l'assurance, voire encore entre ceux-ci et elle-même, ce qui est sans pertinence pour la solution du litige.

Dès lors, la critique formulée par la recourante est vaine et il n'y a pas lieu de s'écarter de l'état de fait cantonal.

3.

La cour cantonale a considéré que l'information fournie par l'employeuse dans sa lettre du 28 avril 2004 (recte: 29 avril 2004) est insuffisante, dès lors qu'elle ne fait pas mention du délai dans lequel la demande de transfert devait être formulée. La recourante y voit une violation de

l'art. 331 al. 4 CO; elle estime que, sur ce point, il incombait à l'intimé d'être lui-même actif et de se renseigner.

Aux termes de l'art. 331 al. 4 CO, l'employeur donne au travailleur les renseignements nécessaires sur ses droits envers une institution de prévoyance professionnelle ou en faveur du personnel ou envers un assureur. Cette disposition prévoit un devoir d'information de l'employeur envers ses employés, afin que ces derniers puissent préserver leurs droits (CHRISTIANE BRUNNER ET AL., Commentaire du contrat de travail, 3<sup>e</sup> éd. 2004, n<sup>o</sup> 8 ad art. 331 CO).

Comme rappelé par l'instance cantonale, le régime ordinaire de l'assurance pour perte de gain en cas de maladie régie par la LCA est le versement des prestations jusqu'à épuisement de celles-ci lorsque le sinistre est intervenu durant la période de couverture; il est toutefois possible de déroger à ce régime ordinaire par l'adoption d'un système particulier prévoyant la cessation du paiement des indemnités d'assurance à la fin des rapports de travail (ATF 127 III 106 consid. 3b p. 109 s.). Dans cette dernière hypothèse, le travailleur a la possibilité de maintenir son droit aux prestations d'assurance après la fin des relations contractuelles, en formulant une demande de transfert; pour ce faire, il doit agir dans un certain délai, défini dans les conditions générales d'assurance.

Il ressort du jugement cantonal que l'employé n'était pas informé du fait que l'assurance choisie par l'employeuse dérogeait au régime ordinaire de la LCA et que, partant, le paiement des indemnités d'assurance devait cesser à l'extinction du contrat. Il s'ensuit que l'employeuse devait informer son employé – qui était fondé à penser que les prestations continueraient à être versées après la fin des rapports de travail (ATF 124 III 126 consid. 2b p. 132 s.) – du délai de 30 jours dans lequel il devait agir pour sauvegarder ses droits (dans ce sens, voir ROLF A. TOBLER ET AL., in *Arbeitsrecht*, 2006, n<sup>o</sup> 4.1 ad art. 331 CO; CHRISTIANE BRUNNER ET AL., op.cit., n<sup>o</sup> 8 ad art. 331 CO; cf. ég. ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, in *Arbeitsvertrag*, 6<sup>e</sup> éd. 2006, n<sup>o</sup> 10 ad art. 331 CO). Rien de semblable n'est établi. Dans cette mesure, c'est à juste titre que la cour cantonale a retenu que l'information fournie par l'employeuse était insuffisante au sens de l'art. 331 al. 4 CO.

4.

Au regard du considérant qui précède, il ne saurait être reproché à l'employé, sous l'angle d'un éventuel abus de droit, de ne pas avoir contacté, dans le délai, l'assurance perte de gain; on ne saurait pas plus, sur le sujet, lui imputer une faute concomitante.

Les moyens s'y rapportant, qui reposent sur la prémisse erronée que l'intimé a été correctement informé de ses droits et qu'il lui appartenait de se manifester et d'agir à temps pour s'affilier à titre individuel, sont donc dénués de tout fondement.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 8 juin 2010, Doss.-N° 4A\_195/2010 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'ordonnance de la juge instructeur de la 1<sup>e</sup> Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel du 23 mars 2010)*

**Le secret d'affaires couvre les données techniques, organisationnelles, commerciales et financières qui sont spécifiques à l'entreprise, qui peuvent avoir une incidence sur le résultat commercial et que l'entrepreneur veut garder secrètes. Les secrets ne sont protégés que s'il existe un intérêt prépondérant à leur maintien, ce qui n'est admis qu'avec réserve (c. 2.2).**

**Art. 322a et 328 CO. L'obligation de l'employeur de protéger et respecter la personnalité des travailleurs ne fait pas obstacle à la divulgation des revenus de ces derniers. Dans le cadre d'une procédure judiciaire entre employeur et travailleur dans laquelle le revenu des autres travailleurs au service de l'employeur est pertinent pour le jugement à rendre, l'employeur ne peut pas refuser de fournir ces données. La consultation de la comptabilité, garantie par l'art. 322a CO au travailleur partie à la procédure, implique la divulgation de ces informations (c. 2.2).**

Extraits des faits:

Médecin spécialiste FMH en radiologie, Y. a travaillé au service de X. SA (ci-après: X.) depuis le 1<sup>er</sup> février 2001. Selon le chiffre 3 § 2 du contrat de travail signé le 20 juillet 2000, une participation aux bénéfices, non garantie, devait être versée à la collaboratrice en fonction, d'une part, des résultats de la société déterminés lors de la clôture de l'exercice comptable et, d'autre part, de la qualité de la contribution de l'employée à la bonne marche de l'entreprise. Par lettre du 23 janvier 2008, Y. a été licenciée avec effet au 31 juillet 2008.

Le 4 mars 2009, Y. a ouvert action devant la Cour civile du Tribunal cantonal neuchâtelois, concluant à ce que l'employeur soit condamné à lui payer 310 000 fr. à titre de participation aux bénéfices des années 2006, 2007 et 2008. A la suite d'une audience tenue le 23 mars 2010, la juge instructeur de la 1<sup>e</sup> Cour civile a rendu une ordonnance de preuves invitant X. à produire les comptes de pertes et profits, les bilans et le décompte des participations au bénéfice accordées aux divers salariés de 2001 à 2008, avec les dates de chaque paiement desdites indemnités.

X. interjette un recours en matière civile contre l'ordonnance du 23 mars 2010. Par ordonnance présidentielle du 5 mai 2010, l'effet suspensif réclamé par la recourante a été accordé au recours.

Extraits des considérants:

2.

2.1 La recourante se plaint d'une application arbitraire de l'art. 221 du code de procédure civile de la république et canton de Neuchâtel du 30 septembre 1991 (CPCN; RSN 251.1) (cf. ATF 133 III 462 consid. 2.3 p. 466). Plus précisément, elle reproche à la cour cantonale de n'avoir pas appliqué, dans le cas présent, l'alinéa 2 de cette disposition, lequel stipule qu'il peut être dérogé au droit des parties à assister à l'administration des preuves afin de sauvegarder les secrets d'affaires d'une partie ou d'un tiers ou d'autres intérêts jugés prépondérants. A lire le recours, il était insoutenable de la part de la cour cantonale d'ordonner purement et simplement la production de pièces de nature confidentielle, sans procéder à une pesée des intérêts en jeu. La recourante souligne en particulier que le milieu de la radiologie est très fermé et qu'elle a intérêt à garder les informations litigieuses secrètes, celles-ci pouvant par exemple être utilisées par des concurrents qui souhaiteraient débaucher des employés, ce qui serait très dommageable pour elle en raison de la difficulté à trouver des professionnels compétents et formés. La recourante fait valoir également l'intérêt de ses employés à ce que leur salaire, information sensible relevant de la sphère privée, ne soit pas divulgué à l'extérieur.

2.2 Selon l'art. 221 al. 1 CPCN, les parties au procès ont le droit de prendre connaissance des pièces produites. Il peut toutefois être dérogé à ce droit pour sauvegarder des secrets d'affaires, singulièrement de la partie adverse, ou d'autres intérêts jugés prépondérants (art. 221 al. 2 CPCN); dans ce cas, le juge prend connaissance de la preuve hors de la présence de la partie adverse ou des deux parties, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un expert (art. 221 al. 3 CPCN).

La recourante ne précise pas la portée des notions de secret d'affaires et d'intérêts prépondérants qui relèvent du droit cantonal. En règle générale, on admet que le secret d'affaires couvre les données techniques, organisationnelles, commerciales et financières qui sont spécifiques à l'entreprise, qui peuvent avoir une incidence sur le résultat commercial et que l'entrepreneur veut garder secrètes (cf. ATF 109 Ib 47 consid. 5c p. 56; 103 IV 283 consid. 2b p. 284). Les secrets ne sont protégés que s'il existe un intérêt prépondérant à leur maintien, ce qui n'est admis qu'avec réserve (cf. FABIENNE HOHL, Procédure civile, tome I, 2001, n° 906 p. 174).

L'intimée fait valoir une participation aux bénéfices de la recourante, prévue dans le contrat de travail liant les parties. Dans une telle situation, l'art. 322a al. 2 CO fait obligation à l'employeur de fournir les renseignements nécessaires au travailleur ou, condition non réalisée en l'espèce, à un expert désigné en commun par les parties ou par le juge; il fait également obligation à l'employeur d'autoriser le travailleur à consulter les livres de comptabilité dans la mesure nécessaire. Si une participation aux bénéfices de l'entreprise est convenue, l'art. 322 al. 3 CO oblige l'employeur à re-

mettre une copie du compte de profits et pertes de l'exercice annuel au travailleur qui le demande.

L'obligation de l'employeur de protéger et de respecter la personnalité des travailleurs ne fait pas obstacle à la divulgation des revenus de ces derniers (cf. art. 328 CO; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 3<sup>e</sup> éd. 2010, n<sup>o</sup> 4 ad art. 328 CO). Dans le cadre d'une procédure judiciaire entre employeur et travailleur dans laquelle le revenu des autres travailleurs au service de l'employeur est pertinent pour le jugement à rendre, l'employeur ne peut pas refuser de fournir ces données. La consultation de la comptabilité, garantie par l'art. 322a CO au travailleur partie à la procédure, implique d'ailleurs la divulgation de ces informations.

2.3 En l'espèce, les documents à produire sont nécessaires pour fixer le montant dû à l'intimée à titre de participation, peu importe si la qualité du travail de la collaboratrice doit également être prise en compte dans ce calcul. Cette nécessité découle du mode de fixation de la participation prévue dans le contrat de travail, mode que la recourante a accepté et dont elle doit en conséquence accepter les implications en cas de litige sur le montant de la participation. Le seul intérêt que l'employeur invoque pour s'opposer à la production est le risque que la connaissance des revenus des collaborateurs faciliterait un éventuel débauchage par des tiers. Ce risque est assez théorique dès lors qu'on ne voit pas ce qui empêcherait des collaborateurs abordés par des employeurs potentiels de divulguer eux-mêmes leur revenu. Quoi qu'il en soit, l'incidence sur la marche de l'entreprise – un institut de radiologie – apparaît limitée et ne saurait contrebalancer l'intérêt de l'intimée à obtenir la rémunération que la recourante s'est engagée à lui verser.

Dans ces circonstances, il ne saurait être question d'une application arbitraire de l'art. 221 CPCN. Le grief est mal fondé.

*Bundesgericht, Urteil vom 28. Juni 2010, Doss.-Nr. 4A\_71/2010 (Bestätigung des Urteils der Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud vom 2. November 2010), in: BGE 136 III 467*

*Tribunal fédéral, Arrêt du 28 juin 2010, Doss.-N<sup>o</sup> 4A\_71/2010 (Confirmation de l'arrêt rendu le 2 novembre 2009 par la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud), in: ATF 136 III 467*

**Art. 5 KSG und Art. 341 Abs. 1 OR; Schiedseinrede im Rahmen eines Rechtsstreits aus einem Arbeitsverhältnis.**

**Die in einem Einzelarbeitsvertrag enthaltene Schiedsklausel kann dem Arbeitnehmer nicht entgegengehalten werden, soweit dieser nach Art. 341 Abs. 1 OR geschützte Ansprüche geltend macht, auf die er nicht rechtswirksam verzichten kann (E. 2–4).**

**Art. 5 CA et art. 341 al. 1 CO; exception d'arbitrage dans un conflit individuel du travail.**

**La clause compromissoire insérée dans le contrat individuel de travail n'est pas opposable au travailleur lorsque celui-ci fait valoir des créances protégées par l'art. 341 al. 1 CO, auxquelles il ne peut pas valablement renoncer (consid. 2-4).**

Faits:

A.

Y. est actuellement âgé de soixante-huit ans. Il a travaillé dès 1967 au service de X. SA dont le siège est à Berne. Un contrat de travail conclu par écrit le 21 mai 2001 lui a attribué la fonction de directeur des succursales de Neuchâtel et Fribourg. Un nouveau contrat a été conclu le 14 août 2004. Y. prenait une retraite anticipée partielle et il réduisait son taux d'activité; il travaillerait désormais à raison de trente pour cent au service de la direction générale de l'employeuse et de vingt pour cent pour l'Association des entreprises suisses (...). L'art. 8 de ce contrat, similaire à l'art. 10 du contrat de 2001, se lit comme suit:

Alle sich aus diesem Vertrag ergebenden Streitigkeiten werden durch ein Schiedsgericht mit Sitz in Bern ausschliesslich und endgültig entschieden. Die Partei, die das Gericht anrufen will, hat einen Schiedsrichter zu bezeichnen und den Namen des Schiedsrichters mitzuteilen. Die andere Partei hat binnen 14 Tagen einen Schiedsrichter zu bezeichnen und den Namen der Gegenpartei mitzuteilen. Die beiden Schiedsrichter ernennen binnen 14 Tagen einen Obmann. Kommt eine Partei der Aufforderung zur Bezeichnung eines Schiedsrichters nicht rechtzeitig nach oder können sich die Schiedsrichter nicht rechtzeitig auf einen Obmann einigen, so trifft der für Schiedsgerichtssachen zuständige Gerichtspräsident von Bern die entsprechende Verfügung. Es gilt das Konkordat vom 23.3.69 über die Schiedsgerichtsbarkeit.

Le 26 octobre 2005, X. SA a résilié le contrat avec effet au 31 janvier 2006. Y. s'est trouvé en incapacité de travail du 14 décembre 2005 au 27 juin 2006.

B.

Le 10 juin 2008, Y. a ouvert action contre X. SA devant le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne. La défenderesse devait être condamnée à payer 50 000 fr. avec intérêts au taux de 5% dès le 31 janvier 2006, pour rémunération d'heures de travail supplémentaires et de vacances non prises.

La défenderesse a excipé de l'incompétence du tribunal saisi. Elle se prévalait de la convention d'arbitrage insérée dans le contrat de travail et elle soutenait que ce tribunal était de toute manière incompétent à raison du lieu.

Le Tribunal civil a rejeté l'exception d'incompétence par un jugement incident du 11 février 2009. Il a retenu que la convention d'arbitrage n'est pas opposable au demandeur et que celui-ci peut valablement ouvrir action au lieu où il avait habituellement accompli son travail.

Saisie par la défenderesse, la Chambre des recours du Tribunal cantonal a statué le 2 novembre 2009; elle a confirmé le jugement.

C.

Agissant par la voie du recours en matière civile, la défenderesse a requis le Tribunal fédéral de réformer l'arrêt de la Chambre des recours en ce sens que l'exception d'incompétence fût accueillie.

Le demandeur a conclu au rejet du recours. Le Tribunal fédéral rejette le recours.

Extrait des considérants:

2.

Selon l'art. 24 al. 1 de la loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (LFors; RS 272), le tribunal du domicile ou du siège du défendeur, ou le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail est compétent pour connaître des actions fondées sur le droit du travail.

Le Tribunal civil a constaté que dès l'automne de 2004, après sa retraite partielle, le demandeur avait le centre de ses activités professionnelles à Lausanne, et il a admis sa propre compétence à raison de ce fait. En instance fédérale, la défenderesse ne revient pas sur cet aspect de la contestation et celui-ci est donc résolu; en revanche, elle persiste à invoquer la convention d'arbitrage insérée dans le contrat de travail.

3.

Aux termes de l'art. 4 al. 1 à 3 du concordat sur l'arbitrage (RSV 288.91; ci-après: CA) approuvé par le Conseil fédéral le 27 août 1969, auquel le canton de Vaud est partie, une convention d'arbitrage peut être conclue sous la forme d'un compromis ou d'une clause compromissoire (al. 1), lesquels visent respectivement une contestation existante (al. 2) ou les contestations futures qui peuvent naître d'un rapport de droit déterminé (al. 3). Il est constant que le contrat de travail du 14 août 2004 comporte une clause compromissoire.

La convention d'arbitrage a pour effet de fonder la compétence du tribunal arbitral pour connaître de la contestation concernée, d'une part, et d'exclure la compétence de la juridiction étatique qui pourrait ou devrait connaître de ladite contestation en l'absence de la convention, d'autre part. Devant cette juridiction, la convention et l'art. 4 al. 1 CA autorisent la partie défenderesse à soulever – en temps utile et dans les formes à observer selon le droit de procédure applicable – l'exception d'arbitrage; le cas échéant, celle-ci entraîne l'irrecevabilité de la demande (PIERRE JOLIDON, Commentaire du concordat suisse sur l'arbitrage, 1984, n° 73 ad art. 4 CA;

VOGEL/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts [...] der Schweiz, 2006, p. 416 n° 42).

A teneur de l'art. 5 CA, l'arbitrage peut porter sur tout droit qui relève de la libre disposition des parties, à moins que la cause ne soit de la compétence exclusive d'une autorité étatique en vertu d'une disposition impérative de la loi.

Selon le jugement du Tribunal civil, la convention d'arbitrage des parties est incompatible avec l'art. 24 al. 1 LFors en tant que le siège du tribunal arbitral, prévu à Berne, ne coïncide pas avec le lieu d'exécution du travail. La Chambre des recours adopte une approche différente: elle retient que l'art. 24 al. 1 LFors n'influence pas la validité de la convention d'arbitrage mais que celle-ci est contraire à l'art. 341 al. 1 CO, en tant que les prétentions en cause, soit le paiement d'heures de travail supplémentaires et de vacances non prises, sont soustraites à la libre disposition du demandeur parce qu'elles résultent de dispositions impératives de la loi. Enfin, devant le Tribunal fédéral, la défenderesse soutient que la convention d'arbitrage est pleinement valable et opposable au demandeur.

4.

En tant qu'il permet de soumettre à l'arbitrage tout droit qui relève de la libre disposition des parties («jeder Anspruch, über den die Parteien frei verfügen können»; «qualsiasi pretesa su cui le parte possono disporre liberamente»), l'art. 5 CA sera remplacé et perpétué par l'art. 354 du code de procédure civile unifié (CPC; RO 2010 1739). La Chambre des recours a jugé que la prétention élevée en l'espèce, fondée sur le contrat de travail, n'est pas susceptible d'arbitrage.

4.1 Dans un arrêt du 23 juin 1989 non publié au recueil officiel, le Tribunal fédéral a affirmé sans discussion que le droit fédéral ne s'oppose pas à ce que le conflit individuel entre employeur et travailleur soit soumis à l'arbitrage (arrêt 4P.69/1989 du 23 juin 1989, in SJ 1989 p. 595). Dans cette affaire, les parties avaient convenu de soumettre la contestation à un tribunal arbitral alors que le travailleur avait déjà ouvert action devant le Tribunal de prud'hommes; l'employeuse a ensuite attaqué la sentence en faisant valoir que l'arbitrage n'était pas admissible (cf. BERGER/KELLERHALS, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 2006, p. 210 n° 601). Divers cantons ont adopté des règles prohibant ou restreignant l'arbitrage en matière de contrat individuel de travail (voir l'aperçu présenté par GABRIEL AUBERT, L'arbitrage en droit du travail, Bulletin, Association suisse de l'arbitrage 2000 p. 3 et 4); ainsi, dans le canton de Vaud, selon la loi du 17 mai 1999 sur la juridiction du travail (RSV 173.61; ci-après: LJT/VD), les contestations relatives au contrat de travail relèvent du tribunal de prud'hommes lorsque la valeur litigieuse n'excède pas 30 000 fr. (art. 1 al. 1 let. a et art. 2 al. 1 let. a LJT/VD), et l'on ne peut déroger à la compétence de ce tribunal que par une clause compromissoire insérée dans une convention collective de travail (art. 3 al. 1 LJT/VD). Cette règle ne vise donc pas la présente affaire où la valeur

litigieuse s'élève à 50 000 fr.; il faut ainsi examiner si l'arbitrage est exclu par une règle de droit fédéral.

4.2 Selon la jurisprudence, le droit fédéral et l'art. 5 CA autorisent la convention d'arbitrage pour les conflits collectifs du travail, soit ceux qui s'élèvent entre des employeurs ou des organisations d'employeurs, d'une part, et des organisations de travailleurs d'autre part (ATF 107 Ia 152 consid. 2c p. 154 in fine; voir aussi ATF 125 I 389). Il est par ailleurs admis que le conflit individuel du travail est une cause de nature patrimoniale aux termes de l'art. 177 al. 1 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP; RS 291), et qu'il est donc susceptible d'un arbitrage international si, lors de la conclusion de la convention d'arbitrage, l'une des parties avait son domicile ou sa résidence habituelle à l'étranger (AUBERT, op.cit., p. 7 à 9; FILIPPO RYTER, Article 343 CO et procédure civile vaudoise en matière de conflit de travail, 1990, p. 180 et 181). La législation fédérale a exclu l'arbitrage en matière de ventes par acomptes (ancien art. 226l CO; RO 1962 1085) ou à paiements préalables (ancien art. 228 al. 1 CO; RO 1962 1089), de courtage entre placeur et demandeur d'emploi (ancien art. 10 al. 1 [RO 1991 395] de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services [LSE; RS 823.11], et de contrat de travail entre travailleur et bailleur de services (ancien art. 23 al. 1 LSE; RO 1991 400). Ces règles ont été supprimées sans remplacement avec l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les fors (ch. 5 et 25 de l'annexe de cette loi). D'autres règles semblables avaient disparu déjà auparavant (art. 27 al. 2 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1966 sur les fonds de placement [RO 1967 134]; art. 18 al. 1 et 2 de la loi du 20 décembre 1985 sur les cartels [RO 1986 879]).

En matière de bail à loyer d'habitation, l'arbitrage demeure restreint par l'art. 274c CO; cette règle se perpétuera à l'art. 361 al. 4 CPC.

4.3 En doctrine, la validité de la convention d'arbitrage pour le conflit individuel entre employeur et travailleur est controversée. Certains auteurs n'envisagent que les restrictions fixées par le droit cantonal de procédure (BERGER/KELLERHALS, op.cit., p. 85 n<sup>o</sup> 237; WOLFGANG PORTMANN, in Commentaire bâlois, 4<sup>e</sup> éd. 2007, n<sup>os</sup> 21 et 22 ad art. 343 CO; JÜRIG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2<sup>e</sup> éd. 1996, n<sup>o</sup> 5 ad art. 343 CO; FILIPPO RYTER, op.cit., p. 291); d'autres excluent l'arbitrage, entièrement ou pour les prétentions issues de règles impératives ou semi-impératives de la loi selon les art. 361 et 362 CO (KURT MEIER, Schiedsgerichtsbarkeit in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, in 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, 2000, p. 267 et ss; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6<sup>e</sup> éd. 2006, n<sup>o</sup> 8 ad art. 343 CO, p. 922; STAEHELIN/VISCHER, Commentaire zurichois, 1996, n<sup>o</sup> 4 ad art. 343 CO), ou enseignent que le siège de l'arbitrage doit se trouver au lieu désigné par l'art. 24 al. 1 LFors et que les principes de procédure de l'art. 343 al. 2 à 4 CO doivent être respectés (GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2009, p. 33 n<sup>o</sup> 87; RÉMY WYLER, Droit du travail, 2<sup>e</sup> éd. 2008, p. 626; FRANK

VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, in *Schweizerisches Privatrecht*, 3<sup>e</sup> éd. 2005, p. 387; CHRISTIANE BRUNNER ET AL., *Commentaire du contrat de travail*, 2004, n<sup>o</sup> 16 ad art. 343 CO; AUBERT, *op.cit.*, p. 5 et 6).

4.4 L'art. 24 al. 1 LFors désigne un for impératif en ce sens que d'après l'art. 21 al. 1 let. d LFors, le travailleur ne peut y renoncer ni à l'avance ni par acceptation tacite. L'art. 21 al. 2 LFors admet seulement la validité d'une élection de for conclue après la naissance du différend. Ces dispositions sont reportées sans modification à l'art. 35 al. 1 let. d et 35 al. 2 CPC. Des travaux du législateur, il ressort sans équivoque que les règles de compétence à raison du lieu, mêmes impératives, n'ont aucune incidence ni sur l'admissibilité ni sur les modalités de l'arbitrage dans les domaines juridiques qu'elles concernent (ADRIAN STAEHELIN ET AL., *Zivilprozessrecht*, 2008, p. 524 n<sup>o</sup> 13; DOMINIK GASSER, in *Gerichtsstandsgesetz*, 2<sup>e</sup> éd. 2005, n<sup>os</sup> 43 et 44 ad art. 1 LFors). En effet, dans son message du 18 novembre 1998 concernant la loi fédérale sur les fors en matière civile (FF 1999 2591), le Conseil fédéral avait proposé une règle selon laquelle la liberté de conclure des conventions d'arbitrage demeurerait entière, pour autant que les cocontractants n'éluent pas un for impératif (art. 1 al. 3 du projet; FF 1999 2640). Le Conseil national a adopté cette clause le 10 juin 1999 (BO 1999 CN 1031), mais, sur proposition de sa commission, le Conseil des Etats l'a au contraire rejetée le 5 octobre suivant (BO 1999 CE 893). Le Conseil national s'est rallié à cette décision du Conseil des Etats le 7 décembre 1999 (BO 1999 CN 2410). L'approche développée par la Conseillère aux Etats Christiane Brunner, qui s'était exprimée au nom de la commission, a été suivie; selon son exposé, les cocontractants qui renoncent à la juridiction étatique renoncent aussi au for prévu par la loi, même lorsque celui-ci est impératif (voir aussi JEAN-FRANÇOIS POUURET, *L'arbitre n'a pas de for: remarques à propos de l'article 1<sup>er</sup> alinéa 3 du projet de loi fédérale sur les fors en matière civile*, in *Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach*, 2000, p. 227, 228). L'art. 5 CA, qui circonscrit les causes susceptibles d'arbitrage, se rapporte exclusivement à la compétence des autorités étatiques à raison de la matière; c'est seulement lorsque celles-ci sont impérativement compétentes à raison de la matière qu'une règle de for est éventuellement impérative.

4.5 Selon l'art. 341 al. 1 CO, le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat ni durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. Cette règle prend en considération que le travailleur se trouve dans une situation de dépendance aiguë et que celle-ci peut l'entraîner à accepter une réduction de ses prétentions, en particulier s'il redoute de perdre son emploi (ATF 102 Ia 417 consid. 3c p. 418). Elle n'introduit pas un simple délai de réflexion; elle s'applique pendant toute la durée du contrat et encore pendant un mois au-delà (ATF 105 II 39 p. 41/42). Les remises de dette et les renonciations unilatérales sont seules privées de validité, à l'exclusion de celles que l'employeur obtient moyennant une

contrepartie adéquate lors d'une transaction (ATF 118 II 58 consid. 2b p. 61; ATF 110 II 168 consid. 3b p. 171). Ainsi, le travailleur ne peut pas disposer librement des créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective, pendant la durée du contrat et le mois suivant son expiration, et, en particulier, il ne peut pas y renoncer sans contrepartie correspondante. La validité d'une transaction entre les parties est subordonnée à une équivalence appropriée de leurs concessions réciproques.

4.6 L'art. 5 CA n'autorise la convention d'arbitrage que pour des prétentions dont les parties peuvent librement disposer. Le travailleur ne peut renoncer à ses créances issues de dispositions impératives ou semi-impératives, selon les art. 361 et 362 CO, que dans les limites restrictivement posées par l'art. 341 al. 1 CO, de sorte qu'il ne peut pas en disposer librement. Cette restriction de la liberté de disposer est déterminante aussi pour l'application de l'art. 5 CA. Nonobstant l'opinion différente de certains auteurs, présentée surtout dans des ouvrages concernant la procédure civile ou l'arbitrage (JOLIDON, *op.cit.*, n° 4 ad art. 5 CA; RICHARD FRANK ET AL., *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung*, 3<sup>e</sup> éd. 1997, p. 775 n<sup>os</sup> 16 à 19), une créance ne relève pas de la libre disposition des parties selon l'art. 5 CA si une renonciation à cette même créance n'est pas valable faute de répondre aux conditions de l'art. 341 al. 1 CO. Si le travailleur ne peut pas renoncer à certaines créances en vertu de cette disposition, il ne peut pas non plus convenir d'avance qu'elles seront soumises à l'arbitrage. Une clause compromissoire n'est donc pas valable si elle est insérée dans le contrat de travail pour s'appliquer aux contestations futures qui s'élèveront, le cas échéant, au sujet de telles créances. Il est d'ailleurs incohérent que la législation applicable au conflit individuel de travail interdise la clause d'élection de for, dans l'intérêt de la partie la plus faible, selon les art. 21 al. 1 let. d et 24 al. 1 LFors, mais permette la clause compromissoire (FRANÇOIS BOHNET, *Les conflits individuels de travail et les litiges en matière de bail et de droit de la consommation seront-ils arbitrables sous l'empire de la loi fédérale de procédure civile?*, in *Mélanges en l'honneur de François Knœpfler*, 2005, p. 161 et ss, p. 168). Pour les créances auxquelles le travailleur ne peut pas renoncer selon l'art. 341 al. 1 CO, celui-ci ne peut pas davantage souscrire, d'avance, une clause compromissoire qu'une clause d'élection de for selon l'art. 21 al. 1 let. d LFors.

En l'espèce, la contestation porte sur la rétribution d'heures de travail supplémentaires, de sorte que la Chambre des recours rejette à bon droit la validité de la clause compromissoire. Le recours se révèle mal fondé, ce qui conduit à son rejet.

*Bundesgericht, Urteil vom 29. Juni 2010, Doss.-Nr. 4A\_91/2010 (Aufhebung des Urteils des 1<sup>er</sup> Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Fribourg vom 16. November 2009), in: BGE 136 III 392*

*Tribunal fédéral, Arrêt du 29 juin 2010, Doss.-N<sup>o</sup> 4A\_91/2010 (Annulation de l'arrêt de la 1<sup>er</sup> Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Fribourg du 16 novembre 2009), in: ATF 136 III 392*

**Arbeitsvertrag; unmittelbar anwendbares Recht eines Drittstaates (Art. 19 IPRG).**

**Voraussetzungen gemäss Art. 19 IPRG für die Berücksichtigung einer Norm ausländischen Rechts trotz einer Rechtswahl zugunsten schweizerischen Rechts (E. 2.2).**

**Zwingende Bestimmung panamaischen Rechts, die einem Matrosen, der auf einem unter panamaischer Flagge fahrenden Schiff beschäftigt ist, eine Entschädigung bei Entlassung einräumt (E. 2.3.1). Enger Zusammenhang zwischen dem Sachverhalt und dem zwingenden Recht des Drittstaates? Frage offengelassen (E. 2.3.2). Der schweizerische Richter kann die panamaische Norm nicht ausnahmsweise berücksichtigen, da nach schweizerischer Rechtsauffassung das Arbeitnehmerinteresse an einer vorgenannten Abgangsentschädigung nicht für schützenswert und überwiegend zu halten ist (E. 2.3.3).**

**Contrat de travail; loi d'application immédiate d'un Etat tiers (art. 19 LDIP).**

**Conditions à remplir, selon l'art. 19 LDIP, pour qu'une norme d'un droit étranger soit prise en considération malgré une élection de droit en faveur du droit suisse (consid. 2.2).**

**Disposition impérative du droit panaméen accordant au marin engagé sur un navire battant pavillon panaméen une indemnité en cas de licenciement (consid. 2.3.1). Lien étroit entre la situation visée et le droit impératif de l'Etat tiers? Question laissée ouverte (consid. 2.3.2). Au regard de la conception suisse du droit, l'intérêt du travailleur à obtenir l'indemnité de départ précitée ne peut être tenu pour légitime et prépondérant au point d'amener le juge suisse à prendre en considération, à titre exceptionnel, la norme panaméenne (consid. 2.3.3).**

Faits:

A.

Ressortissant espagnol actuellement domicilié en Espagne, A. a travaillé comme soudeur dès le 20 septembre 1989 pour la société de droit suisse Y. SA, à (...), active dans la construction de pipelines sous-marins. Un contrat de travail a été signé par les parties en date du 1<sup>er</sup> janvier 1996. Dès le 1<sup>er</sup> mai 2000, les rapports de travail ont été repris tels quels par la

société de droit suisse X. SA, à (...), dont le but est la mise à disposition de personnel pour les sociétés du groupe Y. A. travaillait sur le navire «MV Z.» appartenant au groupe Y. et battant pavillon panaméen.

Le 23 décembre 2004, X. SA a résilié le contrat de travail pour le 31 mars 2005.

B.

Le 26 avril 2006, A. a déposé une demande contre X. SA devant le Tribunal civil de la Veveyse. Il concluait au paiement d'un montant équivalent à six mois de salaire, soit 31 045,50 euros ou 50 240 fr., plus intérêts. Le demandeur invoquait la loi panaméenne n° 8 du 26 février 1998 sur le travail en mer et sur les voies navigables (ci-après: la loi panaméenne n° 8), décrétée d'ordre public, dont l'art. 56 al. 1 let. f accorde à l'employé qui a travaillé plus de 60 mois sur un bateau une indemnité de licenciement correspondant à 600% de son salaire mensuel. Il faisait valoir que cette règle de droit panaméen pouvait être prise en considération en application de l'art. 19 LDIP, dès lors que la protection des travailleurs ayant œuvré longtemps pour le même employeur faisait également partie de l'acquis du droit suisse.

X. SA a conclu à l'irrecevabilité de la demande, subsidiairement à son rejet.

Par jugement incident du 31 octobre 2007, le Tribunal civil de la Veveyse a déclaré la demande recevable. Par jugement du 7 novembre 2008, il a rejeté l'action, considérant que seul le droit suisse était applicable, à l'exclusion du droit panaméen.

Statuant le 16 novembre 2009 sur appel de A., la I<sup>e</sup> Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Fribourg a admis le recours et condamné X. SA à verser au travailleur une indemnité de 50 240 fr., plus intérêts à 5% l'an à partir du 31 mars 2005. L'autorité cantonale a relevé que la loi panaméenne n° 8 avait pour but la protection des travailleurs et que le droit suisse connaissait également des règles de protection, en particulier après de longs rapports de travail ainsi que par le biais de la LAVS et de la LPP. Après avoir constaté qu'aucun système de prévoyance sociale n'avait été appliqué au demandeur, la cour cantonale a jugé, en application de l'art. 19 LDIP, qu'un intérêt légitime et manifestement prépondérant imposait la prise en considération du droit panaméen.

C.

X. SA a interjeté un recours en matière civile. (...) Le Tribunal fédéral a admis le recours, annulé l'arrêt cantonal et rejeté l'action introduite par A. contre X. SA.

Extrait des considérants:

2.

2.1 La recourante reproche tout d'abord à la cour cantonale d'avoir violé l'art. 19 LDIP (RS 291) en prenant en considération l'art. 56 al. 1

let. f de la loi panaméenne n° 8. A son sens, au moins deux des trois conditions cumulatives mises à l'application de la disposition de droit international privé suisse ne sont pas remplies. Premièrement, il ne serait pas établi que la situation en cause ait un lien étroit avec le droit panaméen, l'autorité cantonale relevant elle-même que le rattachement administratif du navire au Panama est le seul lien avec cet Etat. En second lieu, la recourante fait valoir qu'aucun intérêt légitime et manifestement prépondérant au regard de la conception suisse du droit ne justifie l'application du droit panaméen plutôt que du droit suisse, l'art. 339b CO instituant déjà une indemnité à raison de longs rapports de travail qui reste d'actualité pour les travailleurs non soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire.

A titre subsidiaire, la recourante invoque l'arbitraire dans l'établissement des faits. A son avis, les juges fribourgeois ne pouvaient pas déduire de l'absence de déductions sociales sur la fiche de salaire de l'intimé que ce dernier n'était soumis à aucun système de prévoyance. En particulier, la cour cantonale aurait méconnu le principe selon lequel la sécurité sociale est une affaire de souveraineté nationale et qu'elle s'applique aux personnes domiciliées dans le pays concerné, voire aux citoyens de cet Etat travaillant à l'étranger; la recourante se réfère à cet égard au droit espagnol de la sécurité sociale, qui prévoit que les marins émigrants et leur famille de nationalité espagnole peuvent souscrire à une convention spéciale dans ce domaine. En outre, la recourante fait observer que le travailleur n'a jamais allégué qu'il ne bénéficiait d'aucune prévoyance professionnelle, de sorte que la cour cantonale aurait retenu ce fait en violation de l'art. 8 CC.

2.2 Les parties ont soumis le contrat de travail au droit suisse, qui correspond au droit de l'Etat dans lequel l'employeur a son siège. Ce choix porte sur l'un des droits admis par l'art. 121 al. 3 LDIP (cf. art. 21 al. 4 LDIP). L'élection de droit est par conséquent valable.

L'art. 19 LDIP relatif aux lois d'application immédiate d'un Etat tiers permet, à certaines conditions, d'écarter le droit choisi par les parties, en particulier dans le domaine du droit du travail (STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6<sup>e</sup> éd. 2006, n° 24 ad art. 319 CO p. 100 s.; BERNARD DUTOIT, *Droit international privé suisse*, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4<sup>e</sup> éd. 2005, n° 8 ad art. 19 LDIP p. 81; FRANK VISCHER, in *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2<sup>e</sup> éd. 2004, n° 33 ad art. 19 LDIP; KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, in *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2<sup>e</sup> éd. 2004, n° 42 et n° 53 ad art. 121 LDIP; STEPHANIE MILLAUER, *Sonderanknüpfung fremder zwingender Normen im Bereich von Schuldverträgen* [Art. 19 IPRG und Art. 7 Abs. 1 EVÜ], 2001, p. 143; VISCHER/HUBER/OSER, *Internationales Vertragsrecht*, 2<sup>e</sup> éd. 2000, n° 906 p. 418). Selon l'alinéa 1 de cette disposition, le juge peut prendre en considération une norme impérative d'un droit autre que celui désigné par la LDIP lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent et que la situation visée présente un lien étroit avec ce droit étranger. L'art. 19 al. 2 LDIP précise qu'une prise

en considération de la disposition étrangère suppose de tenir compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit. Selon la jurisprudence, le recours à l'art. 19 LDIP doit rester exceptionnel, comme dans tous les cas où une loi d'application immédiate est en jeu (ATF 130 III 620 consid. 3.5.1 s. p. 630 s.; arrêt 5C.60/2004 du 8 avril 2005 consid. 3.1.2, non publié in ATF 131 III 418; cf. DUTOIT, op.cit., n° 4 ad art. 19 LDIP p. 78).

2.3 Il convient d'examiner si les conditions de l'art. 19 LDIP sont réalisées en l'espèce, comme la cour cantonale l'a admis.

2.3.1 La première condition a trait à la volonté du législateur étranger d'appliquer la disposition considérée de manière impérative, soit explicitement, soit implicitement, en raison du but particulier de la norme (MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, in Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2<sup>e</sup> éd. 2007, n° 14 ad art. 19 LDIP; DUTOIT, op.cit., n° 4 ad art. 19 LDIP p. 78; VISCHER, op.cit., n° 19 ad art. 19 LDIP).

En l'espèce, l'autorité cantonale a constaté de manière à lier la cour de céans (cf. ATF 130 III 620 consid. 3.2 p. 625) que, selon son art. 1, la loi panaméenne n° 8 est d'ordre public et règle dans leur totalité les relations entre employeurs et employés à bord des navires battant pavillon panaméen. Il faut en déduire le caractère impératif de l'art. 56 de la loi panaméenne n° 8, qui accorde une indemnité spéciale, variant en principe selon la durée des rapports de travail, au membre d'équipage engagé pour une durée indéterminée et licencié sans juste motif.

2.3.2 Une autre condition d'application de l'art. 19 LDIP porte sur le lien étroit devant exister entre la situation visée et le droit impératif de l'Etat tiers. L'exigence d'un tel lien suppose plus que n'importe quel rattachement invoqué par la norme étrangère (JEAN-LUC CHENAUX, L'application par le juge des dispositions impératives étrangères non désignées par la règle de conflit du for, in RDS 1988 p. 69). Le juge examinera, du point de vue de l'Etat du for, si les liens de la cause avec le droit de l'Etat tiers sont suffisamment importants pour justifier la prise en considération de la norme impérative étrangère. Un point de rattachement spécial peut consister, notamment, dans le lieu d'exécution, le lieu d'exploitation, le lieu de situation d'une chose ou le lieu de résidence d'une partie au contrat. Il s'agira alors de déterminer si ce rattachement fonde un lien étroit en tenant compte du but et de la fonction de la norme d'intervention de l'Etat tiers (ATF 130 III 620 consid. 3.3.1 p. 625 et les références). Ainsi, par exemple, le lieu de situation de l'objet loué est le critère de rattachement déterminant pour les mesures de protection des locataires (VISCHER, op.cit., n° 21 ad art. 19 LDIP).

En l'espèce, l'art. 56 de la loi panaméenne n° 8 entend s'appliquer au personnel travaillant sur les navires battant pavillon panaméen. Pour le rattachement objectif, il est admis de manière générale que les rapports de travail des marins sont soumis au droit du pavillon (DUTOIT, op.cit., n° 4 ad

art. 121 LDIP p. 422; KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, op.cit., n° 31 ad art. 121 LDIP; KURT SIEHR, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, 2002, p. 295; *le même*, Billige Flaggen in teuren Häfen, in Festschrift für Frank Vischer, 1983, p. 314; ROGER HISCHE, Das Statut des Arbeitsverhältnisses entsandter Arbeitnehmer schweizerischer Unternehmen, 1995, p. 51; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, 3<sup>e</sup> éd. 1973, n° 284 ad allgemeine Einleitung). Cette règle se retrouve d'ailleurs dans la loi fédérale du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse (LNM; RS 747.30), dont l'art. 68 soumet au droit suisse le contrat d'engagement de tous les marins, quelle que soit leur nationalité, qui servent à bord des navires enregistrés dans le registre des navires suisses et arborant ainsi le pavillon suisse. D'aucuns se sont toutefois interrogés sur le caractère judicieux de ce rattachement pour les travailleurs occupés sur des bâtiments navigant sous un pavillon de complaisance (REITHMANN/MARTINY, Internationales Vertragsrecht, 7<sup>e</sup> éd. 2010, n° 4870 p. 1447; SIEHR, Billige Flaggen, op.cit., p. 314).

Dès lors que le pavillon est un rattachement objectif généralement admis en matière de contrat de travail et que le droit suisse applique ce principe aux marins œuvrant sur les navires arborant le pavillon suisse, il paraît a priori difficile de nier en l'espèce le lien étroit au sens de l'art. 19 LDIP entre les relations de travail des marins et le droit du Panama. D'un autre côté, le pavillon de cet Etat est considéré comme un pavillon de complaisance et la cour cantonale relève elle-même que la seule relation avec le Panama est le rattachement administratif du navire à cet Etat. Or, il s'agit d'une situation dans laquelle il n'existe précisément pas de véritable lien avec l'Etat du pavillon (cf. KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, op.cit., n° 32 ad art. 121 LDIP). La question peut toutefois rester ouverte puisque, comme on va le voir, la troisième condition de l'art. 19 LDIP n'est de toute manière pas remplie dans le cas particulier.

2.3.3 Il y a lieu d'examiner à présent si des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit exigent la prise en considération de la norme impérative de l'Etat tiers.

2.3.3.1 Contrairement à la version française de l'art. 19 LDIP, les versions allemande et italienne précisent que les intérêts en question sont ceux d'une partie. La jurisprudence n'a pas tranché entre les différentes versions (cf. ATF 130 III 620 consid. 3.4.1 p. 628). Il n'est pas nécessaire non plus d'approfondir cette question en l'occurrence. En effet, le texte français, qui a une portée plus large (même arrêt, *ibid.*), n'exclut pas de prendre en considération les intérêts d'une partie. Or, les intérêts en jeu dans le cas particulier sont manifestement ceux d'une partie, soit le travailleur.

La mise en œuvre de l'art. 19 LDIP suppose un jugement de valeur: l'intérêt à l'application de la norme impérative étrangère doit être digne de protection selon la conception suisse du droit et l'emporter manifestement sur l'intérêt à l'application de la *lex causae*. Conformément à l'art. 19 al. 2

LDIP, l'éventuelle prise en considération du droit impératif d'un Etat tiers dépendra du but poursuivi par la disposition en cause et des conséquences de ce rattachement spécial. L'appréciation se fera selon les valeurs fondamentales de l'ordre juridique suisse. A cet égard, il n'est pas nécessaire que le droit suisse connaisse des normes impératives semblables; il suffit que le but poursuivi par la disposition étrangère soit conforme à la conception suisse (IVO SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht, Allgemeiner Teil, 3<sup>e</sup> éd. 2000, p. 253). L'éventuelle prise en considération de normes d'un Etat tiers doit permettre, dans un cas particulier, d'aboutir à un résultat qui tienne compte de l'effet desdites dispositions sur le rapport juridique en cause et sur la situation de la partie concernée d'une manière conforme à la conception suisse du droit (ATF 130 III 620 consid. 3.5.1 p. 630).

Dans le domaine du contrat de travail, des dispositions protectrices impératives d'un Etat tiers, en particulier du pays du lieu de travail, pourront trouver à s'appliquer par le biais de l'art. 19 LDIP (VISCHER/HUBER/OSER, op.cit., n<sup>o</sup> 800 p. 368; ANDREAS BUCHER, Droit international privé suisse, Partie générale, vol. II, 1995, n<sup>o</sup> 552 p. 217; Message du 10 novembre 1982 concernant une loi fédérale sur le droit international privé, FF 1983 I 403 ch. 282.26). Il s'agira par exemple de normes impératives – de droit public ou de droit privé – relatives au travail le dimanche et les jours fériés, à la durée maximale du travail, à l'interdiction du travail des enfants, à la prévention des risques et des accidents ou encore au salaire minimal (KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, op.cit., n<sup>os</sup> 55–57 ad art. 121 LDIP).

2.3.3.2 L'art. 56 al. 1 de la loi panaméenne n<sup>o</sup> 8 accorde au marin licencié sans juste motif une indemnité fixée selon l'échelle suivante:

let. a: 20% du salaire mensuel pour une durée de service de 1 à 5 mois;

let. b: 30% du salaire mensuel pour une durée de service de plus de 5 mois jusqu'à 11 mois;

let. c: 100% du salaire mensuel pour une durée de service de plus de 11 mois jusqu'à 23 mois;

let. d: 300% du salaire mensuel pour une durée de service de plus de 23 mois jusqu'à 35 mois;

let. e: 400% du salaire mensuel pour une durée de service de plus de 35 mois jusqu'à 60 mois;

let. f: 600% du salaire mensuel pour une durée de service de plus de 60 mois.

Il ne s'agit pas d'une indemnité pour résiliation immédiate injustifiée au sens où l'entend l'art. 337c CO. En effet, l'indemnité panaméenne est versée dans tous les cas où le contrat de travail de durée indéterminée est résilié, pour autant qu'aucun juste motif ne soit réalisé. L'indemnité en jeu est une indemnité de départ, dont l'ampleur dépend uniquement de la durée des rapports de travail; son montant croît jusqu'à une durée de service de cinq ans, pour ensuite se stabiliser à six mois de salaire mensuel. Elle n'est

pas une prime de fidélité à proprement parler puisqu'elle est due déjà après un mois de service, mais la fidélité, jusqu'à cinq ans, est prise en compte dans le calcul du montant dû. L'octroi de l'indemnité panaméenne ne suppose pas que le travailleur licencié ait atteint un certain âge, ni qu'il ait été longtemps au service de l'employeur. Elle se distingue en cela de l'indemnité à raison de longs rapports de travail instituée par l'art. 339b CO. Accordée au travailleur de plus de 50 ans qui a travaillé 20 ans au moins pour l'employeur, l'indemnité suisse avait, à l'origine, pour but d'inciter l'employeur à créer un système de prévoyance; elle a servi de transition jusqu'à ce que soit instituée la prévoyance obligatoire dans les entreprises (ATF 131 II 593 consid. 3.1 p. 601). Ne reposant pas sur la même conception, l'indemnité panaméenne n'apparaît pas comme un substitut à une prestation de prévoyance. Contrairement à ce que la cour cantonale laisse entendre, l'indemnité de départ panaméenne ne poursuit pas un objectif social et se présente bien plutôt comme une récompense de caractère purement patrimonial (cf. JÜRGEN EMIL EGLI, L'indemnité de départ dans le contrat de travail, 1979, p. 45).

Le but de la disposition panaméenne en cause ne rentre ainsi pas dans les valeurs fondamentales de protection du travailleur. Au regard de la conception suisse du droit, l'intérêt du travailleur à obtenir l'indemnité de départ panaméenne ne peut être considéré comme légitime et prépondérant au point d'amener le juge suisse à prendre en considération, à titre exceptionnel, une norme impérative d'un Etat tiers sur la base de l'art. 19 LDIP. Le grief tiré d'une violation de cette disposition est dès lors fondé.

Il s'ensuit que la cour cantonale n'avait pas à prendre en considération la loi panaméenne n° 8 et à accorder à l'intimé l'indemnité qu'il réclamait sur cette base.

*Bundesgericht, Urteil vom 1. Juli 2010, Doss.-Nr. 4A\_70/2010 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 23. Dezember 2009) (konnexe Fälle: 4A\_72/2010, 4A\_74/2010, 4A\_76/2010, 4A\_78/2010)*

**Wird bei der Aushandlung eines Sozialplans zwischen der Arbeitgeberin und der Arbeitnehmervertretung über einen möglichen Klageverzicht wegen zu kurz bemessener Konsultationsfrist diskutiert, eine entsprechende Verzichtserklärung in der Folge aber weder abgegeben noch in den Sozialplan aufgenommen, so kann die Arbeitgeberin sich im Verfahren eines Arbeitnehmers auf Ausrichtung der im Sozialplan vorgesehenen Abgangsentschädigung nicht auf Grundlagenirrtum oder absichtliche Täuschung berufen, wenn im Zeitpunkt des Abschlusses des Sozialplans eine Gewerkschaft ohne Kenntnis der Arbeitgeberin bereits eine Feststellungsklage wegen zu kurz bemessener Konsultationsfrist angehoben hatte (E. 2.4–2.7).**

**Da der Arbeitgeberin im vorliegenden Verfahren die Anrufung der absichtlichen Täuschung wie auch des Irrtums verwehrt blieb, wurde die in der Lehre umstrittene Frage, ob die allgemein geltenden Vorschriften über Mängel des Vertragsschlusses (Art. 23 ff. OR) auch mit Bezug auf normative Bestimmungen von Sozialplänen gleichermaßen anwendbar sind oder ob für die Aufhebung einer normativen Bestimmung eines Sozialplans wegen Willensmangels wesentlich strengere Voraussetzungen als im allgemeinen Vertragsrecht gelten müssen, offengelassen (E. 2.8).**

Sachverhalt:

Am 26. September 2008 teilte die X. AG (Beklagte und Beschwerdeführerin) der Arbeitnehmervertretung (Arbeitnehmervertretung X. AG, A., B., C.; nachfolgend: Verhandlungsgemeinschaft) mit, dass sie beabsichtige, den Betrieb in der Schweiz zu schliessen. Sie setzte eine Konsultationsfrist (Art. 335f OR) bis 24. Oktober 2008 und informierte die Mitarbeiter am 29. September 2008. Es kam zu intensiven Verhandlungen der Sozialpartner, am 22. und in der Nacht vom 30. auf den 31. Oktober 2002 speziell über die Ausarbeitung eines Sozialplans, der am 31. Oktober 2008 zustande kam und ein günstiges Echo fand. Er regelte unter Anderem die Modalitäten der Frühpensionierung als Massnahme zur Verhinderung von Arbeitslosigkeit und die Abgangsentschädigung an Mitarbeiter, die nicht in den Genuss der frühzeitigen Pensionierung kommen. Unter dem Titel «A1 Grundlagen des Sozialplans vom 31. Oktober 2008» findet sich darin folgende Klausel: «Alle gesetzlichen und vertraglichen Ansprüche der betroffenen Mitarbeitenden werden durch die Regelungen des Sozialplans nicht berührt und sind gewährleistet.» Am 21. November 2008 kündigte die Beschwerdeführerin das Arbeitsverhältnis mit Y. (Kläger und Beschwerdegegner) auf den 31. Januar 2009. Dieser erhob am 19. Januar 2009 schriftlich Einsprache gegen die Kündigung. Am 26. Januar 2009 wurde ihm mitgeteilt, dass er unter dem Sozialplan vom 31. Oktober 2008 grundsätzlich Anspruch auf eine Abgangsentschädigung im Betrag von Fr. 11 850.– habe. Diese werde aber nur unter der Bedingung ausbezahlt, dass er eine Erklärung unterschreibe, wonach er auf die Geltendmachung einer allfälligen Verletzung arbeitsrechtlicher Mitwirkungsrechte und Konsultationspflichten, insbesondere im Zusammenhang mit der Konsultationsfrist, verzichte.

Am 20. März 2009 erhob der Beschwerdegegner Klage auf Ausrichtung einer Abgangsentschädigung von Fr. 10 050.– nebst Zins gemäss dem Sozialplan der Beschwerdeführerin vom 31. Oktober 2008, welche ihm das Arbeitsgericht Solothurn-Lebern am 17. September 2009 zusprach. Die gegen dieses Urteil eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde wies das Obergericht des Kantons Solothurn am 23. Dezember 2009 ab. Die Beschwerdeführerin beantragt dem Bundesgericht mit Beschwerde in Zivilsachen,

eventuell mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde die Abweisung der Klage, eventuell die Aufhebung des Urteils des Obergerichts und die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung und/oder Sachverhaltsergänzung sowie zum Neuentscheid an die Vorinstanz.

Aus den Erwägungen:

1.1 Die Beschwerdeführerin hat im kantonalen Verfahren die Geltung der Klausel des Sozialplans, welche die Abgangsentschädigungen normiert, wegen Willensmangels angefochten. Sie berief sich auf Grundlagenirrtum und absichtliche Täuschung durch die Verhandlungsgemeinschaft. Sie machte dazu geltend, sie hätte der grosszügigen Regelung der Abgangsentschädigungen nicht zugestimmt, wenn sie damals davon Kenntnis gehabt hätte, dass die Gewerkschaft B. am 29. Oktober 2008 bereits eine Feststellungsklage wegen zu kurz bemessener Konsultationsfrist angehoben hatte.

1.2 Eine zu kurz bemessene Konsultationsfrist stellt einen Verstoss gegen die Pflichten dar, die Art. 335f OR dem Arbeitgeber auferlegt. Die Kündigungen, die er im Anschluss an die ungenügende Konsultation ausspricht, sind deshalb missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 2 lit. c OR und können eine Entschädigung von maximal zwei Monatslöhnen gegenüber dem dergestalt missbräuchlich gekündigten Arbeitnehmer auslösen (Art. 336a Abs. 3 OR; BGE 123 III 176 E. 4b S. 181 f.).

1.3 In der Tat wusste die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt des Abschlusses des Sozialplans nicht, dass die Gewerkschaft B. bereits eine Feststellungsklage wegen zu kurz bemessener Konsultationsfrist eingereicht hatte. Über diese Frage und einen möglichen Klageverzicht auf dieser Grundlage wurde bei der Aushandlung des Sozialplans diskutiert. Die Beschwerdeführerin hatte der Verhandlungsgemeinschaft einen Entwurf vorgelegt, der einen Passus enthielt, wonach die Konsultationsfrist am 24. Oktober 2008 ende, womit sie sich aber nicht durchsetzte. In dem von beiden Parteien unterzeichneten und im Betrieb publizierten Sozialplan findet sich keine entsprechende Bestimmung. Dazu brachte die Beschwerdeführerin vor, ihr Vertreter habe der Streichung der von ihr vorgeschlagenen Passage betreffend den Ablauf der Konsultationsfrist nur unter der Bedingung zugestimmt, dass die Konsultationsfrist am 24. Oktober 2008 ablaufe und keine Klage betreffend Verletzung der Konsultationsfrist angehoben werde, was nach dessen erklärtem Willen hätte protokolliert werden müssen, aber nicht protokolliert worden sei. Der Leiter der Verhandlungsgemeinschaft habe die Streichung als reine Formalität dargestellt und gegen Mitternacht vom 30. auf den 31. Oktober 2008 erklärt, die Konsultationsfrist habe nichts mit dem Sozialplan zu tun. Die Beschwerdeführerin sei irrtümlich davon ausgegangen, die Verhandlungsgemeinschaft akzeptiere den von ihr vorgegeben Zeitpunkt des Ablaufs der Konsultationsfrist. Ausserdem habe die Verhandlungsgemeinschaft die Beschwerdeführerin

absichtlich getäuscht, indem sie ihr verschwieg, dass bereits am 29. Oktober 2008 eine Klage betreffend Verletzung der Konsultationsfrist anhängig gemacht worden war.

1.4 Die Vorinstanz erachtete die Berufung der Beschwerdeführerin auf einen wesentlichen Irrtum für unzulässig. Sie führte aus, die Beschwerdeführerin sei sich der Wichtigkeit der Anknüpfung der Abgangsentschädigung an gewisse Bedingungen bewusst gewesen, zumal die Arbeitnehmer aus der Klausel betreffend die Abgangsentschädigung, auf welcher die Klage des Beschwerdegegners beruht, direkt Ansprüche ableiten können. Dennoch habe sie den Vertrag abgeschlossen, ohne dass die von ihr geforderte Verzichtserklärung in den Vertrag aufgenommen wurde. Wären die Bedingungen für die Beschwerdeführerin eine notwendige Grundlage im Sinne einer «*conditio sine qua non*» gewesen, wäre der Sozialplan wohl kaum in dieser Form unterschrieben worden. Was die absichtliche Täuschung anbelangt, verneinte die Vorinstanz eine Täuschungshandlung durch Verschweigen. Die Verhandlungsgemeinschaft habe während der Verhandlungen stets offen gelegt, dass sie an der Klage festhalte. Sie habe auch nie einen Klageverzicht abgegeben. Ein solcher finde sich weder im Sozialplan noch in den im Recht liegenden Protokollen. Im Hinblick auf Ziff. A1 des Sozialplans, der die gesetzlichen und vertraglichen Ansprüche der Mitarbeitenden gewährleiste, habe die Beschwerdeführerin jederzeit mit der Einreichung einer Klage rechnen müssen. Mit dem Verschweigen der erfolgten Einreichung der Klage habe die Verhandlungsgemeinschaft nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen.

2.

2.1 Ein Sozialplan hat zum Zweck, bei Entlassungen aus wirtschaftlichen Gründen Härten für die betroffenen Arbeitnehmer zu vermeiden oder zu mildern. Er gilt im weitesten Sinn als Massnahme zum Schutz der Arbeitnehmer bei Massenentlassungen (BGE 133 III 213 E. 4.3 S. 215; 132 III 32 E. 6.1 S. 43, je mit Hinweisen). Im kantonalen Verfahren wie auch vor Bundesgericht blieb zu Recht unumstritten, dass es sich bei dem von der zur Wahrung der Mitarbeiterinteressen zuständigen Verhandlungsgemeinschaft und der Beschwerdeführerin gemeinsam ausgearbeiteten Sozialplan um eine besondere Art eines Gesamtarbeitsvertrages nach Art. 356 ff. OR handelt. Auf die darin zu ihren Gunsten festgeschriebenen Rechte können sich die Arbeitnehmer direkt berufen; der Sozialplan wirkt insofern normativ (BGE 133 III 213 E. 4.3.1 mit Hinweisen).

2.2 Im Gesamtarbeitsvertrag ist zwischen den sogenannten schuldrechtlichen und den normativen Bestimmungen zu unterscheiden. Die ersten regeln die Beziehungen der Vertragsparteien untereinander. Die in diesem Verhältnis bestehenden Rechte und Pflichten der Tarifpartner (sogenannte «Selbstpflichten») können die Vertragsparteien selbst erfüllen bzw. von der Gegenseite einfordern (STÖCKLI, Berner Kommentar 1999, N. 93 ff. zu Art. 356 OR; VISCHER/ALBRECHT, Zürcher Kommentar,

4. Auflage 2006, N. 63 ff. zu Art. 356 OR). Diese sind gemäss den Grundsätzen über die Auslegung von Verträgen zu interpretieren (BGE 127 III 318 E. 2a S. 322 mit Hinweisen). Die sogenannten normativen Bestimmungen betreffen den Abschluss, den Inhalt und die Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse zwischen den Arbeitgebern und Arbeitnehmern, wobei diese an der Ausarbeitung des Gesamtarbeitsvertrages bzw. Sozialplans nicht direkt beteiligt sind. Die Auslegung derartiger, sogenannt normativer Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages richtet sich nach den für Gesetze geltenden Grundsätzen (BGE 133 III 213 E. 4.2 S. 214 f. mit Hinweisen).

2.3 Die Beschwerdeführerin räumt in der Beschwerdeschrift ein, mit vereinzelt Klagen von Arbeitnehmern gerechnet zu haben, nicht aber mit der grossen Anzahl von Arbeitnehmerklagen, die zu erwarten gewesen wären, wenn die Verhandlungsgemeinschaft die bereits eingereichte Feststellungsklage offengelegt hätte. An anderer Stelle legt sie dar, sie habe unter den gegebenen Umständen und nachdem von der Verhandlungsgemeinschaft gegen das von ihr zu Protokoll gegebene Verständnis kein Widerspruch erhoben worden sei, davon ausgehen dürfen, dass die Verhandlungsgemeinschaft nicht bereits eine Feststellungsklage eingereicht hatte. Auch ohne ausdrücklichen Klageverzicht im Sozialplan habe sie aus Gründen der Fairness einen Verzicht auf gerichtliche Klagen zumindest erhoffen dürfen, wie auch das erstinstanzliche Gericht angenommen habe. Nachträglich habe sich herausgestellt, dass eine Feststellungsklage bereits hängig und die Erwartung, der Abschluss des Sozialplans würde Streitigkeiten betreffend die Konsultationsfrist obsolet machen, nicht mehr begründet war.

2.4 Diese Ausführungen zeigen, dass die Beschwerdeführerin durchaus mit Leistungsklagen einzelner Arbeitnehmer rechnete, auch wenn damit die Dauer der Konsultationsfrist thematisiert werden sollte, nicht aber mit einer Feststellungsklage von Seiten der Verhandlungsgemeinschaft. Ihre Hoffnung bezog sich darauf, sich nach Abschluss des Vertrages nicht mehr mit der Verhandlungsgemeinschaft gerichtlich über die Angemessenheit der festgesetzten Frist auseinandersetzen zu müssen, zumal bei erfolgreicher Feststellungsklage nachfolgende Leistungsklagen einzelner Arbeitnehmer auf Ausrichtung einer Entschädigung nach Art. 336a Abs. 3 OR erleichtert worden wären. Da auch bei einem Verzicht der Vertragspartnerin auf die Feststellungsklage eine Leistungsklage des Beschwerdegegners nicht ausgeschlossen wäre, ist insoweit nicht relevant, ob im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Sozialplans die Klage eines Mitglieds der Verhandlungsgemeinschaft bereits anhängig war. Ob sich die Hoffnung, nach Abschluss des Sozialplans werde es zu keiner gerichtlichen Auseinandersetzung mit den Vertragspartnern kommen, erfüllt, hängt ebenfalls nicht davon ab, ob bereits vor Abschluss des Sozialplans eine Feststellungsklage eingereicht wurde, da diese mit Blick auf den ausgehandelten Sozialplan hätte zurückgezogen werden können. Die Beschwerdeführerin befindet

sich im Ergebnis heute in derselben Position, wie wenn die Klage erst nach Abschluss der Vereinbarung eingereicht worden wäre. Soweit das Einreichen der Feststellungsklage nach Abschluss des Sozialplans zulässig blieb, fehlt es am Kausalzusammenhang zwischen der behaupteten Täuschung und dem Vertragsschluss (BGE 132 II 161 E. 4.1 S. 166; 129 III 320 E. 6.3 S. 326 f. mit Hinweisen). Da objektiv nicht ausschlaggebend ist, ob die Klage vor oder nach Abschluss des Sozialplans anhängig gemacht wird, bestand insoweit keine Aufklärungspflicht der Verhandlungsgemeinschaft gegenüber der Beschwerdeführerin (BGE 132 II 161 E. 4.1 S. 166 mit Hinweis).

2.5 Nur wenn die Beschwerdeführerin in ihrer Hoffnung auf das Ausbleiben oder den Rückzug einer Feststellungsklage zu schützen ist, kann sie allenfalls aus dem Verhalten der Verhandlungsgemeinschaft etwas zu ihren Gunsten ableiten. Aber selbst wenn diese bezüglich des Verzichts auf eine Feststellungsklage ein rechtlich durchsetzbares Versprechen abgegeben und dieses gebrochen haben sollte, wäre davon nicht das Verhältnis zu den Arbeitnehmern betroffen, sondern einzig eine «Selbstpflicht» (E. 2.2 hiervor) verletzt. In Tat und Wahrheit beruft sich die Beschwerdeführerin auf ein unfares, allenfalls treuwidriges Verhalten ihrer Vertragspartnerin, indem sie dieser vorwirft, der von ihr erkennbar gestellten Bedingung für das Zustandekommen des Sozialplans mit der Einreichung bzw. dem Festhalten an der Feststellungsklage zuwider gehandelt zu haben. Diese Einwände der missbräuchlichen oder gar abredewidrigen Klageerhebung zufolge absichtlicher Täuschung kann die Beschwerdeführerin zwar im Verhältnis zu ihren Vertragspartnern erheben und allenfalls im Prozess gegen die Gewerkschaft B. vorbringen. Die Arbeitnehmer dagegen konnten bei Veröffentlichung des Sozialplans im Betrieb weder erkennen, dass nach Auffassung der Beschwerdeführerin der Sozialplan an eine Bedingung geknüpft war, geschweige denn eine solche erfüllen. Mit Klagen einzelner Arbeitnehmer aber hat die Beschwerdeführerin nach ihren eigenen Angaben gerechnet. Insoweit liegt kein Irrtum vor.

2.6 Soweit die Beschwerdeführerin das Verhalten ihrer Vertragspartnerin gestützt auf einen Grundlagenirrtum zur Anfechtung der den Beschwerdegegner begünstigenden Bestimmung des Sozialplans heranziehen will, ist ihr zudem entgegen zu halten, dass eine Berufung auf Grundlagenirrtum bereits nach den allgemein geltenden Irrtumsregeln ungeachtet der Besonderheiten eines GAV nur erfolgreich sein kann, wenn der Anfechtende sich über einen bestimmten Sachverhalt geirrt hat, der nicht bloss für ihn notwendige Vertragsgrundlage bildete, sondern nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr auch als gegeben vorausgesetzt werden durfte (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR; BGE 132 III 737 E. 1.3 S. 741 mit Hinweisen). Damit diese objektive Voraussetzung gegeben ist, muss die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages nach Auffassung des loyalen Geschäftsverkehrs als eine angemessene Rechtsfolge für den Irrtum erscheinen (GAUCH/SCHLUEP und andere, Schweizerisches Obligationenrecht, Allge-

meiner Teil, Band I, 9. Auflage 2008, Rz. 784 S. 166). Dies ist im Verhältnis zum Beschwerdegegner nicht der Fall, zumal es der Beschwerdeführerin offen steht, im Feststellungsprozess das ihrer Ansicht nach unkorrekte Verhalten der Klagpartei ins Feld zu führen, um die Klageerhebung als missbräuchlich auszugeben (vgl. E. 2.5 hiervor).

2.7 Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin nicht auf der Aufnahme einer Entschädigungsregelung im Sozialplan beharrt hat, die klargestellt hätte, ob und in welchem Umfang Entschädigungen nach Art. 336a Abs. 3 OR in den im Sozialplan versprochenen Leistungen inbegriffen sein sollten, obwohl dies ohne Weiteres möglich (WYLER, *Droit du travail*, 2. Auflage, S. 458) und mit Blick auf den immer wieder bekräftigten Standpunkt der Beschwerdeführerin auch angezeigt gewesen wäre. Die Vorinstanz schloss aus diesem Verhalten in tatsächlicher Hinsicht, dieser Aspekt sei für die Beschwerdeführerin bei Unterzeichnung des Sozialplans subjektiv nicht (mehr) wesentlich gewesen. Die Beschwerdeführerin gibt diese Feststellung zwar als willkürlich aus und ist der Auffassung, weitere von ihr angerufene Zeugen hätten angehört werden müssen. Sie setzt sich aber nicht hinreichend mit der Begründung zum Verzicht auf die Einvernahme weiterer Zeugen auseinander und beschränkt sich im Wesentlichen darauf, ihre eigenen Schlüsse aus den Beweismitteln vorzutragen. Dies genügt nicht, um die Beweiswürdigung der Vorinstanz als offensichtlich unhaltbar auszuweisen, zumal auch ein ursprünglich wesentlicher Punkt im Verlauf der Verhandlungen fallengelassen werden kann. Auch insoweit sind die Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Willensmangels nicht gegeben.

2.8 Nach dem hiervor Ausgeführten ist der Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren die Anrufung der absichtlichen Täuschung wie auch des Irrtums verwehrt. Unter diesen Umständen braucht auf die in der Lehre umstrittene Frage, ob die allgemein geltenden Vorschriften über Mängel des Vertragsschlusses (Art. 23 ff. OR) auch mit Bezug auf normative Bestimmungen von Sozialplänen gleichermassen anwendbar sind (STÖCKLI, a.a.O., N. 16 zu Art. 356c OR) oder ob für die Aufhebung einer normativen Bestimmung eines Sozialplans wegen Willensmangels wesentlich strengere Voraussetzungen als im allgemeinen Vertragsrecht gelten müssen (VISCHER/ALBRECHT, a.a.O., N. 26 zu Art. 356c OR; STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6. Auflage, N. 6 zu Art. 356c OR; ihnen folgend GABATHULER, in: Andermatt und andere, Hrsg., *Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht*, N. 9 zu Art. 356c OR), nicht weiter eingegangen zu werden.

*Bundesgericht, Urteil vom 1. Juli 2010, Doss.-Nr. 8C\_826/2009 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 19. August 2009)*

**Der Arbeitgeber, der Mobbing nicht verhindert, verletzt seine Fürsorgepflicht. Er darf die Kündigung nicht mit den Folgen seiner eigenen Vertragsverletzung rechtfertigen. Stets muss jedoch auch in Erwägung gezogen werden, dass sich die betroffene Person das Mobbing nur einbildet oder sich sogar missbräuchlich darauf beruft, um sich so vor an sich gerechtfertigten Weisungen oder Ermahnungen zu schützen (E. 4.2).**

**Bildet jeweils ein beanstandetes Verhalten des Arbeitnehmers Auslöser einer konfliktgeladenen Situation und kommt es deswegen immer wieder zu neuen Auseinandersetzungen mit dem Vorgesetzten, die sich auch durch geeignete Vorkehren des Arbeitgebers nicht hätten verhindern lassen, so durfte das kantonale Gericht ohne Willkür annehmen, dass der Entscheid des Arbeitgebers, das Dienstverhältnis zu kündigen, auf einem sachlich zulässigen Grund beruht. Von einer unverhältnismässigen Massnahme kann nicht die Rede sein (E. 4.4).**

Sachverhalt:

O. arbeitete seit 1. Mai 2001 als Bademeister im Bad X. der Stadt St. Gallen. Bei dieser war er mit einem Beschäftigungsgrad von 60 Prozent öffentlich-rechtlich angestellt. Da er im Juni 2005 das Bad X. vor Dienstschluss verlassen hatte, obwohl sich zu jenem Zeitpunkt noch eine Schulklasse im Wasser befunden hatte, kam es zu einer Beanstandung seitens seines Vorgesetzten wegen Verletzung der Wasseraufsichtspflicht. In der Zeit vom 1. März bis 30. April 2006 bezog O. Ferien und anschliessend einen Monat unbezahlten Urlaub. Zwei Arbeitstage vor der vereinbarten Arbeitsaufnahme liess er durch einen Bekannten ausrichten, seine Rückkehr verzögere sich wegen eines im Libanon erlittenen Unfalls um drei bis vier Wochen. In der Folge kam es in diesem Zusammenhang erneut zu Auseinandersetzungen zwischen ihm und dem Leiter Bad und Eis. Anlässlich einer Besprechung vom 4. Dezember 2006 wurde vereinbart, O. Arbeiten als Reinigungskraft im Sportzentrum Y. zu übertragen, um ihm so den Wiedereinstieg in den Arbeitsprozess ausserhalb des Bereichs Bad und Eis zu ermöglichen. Gleichzeitig wurde festgehalten, dass eine Auflösung des Dienstverhältnisses in seiner Funktion als Bademeister spätestens nach Ablauf der Lohnzahlung bei Krankheit ins Auge gefasst werde. Im Dezember 2006 nahm O. die Arbeit im Sportzentrum Y. auf. Eine Weiterführung der vertraglich vereinbarten Tätigkeit als Bademeister lehnte das städtische Personalamt am 7. März 2007 ab und gab O. die Möglichkeit, sich zur beabsichtigten Auflösung des Dienstverhältnisses auf Ende Juni 2007 zu äussern. Nachdem dieser am 23. März 2007 Stellung genommen hatte,

kündigte die Direktion Schule und Sport der Stadt St. Gallen mit Verfügung vom 30. März 2007 auf Ende Juni 2007, weil verschiedene Vorkommnisse das Vertrauensverhältnis derart zerstört hätten, dass eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht mehr zumutbar sei. Davon nicht betroffen war die Tätigkeit im Sportzentrum Y.

Gegen die Kündigung erhob O. Rekurs, welchen der Stadtrat St. Gallen mit Entscheid vom 24. Juni 2008 abwies, soweit er darauf eintrat. Dagegen rekurrierte dieser an das Departement des Innern des Kantons St. Gallen. Dieses wies den Rekurs mit Entscheid vom 23. Januar 2009 ab. Hiegegen liess O. Beschwerde führen, welche das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen mit Entscheid vom 19. August 2009 abwies. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt O. beantragen, es seien der angefochtene Entscheid und die Kündigungsverfügung vom 30. März 2007 aufzuheben und die Stadt St. Gallen zu verpflichten, ihn weiterhin als Bademeister zu beschäftigen; eventuell habe diese ihm eine andere, seiner beruflichen Qualifikation angemessene zumutbare Tätigkeit zuzuweisen.

Aus den Erwägungen:

2.

Gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. a des Personalreglements vom 25. Oktober 1994 der Stadt St. Gallen (PR; sRS 191.1) kann das Dienstverhältnis beidseits durch schriftliche Kündigung aufgelöst werden auf Ende des dritten, der Kündigung folgenden Monats. Nach Art. 25 Abs. 1 PR gelten die Bestimmungen des Obligationenrechts über Kündigungsbeschränkungen (Art. 336 OR) und Kündigung zur Unzeit (Art. 336c und d OR) sachgemäss. Das st. gallische Personalrecht umschreibt die Gründe für eine ordentliche Kündigung nicht näher. Es müssen jedoch sachliche oder triftige Gründe für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorliegen, welche aber nicht die Intensität eines wichtigen Grundes erreichen müssen, welcher die Fortsetzung des Dienstverhältnisses unzumutbar macht und gemäss Art. 23 Abs. 1 PR zur vorzeitigen Auflösung führen kann. Grundsätzlich ist eine Kündigung dann sachlich begründet, wenn die Weiterbeschäftigung des betreffenden Angestellten dem öffentlichen Interesse, insbesondere demjenigen einer gut funktionierenden Verwaltung, widerspricht. Dies kann bei unzureichenden Leistungen, unbefriedigendem Verhalten, erheblichen Störungen der Arbeitsgemeinschaft oder aus betrieblichen Gründen der Fall sein (MATTHIAS MICHEL, Beamtenstatus im Wandel, Zürich 1998, S. 299 f.). Auf jeden Fall als unsachlich gelten Kündigungen, welche im Sinne des Obligationenrechts missbräuchlich wären (Art. 25 Abs. 1 PR in Verbindung mit Art. 336 OR).

(...)

4.

4.1 Der Beschwerdeführer ist der Meinung, die Vorinstanz habe zu Unrecht eine missbräuchliche Kündigung verneint. Er rügt, ein sachlicher Kündigungsgrund habe nicht vorgelegen, da die Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses durch das Mobbing des Leiters Bad und Eis und somit überwiegend durch dessen Verschulden verursacht worden sei. In der vorinstanzlichen Beschwerde hatte er die Sachverhalte und Handlungen aufgezählt, die seiner Ansicht nach den Vorwurf begründen. Die am 30. März 2007 ausgesprochene Kündigung sei daher rechtsmissbräuchlich, zumal die Beschwerdegegnerin in Verletzung ihrer Fürsorgepflicht zu wenig unternommen habe, um den Konflikt zu entschärfen.

4.2 Missbräuchlich ist die Kündigung, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, welche in Art. 336 OR – auf welche Bestimmung Art. 25 Abs. 1 PR verweist – umschrieben werden, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist. Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar ist (BGE 132 III 115 E. 2.1 S. 116). Eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer Kündigung kann diese als missbräuchlich erscheinen lassen. Zu beachten ist nämlich, dass die Arbeitgeberin gemäss Art. 69 Abs. 1 PR verpflichtet ist, die Persönlichkeit der Mitarbeitenden zu achten. Mobbing ist nach einer auch vom Bundesgericht verwendeten Definition ein systematisches, feindliches, über einen längeren Zeitraum anhaltendes Verhalten, mit dem eine Person an ihrem Arbeitsplatz isoliert, ausgegrenzt oder gar von ihrem Arbeitsplatz entfernt werden soll. Sogenanntes Mobbing an sich begründet den Missbrauch des Kündigungsrechts nicht ohne weiteres. Missbräuchlich kann eine Kündigung allerdings sein, wenn sie wegen einer Leistungseinbusse des Arbeitnehmers ausgesprochen wurde, welche sich ihrerseits als Folge des Mobbing erweist. Denn die Ausnutzung eigenen rechtswidrigen Verhaltens bildet einen typischen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs. Der Arbeitgeber, der Mobbing nicht verhindert, verletzt seine Fürsorgepflicht. Er darf die Kündigung nicht mit den Folgen seiner eigenen Vertragsverletzung rechtfertigen. Stets muss jedoch auch in Erwägung gezogen werden, dass sich die betroffene Person das Mobbing nur einbildet oder sich sogar missbräuchlich darauf beruft, um sich so vor an sich gerechtfertigten Weisungen oder Ermahnungen zu schützen (Urteile 8C\_358/2009 vom 8. März 2010 E. 5.1; 4C.179/2004 vom 14. September 2004 E. 2.1).

4.3 Nach den Feststellungen des kantonalen Gerichts ist das für eine Zusammenarbeit unerlässliche Vertrauensverhältnis zum Beschwerdeführer in seiner Funktion als Bademeister entfallen und eine weitere Zusammenarbeit mit ihm nicht mehr zumutbar. Dieser Umstand beruht gemäss dem angefochtenen Entscheid nicht auf Mobbing des Vorgesetzten, sondern auf dem Verhalten des Beschwerdeführers selber. Insbesondere treffe die Behauptung nicht zu, ein Vorfall im Mai 2003 sei Ausgangspunkt einer

über Jahre dauernden Ausgrenzung des Beschwerdeführers gewesen. Gegen eine solche Annahme spreche insbesondere der Umstand, dass der Leiter Bad und Eis den Beschwerdeführer auch nach jenem Ereignis weiterhin für zusätzliche, zeitlich befristete Arbeitseinsätze beigezogen habe. Gemäss kantonalem Gericht macht hingegen das Verhalten des Beschwerdeführers vom 17. Juni 2005 deutlich, dass er keine Gewähr für eine zuverlässige und selbständige Arbeit als Bademeister biete. Einem solchen müsse bewusst sein, dass die Wasseraufsichtspflicht für die Sicherheit der Badegäste von zentraler Bedeutung sei und ein Bademeister verantwortungslos handle, wenn er das Hallenbad verlasse, obwohl sich noch eine Schulklasse oder andere Badegäste im Wasser aufhielten. Nicht nur sein Vorgehen, sondern auch die anschliessende Ablehnung jeglicher Verantwortung seien geeignet gewesen, das Vertrauen der Vorgesetzten in sein Pflichtbewusstsein zu beeinträchtigen. Durch die unkorrekte Rapportierung der Arbeitszeit sei dieses noch zusätzlich belastet worden. Eine weitere Beeinträchtigung habe das Vertrauensverhältnis alsdann durch das Verhalten des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit der verspäteten Rückkehr aus dem Libanon im Sommer 2006 erfahren, indem sich der Beschwerdeführer nicht rechtzeitig gemeldet und damit nicht sichergestellt habe, dass die Beschwerdegegnerin den Umständen entsprechend über Gründe und Dauer der Abwesenheit informiert wurde. Dass er von seinem Vorgesetzten in der Folge ausgegrenzt worden wäre, ist nach Auffassung des Verwaltungsgerichts nicht erstellt.

4.4 Das Verwaltungsgericht ist nicht in Willkür verfallen, wenn es gestützt auf eine Gesamtwürdigung davon ausging, das Verhalten des Beschwerdeführers habe dazu geführt, dass das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und seinem Vorgesetzten mit der Zeit immer mehr Schaden nahm, bis eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr zumutbar war. Unter Berücksichtigung aller Umstände kann als erstellt gelten, dass die Gründe für die als unhaltbar beurteilte Situation im Bereich Bad und Eis jedenfalls zu einem gewichtigen Teil in der Person des Beschwerdeführers lagen. Es kann auch nicht gesagt werden, dass seitens der zuständigen Organe keine Bemühungen unternommen worden seien, den Beschwerdeführer in der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen. Wie dieser selber ausführt, wurden anlässlich des Standortgesprächs vom 27. Oktober 2005 Massnahmen beschlossen, um die Störungen des Arbeitsklimas zu beseitigen. Dass diese nach der Rückkehr des Beschwerdeführers aus dem Libanon nicht griffen, ist überwiegend seinem Verhalten zuzuschreiben. Dort hatte der Beschwerdeführer laut Beurteilung des Dr. med. S. vom 5. Oktober 2006 offenbar am 2. Juni 2006 bei einem Verkehrsunfall eine Gehirnerschütterung erlitten und sich daraufhin während vier Tagen im Spital aufgehalten. Dem Beschwerdeführer musste aufgrund der früheren Ereignisse und des bereits beeinträchtigten Vertrauensverhältnisses zu jenem Zeitpunkt klar sein, dass die Toleranzschwelle tief lag. Es hätte ihm daher daran gelegen sein müssen, sich baldmöglichst persönlich bei den zuständi-

gen Stellen in der Schweiz zu melden und sicherzustellen, dass diese über die Gründe und die Dauer seiner Abwesenheit informiert wurden. Zudem hätte er weitere Unannehmlichkeiten, wie die vorübergehende Einstellung der Lohnzahlungen, ohne weiteres verhindern können, wenn er frühzeitig ein Zeugnis des erstbehandelnden Arztes im Libanon beigebracht hätte. Das kantonale Gericht hat die vom Beschwerdeführer angerufenen Vorkommnisse einzeln geprüft und ist dabei zum Schluss gekommen, es liege kein Mobbing seitens des Leiters Bad und Eis vor. Diese zeigten vielmehr, dass jeweils ein beanstandetes Verhalten des Beschwerdeführers Auslöser einer konfliktgeladenen Situation bildete und es deswegen immer wieder zu neuen Auseinandersetzungen mit dem Vorgesetzten kam, die sich auch durch geeignete Vorkehren des Arbeitgebers nicht hätten verhindern lassen. Wenn sich die Direktion Schule und Sport bei dieser Sachlage entschloss, das Dienstverhältnis mit dem Beschwerdeführer aufzulösen, beruhte dieser Entscheid, wie das kantonale Gericht ohne Willkür annehmen durfte, auf einem sachlich zulässigen Grund. Von einer unverhältnismässigen Massnahme kann nicht die Rede sein.

4.5 Was die Angemessenheit der Auflösung des Dienstverhältnisses und die Frage einer allfälligen Weiterbeschäftigung in einer gleichwertigen Stelle innerhalb der Stadtverwaltung angeht, ist fraglich, ob der Beschwerdeführer überhaupt rechtsgenügende Verfassungsfragen vorträgt. Abgesehen davon entspricht es einer allgemeinen Erfahrung, dass ein gravierend gestörtes Arbeitsklima sich über kurz oder lang negativ auf den Betrieb selber auswirkt. Die Aussprechung der Kündigung liegt in einem solchen Fall grundsätzlich im öffentlichen Interesse. Es erweist sich daher nicht als unangemessen, dass die Beschwerdegegnerin unter den gegebenen Umständen von einer Weiterbeschäftigung in der bisherigen oder einer ähnlichen Tätigkeit abgesehen hat. Mit der Einstellung im Sportzentrum Y. wurden für den Beschwerdeführer zudem ausreichende zeitliche und finanzielle Voraussetzungen für eine berufliche Neuorientierung geschaffen.

*Bundesgericht, Urteil vom 8. Juli 2010, Doss.-Nr. 9C\_121/2010 (Bestätigung des Entscheids des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 17. Dezember 2009), in BGE 136 V 239*

**Art. 16b Abs. 3 EOG und Art. 29 lit. b EO; Art. 9 Abs. 3, Art. 9b Abs. 2 und Art. 10 Abs. 3 AVIG; Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung bei Arbeitslosigkeit.**

**Damit die Mutter im Zeitpunkt der Geburt als arbeitslos gilt, ist nicht vorausgesetzt, dass sie beim Arbeitsamt angemeldet ist (E. 2.1).**

**Die für den Bezug eines Taggeldes nach dem AVIG erforderliche Beitragsdauer, deren Erfüllung Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung gibt, wenn die Mutter nicht bis zur Geburt des Kindes Taggelder**

**der Arbeitslosenversicherung bezogen hat (Art. 29 lit. b EOV), muss während der ordentlichen zweijährigen Rahmenfrist für die Beitragszeit nach Art. 9 Abs. 3 AVIG zurückgelegt worden sein. Eine Verlängerung der Rahmenfrist analog zu Art. 9b Abs. 2 AVIG (bei Versicherten, die sich der Erziehung ihrer Kinder gewidmet haben), fällt ausser Betracht (E. 2.2–2.4).**

Sachverhalt:

A.

Die 1967 geborene A. arbeitete von Januar 1995 bis Ende Dezember 2007 bei der Firma P. GmbH, wobei sie vom 1. August 2006 bis 31. Dezember 2007 unbezahlten Urlaub bezogen hatte. Sie ist Mutter dreier Kinder. Nach der Geburt des dritten Kindes am 14. Januar 2008 meldete sie sich am 23. Januar 2008 für eine Mutterschaftsentschädigung an. Gestützt auf eine Auskunft des Staatssekretariates für Wirtschaft (SECO) vom 21. April 2008 lehnte die Ausgleichskasse des Kantons Zürich den Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung mit Verfügung vom 5. Mai 2008 mangels ausreichender Beitragsdauer für den Bezug von Taggeldern der Arbeitslosenversicherung ab, woran sie auf Einsprache von A. hin gestützt auf neuerliche Abklärungen beim SECO mit Entscheid vom 25. August 2008 festhielt.

B.

Die von A. hiegegen eingereichte Beschwerde wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 17. Dezember 2009 ab.

C.

A. führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Antrag, unter Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides sei ihr Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung anzuerkennen. Ferner ersucht sie um die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung.

Während die Ausgleichskasse auf eine Vernehmlassung verzichtet, schliesst das Bundesamt für Sozialversicherungen auf Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

1.

Das EOG (SR 834.1) regelt unter Ziff. IIIa., eingefügt durch Ziff. I des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 2003 (AS 2005 1429, 1432), in Kraft seit 1. Juli 2005, die Mutterschaftsentschädigung. Anspruchsberechtigt ist nach Art. 16b Abs. 1 EOG eine Frau, die:

a) während der neun Monate unmittelbar vor der Niederkunft im Sinne des AHVG obligatorisch versichert war;

b) in dieser Zeit mindestens fünf Monate lang eine Erwerbstätigkeit ausgeübt hat; und

c) im Zeitpunkt der Niederkunft:

1. Arbeitnehmerin im Sinne von Art. 10 ATSG ist;
2. Selbstständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG ist; oder
3. im Betrieb des Ehemannes mitarbeitet und einen Barlohn bezieht.

Nach Abs. 3 regelt der Bundesrat:

(...) die Anspruchsvoraussetzungen für Frauen, die wegen Arbeitsunfähigkeit oder Arbeitslosigkeit:

a) die Voraussetzungen von Absatz 1 Buchstabe a nicht erfüllen;

b) im Zeitpunkt der Niederkunft nicht Arbeitnehmerinnen oder Selbstständigerwerbende sind.

2.

Die in Art. 16b Abs. 1 lit. a–c EOG genannten Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Die Mutterschaftsentschädigung ist grundsätzlich auf Frauen beschränkt, die im Zeitpunkt der Niederkunft erwerbstätig waren, d.h. die bei der Niederkunft noch in einem gültigen privat- oder öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis oder Lehrverhältnis stehen oder als Selbstständigerwerbende im Zeitpunkt der Niederkunft von der AHV als solche anerkannt sind (Art. 16b Abs. 1 lit. c EOG; BBl 2002 7543 f.; BGE 133 V 73 E. 4.1 S. 77 f.; Urteil 9C\_171/2008 vom 28. Mai 2008 E. 4.2). Ausnahmen sollen nur dann gemacht werden, wenn eine Frau wegen Arbeitslosigkeit oder Arbeitsunfähigkeit im Zeitpunkt der Niederkunft nicht als erwerbstätig gilt (Art. 16b Abs. 3 EOG; BBl 2002 7544). Nach Art. 29 EO (SR 834.11) hat eine Mutter, die im Zeitpunkt der Geburt arbeitslos ist oder infolge Arbeitslosigkeit die erforderliche Mindesterdauer nach Art. 16b Abs. 1 lit. b EOG nicht erfüllt, Anspruch auf Entschädigung, wenn sie bis zur Geburt ein Taggeld der Arbeitslosenversicherung bezog (lit. a) oder am Tag der Geburt die für den Bezug eines Taggeldes nach dem AVIG erforderliche Beerdauer erfüllt (lit. b).

2.1 Gemäss Ingress von Art. 16b Abs. 3 EOG und Art. 29 EO ist Voraussetzung für den ausnahmsweisen Leistungsanspruch trotz Fehlens einer Erwerbstätigkeit, dass die Mutter im Zeitpunkt der Geburt arbeitslos ist. Nach Art. 10 Abs. 1 und 2 AVIG (SR 837.0) gilt als ganz bzw. teilweise arbeitslos, wer in keinem oder nur einem teilzeitlichen Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeit- bzw. eine weitere Teilzeitbeschäftigung sucht. Gemäss Art. 10 Abs. 3 AVIG gilt der Arbeitsuchende erst dann als arbeitslos, wenn er sich beim Arbeitsamt zur Arbeitsvermittlung gemeldet hat. Die Vorinstanz hat gestützt auf diese Bestimmung erwogen, die Beschwerdeführerin sei gar nicht arbeitslos, weil sie, was unbestritten ist, im Zeitpunkt der Geburt ihres Kindes nicht beim Arbeitsamt zur Arbeitsvermittlung gemeldet gewesen sei. Nach der Entstehungsgeschichte von Art. 16b Abs. 3 EOG soll allerdings nicht verlangt werden, dass eine Frau im Zeitpunkt der Niederkunft auch tatsächlich Arbeitslosenentschädigung bezieht. Ein Anspruch soll auch dann bestehen, wenn ohne Bezug von Arbeitslo-

senentschädigung im Zeitpunkt der Geburt eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug eröffnet ist, unabhängig davon, ob unmittelbar vor der Niederkunft Arbeitslosenentschädigung bezogen wird, oder wenn unmittelbar vor oder unmittelbar nach der Niederkunft eine nach dem AVIG genügende Beitragszeit nachgewiesen ist oder ein Grund für die Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit vorliegt. Im Sinne einer konsequenten Leistungsabgrenzung und Koordination zwischen AVIG und EOG soll damit vermieden werden, dass sich Versicherte zur Wahrung ihrer Ansprüche auf Mutterschaftsentschädigung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung anmelden müssen. Eine solche Anmeldung könnte angesichts des starren Rahmenfristensystems in der Arbeitslosenversicherung zu einer massiven Beeinträchtigung ihrer Ansprüche im Falle einer späteren Arbeitslosigkeit führen. Zudem verlangt das Gebot der Gleichbehandlung eine solche Regelung, weil ansonsten die Kategorie der beitragsfrei versicherten Personen ungleich behandelt würde, je nachdem, ob im Zeitpunkt der Niederkunft ein Antrag auf Arbeitslosenentschädigung gestellt worden ist oder nicht (BBl 2003 1121 f.; vgl. auch AB 2003 S 541). Nach diesen Ausführungen ist also der Begriff «arbeitslos» gemäss Art. 16b Abs. 3 EOG und Art. 29 EOV nicht im Sinne von Art. 10 Abs. 3 AVIG zu verstehen. Eine Abweichung ist jedoch nur vom formellen Erfordernis der Anmeldung beim Arbeitsamt zulässig. Materiell muss Arbeitslosigkeit vorliegen.

2.2 Vorausgesetzt ist des Weiteren für die Mutter, die nicht bis zur Geburt ein Taggeld der Arbeitslosenversicherung bezogen hat (Art. 29 lit. a EOV), dass sie am Tag der Geburt die für den Bezug eines Taggeldes nach dem AVIG erforderliche Beitragsdauer erfüllt (Art. 29 lit. b EOV). Umstritten ist, ob dieses Erfordernis im Falle der Beschwerdeführerin erfüllt ist. Fest steht, dass sie innerhalb der ordentlichen Rahmenfrist für die Beitragszeit von zwei Jahren vor der Geburt (Art. 9 Abs. 3 AVIG) nicht während mindestens 12 Monaten eine beitragspflichtige Tätigkeit ausgeübt hat (Art. 13 Abs. 1 AVIG), da sie ab August 2006 keinen Lohn mehr bezog. Anrechnungen nach Art. 13 Abs. 2 lit. d AVIG werden nicht geltend gemacht. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die massgebliche Rahmenfrist nach Art. 9b Abs. 2 AVIG verlängert werden kann. Dieser Bestimmung zufolge beträgt die Rahmenfrist für die Beitragszeit von Versicherten, die sich der Erziehung ihrer Kinder gewidmet haben, vier Jahre, sofern zu Beginn der einem Kind unter zehn Jahren gewidmeten Erziehung keine Rahmenfrist für den Leistungsbezug lief.

2.3 Nach dem Wortlaut von Art. 29 lit. b EOV ist nicht ohne weiteres klar, worauf sich die Beitragsdauer bezieht, d.h. in welchem Zeitraum sie erfüllt worden sein muss. Indessen ist die Verordnung gesetzeskonform auszulegen, mit Blick auf die in den neuen Bestimmungen des EOG zum Ausdruck kommende Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers, wonach nur erwerbstätige Frauen Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung haben sollen. Diesen gleichgestellt sind Frauen, die *wegen* Arbeitslosigkeit (oder Arbeitsunfähigkeit) im Zeitpunkt der Niederkunft nicht erwerbstätig wa-

ren. Nur für diese Fälle ermächtigt Art. 16b Abs. 3 EOG den Bundesrat, von den in Abs. 1 genannten Voraussetzungen abzuweichen. Würde der Bundesrat die Anspruchsberechtigung auf weitere Fälle nicht erwerbstätiger Frauen ausdehnen, wäre die Verordnung gesetzwidrig (vgl. auch BBl 2003 1121).

2.4 Wer wie die Beschwerdeführerin seit längerer Zeit keine bezahlte Erwerbstätigkeit mehr ausübt, ohne sich bei der Arbeitslosenversicherung anzumelden, ist nicht *wegen* Arbeitslosigkeit nicht erwerbstätig, sondern aus anderen, beispielsweise familiären Gründen. Eine gesetzeskonforme Auslegung der Verordnung führt daher dazu, dass unter Beitragsdauer im Sinne von Art. 29 lit. b EOV nur diejenige, die in der ordentlichen zweijährigen Rahmenfrist zurückgelegt wurde, verstanden werden kann.

3.

In sachverhaltlicher Hinsicht kritisiert die Beschwerdeführerin, die Annahme der Vorinstanz, sie sei im Zeitpunkt der Niederkunft nicht auf Stellensuche gewesen, sei willkürlich. Bei der dargelegten rechtlichen Ausgangslage ist diese Rüge irrelevant.

*Bundesgericht, Urteil vom 12. Juli 2010, Doss.-Nr. 4A\_223/2010 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Luzern vom 3. März 2010)*

**Stellt ein Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Antrag auf Lohnkürzung, gilt Stillschweigen grundsätzlich nicht als Annahme. Gemäss Art. 6 OR ist jedoch dann von einer stillschweigenden Annahme eines Antrags auszugehen, wenn nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist und der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird. Derartige Umstände liegen vor, wenn für den Arbeitnehmer erkennbar ist, dass der Arbeitgeber von seinem (stillschweigenden) Einverständnis ausgeht und er andernfalls bestimmte Massnahmen, namentlich eine Entlassung, veranlassen würde. Teilt der Arbeitnehmer der Arbeitgeberin in diesem Fall innert angemessener Frist nicht mit, dass er die Lohnkürzung nicht akzeptiere, so ist er auf dem von ihm geschaffenen Anschein zu behaften und es ist von einer stillschweigenden Zustimmung auszugehen (E. 2.1.2 und 2.4).**

Sachverhalt:

A. (Arbeitnehmer) arbeitete vom 23. März 1995 bis 31. August 2001 und vom 7. Januar 2002 bis 31. Januar 2007 als Küchenplaner und -verkäufer bei der X. AG (Arbeitgeberin).

Am 28. April 2008 klagte der Arbeitnehmer (Kläger) beim Amtsgericht Luzern-Stadt gegen die Arbeitgeberin (Beklagte) auf Zahlung von

Fr. 41 380.70 nebst Zins und auf Abänderung des ausgestellten Arbeitszeugnisses. Zur Begründung führte der Kläger namentlich aus, gemäss Ziff. 6 des Arbeitsvertrages vom 21. Dezember 2001 stehe ihm eine Umsatzprovision von 1,5% zu. Ab dem 26. April 2004 habe die Beklagte jedoch nur noch Provisionen von 0,7% ausbezahlt. Zwar habe sie ihm mündlich mitgeteilt, dass er nun in Luzern arbeiten solle und die Provision auf 0,7% gesenkt würde, ansonsten ihm gekündigt werde. Mit diesem Vorschlag habe er sich aber nicht einverstanden erklärt und den entsprechenden Entwurf eines Arbeitsvertrages nicht unterzeichnet. Die Beklagte habe daher Provisionen von 0,8% nachzubezahlen, was eine Summe von Fr. 25 883.30 ergebe. Das Amtsgericht verpflichtete die Beklagte, dem Kläger ein Arbeitszeugnis mit neuem Text auszustellen und wies im Übrigen die Klage ab. Dagegen appellierten beide Parteien an das Obergericht des Kantons Luzern. Das Obergericht wies beide Appellationen ab. Der Kläger erhebt Beschwerde in Zivilsachen mit den Begehren, das Urteil des Obergerichts – abgesehen von der Verpflichtung der Beklagten zur Änderung des Arbeitszeugnisses – aufzuheben und die Klage im Umfang von Fr. 25 883.30 nebst Zins zu 5% ab 1. März 2005 gutzuheissen.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Der Einzelarbeitsvertrag bedarf zu seiner Gültigkeit grundsätzlich keiner besonderen Form (Art. 320 Abs. 1 OR). Er kann daher – sofern die Parteien keine Form vorbehalten haben – mündlich oder durch konkludentes Verhalten geschlossen oder abgeändert werden. Dies gilt auch für Änderungen des vereinbarten Lohnes (Urteil 4C.242/2005 vom 9. November 2005 E. 4.2).

2.1.1 Ist für einen Vertrag, der vom Gesetz an keine Form gebunden ist, die Anwendung einer solchen vorbehalten worden, so wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen (Art. 16 Abs. 1 OR). Nach der Rechtsprechung können Formvorbehalte durch konkludentes Verhalten, z.B. die Zustellung von unterzeichneten Vertragsdoppeln vereinbart werden. Ein konkludenter Verzicht auf eine vorbehaltene Schriftform ist anzunehmen, wenn die vertraglichen Leistungen trotz Nichteinhaltung der Form vorbehaltlos erbracht und entgegengenommen werden, weil dadurch die Vermutung des Art. 16 Abs. 1 OR entkräftet wird (BGE 105 II 75 E. 1 S. 78 f.; vgl. auch BGE 123 III 70 E. 3d S. 75; 125 III 263 E. 4c S. 268; mit Hinweisen).

2.1.2 Stellt ein Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Antrag auf Lohnkürzung, gilt Stillschweigen grundsätzlich nicht als Annahme (REH-BINDER/STÖCKLI, in: Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/1, 2010, N. 19 zu Art. 322 OR; vgl. auch BGE 109 II 327 E. 2b S. 329 f.). Gemäss Art. 6 OR ist jedoch dann von einer stillschweigenden Annahme eines Antrags aus-

zugehen, wenn nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist und der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird. Nach der Lehre liegen derartige Umstände vor, wenn für den Arbeitnehmer erkennbar ist, dass der Arbeitgeber von seinem (stillschweigenden) Einverständnis ausgeht und er andernfalls bestimmte Massnahmen, namentlich eine Entlassung, veranlassen würde (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N. 19 zu Art. 322 OR; ADRIAN STAEHELIN, in: Zürcher Kommentar, Bd. V/2c, 4. Aufl. 2006, N. 44 zu Art. 322 OR). Nach Lehre und Rechtsprechung gilt bei vorbehaltloser Annahme des gekürzten Lohnes während drei Monaten eine tatsächliche Vermutung für eine stillschweigende Zustimmung zur Lohnkürzung. Diese Vermutung kann der Arbeitnehmer allerdings umstossen, wenn er besondere Umstände nachweist, gestützt auf welche der Arbeitgeber trotz des langen Schweigens des Arbeitnehmers nicht auf dessen Zustimmung zur Reduktion schliessen durfte (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N. 19 zu Art. 322 OR; Urteil 4C.242/2005 vom 9. November 2005 E. 4.3; je mit Hinweisen; a.M. WOLFGANG PORTMANN, Basler Kommentar, OR I, 4. Aufl., N. 9 zu Art. 322 OR). In der widerspruchlosen Annahme des gekürzten Lohnes während einer sechsmonatigen Vertragsdauer erblickte das Bundesgericht eine konkludente Zustimmung, obwohl der Arbeitnehmer einen ihm vor Arbeitsantritt unterbreiteten neuen Vertrag, der die Lohnkürzung enthält, nicht unterzeichnet hatte (Urteil 4C.242/2005 vom 9. November 2005 E. 4.1 und 4.4). Demgegenüber kann allein daraus, dass der Arbeitnehmer eine Lohnquittung über einen unter dem vertraglichen Lohn liegenden Betrag unterzeichnet, nicht abgeleitet werden, der künftige Lohn sei im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer geändert worden (BGE 109 II 327 E. 2b).

2.2 Die Vorinstanz erwog, aus dem Umstand, dass die Beschwerdegegnerin die Provisionskürzung zu Papier gebracht habe, lasse sich kein Vorbehalt der Schriftform ableiten, nachdem der Beschwerdeführer während 34 Monaten gegen diese Kürzung keine Einwände erhoben habe und eine ausdrückliche Vereinbarung über die Schriftform für Vertragsänderungen nicht bewiesen sei. Trotz der befürchteten Kündigung wäre der Beschwerdeführer nach Treu und Glauben gehalten gewesen, gegen die Provisionsreduktion zu protestieren, wenn er auf der ursprünglichen Provision hätte beharren wollen. Die Beschwerdegegnerin habe daher auf eine konkludente Zustimmung vertrauen dürfen.

2.3 Der Beschwerdeführer wendet ein, der Versendung von Vertragsdoppeln komme die Bedeutung eines Schriftvorbehalts zu. Der Beweis eines Formvorbehalts sei somit erbracht und könne nicht durch eine aus dem Stillschweigen geschlossene Vermutung umgestossen werden, weshalb das Obergericht die Beweislastregeln falsch angewendet habe. Die Beschwerdegegnerin habe wissen müssen, dass er eine Kündigung befürchtet und daher nicht gewagt habe, zu opponieren. Würde anders entschieden, hätte dies zur Folge, dass Arbeitgeber einseitige Lohnkürzungen

ohne Weiteres durchsetzen könnten, was nicht akzeptable soziale Konsequenzen hätte.

2.4 Sowohl nach diesen Ausführungen als auch nach den vorinstanzlichen Feststellungen hat der Beschwerdeführer erkannt, dass die Beschwerdegegnerin von seiner stillschweigenden Zustimmung zur angekündigten Provisionskürzung ausging, nahm er doch an, andernfalls würde ihm gekündigt. Indem er die Beschwerdegegnerin in diesem Glauben belies, erweckte er bewusst den Anschein, er akzeptiere die Provisionsenkung. Hätte er diese entgegen der erkennbaren Erwartung der Beschwerdegegnerin ablehnen wollen, wäre er – ungeachtet seiner Angst vor einer Kündigung – nach Treu und Glauben gehalten gewesen, ihr dies innert angemessener Frist mitzuteilen. Dies hat er unterlassen, weshalb er bei dem von ihm geschaffenen Anschein zu behaften und von einer stillschweigenden Zustimmung auszugehen ist. Dabei kann offen bleiben, ob aus der Übergabe eines neuen Vertrages auf einen Schriftvorbehalt geschlossen werden könnte, denn in der Umsetzung des geänderten Vertrages über eine längere Zeit läge ohnehin ein beidseitiger stillschweigender Verzicht auf die Schriftform. Demnach hat das Obergericht kein Bundesrecht verletzt, wenn es einen Anspruch auf Erhöhung der bereits erfolgten Provisionszahlungen auf das bisherige Niveau verneinte. Ein solcher Anspruch ist gar nicht entstanden, weshalb entgegen der Meinung des Beschwerdeführers unerheblich ist, innert welcher Frist er verjährt wäre.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 12 juillet 2010, Doss.-N° 4A\_248/2010 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre la décision rendue le 16 mars 2010 par la Chambre des relations collectives de travail du canton de Genève)*

**Qualité pour agir d'un syndicat. On ne voit pas que le licenciement d'une employée soit susceptible de porter atteinte aux droits de la personnalité des travailleurs de la profession concernée. On ne saurait en particulier admettre, dans le cas d'espèce, l'existence d'un intérêt collectif au regard de la liberté syndicale. Il s'ensuit qu'au moins l'une des conditions posées par la jurisprudence pour que le syndicat puisse agir en réintégration de l'employée fait défaut (c. 4.2).**

**Un syndicat ne dispose pas d'un droit propre, fondé sur l'art. 28 CC, qui garantirait le maintien de ses membres à leur poste de travail en cas de licenciement intervenant en violation de la convention collective applicable. Il n'apparaît en outre pas que le licenciement d'une employée puisse porter atteinte à la considération sociale du syndicat, en tant que droit reconnu de la personnalité des personnes morales (c. 4.2).**

**Art. 361 CO. L'ordre juridictionnel suisse permet-il l'amélioration par la voie conventionnelle de la protection légale des articles 336 ss CO en matière de licenciement? Question non traitée (c. 5).**

Extraits des faits:

A., employée dans le secteur du commerce de détail et membre du syndicat X., a été engagée par Y. & Cie (ci-après: Y.) tout d'abord en qualité de collaboratrice de vente temporaire du 18 novembre au 24 décembre 2005, puis comme collaboratrice fixe dès le 1<sup>er</sup> mars 2006.

Par courrier du 18 février 2009, Y. a licencié A. pour le 30 avril 2009. La lettre de licenciement reproche pour l'essentiel à l'employée une interview qu'elle a donnée à W. le 24 décembre 2008, dans laquelle elle critique la pratique de l'entreprise (sans la citer) en relation avec l'ouverture nocturne des magasins. Le syndicat X. a contesté ce licenciement, soutenant qu'il intervenait en raison des activités syndicales de A., qui était représentante des travailleurs au sein de la Commission O. Estimant qu'un tel congé frappe non seulement le travailleur, mais le syndicat lui-même, X. a fait valoir qu'un tel licenciement était interdit par l'art. 17 al. 2 de la Convention cadre du commerce de détail (ci-après: CCT), dont X. et Y. sont signataires. L'art. 17 al. 2 CCT prévoit qu'il est interdit de discriminer ou de licencier un employé en raison de son activité exercée en qualité de représentant, de délégué syndical ou de membre des commissions du personnel des employés. La procédure devant la Commission paritaire professionnelle du commerce de détail a été paralysée en raison d'une divergence complète entre les parties.

Le 30 avril 2009, le syndicat X. a déposé une requête dirigée contre Y. auprès de la Chambre des relations collectives de travail, concluant, à titre de mesures provisionnelles, à ce que A. soit réengagée provisoirement à partir du 1<sup>er</sup> mai 2009 et, sur le fond, à ce que le licenciement soit annulé et à ce que l'employée réintègre son poste à partir du 1<sup>er</sup> mai 2009. Par décision du 26 mai 2009, intitulée «décision sur mesures provisionnelles», la Chambre des relations collectives de travail a déclaré la demande recevable et ordonné la réintégration de A. jusqu'à droit jugé sur le fond. Le recours en matière civile interjeté au Tribunal fédéral par Y. contre cette décision a été déclaré irrecevable, par arrêt du 30 septembre 2009.

Par décision du 16 mars 2010, la Chambre des relations collectives de travail a statué sur le fond de la cause. Elle a déclaré la demande déposée le 30 avril 2009 par le syndicat X. irrecevable.

Le syndicat X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre cette dernière décision. Il conclut à l'annulation de la décision attaquée et à ce qu'il soit ordonné à Y., sous la menace de la peine d'une amende prévue par l'art. 292 CP dirigée contre ses associés, d'annuler le licenciement de A., de la réintégrer à son poste à partir du 1<sup>er</sup> mai 2009 et de débouter Y. de toutes autres ou contraires conclusions. Subsidièrement,

il conclut à l'annulation de la décision attaquée, à ce qu'il soit dit que le syndicat X. a la qualité pour agir contre Y. et que les conclusions de sa demande sont recevables, ainsi qu'au renvoi de la cause à la Chambre des relations collectives de travail pour nouvelle décision. La requête d'effet suspensif présentée par le recourant a été écartée par ordonnance présidentielle du 27 mai 2010.

Extraits des considérants:

4.

Le syndicat recourant reproche à l'autorité cantonale, sous l'angle d'une violation du droit fédéral, d'avoir nié sa qualité pour agir à l'encontre de la partie adverse pour exiger la réintégration de sa déléguée syndicale à son poste de travail.

Le syndicat estime avoir la qualité pour agir en justice à l'encontre de l'intimée à plusieurs titres. Il soutient qu'en tant que partie à la convention collective, il est titulaire de droits à l'encontre de l'intimée, également partie contractante, et qu'il peut ainsi agir en justice pour faire respecter les engagements contractuels pris. Il prétend également avoir été atteint, par le licenciement de l'employée, de manière illicite dans ses propres droits de la personnalité au sens de l'art. 28 CC et être légitimé à agir en justice sur la base de l'art. 28a CC pour faire cesser cette atteinte. Enfin, il fait valoir qu'en tant qu'association professionnelle, il a la légitimation active pour défendre les travailleurs contre les atteintes portées à leurs droits de la personnalité.

4.1 S'agissant de la qualité pour agir des associations professionnelles, la jurisprudence l'a reconnue quand elles entendent défendre un intérêt collectif comprenant non seulement l'intérêt personnel de leurs membres, mais aussi celui des personnes qui, sans compter parmi leurs adhérents, exercent cependant le métier de ces derniers. Toutefois, même dans cette hypothèse, la qualité pour agir des associations est subordonnée à la condition qu'elles soient habilitées par leurs statuts à sauvegarder les intérêts économiques de leurs membres et que ceux-ci aient eux-mêmes qualité pour intenter l'action. Si elles peuvent ester en justice pour défendre les intérêts communs d'une profession, elles ne sauraient en revanche avoir cette qualité pour réclamer la réparation d'un dommage subi par un de leurs membres personnellement (ATF 125 III 82 consid. 1a p. 83 s.; 121 III 168 consid. 4b p. 176; 114 II 345 consid. 3b p. 347 et les références). Ainsi, la jurisprudence soumet la qualité pour agir d'une association professionnelle à la réalisation de trois conditions cumulatives: l'association doit être habilitée par ses statuts à sauvegarder les intérêts économiques de ses membres, ceux-ci doivent eux-mêmes avoir qualité pour intenter action et, enfin, l'association doit défendre un intérêt collectif, lequel concerne la profession en général, ce qui comprend non seulement l'intérêt personnel de ses membres mais aussi celui des personnes qui exercent le même

métier, sans toutefois être membres de l'association professionnelle concernée.

La qualité pour agir d'une association professionnelle est également admise lorsque celle-ci dispose d'un droit propre fondé sur l'art. 28 CC pour atteinte à ses droits de la personnalité ou que la qualité pour agir lui est reconnue par une disposition de droit fédéral (ATF 125 III 82 consid. 2 p. 84 s.; 121 III 168 consid. 3 et 4 p. 171 ss; FABIENNE HOHL, Procédure civile, T. I, Berne 2001, n<sup>os</sup> 440 et 441, p. 98).

4.2 En l'occurrence, il n'est pas douteux que la conclusion tendant à l'annulation du congé et à la réintégration de l'employée est une conclusion condamnatoire, dont le but n'est pas de servir les intérêts de tous les travailleurs de la profession. On ne voit pas que le licenciement de l'employée serait susceptible de porter atteinte aux droits de la personnalité des travailleurs de la profession concernée. On ne saurait en particulier admettre, dans le cas d'espèce, l'existence d'un intérêt collectif au regard de la liberté syndicale, invoquée par le recourant comme enjeu de la procédure. Il s'ensuit qu'au moins l'une des conditions posées par la jurisprudence pour que le syndicat puisse agir en réintégration de l'employée fait défaut.

Pour le surplus, on ne voit pas que le licenciement de l'employée porte atteinte aux droits de la personnalité du syndicat au sens de l'art. 28 CC. Celui-ci ne dispose en effet pas d'un droit propre, fondé sur cette disposition, qui garantirait le maintien de ses membres à leur poste de travail en cas de licenciement intervenant en violation de la convention collective. Il n'apparaît en outre pas que le licenciement de l'employée porte atteinte à la considération sociale du syndicat, en tant que droit reconnu de la personnalité des personnes morales (cf. ATF 121 III 168 consid. 3a p. 171). On ne discerne du reste pas pourquoi le syndicat aurait conclu en faveur de l'un de ses membres – en demandant la réintégration de celui-ci –, et non pas en constatation de la violation de la convention collective, s'il estimait être atteint dans sa propre personnalité.

Aucune autre disposition de droit fédéral ne trouve par ailleurs application pour fonder la légitimation active du recourant.

C'est donc à bon droit que l'autorité cantonale a nié la qualité pour agir du recourant en ce qui concerne la demande en réintégration.

Le prononcé d'irrecevabilité de la demande, en lieu et place d'un prononcé de rejet, n'est pas en soi contesté. Cela étant, il n'y a pas lieu d'y revenir.

5.

Dans la motivation de l'arrêt, les juges cantonaux se sont également prononcés sur la qualité de déléguée syndicale de A., sur le motif prépondérant de licenciement, sur l'interprétation de l'art. 17 al. 2 CCT et sur la compatibilité de cette disposition conventionnelle avec l'art. 361 CO.

Le recourant conteste – pour partie seulement – la position adoptée par la Chambre des relations collectives de travail dans son analyse des

arguments au fond. Ainsi, il critique l'incompatibilité de la disposition conventionnelle avec l'art. 361 CO. De son point de vue, les art. 336a et 361 CO n'ont pas vocation à s'appliquer dans le présent litige. Il soutient en outre que l'ordre juridictionnel suisse permet l'amélioration par la voie conventionnelle de la protection légale des art. 336 ss CO en matière de licenciement.

Dans la mesure où les juges cantonaux ont nié, à bon droit, la qualité pour agir du recourant, il n'est pas nécessaire d'entrer en matière sur les griefs se rapportant aux arguments de fond du litige.

*Bundesgericht, Urteil vom 15. Juli 2010, Doss.-Nr. 2C\_748/2009 (Bestätigung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. Oktober 2009), in: BGE 136 II 427*

**Art. 16 und 17 ArG; Art. 28 Abs. 3 ArGV 1; Art. 26 ArGV 2; Nachtarbeitsverbot; Unzulässigkeit des Verkaufs von Detailhandelsartikeln in Tankstellenshops zwischen 01.00 und 05.00 Uhr morgens.**

**Arbeitsgesetzliche Grundlagen zur Beschäftigung von Personal an Tankstellen in der Nacht (E. 2). Abweichungen vom Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot müssen «unentbehrlich» sein und sollen im Interesse eines wirksamen Arbeitnehmerschutzes die Ausnahme bilden (E. 3.2). Der Wunsch nach Detailhandelsprodukten kann ausserhalb von nächtlichen Öffnungszeiten befriedigt werden; es handelt sich dabei nicht um ein Angebot, an dem in der Nacht ein im überwiegenden öffentlichen Interesse zu befriedigendes Bedürfnis besteht (E. 3.3–3.6).**

Sachverhalt:

A.

Die BP Service-Stellen Wollishofen, Wiedikon und Airport betreiben je eine Tankstelle mit Bistro und Shop. In den Shops, die (inkl. Bistro) eine Verkaufsfläche von rund 62 m<sup>2</sup> (Wollishofen), 44 m<sup>2</sup> (Wiedikon) bzw. 75 m<sup>2</sup> (Airport) ausmachen, werden Snacks, Süswaren, Eiscreme, Getränke, Tiefkühl- und Frischprodukte, Lebensmittel sowie Non-Food-Artikel (Karten, Bücher, Zeitschriften und Tabak) verkauft. Die Service-Stellen sind rund um die Uhr geöffnet (Wollishofen seit August 1999, Wiedikon seit Juli 1997, Airport seit August 2003).

B.

Am 26. März 2007 informierte das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO die Erdölvereinigung, dass es aufgrund der geltenden Rechtslage nicht möglich sei, die in der Stadt Zürich (...) geduldete Praxis des durchgehenden Betriebs von Tankstellenshops während 24 Stunden an 365 Tagen pro Jahr aufrechtzuerhalten. Für den Verkauf von Waren des alltäglichen Gebrauchs durch Tankstellenshops bestehe kein besonderes Konsum-

bedürfnis, das eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot der Nachtarbeit rechtfertigen würde. Mit Gesuchen vom 23., 27. bzw. 29. August 2007 beantragten die BP Service-Stellen Wiedikon, Wollishofen und Airport dem SECO, ihnen zu bewilligen, Personal jeweils von Montag bis Sonntag zwischen 01.00 Uhr und 05.00 Uhr auch für den Betrieb der Tankstellenshops zu beschäftigen. Das Staatssekretariat wies die Gesuche am 16. Dezember 2008 ab; im Sinne einer Übergangsregelung gestattete es den Gesuchstellerinnen (...) unpräjudiziell, ihr Personal bis zum 30. Juni 2009 in den Shops weiterzubeschäftigen. Nach Ablauf dieser Frist müssten die Anforderungen des Arbeitsgesetzes bezüglich Öffnungszeiten strikte eingehalten werden (...).

C.

Mit Urteil vom 7. Oktober 2009 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht auf Beschwerde hin die entsprechenden Verfügungen des Staatssekretariats für Wirtschaft: Die Nachtarbeit sei nach dem Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11) grundsätzlich verboten. Besondere Konsumbedürfnisse, die eine Abweichung zuließen, lägen nur vor, wenn bei «objektiver Sichtweise eine grosse Anzahl Personen das Fehlen der fraglichen Waren und Dienstleistungen in der Nacht als erheblichen Mangel empfinden würde». Das in den Tankstellenshops angebotene herkömmliche Warensortiment des Detailhandels müsse nicht zwingend in der Nacht erworben werden. (...)

Das Bundesgericht weist die von den BP Service-Stellen Wollishofen, Wiedikon und Airport hiergegen eingereichte Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Arbeitnehmende dürfen nicht ausserhalb der betrieblichen Tages- (06.00 bis 20.00 Uhr) und Abendarbeitszeit (20.00 bis 23.00 Uhr) beschäftigt werden (Art. 16 ArG). Ausnahmen sind mit Bewilligung möglich: Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit wird vom Bundesamt gestattet, sofern sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen «unentbehrlich» erscheint; vorübergehende Nachtarbeit wird durch die kantonale Behörde genehmigt, «sofern ein dringendes Bedürfnis» nachgewiesen ist (Art. 17 Abs. 2, 3 und 5 ArG). Der Bundesrat kann zudem bestimmte Gruppen von Betrieben und Arbeitnehmern durch Verordnung generell ganz oder teilweise vom Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot ausnehmen und sie Sonderbestimmungen unterstellen, soweit ihm dies mit Rücksicht auf ihre besonderen Verhältnisse notwendig erscheint (Art. 27 Abs. 1 ArG). Das hat er für die Betriebe der Beherbergung, der Bewirtung und der Unterhaltung bzw. für solche, die der Versorgung des Gastgewer-

bes bei besonderen Anlässen dienen (Art. 27 Abs. 2 lit. b ArG), sowie für Unternehmen getan, welche die Versorgung von Fahrzeugen mit Betriebsstoffen oder ihre Instandhaltung und Instandstellung bezwecken (Art. 27 Abs. 2 lit. h ArG). Die zuständige Behörde kann schliesslich ausnahmsweise geringfügige Abweichungen von den Vorschriften des Gesetzes oder einer Verordnung zulassen, wenn der Befolgung der gesetzlichen Vorschriften «ausserordentliche Schwierigkeiten» entgegenstehen und das Einverständnis der Mehrheit der beteiligten Arbeitnehmer oder deren Vertreter im Betrieb vorliegt (Art. 28 ArG).

2.2 Nach Art. 4 der Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2, Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen; SR 822.112) darf der Arbeitgeber in Gastbetrieben Arbeitnehmende ohne behördliche Bewilligung ganz oder teilweise auch nachts und sonntags beschäftigen (Art. 23 Abs. 1 ArGV 2). Dasselbe gilt für Betriebe des Autogewerbes, falls sie mit der Versorgung von Fahrzeugen mit Betriebsstoffen sowie für die Aufrechterhaltung eines Pannen-, Abschlepp- und damit verbundenen Reparaturdienstes beschäftigt sind (Art. 46 ArGV 2). In Kiosken und Betrieben für Reisende darf das Personal nachts ohne Bewilligung lediglich bis 01.00 Uhr eingesetzt werden (Art. 26 Abs. 2 ArGV 2). Als Betriebe für Reisende gelten Verkaufsstellen und Dienstleistungsbetriebe an Bahnhöfen, Flughäfen, an anderen Terminals des öffentlichen Verkehrs und in Grenzorten sowie «Tankstellenshops auf Autobahnraststätten und an Hauptverkehrswegen mit starkem Reiseverkehr, die ein Waren- und ein Dienstleistungsangebot führen, das überwiegend auf die spezifischen Bedürfnisse der Reisenden ausgerichtet ist» (Art. 26 Abs. 4 ArGV 2).

2.3 Unabhängig von der Natur des jeweiligen Betriebs ist eine Ausnahme vom Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot bei technischer und wirtschaftlicher Unentbehrlichkeit möglich (Art. 17 ArG). Der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit hat der Ordnungsgeber «die besonderen Konsumbedürfnisse» gleichgestellt, «deren Befriedigung im öffentlichen Interesse liegt und nicht ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit möglich ist». Als solche gelten (a) «täglich notwendige und unentbehrliche Waren oder Dienstleistungen, deren Fehlen von einem Grossteil der Bevölkerung als wesentlicher Mangel empfunden würde», und (b) «bei denen das Bedürfnis dauernd oder in der Nacht oder am Sonntag besonders hervortritt» (Art. 28 Abs. 3 der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz [ArGV 1; SR 822.111]).

### 3.

3.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist gestützt auf diese Grundlagen zu Recht davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerinnen keiner Spezialbewilligung bedürfen, um Arbeitnehmende nachts für den Betrieb des Kaffeeshops bzw. des Bistros sowie der Tankstelle einsetzen zu können. Anders verhält es sich dagegen mit den eigentlichen Tankstellenshops – dies unabhängig davon, ob es sich dabei vorliegend um Betriebe an Haupt-

verkehrswegen mit starkem Reiseverkehr handelt oder nicht (Art. 26 Abs. 3 ArGV 2), da Streitgegenstand ausschliesslich die Beschäftigung von Personal zwischen 01.00 und 05.00 Uhr morgens bildet, wozu auf jeden Fall eine Ausnahmegewilligung des Staatssekretariats für Wirtschaft erforderlich ist, nachdem in Reisebedürfnisbetrieben nur bis 01.00 Uhr bewilligungslos gearbeitet werden darf (Art. 26 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 ArGV 2).

3.2 Die Annahme, es bestünden an den in den Shops der Beschwerdeführerinnen angebotenen Produkten keine besonderen Bedürfnisse, welche im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 zwischen 01.00 und 05.00 Uhr zu befriedigen wären, verletzt kein Bundesrecht: Das Arbeitsgesetz dient dem Arbeitnehmerschutz (vgl. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV), insbesondere in gesundheitlicher und sozialer Hinsicht. Die Bestimmungen über die Nachtarbeit sollen den mit dieser verbundenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen und Belastungen der Arbeitnehmenden Rechnung tragen (vgl. Urteil 2C\_344/2008 vom 26. März 2009 E. 4.4 mit Hinweisen; STÖCKLI/SOLTERMANN, in: Arbeitsgesetz, Geiser/von Kaenel/Wyler [Hrsg.], 2005, N. 3 f. zu Art. 16 ArGV). Es ist ihnen deshalb gerade auch dann Nachachtung zu verschaffen, wenn die Marktgesetze für die Einführung von Nacht- oder Sonntagsarbeit sprächen. Blosser Zweckmässigkeitsüberlegungen genügen nicht, um das Nacht- oder Sonntagsarbeitsverbot aufzuweichen (Urteil 2C\_344/2008 vom 26. März 2009 E. 5 mit Hinweisen). Die Nacht- und Sonntagsarbeit muss nach dem Gesetzestext «unentbehrlich» sein. Abweichungen von den entsprechenden Verboten sollen im Interesse eines wirksamen Arbeitnehmerschutzes die Ausnahme bilden (vgl. BGE 134 II 265 E. 5.5; BGE 116 Ib 270 E. 4b und 5, BGE 116 Ib 284 E. 4 f.; BGE 120 Ib 332 E. 5a S. 335; BGE 131 II 200 E. 6.3). Dies muss umso mehr gelten, wenn der Ordnungsgeber – wie hier – einer Branche bereits eine betriebsgruppenspezifische Ausnahme vom Nachtarbeitsverbot bis 01.00 Uhr zugestanden hat (Art. 4 in Verbindung mit Art. 26 Abs. 1 und 4 ArGV 2), die richterlich ausgedehnt werden soll.

3.3 Das Staatssekretariat für Wirtschaft hat die Auslegung von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 in seinen Wegleitungen (Stand November 2007) in dem Sinn konkretisiert, dass es sich bei den besonderen Bedürfnissen um Waren oder Dienstleistungen handeln muss, die «wirklich täglich benötigt» werden. Könnten viele Leute am Sonntag oder in der Nacht auf das Angebot verzichten, ohne dadurch einen Mangel zu empfinden, so handle es sich nicht um «besondere» Konsumbedürfnisse im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1. Daran ändere nichts, wenn kleinere Minderheiten sich für die Notwendigkeit der einen oder anderen Dienstleistung einsetzen. Das Konsumbedürfnis sei nur dann ein besonderes, wenn es über den ganzen Tag oder die ganze Woche dauernd vorhanden sei oder es z.B. wegen des Freizeitverhaltens der Bevölkerung gerade in der Nacht und an Sonntagen in besonderem Masse hervortrete. Diese Konkretisierung hält sich materiell im Rahmen des Gesetzes, der Verordnungen und der bundesgerichtlichen

Rechtsprechung zum Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot, weshalb keine Veranlassung besteht, hier davon abzuweichen (diesbezüglich kritisch, aber einschränkender: ROLAND A. MÜLLER, Arbeitsgesetz, 2009, N. 2 zu Art. 17 Abs. 2 ArG S. 83).

3.4 Zwar mag für gewisse Interessengruppen ein Bedürfnis bestehen, auch zwischen 01.00 und 05.00 Uhr in einem Tankstellenshop einer Grossstadttagglomeration Detailhandelsprodukte kaufen zu können, die während der normalen Öffnungszeiten nicht erworben wurden, doch handelt es sich dabei nicht um ein Bedürfnis, dessen «Befriedigung im öffentlichen Interesse liegt und nicht ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit möglich» wäre. Die Grundbedürfnisse der Reisenden nach Treibstoff sind abgedeckt, eine minimale Versorgung der Kundschaft über das Bar- bzw. Bistroangebot sichergestellt. Der Wunsch nach Tiefkühlprodukten, Reisekarten oder Grillkohle und entsprechenden Produkten kann ausserhalb von nächtlichen Öffnungszeiten befriedigt werden. Es handelt sich dabei nicht um Gegenstände, an denen gerade in der Nacht ein im überwiegenden öffentlichen Interesse in unentbehrlicher Weise zu befriedigendes Bedürfnis bestünde (vgl. das Urteil 2A.704/2005 vom 4. April 2006 E. 3.2.2). Es ist auch Personen, die während der Nacht arbeiten, zumutbar, allfällige Einkäufe vor 01.00 Uhr bzw. nach 05.00 Uhr zu tätigen. Dass Nachtschwärmer und gewisse Reisende punktuell das über die Bar- bzw. das Bistroangebot hinausgehende Sortiment der Beschwerdeführerinnen schätzen, was deren Verkaufszahlen belegen, genügt nicht, um eine Ausnahme vom Grundsatz des Nachtarbeitsverbots zu begründen. Mit der Vorinstanz ist ein öffentliches Interesse an der Möglichkeit der Befriedigung von nicht lebenswichtigen Konsumbedürfnissen zwischen 01.00 und 05.00 Uhr erst dann zu bejahen, wenn bei objektiver Sichtweise eine grosse Anzahl Personen das Fehlen der fraglichen Waren und Dienstleistungen in der Nacht als erheblichen Mangel empfinden würde. Es kann dabei nicht, wie die Beschwerdeführerinnen vorschlagen, auf die Art der Quartierbevölkerung (Vergnügungsbereich usw.) oder die Zusammensetzung der Kundschaft ankommen, die tatsächlich zu den umstrittenen Zeiten Einkäufe aus ihrem Shop-Sortiment tätigt. Die ausserordentlichen Öffnungszeiten schaffen Konsumbedürfnisse, welche die nächtliche Kundschaft zwischen 01.00 und 05.00 Uhr zu den Betrieben der Beschwerdeführerinnen lenken, ohne dass daraus auf ein besonderes Bedürfnis einer breiteren Öffentlichkeit am entsprechenden Sortiment geschlossen werden kann.

3.5 Soweit sich die Beschwerdeführerinnen auf Zeitungsumfragen berufen, um darzutun, dass die Bevölkerung die bisherigen Öffnungszeiten der Tankstellenshops mit ihrem Angebot rund um die Uhr wünsche, womit das besondere Konsumbedürfnis im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 dargetan sei, übersehen sie, dass den entsprechenden Umfragen kein wissenschaftlicher Wert zukommt. Die Fragestellungen sind nicht weiter bekannt bzw. unpräzise und nicht standardisiert; das berücksichtigte Panel ist im Übrigen nicht repräsentativ. Gesetzesauslegung kann nicht über Inter-

net-Abstimmungen erfolgen. Ergänzend kann darauf hingewiesen werden, dass gemäss der Umfrage der Beschwerdeführerinnen aus dem November 2009 insgesamt rund 75% der Befragten sich durch die Aufhebung der Möglichkeit des Kaufs von Lebensmitteln, Kioskartikeln und Autozubehör an Sonntagen und nachts in ihrer Freiheit nicht oder nur «etwas» eingeschränkt fühlen. Der Bundesgesetzgeber hat – gestützt auf die Kritik, welche die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Handhabung des Sonntagsarbeitsverbots an Bahnhöfen auslöste (vgl. BGE 123 II 317 ff. sowie die Urteile 2A.255/2001 und 2A.256/2001 vom 22. März 2002) – eine Lockerung der einschlägigen Vorschriften für Verkaufsstellen in Zentren des öffentlichen Verkehrs, d.h. für Flughäfen und bestimmte grosse Bahnhöfe, beschlossen (Art. 27 Abs. 1<sup>ter</sup> ArG [Fassung vom 8. Oktober 2004], sowie Art. 26a ArGV 2 mit zugehöriger Verordnung des EVD vom 16. Juni 2006 [SR 822. 112.1]; BBl 2004 1621 ff.). Für die nicht unter diese Sonderregelung fallenden Betriebe belies es bewusst bei der bisherigen Regelung. Dieser Wertungsentscheid kann nicht durch eine geltungszeitliche Auslegung korrigiert werden. Im Falle der Gewährung der verlangten Ausnahmen wären solche auch anderen Tankstellenshops, von denen es 1200 im Land geben soll, einzuräumen, was das Nachtarbeitsverbot aushöhlen und zu Marktverzerrungen führen würde. Sollten sich die Bedürfnisse tatsächlich in der von den Beschwerdeführerinnen dargelegten Weise gewandelt haben, wäre es wiederum am Gesetzgeber, die verschiedenen auf dem Spiele stehenden Interessen (neu) gegeneinander abzuwägen und die arbeitsgesetzlichen Regeln allenfalls anzupassen. Dies lehnt das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement bisher ab: Auf der politischen Ebene habe sich der Bundesrat – so die Vorsteherin des EVD in einem Schreiben vom 1. Dezember 2008 an die Erdölvereinigung – anlässlich der Revision des Arbeitsgesetzes betreffend vier Sonntagsverkäufen dahin gehend geäussert, dass in absehbarer Zeit «keine weiteren Liberalisierungsschritte bezüglich Nacht- und Sonntagsarbeit in Angriff genommen würden», weshalb eine Verordnungsrevision mit Bezug auf die Öffnungszeiten von Tankstellen-Shops zurzeit «nicht opportun» erscheine (vgl. auch die Antwort des Bundesrats vom 8. Juni 2009 zum Geschäft 09.5301 «Arbeitsplätze in Tankstellenshops nicht gefährden»).

3.6 Entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerinnen kann unter diesen Umständen nicht gesagt werden, die Verweigerung der Ausnahmegewilligungen sei unverhältnismässig: Zwar ist nachvollziehbar, dass sie wenig Verständnis dafür zeigen, dass ihr Personal, welches für den Bistro- und Tankstellenbetrieb auf Platz ist, zwischen 01.00 und 05.00 Uhr nicht auch das volle Shop-Sortiment verkaufen darf; dabei handelt es sich aber um eine Konsequenz der bestehenden gesetzlichen Regelung, die nicht auslegungsweise abgeändert werden kann (vgl. BGE 134 II 265 E. 5.5; Urteile 2C\_212/2008 vom 3. September 2008 E. 5.5 und 7 sowie 2C\_206/2008 vom 13. August 2008 E. 4.5 und 5.3). Es ist an den Beschwerdeführerinnen, darüber zu befinden, ob sie trotzdem an ihrem 24-Stunden-

Betrieb festhalten wollen oder nicht. Ihre ökonomischen Überlegungen rechtfertigen wegen der mit einer allfälligen Ausnahme verbundenen präjudiziellen und wettbewerbsverzerrenden Wirkung nicht, von den gesetzlichen Bestimmungen über das Nachtarbeitsverbot aus Gründen der Verhältnismässigkeit abzuweichen. Es handelt sich bei der gerügten Inkonsequenz letztlich um eine Folge ihres «Shop-im-Shop»-Systems, das dazu führt, dass je nach Angebot unterschiedliche arbeitsgesetzliche Regeln zu beachten sind. Das Staatssekretariat für Wirtschaft war auch nicht gehalten, die Ausnahmewilligung gestützt auf Art. 28 ArG zu erteilen, kann bei einer Nacharbeit zwischen 01.00 Uhr und 05.00 Uhr doch nicht mehr von einer nur «geringfügigen» Abweichung von den entsprechenden gesetzlichen Vorgaben gesprochen werden. Zwar sind gewisse Shop-Bereiche von Autobahn-Raststätten ihrerseits rund um die Uhr geöffnet; die Situation der Beschwerdeführerinnen an Hauptstrassen im Einzugsgebiet von Zürich ist mit diesen, dem nationalen und internationalen Transitverkehr dienenden Betrieben jedoch nicht vergleichbar. Auch aus dem Vertrauensprinzip können die Beschwerdeführerinnen schliesslich nichts zu ihren Gunsten ableiten (vgl. BGE 131 II 627 E. 6.1 S. 636 f.; BGE 129 II 361 E. 7.1 S. 381; Urteile 2C\_212/2008 vom 3. September 2008 E. 11 und 2A.704/2005 vom 4. April 2006 E. 4): Das zuständige SECO hat die von ihnen praktizierte Nachtöffnung des Shop-Bereichs nie bewilligt und den mit seinen Verfügungen verbundenen praktischen Problemen mit einer angemessenen Übergangsregelung Rechnung getragen.

*Bundesgericht, Urteil vom 11. August 2010, Doss.-Nr. 4A\_283/2010 (Bestätigung des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. April 2010)*

**Die Vorinstanz ist nicht in Willkür verfallen, wenn sie annahm, dass die Höhe der von einer Taxiunternehmung bezahlten Löhne kein Geschäftsgeheimnis i.S.v. Art. 340 Abs. 2 OR darstellt. Dem ehemaligen Arbeitnehmer dieser Unternehmung, der einen Konkurrenzbetrieb gegründet hat, wäre es ohne Weiteres möglich gewesen, den Fahrern höhere Löhne anzubieten, auch wenn er nicht gewusst hätte, wie die Kennzahlen der ehemaligen Arbeitgeberin lauteten. Da es jedem Mitarbeiter frei steht, über seinen Lohn zu sprechen, hätte eine blosser Nachfrage genügt, um die Höhe der Löhne in Erfahrung zu bringen. Überdies verfügte der ehemalige Arbeitnehmer über eine langjährige Erfahrung in der Taxibranche und entsprechende Branchenkenntnisse (E. 2.7).**

Sachverhalt:

Mit Arbeitsvertrag vom 27. Dezember 1995 stellte die X. AG (Arbeitgeberin) Y. (Arbeitnehmer) als «Geschäftsleiter» der Arbeitgeberin und deren Schwestergesellschaft, der Garage Z. AG, an. Gemäss Ziffer 1 des Arbeitsvertrages oblag dem Arbeitnehmer namentlich die Führung eines geordneten Taxi- und Garagenbetriebes, die Verantwortung aller administrativer und vertraglicher Belange der beiden Gesellschaften und die Rekrutierung und Ausbildung des Personals. Ziffer 2 des Arbeitsvertrages sah folgendes Konkurrenzverbot vor: «Nach einer allfälligen Beendigung des Arbeitsverhältnisses verpflichtet sich der Arbeitnehmer im Sinne von OR 340 während der Dauer von zwei Jahren, in der Stadt Zürich und angrenzenden Gemeinden, weder auf eigenen Namen ein mit den beiden Gesellschaften sich konkurrenzierendes Geschäft zu betreiben oder sich in einem solchen zu betätigen. Bei Zuwiderhandlungen gegen dieses Konkurrenzverbot hat der Arbeitnehmer eine Konventionalstrafe von Fr. 20 000.– zu bezahlen. Die Arbeitgeberin kann neben der Bezahlung dessen auch die Aufhebung des vertragswidrigen Zustandes verlangen.» Mit Schreiben vom 27. November 2008 kündigte die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag auf den 31. Mai 2009 und stellte ihn bis zu diesem Zeitpunkt frei.

Der Arbeitnehmer (Kläger) klagte beim Arbeitsgericht Zürich gegen die Arbeitgeberin (Beklagte) auf Zahlung von Fr. 2135.– brutto. In der Folge erhöhte er seine Forderung auf Fr. 27 829.10. Seit dem 1. Juni 2009 betreibt der Kläger in Zürich ein Taxiunternehmen. An der Sühneverhandlung erhob die Beklagte Widerklage auf Zahlung von Fr. 22 862.–. Gemäss den an der Hauptverhandlung geänderten Widerklagebegehren Ziff. 3–5 beantragte die Beklagte zudem, dem Kläger als vorsorgliche Massnahme im Sinne von § 110 ZPO/ZH unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB zu verbieten, bis am 31. Mai 2011 auf dem Gebiet der Stadt Zürich und angrenzenden Gemeinden auf eigenen Namen ein mit der Beklagten konkurrenzierendes Geschäft zu betreiben oder sich in einem solchen zu betätigen. Dieses Massnahmebegehren wies das Arbeitsgericht ab. Einen dagegen erhobenen Rekurs der Beklagten wies das Obergericht des Kantons Zürich ab. Die Beklagte (Beschwerdeführerin) erhebt beim Bundesgericht Beschwerde mit den Anträgen, den Beschluss des Obergerichts aufzuheben und Ziff. 3 bis 5 des anlässlich der Hauptverhandlung vor dem Arbeitsgericht geänderten Widerklagebegehrens gutzuheissen.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Gemäss Art. 340 Abs. 2 OR ist ein Konkurrenzverbot nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und

die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte. Unter den Begriff des Geschäftsgeheimnisses fallen Besonderheiten des Arbeitgebers im kaufmännisch-organisatorischen Bereich, so z.B. bezüglich der Preisberechnungen, Margen, Betriebsorganisation oder des Personalwesens, welche nicht allgemein bekannt und nicht leicht zu ermitteln sind, und die der Arbeitgeber geheim halten will (BGE 103 IV 283 E. 2b S. 284; REHBINDER/STÖCKLI, in: Berner Kommentar, Bd. VI.2.2.1, 2010, N. 13 zu Art. 321a OR). Kenntnisse, welche in allen Unternehmen einer Branche erworben werden können, betreffen nicht Geheimnisse. Solche Branchenkenntnisse bilden vielmehr die allgemeine Berufserfahrung des Arbeitnehmers (Urteile 4A\_31/2010 vom 16. März 2010 E. 2.1; 4A\_417/2008 vom 3. Dezember 2008 E. 4.1; je mit Hinweisen).

2.2 Im kantonalen Verfahren machte die Beschwerdeführerin geltend, der Beschwerdegegner habe Geschäftsgeheimnisse gekannt, da er Einblick in die Buchhaltung, Bilanz und Erfolgsrechnung und die Daten der angestellten Mitarbeiter gehabt habe. Dies habe ihm insbesondere bei der Anstellung von Fahrern geholfen, weil er in Kenntnis ihres bisherigen Lohnes gewusst habe, welchen Lohn er bieten müsse, um Fahrer abwerben zu können.

2.3 Das Obergericht erwog, die Beschwerdeführerin habe nicht glaubhaft machen können, dass der Beschwerdegegner Geschäftsgeheimnisse gekannt habe, zumal es jedem Mitarbeiter frei stehe, über seinen Lohn zu sprechen und dieser damit nicht geheim sein könne. Zudem lege die Beschwerdeführerin nicht dar, inwiefern die betrieblichen Kennzahlen (Buchhaltung, Bilanz und Erfolgsrechnung) Geheimnisse im Sinne von Art. 340 Abs. 2 OR seien, durch deren Verwendung der Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin auf dem Angebotsmarkt erheblich schädigen könnte. Demnach habe die Klage auf Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes gemäss Art. 340b Abs. 3 OR keine Aussicht auf Erfolg, weshalb das Massnahmebegehren abzuweisen sei.

2.4 Vor Bundesgericht rügt die Beschwerdeführerin, das Obergericht habe sich nicht fundiert mit ihren Ausführungen zu den Geschäftsgeheimnissen auseinandergesetzt und damit ihr rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV verletzt. Die Beschwerdeführerin zeigt jedoch nicht auf, welche Argumente das Obergericht nicht beachtet haben soll. Die Rüge ist demnach nicht rechtsgenügend begründet, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

2.5 Weiter bringt die Beschwerdegegnerin vor, der Beschwerdegegner habe als Geschäftsführer Kenntnis der Bilanz und Erfolgsrechnung, der Mitarbeitersaläre und der Preiskalkulationen gehabt. Diese Kennzahlen seien nur einem beschränkten Personenkreis zugänglich und könnten nicht durch eine einfache Recherche in Erfahrung gebracht werden, weshalb es sich um Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 340 Abs. 2 OR handle. Von diesem Wissen über die Betriebsorganisation und die betriebswirtschaftlichen Kennzahlen der Beschwerdeführerin habe der Beschwerdeführer beim Aufbau seines Konkurrenzbetriebs profitiert. Es habe ihm gehol-

fen, die Mitarbeitersaläre zu definieren und Mitarbeiter der Beschwerdeführerin zu einem Übertritt zu überreden. Dies habe der Beschwerdeführerin Kosten für die Rekrutierung und Ausbildung von neuen Fahrern verursacht. Demnach sei die Feststellung der Vorinstanz, der Beschwerdegegner habe keinen Einblick in Geschäftsgeheimnisse mit Schädigungspotenzial für die Beschwerdeführerin gehabt, willkürlich und verstosse gegen Art. 9 BV.

2.6 Gemäss Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür behandelt zu werden. Willkürlich ist ein Entscheid nicht schon, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst, wenn er offensichtlich unhaltbar ist. Dies trifft namentlich zu, wenn er zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht oder er eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt (BGE 134 I 140 E. 5.4 S. 148; 133 I 149 E. 3.1; 132 III 209 E. 2.1; je mit Hinweisen).

2.7 Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, inwiefern die Annahme des Obergerichts, die Löhne der Beschwerdegegnerin seien nicht geheim gewesen, unhaltbar sein soll. Dem Beschwerdegegner wäre daher ohne Weiteres, etwa durch blosser Nachfrage, möglich, höhere Löhne anzubieten, auch wenn er nicht gewusst hätte, wie die Kennzahlen der Beschwerdeführerin lauteten, zumal er über eine langjährige Erfahrung in der Taxibranche und entsprechende Branchenkenntnisse verfügt. Die Beschwerdeführerin macht auch nicht geltend, sie weise in organisatorischer oder finanzieller Hinsicht nicht allgemein bekannte Besonderheiten auf, welche der Beschwerdegegner hätte übernehmen können. Somit ist das Obergericht nicht in Willkür verfallen, wenn es annahm, die Beschwerdeführerin habe nicht glaubhaft gemacht, dass der Beschwerdegegner Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin gekannt habe, deren Verwendung sie erheblich hätte schädigen können.

*Bundesgericht, Urteil vom 23. August 2010, Doss.-Nr. 8C\_98/2010 (Aufhebung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 17. Dezember 2009)*

**Kann die Gewährung des rechtlichen Gehörs in Bezug auf die Entscheidung der Nichtfortführung des Dienstverhältnisses aufgrund der konkreten Umstände nur noch als Leerlauf bezeichnet werden, da die Nichtwiederwahl bereits feststand und auch Drittpersonen bereits entsprechend informiert worden waren, bevor sich der Arbeitnehmer dazu hatte äussern können, so liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Die zuständige Behörde darf erst nach Kenntnisnahme der gesamten entscheidrelevanten Sachlage und mithin nach Anhörung der betroffenen Person zu einer Entscheidung gelangen (E. 6.2).**

Sachverhalt:

A. war seit 1. Februar 2000 als öffentlich-rechtlicher Angestellter für das Amt X., Kreis Y., tätig. Auf den 1. Oktober 2001 wurde ihm der Beamtenstatus verliehen. Am 19. Mai 2008 teilte das Departement B. des Kantons St. Gallen (nachfolgend: Departement) allen Angestellten des Amtes mit, es finde eine Überprüfung der Arbeitsweise und der Organisation statt und die Wiederwahl für die neue Amtsdauer 2008 bis 2012 werde gestützt auf Art. 80 Abs. 2 des Staatsverwaltungsgesetzes vom 16. Juni 1994 (StVG) vorerst befristet bis zum Vorliegen der Ergebnisse bzw. bis zur Umsetzung der notwendigen strukturellen und organisatorischen Massnahmen vorgenommen. Je nach Ergebnis werde die Wahl anschliessend für den Rest der Amtsdauer oder bis zur Revision des StVG bestätigt oder es werde die Auflösung des Beamtenverhältnisses eingeleitet. Zudem wurde für alle Beamtenverhältnisse im Zuständigkeitsbereich der Departemente und der Staatskanzlei ein allgemeiner Vorbehalt angebracht, wonach die Wiederwahl nicht für die gesamte Amtsdauer, sondern nur bis zum Zeitpunkt des Vollzugs der Revision des StVG (Aufhebung des Beamtenstatus) erfolge; mit dem Wegfall des Beamtenstatus werde das Dienstverhältnis dann automatisch in ein öffentlich-rechtliches Angestelltenverhältnis überführt. Mit Schreiben vom 29. Januar 2009 orientierte das Departement die Beamten, dass sie aufgrund der neuen Qualitätsstandards von zwei Personen beurteilt würden. A. wurde gleichentags zwecks externer Beurteilung persönlich angewiesen, während vorerst dreier Wochen im Kreis Z. zu arbeiten. Gemäss der zwischen dem Departement, A. und der Leitung des Amtes X. abgeschlossenen Vereinbarung vom 10./24. Februar 2009 waren für die Beurteilung E., Leiter des Amtes X., und S., Beamter des Kreises Z., zuständig. E. beantragte in der Folge dem Departementsvorsteher mit Brief vom 9. Juni 2009, den Vorbehalt zur Wahl als Beamter nicht aufzuheben und das Arbeitsverhältnis mit A. aufzulösen. Das Departement teilte A. gestützt darauf nach einem am 25. Juni 2009 mit ihm geführten Gespräch gleichentags auch noch schriftlich mit, dass eine Auflösung des Beamtenverhältnisses durch Nichtwiederwahl unter Einhaltung einer dreimonatigen Frist gemäss Art. 80 StVG mit sofortiger Freistellung beabsichtigt werde und gewährte ihm das rechtliche Gehör. Mit zwei Schreiben vom 9. Juli 2009 hielt A. fest, es seien weder formelle noch materielle Gründe für eine Auflösung des Beamtenverhältnisses vorhanden und der Departementsvorsteher habe in dieser Sache in den Ausstand zu treten. Das Departement ordnete am 13. Juli 2009 verfügungsweise an, auf die Wiederwahl von A. als Beamter werde verzichtet und das Beamtenverhältnis werde unter Einhaltung der dreimonatigen Frist nach Art. 80 StVG per 31. Oktober 2009 aufgelöst, er werde von der weiteren Amtsausübung entbunden und per sofort freigestellt.

Das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen wies die gegen die Verfügung vom 13. Juli 2009 erhobene Beschwerde mit Entscheid vom

17. Dezember 2009 ab. A. lässt gegen den Entscheid Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen und beantragen, die Sache sei zur Neuurteilung an das kantonale Gericht zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

4.

In der letztinstanzlich eingereichten Beschwerdeschrift wird zunächst eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 BV sowohl durch das Departement B., unter anderem im Rahmen des Verfügungserlasses wegen mangelnder Begründung, wie auch durch das kantonale Gericht, insbesondere zufolge Substituierung der Verfügungsbegründung durch neue Vorwürfe, zu denen der Beschwerdeführer noch nie habe Stellung nehmen können, gerügt und die Untergrabung des in Art. 29 Abs. 1 BV gewährleisteten Fairnessgebotes im Verwaltungs- und Gerichtsverfahren durch Verneinung einer Befangenheit des zuständigen Departementvorstehers im vorinstanzlichen Entscheid geltend gemacht.

5.

5.1 Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung einer Person eingreift. Dazu gehört insbesondere deren Recht, sich vor Erlass des in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 132 V 368 E. 3.1 S. 370 mit Hinweisen). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 132 II 485 E. 3.2 S. 494; 129 II 497 E. 2.2 S. 504 f., je mit Hinweisen). Im Einzelnen lässt sich nicht generell, sondern nur unter Würdigung der konkreten Interessenlage beurteilen, wie weit das Äusserungsrecht geht. Wegleitend muss der Gedanke sein, einer Partei zu ermöglichen, ihren Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen (BGE 111 Ia 273 E. 2b S. 274; 105 Ia 193 E. 2b/cc S. 197; Urteile 2P.46/2006 vom 7. Juni 2006 E. 4.3, 2P.77/2003 vom 9. Juli 2003 E. 2.1, 2P.241/1996 vom 27. November 1996 E. 2c). Im öffentlichen Dienstrecht können auch relativ informelle Äusserungsgelegenheiten vor der Kündigung dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch genügen, sofern der betroffenen Person klar war, dass sie mit einer solchen Massnahme zu rechnen hatte. Dabei hat die Partei nicht bloss die ihr zur Last gelegten Tatsachen zu kennen, sondern sie muss darüber hinaus auch wissen, dass gegen sie eine Verfügung

mit bestimmter Stossrichtung in Erwägung gezogen wird (Urteil 8C\_974/2009 vom 2. Juni 2010 E. 5.2.2).

5.2 Der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör wird zunächst durch die kantonalen Verfahrensvorschriften umschrieben. Das Bundesgericht prüft deren Auslegung und Anwendung nur unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbotes. Unabhängig vom kantonalen Recht greifen die aus Art. 29 Abs. 2 BV folgenden Verfahrensregeln zur Sicherung des rechtlichen Gehörs Platz (BGE 134 I 159 E. 2.1.1 S. 161). Ob diese Grundsätze eingehalten wurden, prüft das Bundesgericht mit freier Kognition (BGE 124 I 241 E. 2 S. 242 f. mit Hinweisen). Dass sich vorliegend aus dem kantonalen Recht ein weitergehender Gehörsanspruch als aus Art. 29 Abs. 2 BV ergeben würde, wird nicht behauptet und ist auch nicht ersichtlich. Aus Art. 15 des Gesetzes vom 16. Mai 1965 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons St. Gallen (sGS 951.1; VRP), welcher unter anderem bestimmt, dass Verfügungen, die erheblich belasten, nur zulässig sind, wenn die Betroffenen den wesentlichen Sachverhalt kennen und Gelegenheit zur Stellungnahme hatten, lassen sich keine zusätzlichen Aspekte ableiten.

## 6.

6.1 Das kantonale Gericht ist der Auffassung, die unmissverständliche Mitteilung des Departementes vom 25. Juni 2009, wonach aufgrund der bisherigen Akten und der vorläufigen Beurteilung die Entscheidungsabsicht bestehe, das Beamtenverhältnis aufzulösen, sei zulässig und geboten gewesen. Der Departementsvorsteher habe ausdrücklich festgehalten, dass eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses mit Blick auf die vorgelegten Unterlagen, welche fachliche Mängel aufzeigten, nicht vertretbar sei. Aus dieser Ankündigung sei im Gesamtzusammenhang unmissverständlich hervorgegangen, dass es sich um eine vorläufige Beurteilung, gestützt auf die seinerzeit bekannten Unterlagen, gehandelt habe. Im Kontext habe die Formulierung keinen Anschein der Befangenheit oder Voreingenommenheit zum Ausdruck gebracht. Die Zerstörung des Vertrauensverhältnisses und die Auflösung des Beamtenverhältnisses seien nicht als vollendete Tatsachen dargestellt worden. Der Beschwerdeführer sei zudem bereits in jenem Verfahrensstadium anwaltlich vertreten und damit in der Lage gewesen, die Bedeutung des Schreibens vom 25. Juni 2009 richtig, nämlich als Ausdruck einer vorläufigen Beurteilung, einzuordnen. Der Umstand, dass der Departementsvorsteher den Leiter des Amtes X. ermächtigt habe, die unmittelbar im Umfeld des Beschwerdeführers tätigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auf dieses Schreiben hin, vor der definitiven Entscheidung, über den Stand des Verfahrens zu informieren, sei sachlich haltbar. Die Absicht sei nicht vorbehaltlos gegen aussen, sondern lediglich dem engen Kreis der direkt Betroffenen bekannt gegeben worden, welchen ein Anspruch auf Orientierung zustehe. Dies sei auch im Interesse des Beschwerdeführers gewesen. Zudem seien die materiellen Vorwürfe durchaus geprüft worden, bevor die Absicht zur Auflösung des Dienstver-

hältnisses mitgeteilt worden sei. Der Departementsvorsteher habe sich «im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs» auf den begründeten Antrag des Amtsleiters stützen und dessen Beurteilung als vorläufige Absicht gegenüber dem Beschwerdeführer zum Ausdruck bringen dürfen.

6.2 Im vorinstanzlichen Entscheid wird mit der in Erwägung 6.1 hier vor zusammengefassten Begründung namentlich eine Voreingenommenheit des Departementsvorstehers im Zeitpunkt des mit Mitteilung vom 25. Juni 2009 dem Beschwerdeführer gewährten rechtlichen Gehörs verneint. Zwar wird im drittletzten Abschnitt dieser Mitteilung lediglich (aber immerhin) die Absicht, das Beamtenverhältnis mit dem Beschwerdeführer durch Nichtwiederwahl aufzulösen und ihn mit der Aussprache der Kündigung sofort freizustellen, kundgetan. Der übrige Text lässt jedoch klar erkennen, dass die Entscheidung zur Nichtfortführung des Dienstverhältnisses in jenem Zeitpunkt bereits gefällt war. So wurde ohne jegliche Einschränkung angegeben, aus den vorgelegten Unterlagen seien fachliche Mängel ersichtlich, «aufgrund derer eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses nicht vertretbar» sei. Das Vertrauensverhältnis zum Beschwerdeführer wurde vorbehaltlos als «zerstört» bezeichnet. Das Schreiben muss unter diesen Umständen klar als Anzeige der Auflösung des Beamtenverhältnisses gewertet werden. Dazu kommt, dass der Leiter des Amtes X. – auf entsprechende Ermächtigung des Departementsvorstehers hin – bereits am 26. Juni 2009 Drittpersonen über die bevorstehende Auflösung des Beamtenverhältnisses informiert hatte, noch bevor der Beschwerdeführer im Rahmen des ihm eingeräumten rechtlichen Gehörs hätte reagieren können, und über zweieinhalb Wochen vor dem formellen Vollzug der Nichtwiederwahl. Wenn das kantonale Gericht aus diesen Fakten schliesst, die Mitteilung vom 25. Juni 2009 enthalte keine endgültige Entscheidung, sondern nur eine vorläufige Beurteilung der zuständigen Behörde, lässt sich dies auch unter dem eingeschränkten Blickwinkel der Willkür nicht halten. Die zuständige Behörde darf aber erst nach Kenntnisnahme der gesamten entscheiderelevanten Sachlage und mithin nach Anhörung der betroffenen Person zu einer Entscheidung gelangen (Urteil 8C\_158/2009 vom 2. September 2009 E. 6.5, nicht publ. in: BGE 136 I 39). Vorliegend kann die Gewährung des rechtlichen Gehörs (der Brief vom 25. Juni 2009 trägt den Titel: «Auflösung Ihres Beamtenverhältnisses: Rechtliches Gehör») mit Blick auf die unmissverständlichen Äusserungen des Regierungsrates nur noch als Leerlauf bezeichnet werden. Stand die Nichtwiederwahl bereits fest, ohne dass sich der Beschwerdeführer dazu vorgängig hat äussern können, so liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 17. Dezember 2009 und der Einspracheentscheid des Departementes B. des Kantons St. Gallen vom 13. Juli 2009 werden aufgehoben. Die Sache wird ans

Departement B. des Kantons St. Gallen zurückgewiesen, damit es im Sinne der Erwägungen verfare.

*Bundesgericht, Urteil vom 31. August 2010, Doss.-Nr. 8C\_78/2009 (teilweise Aufhebung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen von 25. November 2008), in: BGE 136 II 393*

**Art. 8 Abs. 3 BV; Art. 3 und 6 GlG; Gleichstellung von Mann und Frau; gehaltmässige Einreihung von Funktionen des öffentlichen Dienstes.**

**Der Umstand allein, dass andere weiblich oder neutral besetzte Berufsgattungen vom gleichen Arbeitgeber in Bezug auf ihre Entlöhnung nicht geschlechtsdiskriminierend behandelt werden, stellt keinen sachlichen Grund dar, der die – in casu vom Arbeitgeber anerkannte – Vermutung einer geschlechtsbedingten besoldungsmässigen Benachteiligung der klagenden Berufsgruppen umzustossen vermöchte (E. 11).**

Sachverhalt:

A.

Die Regierung des Kantons St. Gallen verneinte am 4. Februar und 26. März 2003, dass die gemäss den Richtlinien über Einreihung und Beförderung des Staatspersonals des Kantons St. Gallen erfolgte Einstufung der an kantonalen st. gallischen Spitälern angestellten Krankenschwestern (DN2), Hebammen, medizinisch-technischen Radiologieassistentinnen, technischen Operationsassistentinnen und medizinischen Laborantinnen gegen Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG; SR 151.1) verstosse, und verzichtete auf eine aussergerichtliche Klärung.

B.

B.a In der Folge erhoben der Schweizer Berufsverband der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner (SBK; Sektion St. Gallen/Thurgau/Appenzell), der Schweizerische Verband des Personals öffentlicher Dienste (vpod), der Schweizerische Hebammenverband (SHV; Sektion Ostschweiz), die Schweizerische Vereinigung der Fachleute für medizinisch-technische Radiologie (SVMTRA), der Schweizerische Berufsverband der technischen Operationsfachfrauen/-männer (SBVTOA), der Fachverband der diplomierten medizinischen Laborantinnen und Laboranten (labmed; Sektion Ostschweiz), die an kantonalen Spitälern im Kanton St. Gallen tätigen drei Krankenschwestern (DN2) B., G. und L. sowie die fünf Hebammen A., N., E., D. und P., eine medizinisch-technische Radiologieassistentin, zwei technische Operationsassistentinnen und zwei medizinische Laborantinnen im September und Oktober 2003 beim Verwaltungsgericht

des Kantons St. Gallen Klagen auf Feststellung, dass die Einreihung und damit die Entlöhnung der genannten Berufsgruppen gegen Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 GIG verstosse. Gleichzeitig ersuchten die Einzelklägerinnen für die Zeit vom 1. Oktober 1998 bis 31. August 2003 (Krankenschwestern, Hebammen), vom 1. November 1998 bis 30. September 2003 (medizinisch-technische Radiologieassistentinnen), vom 1. November 1998 bis 30. September/31. Oktober 2003 (technische Operationsassistentinnen) bzw. vom 1. November 1998 bis 31. Oktober 2003 (medizinische Laborantinnen) um Nachzahlung noch festzusetzender Beträge zuzüglich 5% Zins ab mittlerem Verfall sowie der AHV- und Pensionskassenbeiträge.

B.b Das angerufene Gericht beauftragte PD Dr. H., Direktor des Forschungsinstituts für Arbeit und Arbeitsrecht der Universität X., auf der Grundlage der Vereinfachten Funktionsanalyse ein arbeitswissenschaftliches Gutachten bezüglich der Berufe der Klägerinnen und des Polizisten sowie im Sinne eines Quervergleichs mit Blick auf drei weitere Berufe zu erstellen. Eine gegen die Bestellung des Gutachters eingereichte staatsrechtliche Beschwerde wies das Bundesgericht ab (Urteil 2P.78/2005 vom 21. Juli 2005).

B.c Gestützt auf das am 8. August 2007 erstattete Gutachten (nachstehend: Gutachten) und nach Beizug verschiedener Amtsberichte wies das kantonale Gericht die Klagen mit Entscheid vom 25. November 2008 ab. Als Begründung erwo es im Wesentlichen, dass die gutachtliche Bewertung der Berufsgruppen der Klagenden im Vergleich mit der Berufsgruppe der Polizisten sachgerecht und ohne Hinweise auf geschlechtsdiskriminierende Elemente vorgenommen worden sei. Da gestützt auf die Schlussfolgerungen des Gutachtens die medizinisch-technischen Radiologieassistentinnen, die technischen Operationsassistentinnen und die medizinischen Laborantinnen im Vergleich zur Berufsgattung der Polizisten nicht zu tief, sondern zu hoch eingestuft seien, erwiesen sich die betreffenden Feststellungs- und Leistungsbegehren von vornherein als unbegründet. Demgegenüber würden die Berufsgruppen der Hebamme mit Grundausbildung und Aufbau sowie der Krankenschwester (DN2) nicht nur verglichen mit männerdominierten, sondern auch mit verschiedenen weiblich besetzten und einem neutralen Beruf zu tief entlöhnt. Die Einreihung der entsprechenden Berufssparten sei vor diesem Hintergrund zwar eventuell in rechtungleicher, nicht aber in – im vorliegenden Verfahren einzig zu beurteilender – geschlechtsdiskriminierender Weise erfolgt.

C.

C.a Der SBK, der vpod und der SHV lassen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen und die Rechtsbegehren stellen, es sei in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids festzustellen, dass die Einstufung der Krankenschwestern/Krankenpfleger DN2, der Hebammen mit fachspezifischer Ausbildung und der Hebammen mit Krankenpflege-diplom sowie Zusatzausbildung und damit deren Entlöhnung gemäss den

Richtlinien über Einreihung und Beförderung des Staatspersonals gegen Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 Abs. 1 und 2 GlG verstosse.

C.b Die Pflegefachfrauen B., G. und L. sowie die Hebammen A., N., E., D. und P. lassen ebenfalls Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten einreichen und beantragen, es sei in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids festzustellen, dass ihre Einreihung und damit ihre Entlohnung gegen Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 Abs. 1 und 2 GlG verstosse bzw. verstossen habe, und es sei die Sache zur Festsetzung der nachzuzahlenden Besoldungen an das kantonale Gericht zurückzuweisen.

Der Kanton St. Gallen lässt auf Abweisung der Beschwerden schliessen, soweit auf sie eingetreten werden könne, während die Vorinstanz deren Abweisung beantragt. Das zur Vernehmlassung eingeladenes Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) ersucht um Beschwerdeguttheissung.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde im Sinne der Erwägungen gut.

Aus den Erwägungen:

11.

Das kantonale Gericht hat auf der Grundlage der gutachtlichen Feststellungen zutreffend erkannt, dass die Berufsgruppen der Krankenschwestern DN2 und der Hebammen/Hebammen Aufbau im Vergleich mit dem Anforderungsprofil der Polizisten, der Rettungssanitäter IVR (mit 24-monatiger Weiterbildung) und der Diätköchinnen und -köche – sowohl ohne wie auch mit Berücksichtigung der faktischen Lohnstufen – nicht entsprechend dem Wert ihrer jeweiligen Tätigkeiten, sondern zu tief entlohnt werden.

11.1 Eine besoldungsmässige Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV setzt voraus, dass zum Nachteil eines geschlechtstypisch identifizierten Berufs Lohnunterschiede bestehen, welche nicht sachbezogen in der Arbeit selbst begründet sind, sondern auf geschlechtsspezifische Umstände abstellen (vgl. nicht publ. E. 5.1 und nachstehend E. 11.3.1). Die Vorinstanz folgert daraus – ohne sich bei diesem Schritt auf das Gutachten abzustützen –, dass nicht nur die Entlohnung der klagenden weiblichen Berufsgruppen mit derjenigen männlich oder neutral besetzter Berufsgruppen verglichen werden müsse. Vielmehr sei auch das Verhältnis des Lohngefüges der klagenden Berufsgruppen untereinander zu berücksichtigen. Da der – korrekt vorgenommene – Vergleich der Berufsgruppen der technischen Operationsassistentinnen, der medizinischen Laborantinnen und der medizinisch-technischen Radiologieassistentinnen mit der Funktion der Polizei ergebe, dass die weiblich identifizierten Berufsgruppen zu hoch eingestuft seien, fehle es diesen bereits an der Tatbestandsvoraussetzung der Gleichwertigkeit, weshalb deren Klagen abzuweisen seien. Aus der

Gegenüberstellung resultiere aber auch, dass die Hebammen mit Grundausbildung und Aufbau und die Krankenschwestern DN2 verglichen mit den erwähnten drei weiblich dominierten Berufsgruppen sowie der neutralen Berufsgruppe der Diätköchinnen und -köche zu niedrig eingestuft seien. Dies deute darauf hin, dass sie mit Blick auf das allgemeine Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV zu schlecht entlohnt würden. Gegen das Gleichstellungsgesetz verstosse indessen nur die geschlechtsbedingte Diskriminierung (Urteil 2A.91/2007 vom 25. Februar 2008 E. 6.3). Eine solche liege bezüglich der Hebammen und Krankenschwestern nicht vor, da sie auch im Vergleich mit verschiedenen weiblich dominierten sowie einem neutralen Beruf eine zu tiefe Einstufung aufwiesen. Dieser Umstand führe hinsichtlich der Berufsgruppen der Krankenschwestern und Hebammen ebenfalls zur Klageabweisung.

(...)

11.3 Wurde eine Lohndiskriminierung im Sinne des Art. 6 GIG glaubhaft gemacht, ist der Arbeitgeber zum Nachweis verpflichtet, dass die geringere Entlohnung in Wirklichkeit nicht geschlechtsdiskriminierend, sondern durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist; misslingt ihm dies, gilt die geschlechtsspezifische Benachteiligung als erstellt (BGE 125 III 368 E. 4 S. 372; Urteil 2A.91/2007 vom 25. Februar 2008 E. 2 mit Hinweis). Eine Lohndiskriminierung entfällt mithin, wenn die Lohndifferenz durch die zu erbringende Arbeit oder die in Frage stehende Funktion sachlich begründet erscheint. Sachlich begründet ist ein Lohnunterschied im Einzelvergleich oder bei der Einstufung von Frauenberufen, wenn er sich auf sog. objektive Kriterien stützt oder nicht geschlechtsspezifisch motiviert ist (BGE 127 III 207 E. 3c S. 213 f.; Urteil 2A.730/2006 vom 3. September 2007 E. 6; SUSY STAUBER-MOSER, Gleichstellungsgesetz und bundesgerichtliche Rechtsprechung, in: Wirtschaftsrecht in Bewegung – Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, 2008, S. 500; ELISABETH FREI-VOGEL, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2009, N. 144 f. zu Art. 3 GIG). Zu den objektiven Kriterien gehören Gründe, die den Wert der Arbeit beeinflussen, wie Ausbildung, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, konkreter Aufgabenbereich, Leistung, soweit sie sich im Arbeitsergebnis niederschlägt, oder Risiken; darüber hinaus kann es sich um Gründe handeln, welche sich aus sozialen Rücksichten ergeben, wie familiäre Belastung und Alter, und schliesslich kommen auch äussere Faktoren wie die konjunkturelle Lage in Betracht, soweit ihre Berücksichtigung einem wirklichen unternehmerischen Bedürfnis entspricht (BGE 130 III 145 E. 5.2 S. 164 f.; BGE 125 III 368 E. 5 S. 373 f. mit diversen Hinweisen; STAUBER-MOSER, a.a.O., S. 500; zum ganzen Themenkreis siehe ferner FLORENCE AUBRY GIRARDIN, *Égalité salariale et décisions judiciaires: questions pratiques du point de vue de la justice*, AJP 2005 S. 1062 ff., 1068 ff.). Das Bundesgericht hat ferner im Sinne eines allgemeingültigen Grundprinzips festgehalten, dass der Arbeitgeber nicht eine Diskriminierung durch eine andere zu rechtfertigen vermag (BGE 127 III 207 E. 4b

S. 215). Eine Lohndiskriminierung zwischen weiblichen und männlichen Angestellten ist somit auch möglich, wenn der Arbeitgeber die Angestellten des gleichen Geschlechts ebenfalls ungleich behandelt. Würde dies nicht so gehandhabt, könnte der Arbeitgeber, indem er mit Angestellten des gleichen Geschlechts lohnässig unterschiedlich verfährt, jeden Vorwurf der – geschlechtsbedingten – Diskriminierung abwehren.

11.3.1 Im Rahmen der Prüfung, ob die Entlohnung eines typischen Frauenberufes diskriminierend ist oder ob hierfür sachliche Gründe bestehen, hat, wie bereits festgehalten wurde (nicht publ. E. 5.1), nach der Rechtsprechung ein Vergleich mit typisch männlich oder neutral identifizierten Berufen zu erfolgen. Dass die Vorinstanz nicht nur die Berufe der beim Bundesgericht Beschwerde führenden Krankenschwestern und Hebammen bewertete, ist einzig darauf zurückzuführen, dass Vertreterinnen weiterer Frauenberufe Klage erhoben haben und die Verfahren vereinigt wurden. Hätten auch vorinstanzlich lediglich die Krankenschwestern und Hebammen geklagt, wären die weiteren Frauenberufe nicht in den Vergleich einzubeziehen gewesen. Der Umstand allein, dass andere weiblich oder neutral besetzte Berufe vom gleichen Arbeitgeber in Bezug auf ihre Entlohnung nicht diskriminierend behandelt werden, stellt im Lichte der angeführten Judikatur jedenfalls keinen sachlichen Grund dar, der die vom Beschwerdegegner anerkannte Vermutung einer geschlechtsbedingten besoldungsmässigen Benachteiligung der Beschwerdeführerinnen umzustossen vermöchte.

11.3.2 Es bleibt demnach festzustellen, dass es dem Kanton als Arbeitgeber nicht gelungen ist, mit dem im angefochtenen Entscheid vorgebrachten Argumentarium den Beweis für eine nicht im Geschlecht der Beschwerdeführerinnen begründete Schlechterstellung der Entlohnung zu erbringen. Die Angelegenheit ist daher an das kantonale Gericht zurückzuweisen, damit es auf Grund dieser Prämisse erneut über die Begehren der Klägerinnen befinde.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 31 août 2010, Doss.-N° 8C\_151/2010 (Irrecevabilité du recours en matière de droit public interjeté contre le jugement du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel, Cour de droit public, du 12 janvier 2010)*

**Dans les litiges portant sur la remise ou le contenu d'un certificat de travail la valeur litigieuse ne saurait être fixée dans l'absolu en fonction d'un nombre déterminé de salaires mensuels. Comme principe général d'estimation, le Tribunal fédéral retient l'entrave à l'avenir professionnel du travailleur. Des critères d'appréciation tels que la profession, la qualification, la fonction, la durée des rapports de travail, le niveau du salaire, ainsi que la situation du marché de l'emploi,**

**peuvent être pris en considération. Devant le Tribunal fédéral, le travailleur doit donner les éléments suffisants pour permettre d'estimer aisément la valeur litigieuse, sous peine d'irrecevabilité (c. 2.5–8).**

**Art. 74 al. 2 let. a et 85 al. 2 LTF. Notion de contestation soulevant une question juridique de principe. En résumé, il faut qu'il soit nécessaire, pour résoudre le cas d'espèce, de trancher une question juridique qui donne lieu à une incertitude caractérisée, laquelle appelle de manière pressante un éclaircissement de la part du Tribunal fédéral (c. 3.3).**

Extraits des faits:

L., née en 1968, travaille à l'Hôpital Y. depuis septembre 2004 en qualité d'éducatrice spécialisée. Elle a requis de son employeur l'établissement d'un certificat de travail intermédiaire. Après qu'elle eut refusé un premier certificat daté du 31 décembre 2008, au motif qu'il contenait la mention d'une période durant laquelle elle avait été en incapacité de travail (14 mars 2005 au 9 avril 2007), un nouveau certificat de travail intermédiaire a été établi le 5 mai 2009 par l'employeur. Il y était mentionné l'activité exercée du 6 septembre 2004 au 13 mars 2005, puis une activité différente du 10 avril 2007 au 31 décembre 2008. Le certificat ne contenait plus aucune indication au sujet de l'intervalle entre ces deux périodes. L. a également refusé ce deuxième certificat de travail. Par courrier du 20 mai 2009, le Centre X., qui est un établissement de droit public cantonal, lui a signifié qu'il n'entendait pas «poursuivre la discussion» sur le contenu de cette deuxième attestation. L'intéressée a demandé au Centre X. de revenir sur sa position, ce que ce dernier a refusé par lettre du 22 juillet 2009.

L. a recouru devant le Tribunal administratif de la République et canton de Neuchâtel contre la décision du Centre X. du 22 juillet 2009, respectivement celle du 20 mai 2009. Elle a demandé la modification du certificat établi par son employeur en ce sens qu'il soit dépourvu de la mention, même implicite, de sa période d'absence. Par jugement du 12 janvier 2010, le Tribunal administratif a rejeté le recours dans la mesure où il était recevable.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public, L. demande principalement au Tribunal fédéral d'annuler le jugement cantonal et d'ordonner au Centre X. de modifier le certificat de travail intermédiaire selon sa proposition.

Extraits des considérants:

2.

2.1 La contestation tranchée par l'autorité de recours de première instance porte sur le contenu du certificat de travail d'une employée soumise à des rapports de travail de droit public. Il s'agit d'une cause de droit public

et le jugement entrepris peut dès lors faire l'objet d'un recours en matière de droit public (art. 82 let. a LTF).

2.2 Selon l'art. 83 let. g LTF, en matière de rapports de travail de droit public (lorsque, comme en l'espèce, la question de l'égalité des sexes n'est pas en cause), le recours en matière de droit public est irrecevable contre des décisions qui concernent une contestation non pécuniaire. Selon la jurisprudence, les litiges relatifs à l'établissement ou à la formulation de certificats de travail sont des contestations pécuniaires (ATF 116 II 379 consid. 2b p. 380). Cela vaut non seulement pour les litiges dans le domaine des rapports de travail de droit privé, mais aussi pour les contestations en matière de droit public (arrêt 1C\_195/2007 du 17 décembre 2007 consid. 2; cf. aussi TOMAS POLEDNA, *Arbeitszeugnis und Referenzauskünfte des Arbeitgebers im öffentlichen Dienst*, in: ZBl 4/2003 p. 169 s.).

2.3 En matière pécuniaire, le recours n'est en principe recevable que si la valeur litigieuse atteint 15 000 fr. (art. 85 al. 1 let. b LTF). La demande de délivrance d'un certificat de travail ne tend pas au paiement d'une somme d'argent déterminée. Dans un tel cas, le Tribunal fédéral fixe la valeur litigieuse selon son appréciation (art. 51 al. 2 LTF). Il incombe à la partie, sous peine d'irrecevabilité, de donner les éléments suffisants pour permettre au Tribunal fédéral d'estimer aisément cette valeur (cf. art. 42 al. 1 et 2 LTF). Le contrôle d'office ne supplée pas au défaut d'indication de la valeur litigieuse. Il n'appartient pas au Tribunal fédéral de procéder lui-même à des investigations pour la déterminer, si elle ne résulte pas d'emblée des constatations de la décision attaquée (art. 105 al. 1 LTF) ou d'autres éléments ressortant du dossier. Il n'est lié ni par l'estimation de la partie recourante ou un accord des parties, ni par une estimation manifestement erronée de l'autorité cantonale (ATF 136 III 60 consid. 1.1 p. 62; SJ 2010 I p. 37, 8C\_473/2009 consid. 3.2.1). En principe toutefois, il ne s'écartera pas sans raison de la valeur litigieuse fixée par l'autorité précédente et admise par les parties (arrêts 1C\_195/2007 du 17 décembre 2007 consid. 3 et 4C.60/2005 du 28 avril 2005 consid. 1).

2.4 Le Tribunal administratif n'a pas fixé de valeur litigieuse. Faute de critères précis fixés par celui-ci et compte tenu des pratiques cantonales fort différentes, la recourante, suivant certains avis doctrinaux, propose de prendre en compte une valeur litigieuse équivalente à trois mois de salaire. Selon ses allégués, elle bénéficiait, au moment de l'introduction de l'instance, d'un salaire correspondant à un échelon 13 en classe 7 selon le règlement sur la rémunération de la convention collective de travail de droit public du secteur de la santé du canton de Neuchâtel (CCTsanté21), ce qui équivaut pour un travail à temps partiel de 80 pour cent à une rémunération mensuelle de 5085 fr. 96 brut, soit de 15 257 fr. 88 pour trois mois.

L'intimé soutient que le seuil requis n'est pas atteint. Selon lui la valeur litigieuse se détermine en raison du dommage potentiel que le salarié pourrait subir lors de la recherche d'un nouvel emploi. En l'espèce, il n'y

aurait pas de préjudice puisque la recourante devrait de toute façon révéler spontanément les faits qu'elle voudrait voir occultés. L'intimé expose par ailleurs que la comptabilisation la plus élevée pratiquée par les autorités cantonales se fonde sur un mois de salaire (cantons de Zurich, d'Argovie et de Thurgovie), ce qui conduirait en l'espèce à retenir un montant nettement en-dessous de la valeur minimale demandée.

2.5 Dans un ancien arrêt (ATF 74 II 43), le Tribunal fédéral a considéré que la valeur litigieuse minimale pour le recours en réforme (alors de 4000 fr.) ne pouvait d'emblée pas être atteinte pour la délivrance d'un certificat de travail. Dans l'ATF 116 II 379 consid. 2b p. 380, il s'est fondé sur le comportement en procédure cantonale des parties, qui avaient reconnu implicitement la compétence *ratione materiae* du Tribunal des prud'hommes, limitée dans ce cas aux contestations dont la valeur litigieuse n'excédait pas 7000 fr., soit un montant inférieur au seuil minimal requis pour un recours en réforme (alors 8000 fr.). Ultérieurement (arrêt 4C.60/2005 du 28 avril 2005 consid. 1), il a admis une valeur litigieuse correspondant à deux salaires mensuels fixée par le Tribunal cantonal pour la modification du certificat de travail délivré à un fondé de procuration. Il a aussi jugé que la pratique cantonale consistant à fixer une valeur litigieuse correspondant à un salaire mensuel n'était pas arbitraire (arrêt 4P.208/2001 du 21 novembre 2001 consid. 3b; voir également l'arrêt 4C.158/1996 du 14 janvier 1997 consid. 2a dans lequel l'autorité cantonale avait estimé cette valeur à 500 fr.). Enfin, plus récemment, le Tribunal fédéral n'a pas remis en cause une valeur litigieuse de 15 000 fr. arrêtée par l'autorité précédente et non contestée par les parties dans un litige portant sur le contenu d'un certificat de travail remis à un médecin (arrêt 1C\_195/2007 du 17 décembre 2007 consid. 3). Comme principe général d'estimation le Tribunal fédéral retient l'entrave à l'avenir professionnel du travailleur (ATF 74 II 44). Des critères d'appréciation retenus par les autorités cantonales, tels que la profession, la fonction, la durée des rapports de travail, ainsi que le niveau de salaire, sont considérés comme pertinents (arrêt 1C\_195/2007 du 17 décembre 2007 consid. 3).

2.6 Dans les litiges portant sur la remise ou le contenu d'un certificat de travail, le calcul de la valeur litigieuse par les différentes autorités judiciaires cantonales est très disparate (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *Le contrat de travail*, 2010, n° 2.8 ad art. 343 CO; RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd. 2008, p. 368; MANFRED REHBINDER, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 15<sup>e</sup> éd., 2002, n° 264 p. 131). Elle est parfois symbolique ou fixée en fonction du salaire mensuel (voir arrêt 4P.208/2001 du 21 novembre 2001 consid. 3b; STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6<sup>e</sup> éd., 2006, n° 6 ad art. 330a CO p. 473; voir également l'arrêt du Tribunal supérieur du canton de Schaffhouse du 6 mai 1994, in RSJ 91/1995 p. 370).

2.7 La doctrine a critiqué le caractère trop bas de la valeur litigieuse retenue par les instances cantonales (cf. WYLER, *op.cit.*, p. 369 n. 1307; STREIFF/VON KAENEL, *op.cit.*, n° 6 ad art. 330a CO p. 473 s; JÜRIG BRÜH-

WILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2<sup>e</sup> éd. 1996, n<sup>o</sup> 4 ad art. 330a CO; SUSANNE JANSSEN, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, 1996, p. 163). Dans la mesure où la contestation sur le contenu du certificat de travail est de nature à entraver le travailleur dans son avenir professionnel, WYLER propose d'apprécier la valeur litigieuse au regard du nombre de mois durant lesquels le travailleur est entravé dans sa recherche d'emploi ou des répercussions sur le nouveau salaire souhaité. En l'absence d'indications particulières, cet auteur préconise la prise en compte d'une valeur litigieuse correspondant à trois mois du salaire du travailleur concerné (op.cit., p. 368 s.). D'autres auteurs suggèrent de déterminer pour chaque cas individuel, en tenant compte de toutes les circonstances du cas d'espèce, l'intérêt pécuniaire du travailleur à faire reconnaître son droit en justice (GEISER/MÜNCH, Stellenwechsel und Entlassung, 1997, p. 53 n. 264; JANSSEN, op.cit., p. 163). L'importance d'un certificat de travail varie selon la qualification et la fonction du salarié et la situation du marché de l'emploi. Ainsi, le certificat de travail revêt parfois moins d'importance pour la recherche d'un poste de travail simple que d'un emploi dans une fonction plus élevée, encore que pour les emplois de cadre cette importance a tendance à diminuer au profit d'autres procédures de sélection du personnel (POLEDNA, op.cit., p. 170; JANSSEN, op.cit., p. 1 ss).

2.8 Il ressort des considérations qui précèdent, en particulier de la jurisprudence fédérale, que la valeur litigieuse ne saurait être fixée dans l'absolu en fonction d'un nombre déterminé de salaires mensuels. D'autre part, comme on l'a vu, la partie recourante doit donner, conformément à l'art. 42 al. 1 et 2 LTF, les éléments suffisants pour permettre au Tribunal fédéral d'estimer aisément la valeur litigieuse, sous peine d'irrecevabilité. En l'espèce, la recourante n'allègue pas qu'elle est entravée d'une manière ou d'une autre dans son avenir professionnel. Elle est du reste toujours au service du même employeur. Elle ne prétend pas, en particulier, qu'elle aurait des difficultés à changer d'employeur ni même qu'elle envisage la recherche d'un nouvel emploi. Dans ces conditions, on ne saurait sans plus admettre que son intérêt pécuniaire atteint la valeur litigieuse requise de 15 000 fr. Par conséquent, le recours en matière de droit public apparaît irrecevable au regard de l'art. 85 al. 1 let. b LTF.

3.

3.1 Lorsque la valeur litigieuse est insuffisante, le recours est néanmoins recevable si la contestation soulève une question juridique de principe (art. 85 al. 2 LTF). Lorsque le recours n'est recevable qu'à cette condition, le recourant doit exposer en quoi l'affaire remplit cette exigence (art. 42 al. 2, deuxième phrase, LTF; ATF 134 III 267 consid. 1.2 p. 269; 133 III 439 consid. 2.2.2.1 p. 442).

3.2 En l'espèce, la recourante allègue que le point litigieux, qui est de savoir si l'employeur peut mentionner dans un certificat de travail intermédiaire une absence de l'employée de près de deux ans pour cause de maladie, n'a jamais été tranché par le Tribunal fédéral. Elle fait valoir que la loi

ne fournit pas de réponse claire à cette question (art. 330a CO), pas plus d'ailleurs que les jurisprudences cantonales. De son côté, la doctrine n'est pas unanime. Le besoin d'une jurisprudence fédérale à ce sujet serait d'autant plus aigu que la question est susceptible de trouver application dans nombre de cas futurs.

3.3 La jurisprudence a souligné qu'il fallait se montrer restrictif dans l'admission d'une dérogation à l'exigence de la valeur litigieuse sur la base de l'art. 74 al. 2 let. a LTF, respectivement de l'art. 85 al. 2 LTF. Elle s'est efforcée de cerner la notion de contestation soulevant une question juridique de principe. En résumé, il faut qu'il soit nécessaire, pour résoudre le cas d'espèce, de trancher une question juridique qui donne lieu à une incertitude caractérisée, laquelle appelle de manière pressante un éclaircissement de la part du Tribunal fédéral, en tant qu'autorité judiciaire suprême chargée de dégager une interprétation uniforme du droit fédéral (ATF 4A\_54/2010 du 4 mai 2010 consid. 1.1; 135 III 397 consid. 1.2 p. 399; arrêt 4A\_64/2008 du 27 mai 2008 consid. 1.1). Il faut en particulier que la question juridique présentée se rapporte à un domaine du droit qui est soumis au contrôle du Tribunal fédéral; autrement dit, la question doit se rapporter à une norme dont la violation est un motif de recours au Tribunal fédéral en vertu des art. 95 et 96 LTF (Message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4108 ch. 4.1.3.1; cf. ATF 134 III 267 consid. 1.1 p. 269). Si la question se rapporte à une norme de droit cantonal que le Tribunal fédéral ne peut pas revoir librement, celui-ci ne saurait rendre une décision de principe (cf. arrêt 1C\_58/2008 du 7 mai 2009 consid. 1.2). Si son pouvoir d'examen est limité à la violation des droits constitutionnels, il suffit en effet que le recourant interjette un recours constitutionnel subsidiaire et une dérogation à l'exigence de la valeur litigieuse ne se justifie pas (ATF 134 I 184 consid. 1.3 p. 187; arrêts 4A\_517/2009 du 4 janvier 2010 consid. 1.3.1, 4A\_64/2008 du 27 mai 2008 consid. 1.1; BERNARD CORBOZ, in Commentaire de la LTF, 2009, n° 36 ad art. 74 LTF).

3.4 Le présent litige a pour objet la formulation du certificat de travail d'une employée soumise à un rapport de travail de droit public cantonal. Dans un tel cas, le droit fédéral ne peut s'appliquer qu'à titre de droit cantonal supplétif (arrêts 8C\_340/2009 du 24 août 2009 consid. 1.2, 1C\_195/2007 du 17 décembre 2007 consid. 4.1 et 1P.169/2000 du 31 août 2000 consid. 4c; POLEDNA, op.cit., p. 170). Les relations de travail de la recourante avec le Centre X. sont régies par la CCTsanté21. Celle-ci ne fait aucune mention du droit du salarié à l'obtention d'un certificat de travail. Comme l'ont relevé les premiers juges, ce droit découle de l'art. 76 de la loi du 28 juin 1995 sur le statut de la fonction publique du canton de Neuchâtel (LSt; RSN 152.510) qui reprend en substance la teneur de l'art. 330a CO.

3.5 Contrairement à ce que soutient la recourante, il ne s'agit donc pas, en l'espèce, de trancher le point de savoir si le certificat de travail

intermédiaire litigieux est ou non conforme aux exigences de l'art. 330a CO. La question porte bien plutôt sur l'application de l'art. 76 LSt, que le Tribunal fédéral ne peut revoir que sous l'angle de l'arbitraire. On peut certes admettre que les principes jurisprudentiels dégagés à propos de cette disposition du code des obligations sont applicables par analogie dans le domaine du droit cantonal de la fonction publique. Mais cela ne change pas la nature du droit cantonal public. Il est donc exclu que le Tribunal fédéral puisse revoir avec un plein pouvoir d'examen l'application de ces principes (art. 95 en corrélation avec l'art. 106 al. 1 LTF). Partant, la recevabilité du recours en matière de droit public ne saurait être reconnue en application de l'art. 85 al. 2 LTF.

*Bundesgericht, Urteil vom 2. September 2010, Doss.-Nr. 4A\_259/2010 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Luzern vom 16. März 2010), in: BGE 136 III 539*

**Entschädigung der Überzeitarbeit berufsmässiger Motorfahrzeugführer (Art. 56 SVG; Art. 6 und 7 ARV 1; Art. 321c Abs. 3 OR sowie Art. 9 und 13 ArG).**

**Überzeitarbeit berufsmässiger Motorfahrzeugführer ist zwingend mit dem Grundlohn und dem gesetzlich vorgesehenen Zuschlag zu entschädigen, sofern sie nicht mit Freizeit kompensiert wird (E. 2–2.6).**

Aus den Erwägungen:

2.

Im Arbeitsvertrag vereinbarten die Parteien, die Arbeitszeit werde flexibel gestaltet und variere aufgrund des Arbeitsvorkommens. Bezüglich der Überstunden wurde festgehalten, ausserhalb der normalen Arbeitszeiten sei der Arbeitnehmer (Y.) verpflichtet, Überstunden zu leisten, sofern ihm dies nach Treu und Glauben zugemutet werden könne. Der Lohn betrug Fr. 5000.– brutto, wobei im Vertrag in Klammern angemerkt ist: «Fr. 5000.– gleich Profigehalt, Ueberstunden inklusive». Zwischen den Parteien ist streitig, in welchem Ausmass allfällige Überstunden bereits mit dem Lohn abgegolten sind.

2.1 Die erste Instanz ging davon aus, nach dem übereinstimmenden Verständnis der Parteien seien im Lohn nur eigentliche Überstunden, die im Rahmen der wöchentlichen Höchst Arbeitszeit geleistet wurden, abgegolten. Diese beträgt nach Art. 6 Abs. 1 der Verordnung vom 19. Juni 1995 über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer und -führerinnen (Chauffeurverordnung, ARV 1; SR 822.221) 46 Stunden. Ob diese Auffassung zutrifft (der Beschwerdeführer hatte geltend gemacht, der Beschwerdegegner selbst sei bei der Spesenabrechnung von 50 Stunden ausgegangen), liess die Vorinstanz letztlich offen. Sie hielt fest, Über-

stunden seien Stunden zwischen der vereinbarten Arbeitszeit und der gesetzlich zulässigen Höchstarbeitszeit. Diesbezüglich könne sowohl der Grundlohn als auch der Lohnzuschlag schriftlich wegbedungen werden. Überzeit sei die über die Höchstarbeitszeit geleistete Arbeit. Diese sei, sofern keine Kompensation mit Freizeit erfolge, nach Art. 13 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11) zwingend mit dem Grundlohn und dem gesetzlich vorgesehenen Zuschlag zu entschädigen. Die Vorinstanz erachtete Art. 13 Abs. 1 ArG auch für den zu beurteilenden Fall für massgeblich, da in der Chauffeurverordnung lediglich die zulässige Arbeitszeit definiert werde, nicht aber deren Entschädigung.

2.2 Der Beschwerdeführer macht demgegenüber geltend, die Begriffe Höchstarbeitszeit in Art. 9 Abs. 1 und 3 ArG und in Art. 6 ARV 1 seien nicht identisch. Der Beschwerdeführer und der Beschwerdegegner hätten die Mehrarbeit im Sinne von Art. 6 ARV 1 als Überstunden verstanden, weshalb der Beschwerdegegner seine Ferienwochen auf den Spesenblättern mit 50 Stunden berücksichtigt habe. Während das Arbeitsgesetz die wöchentliche Höchstarbeit fixiere und Ausnahmen nur auf Verordnungsstufe zulasse, gestatte Art. 7 ARV 1 ausdrücklich, abweichend von der wöchentlichen Höchstarbeitszeit je Woche fünf weitere Stunden Mehrarbeit zu leisten. Zulässige Mehrarbeit im Sinne der Chauffeurverordnung stelle Überstundenarbeit im Sinne des OR und des Arbeitsgesetzes dar, so dass die Wegbedingung der Entschädigung zulässig sei.

2.3 Sowohl im Arbeitsgesetz (Art. 9 ArG) als auch in der Chauffeurverordnung (Art. 6 ARV 1) wird eine «Höchstarbeitszeit» festgelegt und der Umfang, in welchem diese Stundenanzahl überschritten werden darf (Art. 12 ArG; Art. 7 ARV 1). Ohne klar anderslautende Indizien ist grundsätzlich nicht davon auszugehen, dieselben Begriffe, die in verschiedenen Gesetzen in gleichem Zusammenhang verwendet werden, seien unterschiedlich auszulegen. Zweck und Aufbau der Bestimmungen des Arbeitsgesetzes und der Chauffeurverordnung sind weitgehend analog. Hinweise darauf, dass der Begriff «Höchstarbeitszeit» Unterschiedliches bezeichnen soll, bestehen nicht. Auch in der Literatur wird ohne Weiteres davon ausgegangen, Art. 6 ARV 1 enthalte betreffend die Höchstarbeitszeit, wie sie in Art. 9 ArG geregelt ist, spezielle Bestimmungen für eine besondere Arbeitnehmerkategorie (vgl. VON KAENEL, in: Arbeitsgesetz, Geiser/von Kaenel/Wyler [Hrsg.], 2005, N. 38 zu Art. 9 ArG). Insoweit kann der Argumentation des Beschwerdeführers nicht gefolgt werden.

2.4 Die Annahme der Vorinstanz, die Chauffeurverordnung definiere lediglich die zulässige Arbeitszeit, nicht aber deren Entschädigung, widerspricht dem Wortlaut der Verordnung. Art. 7 Abs. 3 ARV 1 hält fest: «Die Überzeitarbeit kann durch einen Lohnzuschlag nach Obligationenrecht oder durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen werden. Ein solcher Ausgleich ist innert dreier Monate vorzunehmen, sofern Arbeitgeber und Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerin nicht einen längeren Zeitraum schrift-

lich vereinbaren; dieser Zeitraum darf in keinem Fall länger als zwölf Monate sein.» Die Chauffeurverordnung regelt mithin entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht nur die zulässige Arbeitszeit, sondern auch die Abgeltung der Überzeit.

2.5 Die Chauffeurverordnung verweist für den Lohnzuschlag auf das Obligationenrecht, also auf Art. 321c Abs. 3 OR (ROGER BOLLAG, Die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer, 1994, S. 26 Fn. 151). Da die Chauffeurverordnung eine Spezialregelung enthält, geht sie dem Arbeitsgesetz nach Art. 71 lit. a ArG vor (vgl. THOMAS GÄCHTER, Arbeitsschutz, in: Gesundheitsrecht SBVR Bd. VIII, 2005, S. 369 Rz. 220). Nach Art. 321c Abs. 3 OR hat der Arbeitgeber, sofern die Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen wird und nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist, für die Überstundenarbeit Lohn zu entrichten, der sich nach dem Normallohn samt einem Zuschlag von mindestens einem Viertel bemisst. Zu prüfen bleibt, ob mit diesem Verweis auf das OR auch unter der Geltung der Chauffeurverordnung der nach Art. 321c Abs. 3 OR zulässige Ausschluss der Entschädigung durch Parteiabrede zum Tragen kommt.

2.5.1 Die Chauffeurverordnung stützt sich auf die Regelung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer im SVG. Danach ordnet der Bundesrat die Arbeits- und Präsenzzeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer. Er sichert ihnen eine ausreichende tägliche Ruhezeit sowie Ruhetage, so dass ihre Beanspruchung nicht grösser ist als nach den gesetzlichen Regelungen für vergleichbare Tätigkeiten (Art. 56 SVG). Die Anlehnung an die gesetzlichen Regelungen für vergleichbare Tätigkeiten spricht eher dagegen, dass vom Gesetzgeber bezüglich der Vergütung der Überzeit eine zu Lasten der Arbeitnehmer vom Arbeitsgesetz abweichende Regelung gewollt ist. Unter der Geltung des Arbeitsgesetzes ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei Ausgleich der Überzeitarbeit in Geld zwingend der Grundlohn und die im Gesetz vorgehene Zusatzentschädigung geschuldet (Art. 13 Abs. 1 ArG; BGE 126 III 337).

2.5.2 Art. 7 Abs. 3 ARV 1 verweist für den *Lohnzuschlag* auf die Bestimmungen des Obligationenrechts und scheint diesen als gegeben vorzusetzen, allerdings ohne ausdrücklich zu erläutern, ob sich der Verweis nur auf die Höhe des Zuschlags bezieht. Bereits der verwendete Begriff der Höchstarbeitszeit verdeutlicht indessen, dass diese grundsätzlich nicht überschritten werden soll, auch wenn in Art. 7 ARV 1 unter gewissen Voraussetzungen Ausnahmen vorgesehen sind. Innerhalb der Höchstgrenze können die Parteien die Arbeitszeit frei festlegen und daher auch vereinbaren, Überstunden seien mit dem Lohn abgegolten. Die Position des Arbeitnehmers ist diesfalls nicht anders, als wenn (innerhalb der Höchstarbeitszeit) eine längere Arbeitszeit vereinbart worden wäre, was den Parteien freisteht. Bezüglich der Höchstarbeitszeit kann den Parteien dagegen nicht

derselbe Freiraum zugebilligt werden. Andernfalls könnte die vorgeschriebene Höchstarbeitszeitgrenze durch Parteiabrede faktisch umgangen werden, was dem Regelungszweck widerspräche.

2.5.3 Der Zweck der Verordnung liegt darin, für eine ausreichende Ruhezeit zu sorgen (Art. 56 SVG) und eine Überanstrengung zu verhindern, um die Gesundheit der Arbeitnehmer zu schützen (GÄCHTER, a.a.O., S. 370 Rz. 221). Die Regelung soll in erster Linie die Verkehrssicherheit fördern, obwohl sie gleichzeitig dem Schutz der Arbeitnehmer dient (Botschaft vom 24. Juni 1955 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Strassenverkehr, 1955 II 40 zu Art. 53 Abs. 2 E-SVG; GIGER, SVG-Strassenverkehrsgesetz, 7. Aufl. 2008, N. 1 zu Art. 56 SVG). Art. 7 ARV 1 sieht als Ausgleich für die Überzeit entweder einen Lohnzuschlag oder Freizeit von gleicher Dauer vor. Der Ausgleich durch Freizeit dient dem Schutz vor Überanstrengung und damit dem primären Ziel der Verkehrssicherheit besser als eine Abgeltung in Geld. Entsprechend wird im Gegensatz zu den analogen Bestimmungen in Art. 321c OR und Art. 13 ArG, welche primär den Interessen des Arbeitnehmers dienen (vgl. VON KÄNEL, a.a.O., N. 2 zu Art. 9 ArG) in Art. 7 Abs. 3 ARV 1 für den Ausgleich der Überzeit durch Freizeit nicht das Einverständnis des Arbeitnehmers verlangt (vgl. demgegenüber Art. 13 Abs. 2 ArG und Art. 321 c Abs. 2 OR). Im Vergleich zu den analogen Bestimmungen im ArG wird damit der Ausgleich durch Freizeit für den Arbeitgeber vereinfacht und dadurch privilegiert. Dem entspricht, dass der Ausgleich in Geld für den Arbeitgeber mit einem Zuschlag verbunden ist, während bei einem Ausgleich durch Freizeit keine zusätzlichen Kosten anfallen. Wäre es zulässig zu vereinbaren, die Entschädigung für Überzeitarbeit sei im Lohn bereits enthalten, bestünde für den Arbeitgeber keinerlei Anreiz, auf Überzeitarbeit zu verzichten oder die geleistete Überzeit mit Freizeit auszugleichen. Eine derartige Auslegung liesse sich zwar mit dem Wortlaut von Art. 321c OR vereinbaren, liefe aber dem Zweck der Chauffeurverordnung und von Art. 56 SVG zuwider.

2.6 Mit Blick auf den Zweck der Bestimmungen ist daher auch für den Geltungsbereich der Chauffeurverordnung davon auszugehen, der Lohnzuschlag für Überzeitarbeit sei zwingend. Aus diesem Zweck folgt auch, dass entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht nur der Zuschlag, sondern auch der Grundlohn zwingend geschuldet ist. Es besteht kein Grund diesbezüglich von der zu Art. 13 ArG ergangenen Rechtsprechung (BGE 126 III 337) abzuweichen. Insoweit ist der angefochtene Entscheid im Ergebnis nicht zu beanstanden.

*Bundesgericht, Urteil vom 6. September 2010, Doss.-Nr. 4A\_187/2010 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 19. Februar 2010), in: BGE 136 III 510*

**Art. 330a Abs. 1 OR; Arbeitszeugnis; Krankheit.**

**In einem Arbeitszeugnis gemäss Art. 330a Abs. 1 OR ist eine Krankheit des Arbeitnehmers namentlich zu erwähnen, wenn sie seine Eignung zur Erfüllung der bisherigen Aufgabe in Frage stellte und damit einen sachlichen Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bildete (E. 4.1). Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn ein Arbeitnehmer zufolge Krankheit während mehr als eines Jahres seine bisherige Tätigkeit nicht ausüben konnte und bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht absehbar war, ob und wann er dazu wieder in der Lage sein wird (E. 4.4).**

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 Der Arbeitnehmer kann jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen, das sich nicht nur über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses, sondern auch über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht (Art. 330a Abs. 1 OR). Ein solches qualifiziertes Zeugnis bzw. Vollzeugnis soll einerseits das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers fördern und deshalb wohlwollend formuliert werden. Andererseits soll es künftigen Arbeitgebern ein möglichst getreues Abbild von Tätigkeit, Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers geben, weshalb es grundsätzlich wahr und vollständig zu sein hat (BGE 129 III 177 E. 3.2; Urteil 4A\_432/2009 vom 10. November 2009 E. 3.1 mit Hinweisen). Ein qualifiziertes Zeugnis darf und muss daher bezüglich der Leistungen des Arbeitnehmers auch negative Tatsachen erwähnen, soweit diese für seine Gesamtbeurteilung erheblich sind (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2006, N. 3 zu Art. 330a OR; vgl. auch Urteil 4C.129/2003 vom 5. September 2003 E. 6.1). Dies trifft auf eine Krankheit zu, die einen erheblichen Einfluss auf Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers hatte oder die Eignung zur Erfüllung der bisherigen Aufgaben in Frage stellte und damit einen sachlichen Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses bildete (vgl. Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 9. September 2003, in: Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts [JAR] 2004 S. 598 f.; PHILIPPE CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, 2009, S. 401; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 3 zu Art. 330a OR; SUSANNE JANSSEN, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, 1996, S. 126 f.; PHILIPPE CARRUZZO, Les conséquences de l'empêchement non fautif de travailler: questions choisies, SJ 130/2008 II S. 327 ff. und 330). Eine geheilte Krankheit, welche die Beurteilung der Leistung und des Verhaltens nicht beeinträchtigt, darf dagegen nicht erwähnt werden (JANSSEN, a.a.O., S. 127). Längere Arbeitsunterbrüche sind

– auch wenn sie krankheitsbedingt waren – in einem qualifizierten Zeugnis zu erwähnen, wenn sie im Verhältnis zur gesamten Vertragsdauer erheblich ins Gewicht fallen und daher ohne Erwähnung bezüglich der erworbenen Berufserfahrung ein falscher Eindruck entstünde (JANSSEN, a.a.O., S. 125; vgl. auch SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, in: Zürcher Kommentar, Bd. V/2c, 3. Aufl. 1996, N. 13 zu Art. 330a OR). Massgebend sind die Umstände des Einzelfalls (vgl. JANSSEN, a.a.O., S. 125 f. Fn. 274, die eine Faustregel, wonach nur Unterbrechungen von mehr als der Hälfte der Dauer des Arbeitsverhältnisses zu erwähnen seien, ablehnt).

4.2 Das Obergericht erblickte den Grund der Kündigung in der langdauernden Krankheit bzw. in der Annahme der Beschwerdegegnerin, dass der Beschwerdeführer seit Januar 2008 wieder arbeitsfähig sei. Nachdem im Arbeitszeugnis das Ende des Arbeitsverhältnisses auf den 31. Januar 2009 festgelegt worden sei, habe der Beschwerdeführer zuvor beinahe 1½ Jahre nicht mehr als Regionalsekretär gearbeitet, weshalb gemäss dem Antrag der Beschwerdegegnerin im Zeugnis zu erwähnen sei, dass der Beschwerdeführer wegen gesundheitlicher Probleme seine Funktion als Regionalsekretär seit dem 24. August 2007 nicht mehr wahrnehmen konnte.

4.3 Der Beschwerdeführer rügt, die Annahme des Obergerichts, die Beschwerdegegnerin habe ihm aufgrund seiner Krankheit gekündigt, sei offensichtlich unrichtig. Gemäss dem Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 19. Mai 2008 sei nicht die Erkrankung Grund für die Kündigung gewesen, sondern die (falsche) Annahme der Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführer habe seine vertraglichen Pflichten, insbesondere seine Treuepflicht, verletzt. Stehe fest, dass die Kündigung nicht auf seine Krankheit zurückzuführen sei, dürfe diese gemäss dem Prinzip der wohlwollenden Formulierung nicht im Arbeitszeugnis erwähnt werden. Da anzunehmen sei, der Beschwerdeführer werde bei einem künftigen Arbeitgeber nicht erneut erkranken, sei für diesen einzig von Interesse, dass der Beschwerdeführer während der Dauer der Krankheit keine beruflichen Erfahrungen sammeln konnte. Diesem Informationsbedürfnis könne jedoch in einer für den Beschwerdeführer schonenderen Weise entsprochen werden, wenn im Arbeitszeugnis ab Dezember 2007 eine Anstellung von 50% genannt werde. Die Erwähnung seiner Krankheit im Arbeitszeugnis verstosse demnach gegen Art. 330a OR.

4.4 Der Beschwerdeführer war während mehr als einem Jahr krankheitshalber unfähig, seine bisherige Tätigkeit auszuüben. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses war nicht absehbar, ob und wann er dazu wieder in der Lage sein wird, weshalb die Krankheit seine weitere Eignung zur Ausübung der bisherigen Tätigkeit erheblich in Frage stellte. Unter diesen Umständen bildete die Krankheit einen berechtigten Kündigungsgrund. Demnach war die Beschwerdegegnerin unabhängig davon, ob sie die Kündigung auf Grund der Krankheit aussprach, gehalten, diese in einem qualifizierten Arbeitszeugnis zu erwähnen. Damit ist eine Verletzung von

Art. 330a OR zu verneinen, ohne dass der subjektive Kündigungsgrund bzw. die entsprechende Rüge des Beschwerdeführers geprüft werden müsste. Nicht entscheidenderheblich ist auch, ob die Erwähnung der Krankheit sich allenfalls hätte rechtfertigen können, weil sonst bezüglich der Berufserfahrung ein falsches Bild entstanden wäre.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 20 septembre 2010, Doss.-N° 8C\_104/2010 (Rejet du recours en matière de droit public interjeté contre le jugement de la Cour de droit public du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel du 15 décembre 2009)*

### **Egalité salariale dans la fonction publique.**

**Art. 8 al. 1 Cst. féd. Fonction publique cantonale. Contrairement à la garantie à une rémunération égale de l'homme et de la femme qui confère un droit subjectif en vertu de la réglementation spécifique, la garantie générale de l'égalité de traitement ne confère pas directement un droit subjectif à un salaire égal en cas de rémunération discriminatoire non fondée sur le sexe, mais seulement un droit à la suppression de l'inégalité. La personne discriminée ne bénéficie en conséquence pas d'une prétention directe au paiement d'un salaire égal à titre rétroactif (c. 5.2).**

Extraits des faits:

B., né en 1942, a travaillé en qualité d'enseignant à l'Ecole X., placée sous mandat de gestion du Centre Y. depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001, du mois de septembre 1968 au mois de septembre 2007, date à laquelle il a pris sa retraite. Il a également enseigné au Gymnase N., devenu Lycée Z., de 1983 jusqu'à sa retraite. Selon la réglementation cantonale applicable, le personnel enseignant bénéficie d'une période hebdomadaire de décharge dès l'âge de 55 ans révolus et de trois périodes hebdomadaires dès l'âge de 60 ans révolus. Tandis que, dans sa fonction au Lycée Z., B. a effectivement bénéficié de cette mesure, il n'en a pas été de même à l'Ecole X. Par lettre du 20 juillet 2002, l'intéressé, en prévision de son 60<sup>ème</sup> anniversaire, a déclaré renoncer «pour les années à venir» à ses décharges horaires, pour des motifs pédagogiques, afin de ne pas imposer à ses élèves deux professeurs pour la même branche.

Le 1<sup>er</sup> octobre 2008, B. a saisi le Département de l'éducation, de la culture et des sports du canton de Neuchâtel (DECS) d'une demande tendant au paiement par l'Etat de Neuchâtel d'un montant correspondant aux heures de décharge à l'Ecole X. auxquelles il avait renoncé du mois de mars 2003 au mois de septembre 2007, soit la somme de 35 644 fr. 29 plus accessoires. Le Service de la formation professionnelle et des lycées du

DECS a rejeté la demande par décision du 16 octobre 2008. Saisi d'un recours, le DECS l'a rejeté par décision du 17 mars 2009.

B. a recouru contre cette décision devant la Cour de droit public du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel. La juridiction cantonale a converti le recours en une action de droit administratif au motif que selon le droit de procédure cantonal, le tribunal administratif connaît en instance unique des actions fondées sur le droit administratif et portant notamment sur des prestations pécuniaires découlant des rapports de service des agents de l'Etat. Statuant le 15 décembre 2009, elle a rejeté la demande. B. interjette un recours en matière de droit public contre ce jugement dont il demande l'annulation.

Extraits des considérants:

4.

Sous le titre «Horaire de travail», l'art. 25 de la loi du canton de Neuchâtel sur le statut de la fonction publique du 28 juin 1995 (LSt; RS/NE 152.510) dispose que le Conseil d'Etat fixe la durée et l'horaire de travail des titulaires de fonctions publiques. Sous le titre «Décharge pour raison d'âge», l'art. 21 du règlement général d'application de la loi sur le statut de la fonction publique dans l'enseignement du 21 décembre 2005 (RSten; RS/NE 152.513) prévoit ceci:

<sup>1</sup> Le personnel enseignant est déchargé par l'autorité d'une période hebdomadaire dès l'âge de 55 ans révolus et de trois périodes hebdomadaires dès l'âge de 60 ans révolus.

<sup>2</sup> Pour certaines catégories de maîtres de l'enseignement professionnel, en fonction de la spécificité de leur enseignement, la décharge correspond à deux périodes hebdomadaires dès l'âge de 55 ans révolus et à quatre périodes hebdomadaires dès l'âge de 60 ans révolus.

<sup>3</sup> Cette mesure est applicable dès le 15 août qui suit l'âge de référence. Elle concerne les titulaires d'une charge d'enseignement complète mais peut s'appliquer également aux bénéficiaires d'une retraite partielle à partir de 60 ans, selon des modalités définies par le département.

Cette disposition a été reprise de l'art. 14 de l'ancien règlement des enseignants du 3 juillet 1996 (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2005; ci-après: aREns) sous réserve de l'al. 3 où les termes «dès le début de l'année scolaire» ont été remplacés par l'expression «dès le 15 août».

En l'espèce, le recourant a renoncé à bénéficier de la mesure prévue aux art. 14 aREns et 21RSten durant la période où il enseignait à l'Ecole X. Le litige porte sur le point de savoir s'il a droit à une indemnité équitable en contrepartie de cette renonciation.

5.

5.1 La juridiction cantonale a rejeté le grief d'inégalité salariale soulevé par B. pour justifier son droit à une indemnité. Elle a considéré qu'en cas d'inégalité salariale non fondée sur le sexe, un employé public n'a pas

un droit subjectif à un salaire égal, mais seulement un droit à la suppression de l'inégalité. Aussi, la garantie générale de l'égalité de traitement ne confère-t-elle pas un droit au paiement d'un salaire avec effet rétroactif, mais seulement la possibilité d'obtenir, pour l'avenir, la «régularisation» de l'inégalité de manière appropriée et dans un délai raisonnable. Dans la mesure où la première réclamation de l'intéressé a été présentée à une époque à laquelle son droit au traitement avait déjà pris fin, la juridiction précédente est d'avis qu'il ne peut fonder ses conclusions sur le principe général d'égalité.

Le recourant conteste ce point de vue en faisant valoir que celui-ci ne tient pas compte des principes jurisprudentiels exposés dans l'arrêt ATF 131 I 105. Selon l'intéressé, l'interdiction de discrimination salariale peut être invoquée a posteriori également, de sorte qu'un droit au paiement de l'arriéré de salaire peut reposer sur le principe de l'égalité de traitement. Dans son cas, ce principe justifie donc qu'il obtienne une rémunération supplémentaire pour sa renonciation à une décharge au sens des art. 21 RSten et 14 aREns.

5.2 Le point de vue du recourant est mal fondé. Contrairement à la garantie à une rémunération égale de l'homme et de la femme qui confère un droit subjectif en vertu de la réglementation spécifique (art. 4 al. 2, 3<sup>ème</sup> phrase, aCst.; art. 8 al. 3 Cst.; loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 [LEg]), la garantie générale de l'égalité de traitement de l'art. 8 al. 1 Cst. ne confère pas directement un droit subjectif à un salaire égal en cas de rémunération discriminatoire non fondée sur le sexe, mais seulement un droit à la suppression de l'inégalité. De la garantie générale de l'égalité de traitement découle l'obligation de l'employeur public de rémunérer un même travail avec un même salaire. Dans les limites de l'interdiction de l'arbitraire, les autorités disposent d'une grande marge d'appréciation dans le choix des critères déterminants pour la fixation de la rémunération. Cette marge d'appréciation a son importance lorsqu'il s'agit de supprimer une inégalité salariale non fondée sur le sexe. Contrairement à la garantie d'une rémunération égale de l'homme et de la femme, la garantie générale de l'égalité de traitement ne confère pas en droit fédéral une prétention directe au paiement d'un salaire égal à titre rétroactif. La Constitution exige seulement que l'inégalité soit éliminée d'une manière appropriée et dans un délai raisonnable. A cet égard, il est justifié de prendre en considération le moment auquel l'intéressé a contesté l'inégalité en question pour la première fois. Selon la jurisprudence, il n'est pas insoutenable ni arbitraire de corriger une inégalité salariale au titre de la garantie générale de l'égalité de traitement avec effet seulement depuis le moment où l'intéressé fait valoir sa prétention (ATF 131 I 105 consid. 3.6 et 3.7 p. 109 ss).

En l'espèce, la juridiction cantonale a constaté que l'intéressé avait demandé, pour la première fois après la fin des rapports de travail, à être indemnisé pour sa renonciation à la décharge. Cela étant, il apparaît – sans

qu'il soit nécessaire d'examiner s'il était victime d'une inégalité salariale par rapport aux enseignants qui ont bénéficié effectivement d'une décharge selon les art. 21 RSten et 14 aREns – que le recourant ne peut pas se prévaloir de la garantie générale de l'égalité de traitement pour obtenir une rémunération supplémentaire en contrepartie de sa renonciation à ladite décharge.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 30 septembre 2010, Doss.-No. 4A\_376/2010  
(Rejet du recours en matière civile interjeté contre le jugement rendu le 19 mai 2010 par la Cour civile II du Tribunal cantonal du canton du Valais)*

**Est nul l'accord de résiliation signé par les parties, sur proposition de l'employeur, sans qu'aucun délai de réflexion ne soit accordé à l'employé, à un moment où celui-ci était soumis à de fortes pressions, compte tenu de la restructuration de la société, et se trouvait dans un état d'affaiblissement psychologique (c. 3).**

Faits:

H.Y., viticulteur-œnologue de formation (demandeur et intimé), est entré au service de X. SA (ci-après: X. SA) (défenderesse et recourante) en 1989. A partir du 1<sup>er</sup> juillet 2003, H.Y. a assumé la fonction de directeur général de la société pour un salaire mensuel brut de 10 000 fr., versé treize fois l'an. Un contrat de travail a été signé entre les parties le 19 février 2004, lequel a été partiellement modifié (le ch. 4 traitant de l'indemnité à percevoir en cas de résiliation du contrat de travail) par avenant du 4 décembre 2005. En juillet 2006, la majorité des actions de X. SA, dont la situation financière était catastrophique, a été rachetée par Cave V. SA (ci-après: V. SA). Suite à ce rachat, des mesures de restructuration ont été mises en place et les travailleurs ont subi des pressions, plus particulièrement H.Y. en sa qualité de directeur général. Un système de coaching externe, dont faisaient partie A., B. et C., a été imposé à H.Y.; cette mesure avait pour but d'aider ce dernier dans sa fonction dirigeante. Dès l'automne 2006, H.Y. a rencontré des difficultés sur son lieu de travail, ce qui a eu pour conséquence une dégradation de son état de santé en général, et de son état psychique en particulier. L'employé souffrait notamment d'importants problèmes d'anxiété, ce qui n'a pas échappé aux personnes qui collaboraient avec lui. H.Y. avait déjà connu des troubles semblables de la personnalité quelques années auparavant, mais la situation s'était stabilisée. Après avoir rencontré une première fois A. à une date indéterminée, H.Y. a été convoqué le 23 novembre 2006 à une séance à laquelle participait E., administrateur-délégué de V. SA et membre du conseil d'administration de X. SA. Au cours de cette réunion, une indemnité de départ de 120 000 fr. – composée de l'indemnité prévue par l'avenant du

4 décembre 2005 (90 000 fr.) et du salaire dû pour les trois mois du délai de congé (30 000 fr.) – a été négociée. Cette séance s’est achevée par la signature d’une convention manuscrite, rédigée par A. Ce titre prévoyait la résiliation du contrat de travail de l’employé pour le 30 novembre 2006, sans qu’aucun délai de réflexion ne soit demandé, ni même accordé. Le jour de la signature de la convention, H.Y. était encore apte au travail. Il était toutefois déjà en proie à un affaiblissement psychologique et souffrait de troubles de la personnalité sous-jacents. La décompensation anxio-dépressive, diagnostiquée le 29 décembre 2006 par le médecin traitant de H.Y., le Dr M., a eu pour effet de faire exploser la pathologie. H.Y. s’est ainsi trouvé en arrêt maladie à 100% du 27 novembre 2006 au 30 avril 2007. Du début mai à la fin juillet 2007, H.Y. a perçu des indemnités de la Caisse Z. (demanderesse et intimée). La validité de la convention signée le 23 novembre 2006 a été contestée le 2 octobre 2007.

Le 16 octobre 2008, H.Y. a ouvert action contre X. SA, en concluant au paiement de 42 705 fr. 90. Lors des débats préliminaires, le montant réclamé en capital a été porté à 44 451 fr. 65. La Caisse Z. ayant également ouvert action contre l’ancienne employeuse, les deux causes ont été jointes. X. SA a, pour sa part, conclu au rejet des conclusions des demandeurs. A titre subsidiaire, elle a requis le versement par H.Y. d’un montant de 24 167 fr. Après clôture de l’instruction, le juge de district a transmis les actes de la cause au Tribunal cantonal du canton du Valais pour jugement. Par arrêt du 19 mai 2010, la Cour civile du Tribunal cantonal valaisan a condamné X. SA à payer, d’une part, à H.Y. la somme de 42 705 fr. 90, et, d’autre part, à la Caisse Z. la somme de 21 381 fr. 70.

L’autorité cantonale a par ailleurs statué sur le sort des frais et dépens.

En substance, les magistrats valaisans ont nié l’existence d’une lésion au sens de l’art. 21 CO. Ils ont par contre considéré que la convention signée le 23 novembre 2006 était inefficace, à défaut de volonté implicite et sans équivoque du demandeur de renoncer à la protection accordée par les art. 336 ss CO et de concessions réciproques des parties. Cela étant, la cour cantonale a replacé les parties dans la situation qui aurait été la leur si elles n’avaient pas conclu l’accord litigieux. X. SA exerce un recours en matière civile.

Extraits des considérants:

2.

Dans un premier grief, la recourante conteste, sur plusieurs points, l’état de fait retenu par l’autorité cantonale. Elle critique tout d’abord les constatations se rapportant à l’état de santé de l’employé. Elle prétend, en se référant au certificat médical du Dr M. du 29 décembre 2006, ainsi qu’à divers témoignages, qu’aucune déficience n’était décelable avant son départ. Elle reproche ainsi à la cour cantonale d’avoir retenu que l’état de

santé de l'employé s'est détérioré dès l'automne 2006, soit avant la signature de la convention du 23 novembre 2006, et que cet état ne pouvait échapper aux personnes qui étaient appelées à le côtoyer au sein de la société.

Il n'est pas contesté que l'entretien du 23 novembre 2006 a exercé sur la personne de l'employé un effet de décompensation anxio-dépressive. Si, lors de la signature de la convention, l'effet susdécrit ne s'était pas encore manifesté, les troubles de la personnalité de l'employé étaient déjà préexistants; cela découle tant du certificat médical établi le 29 décembre 2006 par le Dr M. que des explications données en procédure par ce dernier. En outre, l'état d'affaiblissement psychologique dans lequel se trouvait l'intéressé à la fin de sa relation contractuelle ressort clairement des témoignages cités par la cour cantonale, qui incluent ceux évoqués par la recourante. A cet égard, il est erroné de prétendre, comme le fait cette dernière en se référant aux témoins I., J. et F.Y. (épouse de l'intimé), que ces témoins ne relatent que l'état de santé de l'employé postérieur à l'épisode de décompensation et que le témoignage de K., qui a certes quitté l'entreprise peu de temps après l'intimé, est isolé. Pour le surplus, il n'appartient pas à la Cour de céans de lire l'ensemble des dépositions des témoins cités par la recourante pour vérifier si l'appréciation qu'en a faite l'autorité cantonale est soutenable ou non. Le procédé consistant à alléguer un fait divergeant de celui retenu par la cour cantonale en se référant à plusieurs témoins, énumérés – sans autre développement – les uns après les autres («cf. audition de MM. A., F., G., B., C., D., E. ainsi que M<sup>me</sup> H.»), est impropre à démontrer l'arbitraire de la constatation litigieuse. Enfin, lorsque la recourante soutient que rien au dossier ne permet d'établir que la capacité de travail de l'employé était réduite avant le 23 novembre 2006, en critiquant sur ce point l'appréciation faite par l'autorité cantonale du témoignage du Dr L., elle oublie qu'il a été précisément constaté que l'employé s'est trouvé en arrêt maladie à 100% du 27 novembre 2006 au 30 avril 2007, soit postérieurement à la signature de l'acte litigieux. La critique est sur ce point sans consistance.

La recourante revient ensuite, toujours sous l'angle de la critique des faits, sur «la volonté réelle des parties lors de la signature de la convention de départ du 23 novembre 2006», plus particulièrement sur celle de l'intimé.

L'employé a, tout au long de la procédure, prétendu que la convention signée le 23 novembre 2006 ne correspondait pas à sa volonté réelle. Les volontés réelles des parties étant divergeantes, l'autorité cantonale a procédé à une interprétation selon la théorie de la confiance (cf. consid. 4.2.1 du jugement querellé). A cet égard, les magistrats ont bien indiqué qu'il convenait «d'examiner (...) la question de l'éventuelle existence d'une résiliation conventionnelle par le biais de l'interprétation, en dépit de la conclusion de la convention de départ du 23 novembre 2006». A défaut d'une commune et réelle intention des parties de mettre fin aux rapports de

travail, la question liée à un éventuel accord des parties tendant à mettre un terme au contrat de travail ne relève pas des faits, mais de l'application du principe de la confiance, qui est une question de droit. C'est donc en vain que la recourante dénonce sur ce point une appréciation arbitraire des faits. On relèvera d'ailleurs que la recourante critique plus loin l'absence de tout accord conventionnel en dénonçant une violation du droit, plus précisément de l'art. 18 CO.

3.

Après avoir rappelé, conformément à la jurisprudence citée par l'autorité cantonale en lien avec les art. 341 et 336c CO (ATF 119 II 449 consid. 2a p. 450 s.; 118 II 58 consid. 2b p. 60), que les parties au contrat de travail peuvent décider, en tout temps et d'un commun accord, de mettre un terme au contrat de travail par le biais d'un arrangement comportant des concessions réciproques, pour autant qu'il s'agisse nettement d'un cas de transaction, la recourante conteste l'absence, dans le cas d'espèce, de tout accord des parties tendant à la renonciation de la protection accordée par l'art. 336c al. 1 let. b CO et dénonce une violation de l'art. 18 CO.

La recourante déduit de la signature par l'employé de la convention litigieuse la volonté de celui-ci de mettre fin au rapport de travail le liant à l'employeuse. C'est toutefois perdre de vue que, dans le cadre de l'interprétation objective de la volonté des parties, l'acceptation par l'employé d'une résiliation proposée par l'employeur ne permet pas, à elle seule, de conclure à l'existence d'une résiliation conventionnelle et, par là même, à la volonté implicite du travailleur de renoncer à la protection accordée par les art. 336 ss CO (arrêts 4A.474/2008 du 13 février 2009 consid. 3.2 et 4C.127/2005 du 2 novembre 2005 consid. 4.1, in JAR 2006 p. 351). L'accord litigieux doit être interprété restrictivement; il ne peut constituer une résiliation conventionnelle que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'est établie sans équivoque la volonté des deux parties de se départir du contrat.

L'argumentation développée par la cour cantonale pour conclure à l'inexistence d'une résiliation conventionnelle n'emporte pas la conviction, dès lors qu'elle semble prendre appui sur la «volonté réelle» de l'intimé, référence faite aux circonstances survenues postérieurement à la signature de l'accord litigieux. Peu importe en définitive, puisque le Tribunal fédéral n'est pas limité, dans l'examen de la violation du droit, par la motivation de l'autorité précédente.

En l'occurrence, on ne saurait admettre la validité de l'accord de résiliation litigieux. Il ressort des faits constatés par l'autorité cantonale – qui lie le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) – que c'est sur proposition de l'employeuse, qui a rédigé la convention litigieuse, que les rapports de travail ont été résiliés, sans qu'aucun délai de réflexion ne soit demandé, ni même accordé. La signature de la convention est par ailleurs intervenue dans un contexte bien particulier, puisqu'il a été retenu que, durant cette période, les travailleurs au sein de l'entreprise, plus précisément du direc-

toire, étaient soumis à de fortes pressions, compte tenu notamment de la restructuration de la société. En outre, l'état de santé de l'intimé était déjà à ce moment-là dégradé; si ce dernier était encore apte au travail, il se trouvait néanmoins dans un état d'affaiblissement psychologique dû à la maladie, ce qui laisse penser qu'il pouvait être facilement enclin à signer la convention litigieuse.

On notera encore que la cour cantonale n'avait pas à considérer la durée de la négociation ayant abouti à l'accord conclu, de même que le montant de l'indemnité obtenue, puisque, comme relevé ci-dessus, l'acceptation par l'employé de la convention litigieuse ne permet pas de conclure à l'existence d'une résiliation conventionnelle. En outre, le fait que l'intimé était satisfait du montant obtenu ne tend pas à démontrer que la volonté présumée de l'employé était de quitter la société. Il ressort par ailleurs des constatations de fait souveraines que l'employé n'avait pas décidé de quitter l'entreprise pour se lancer dans une activité indépendante dans le commerce du vin. On relèvera enfin que le sentiment exprimé par l'intimé de «ne plus se sentir capable d'assumer la fonction de directeur général» était directement lié aux pressions subies sur son lieu de travail.

Dans ces circonstances, on peut douter que l'employé ait manifesté une volonté qui reflétait ses véritables intentions.

De surcroît, quoi qu'en dise la recourante, on cherche en vain l'existence de concessions réciproques. Il est admis que l'employeuse a offert à l'employé la somme de 120 000 fr., composée d'une indemnité de 90 000 fr. (chiffre 4 du contrat de travail modifié par avenant du 4 décembre 2005) et de 30 000 fr. correspondant au salaire à percevoir durant le délai de congé de trois mois. Cette somme étant semblable à celle qui aurait dû être versée en cas de résiliation unilatérale du contrat, on ne décèle aucune concession du côté de l'employeuse. Pour sa part, l'employé a renoncé à la protection légale liée à sa maladie, telle que résultant de l'art. 336c al. 1 let. b CO, laquelle protection donnait droit au montant – non contesté – de 76 666 fr. 65 (composé de 6 mois de salaire dû pendant la période de protection, du treizième salaire 2006 et du treizième salaire 2007 au pro rata temporis). Dans la mesure où l'incapacité de travail due à la maladie a été constatée avant la fin du délai de congé, on ne saurait faire abstraction de ce fait – garantissant un report du terme du contrat de travail – dans le cadre de l'appréciation de la situation. Les événements imprévisibles, non imputables à l'une ou l'autre des parties, et qui surviennent dans le délai de congé, doivent en effet, selon la jurisprudence (arrêt 4C.27/2002 du 19 avril 2002 consid. 3c, in SJ 2003 I p. 220), être pris en compte. Au reste, compte tenu des circonstances propres au cas d'espèce, en particulier de l'état de santé dans lequel se trouvait l'employé au moment de la signature de la convention, la recourante ne peut être suivie lorsqu'elle prétend que le risque de maladie s'avérait faible à la date de la résiliation conventionnelle. En signant l'accord litigieux, l'employé a ainsi

renoncé à la protection légale liée à la maladie, sans bénéficier d'aucune concession de son employeuse en contrepartie.

Par conséquent, la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral, en ayant nié la validité de l'accord de résiliation litigieux.

Le recours doit donc être rejeté, dans la mesure où il est recevable.

*Bundesgericht, Urteil vom 4. Oktober 2010, Doss.-Nr. 4A\_179/2010 (Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Februar 2010)*

**Es besteht keine Obliegenheit, eine Schwangerschaft dann umgehend anzuzeigen, wenn sie eine vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung beeinflussen oder ungültig machen kann. Einzig aussergewöhnliche Umstände erlauben es dem Arbeitgeber, sich gegenüber der Ausübung eines Kündigungsschutzrechts auf einen Rechtsmissbrauch der Arbeitnehmerin zu berufen. Ob Rechtsmissbrauch gegeben ist, beurteilt sich kasuistisch (E. 3.2).**

Sachverhalt:

A. (Klägerin und Beschwerdeführerin) arbeitete seit dem 7. Januar 2002 für die X. AG (Beklagte und Beschwerdegegnerin). Am 4. April 2007 kündigte die Beschwerdegegnerin den Vertrag aus wirtschaftlichen Gründen auf Ende Juni 2007 und stellte die Beschwerdeführerin frei. Noch während der Kündigungsfrist wurde die Beschwerdeführerin schwanger. Am 17. Januar 2008 kam sie nieder.

Die Beschwerdeführerin belangte die Beschwerdegegnerin vor dem Bezirksgericht Bülach auf Zahlung von Fr. 22 967.45 nebst Zins und Fr. 1190.– Kinderzulagen ab Januar bis Juli 2008, zuzüglich Schadenersatz und Aufwandentschädigung. Im selben Verfahren verlangte die Arbeitslosenkasse IAW für Leistungen von der Zeit vom 2. Juli 2007 bis 16. Januar 2008 sowie vom 24. April 2008 bis 30. Juni 2008 Fr. 34 940.– netto von der Beschwerdegegnerin. Das Bezirksgericht schützte die Klage im Wesentlichen in seinem Urteil vom 31. März 2009. Auf Berufung der Beschwerdegegnerin wies das Obergericht des Kantons Zürich sowohl die Klage der Beschwerdeführerin wie auch jene der Arbeitslosenkasse IAW ab, soweit die Klagen noch zu beurteilen bzw. darauf einzutreten war. Mit Bezug auf die Arbeitslosenkasse erwuchs dieser Entscheid in Rechtskraft. Die Beschwerdeführerin gelangt vor Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

1.

Im Gegensatz zum erstinstanzlichen Gericht hielt die Vorinstanz nicht für bewiesen, dass die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin am 22. Juni 2007 bzw. spätestens im Juli 2007 über ihre Schwangerschaft in Kenntnis gesetzt und die Wiederaufnahme der Arbeit angeboten hat. Mit dieser Feststellung findet sich die Beschwerdeführerin ab. Sie rügt, die Vorinstanz habe Bundesrecht, nämlich Art. 2 ZGB, Art. 319 in Verbindung mit Art. 322 OR, Art. 102 und Art. 324 OR, verletzt, soweit sie zum Ergebnis gelangt sei, dass das nach den Ausführungen der Beschwerdeführerin am 21. September 2007 erfolgte Arbeitsangebot ab diesem Datum bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses (30. Juni 2008) keinen Lohnanspruch ausgelöst habe.

2.

Die Vorinstanz erwog, ein Arbeitsangebot im August oder September 2007 hätte keinen Lohnanspruch mehr auslösen können. Damit schloss sich die Vorinstanz der in der Lehre vertretenen Ansicht an (wiedergegeben in STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage, N. 9 zu Art. 336c), wonach die Arbeitnehmerin eine Schwangerschaft, welche sie aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes grundsätzlich verschweigen darf, dann umgehend anzeigen muss, wenn die Schwangerschaft eine vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung beeinflussen oder gar ungültig machen könnte. In solchen Fällen hat nach dieser Auffassung ein Zuwarten mit der Anzeige der Schwangerschaft den Rechtsverlust zur Folge (WYLER, Droit du travail, 2. Auflage, Kapitel 13 Ziff. 2.3 S. 572). Denn die Arbeitnehmerin, welche die Arbeit nicht sofort anbiete und den Arbeitgeber in Verzug setze, erwecke bei diesem den Anschein, sie verzichte auf ihr Recht zur Erfüllung des Arbeitsvertrags während dessen verlängerter Dauer. Später darauf zurückzukommen, verstosse gegen Treu und Glauben. Erheblich wäre daher nach dem angefochtenen Urteil einzig das von der Beschwerdeführerin behauptete Arbeitsangebot vom 22. Juni 2007, allenfalls vom Juli 2007, nachdem sie ab dem 1. Juli 2007 nicht mehr gearbeitet habe, aber auch nicht mehr freigestellt gewesen sei.

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin stellt nicht in Abrede, dass sie während der durch die Sperrfrist verlängerten Kündigungsfrist nur Anspruch auf Lohn hat, soweit sie entweder arbeitet oder die Arbeit wegen Verzugs des Arbeitgebers nicht leisten kann (Urteil des Bundesgerichts 4C.259/2003 vom 2. April 2004 E. 2.1). Sie fordert demgemäss nur noch Lohn ab dem Zeitpunkt des Arbeitsangebots. Sie kritisiert indes, dass die Vorinstanz davon ausging, wer nach Ablauf der Frist der unzulässigen Kündigung nicht sofort die Arbeit anbiete, erwecke beim Arbeitgeber das berechtigte Vertrauen auf einen Verzicht der Arbeitnehmerin auf Erfüllung des infolge Schwangerschaft verlängerten Arbeitsvertrages. Sie macht geltend, auch

wenn sie erst am 21. September 2007 der Arbeitgeberin ein Arbeitsangebot unterbreitet habe, liege darin kein konkludenter Verzicht auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, da sie ja an diesem Tag zum Ausdruck gebracht habe, dass sie an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses interessiert sei. Sie verhalte sich auch nicht widersprüchlich, habe sie doch durch ihr früheres Verhalten kein schutzwürdiges Vertrauen begründet, welches durch die neuen Handlungen enttäuscht worden sei. Wollte man im Einklang mit der Vorinstanz eine Obliegenheit statuieren, eine Schwangerschaft dann umgehend anzuzeigen, wenn sie eine vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung beeinflussen oder ungültig machen kann, würde die in BGE 135 III 349 E. 2.3 und 3 ausgedrückte Auffassung des Bundesgerichts, wonach die Kündigungsschutzrechte gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. c OR nicht von der umgehenden Mitteilung oder zumindest der Mitteilung innert kurzer Frist abhängig sein sollten, zur Farce.

3.2 Die Rüge ist begründet. In BGE 135 III 349 hat das Bundesgericht die von der Vorinstanz herangezogene Lehrmeinung, wonach die Ausübung der Schutzrechte gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. c OR generell treuwidrig sein soll, sofern die Arbeitnehmerin den Arbeitgeber nicht unverzüglich, jedenfalls innert kurzer Frist nach Erhalt der Kündigung über die Schwangerschaft ins Bild setzt, verworfen und festgehalten, diese Rechtsauffassung lasse sich weder mit dem Schutzzweck von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR noch mit den Grundsätzen von Treu und Glauben vereinbaren. Vielmehr erlauben einzig aussergewöhnliche Umstände dem Arbeitgeber, sich gegenüber der Ausübung eines Kündigungsschutzrechts auf einen Rechtsmissbrauch der Arbeitnehmerin zu berufen, denn andernfalls würde der dem Arbeitnehmer durch zwingende Gesetzesbestimmungen zugesicherte Schutz illusorisch. Ob Rechtsmissbrauch gegeben ist, beurteilt sich kasuistisch.

3.3 In Verkennung dieser Rechtslage traf die Vorinstanz keinerlei Feststellungen darüber, ob besondere Umstände vorlagen, welche das Zuwarten mit der Mitteilung der Schwangerschaft und dem Arbeitsangebot ausnahmsweise als treuwidrig erscheinen liessen. Diesbezüglich ist die Sache daher nicht spruchreif und zur Ergänzung des Sachverhalts und neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3.4 Die Beschwerdegegnerin macht allerdings geltend, im Schreiben vom 21. September 2007 habe die Beschwerdeführerin ihre Arbeitskraft gar nicht angeboten, sondern lediglich behauptet, sie hätte ihre Arbeitskraft im Juli angeboten. Ob sie dieses Angebot aufrechterhalte oder erneure, stehe nicht fest. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin musste diese dem Hinweis auf ein bereits erfolgtes Angebot nach Treu und Glauben entnehmen, die Beschwerdeführerin biete ihr die Arbeitskraft an. Es bleibt mithin nur zu prüfen, ob Umstände vorliegen, welche das Zuwarten mit der Mitteilung der Schwangerschaft und dem Arbeitsangebot bis zu

diesem Zeitpunkt ausnahmsweise als treuwidrig erscheinen lassen (E. 3.3 hiervor).

*Tribunal fédéral, Arrêt du 5 octobre 2010, Doss.-N° 4A\_352/2010 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 5 mai 2010)*

**Art. 321c CO. Salaire déterminant pour la rétribution des heures supplémentaires. Le salaire normal comprend tous les éléments composant la rémunération obligatoirement due par l'employeur, y compris le treizième salaire et les diverses indemnités prévues contractuellement en relation avec le travail, comme, par exemple, la prime de risque ou un supplément de salaire versé en compensation du travail de nuit ou effectué en équipes.**

Extraits des faits:

Sous l'appellation Ambulances Z., Y. exploitait une entreprise individuelle assurant un service d'ambulances et gérant un dépôt de gaz médicaux en gros. E. a travaillé pour Ambulances Z. comme chauffeur ambulancier dès le 18 avril 1991. Le règlement d'entreprise faisait partie du contrat. Il instituait un délai de congé de deux mois «net» dès la deuxième année de service. Selon le règlement, «le collaborateur [était] tenu d'accomplir des heures supplémentaires lorsque les circonstances [l'exigeaient]»; «les heures supplémentaires accomplies au-delà du planning [étaient], en règle générale, payées avec un supplément de 25%» alors que «les heures supplémentaires effectuées le dimanche et les jours fériés [étaient] majorées de 50%». Le salaire mensuel de base de E. s'élevait à 5200 fr. en 2004 et 2005, 5250 fr. en 2006, 5300 fr. en 2007 et 5350 fr. en 2008. Tous les décomptes de salaire comprenaient les rubriques «inconvenients de service», «prime de conduite», «prime ancienneté» et «prime responsabilité». De 2004 à 2008, la rémunération de E. variait chaque mois en fonction des heures supplémentaires accomplies; celles-ci étaient payées par rapport au salaire de base, sans tenir compte des différentes primes d'ancienneté, d'inconvenients de service, de conduite ou de responsabilité.

X. SA (ci-après: X.) exploite une entreprise d'ambulances. Le 29 septembre 2008, Y. a conclu un accord avec X., laquelle reprenait les activités d'Ambulances Z. à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2008. Par courrier du 2 octobre 2008, X. a résilié pour le 31 décembre 2008 le contrat de travail la liant à E. à la suite du transfert d'entreprise. Le salaire a été régulièrement payé jusqu'au terme du contrat et le congé n'a pas été contesté.

Par demande du 31 mars 2009, E. a ouvert action contre Y. et X. en paiement d'un montant brut de 27 549 fr.55, plus intérêts à 5% dès le 30 septembre 2008. Cette prétention correspond à la rémunération com-

plémentaire d'heures supplémentaires et de jours fériés non compensés jusqu'au 30 septembre 2008. Par jugement du 9 novembre 2009, le Tribunal de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève a condamné Y. et X. à payer à E. 18 840 fr. 65, plus intérêts. Statuant le 5 mai 2010 sur appel des trois parties, la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève a annulé le jugement de première instance, puis condamné Y. à payer à E. la somme brute de 20 373 fr. 64, plus intérêts.

Y. interjette un recours en matière civile dans lequel il conclut à l'annulation de l'arrêt cantonal.

Extraits des considérants:

3.

Invoquant l'art. 321c al. 3 CO, le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir inclus, dans le salaire déterminant pour la rétribution des heures supplémentaires, les différentes primes versées à l'intimé. A son sens, il résulte du règlement d'entreprise faisant partie intégrante du contrat de travail que ces primes ne sont pas comprises dans le salaire de base.

3.1 Aux termes de l'art. 321c al. 3 CO, l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective. Le salaire normal comprend tous les éléments composant la rémunération obligatoirement due par l'employeur, y compris le treizième salaire et les diverses indemnités prévues contractuellement en relation avec le travail (arrêt 4C.414/2005 du 29 mars 2006 consid. 5.2), comme, par exemple, la prime de risque (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6<sup>e</sup> éd. 2006, n<sup>o</sup> 12 ad art. 321d CO p. 164) ou un supplément de salaire versé en compensation du travail de nuit ou effectué en équipes (PHILIPPE CARRUZZO, La rémunération du travailleur et le remboursement des frais, 2007, p. 94).

3.2 En l'espèce, la cour cantonale a constaté que les primes litigieuses faisaient clairement partie du salaire convenu, même si certains postes ont varié dans le temps. Le recourant ne remet pas en cause cette constatation en tant que telle, mais prétend que, selon le contrat liant les parties, les heures supplémentaires étaient calculées exclusivement sur le salaire de base, à l'exclusion des primes.

A ce propos, aucun accord écrit dérogoire ne ressort des articles du règlement d'entreprise cités par le recourant. Les art. 13.2 et 13.3 relatifs aux heures supplémentaires se bornent à prévoir que «les heures supplémentaires accomplies au-delà du planning sont, en règle générale, payées avec un supplément de 25%» et que les «heures effectuées le dimanche et les jours fériés sont majorées de 50%». Quant à l'art. 15, il mentionne le salaire mensuel brut et différentes primes, mais on ne voit pas comment cette disposition pourrait être interprétée comme excluant les primes du

salaire déterminant pour le calcul de la rémunération due pour les heures supplémentaires. Le moyen tiré d'une violation de l'art. 321c CO est mal fondé.

*Bundesgericht, Urteil vom 6. Oktober 2010, Doss.-Nr. 4A\_343/2010 (Bestätigung des Urteils des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 8. Februar 2010)*

**Nach Art. 15 Abs. 2 ArG gelten Pausen als Arbeitszeit, wenn die Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz nicht verlassen dürfen. Als Arbeitsplatz gilt jeder Ort im Betrieb oder ausserhalb des Betriebs, an dem sich der Arbeitnehmer zur Ausführung der ihm zugewiesenen Arbeit aufzuhalten hat (Art. 18 Abs. 5 ArGV 1). Hatte eine Arbeitnehmerin ihre Pausen in speziell dafür vorgesehenen Räumen zu verbringen, die vom eigentlichen Arbeitsplatz (in casu Kasse) jedoch verschieden sind, so ist die Vorinstanz nicht in Willkür verfallen, wenn sie davon ausging, dass diese Pausen nicht als entschädigungspflichtige Arbeitszeit zu qualifizieren sind, auch wenn die Arbeitnehmerin das Betriebsgebäude nicht verlassen durfte (E. 4.4).**

Sachverhalt:

X. (Klägerin und Beschwerdeführerin) arbeitete vom 1. Oktober 2003 bis 28. Februar 2006 als Kassiererin bei der Y. Casino AG (Beklagte und Beschwerdegegnerin).

Im Juni 2009 erhob die Beschwerdeführerin Klage beim Gewerblichen Schiedsgericht des Kantons Basel-Stadt und verlangte von der Beschwerdegegnerin im Wesentlichen Fr. 7214.40 nebst Zins. Sie machte geltend, sie habe das Casino während der Pausen nicht verlassen dürfen, sondern Bereitschaftsdienst leisten und die Pausen oft unterbrechen müssen, wenn dies ihre Vorgesetzten als geboten erachtet hätten. Daher seien ihr die Pausen als Arbeitszeit anzurechnen und zu entschädigen. Das Gewerbliche Schiedsgericht erachtete die Klage als unbegründet. Die von der Beschwerdeführerin dagegen erhobene Beschwerde wies das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt mit Urteil vom 8. Februar 2010 ab. Die Beschwerdeführerin gelangte ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

4.

Materiell hielt die Vorinstanz fest, die Angestellten der Beschwerdegegnerin hätten die Pausen in einem der vorgesehenen Pausenräumen verbringen können und seien nicht mit einem Pager oder Handy ausgerüstet gewesen. Deshalb seien sie für die Vorgesetzten auch nicht jederzeit

verfügbar gewesen. Die Beschwerdegegnerin anerkenne zwar, es sei gelegentlich vorgekommen, dass Mitarbeiterinnen ihre Pausen hätten unterbrechen müssen. Die unterbrochenen Pausen hätten jedoch nachgeholt werden dürfen. Dies habe die Beschwerdeführerin nicht bestritten. Sie habe «nicht so genau» sagen können, wie oft sie ihre Pausen habe unterbrechen müssen; es sei «mehr als 10 Mal» gewesen. Da die Pausen nachgeholt werden konnten, sei der Klage im Grunde das Fundament entzogen gewesen. Selbst wenn man annehme, eine unterbrochene Pause stelle auch dann Arbeitszeit dar, wenn sie später nachgeholt werden könne, könne die Beschwerdeführerin selbst nicht genau sagen, wie oft sie ihre Pause unterbrochen habe. Hierüber können somit auch keine zuverlässigen Angaben von Seiten der von ihr angerufenen Zeugen erlangt werden, zumal das Anstellungsverhältnis vor rund vier Jahren zu Ende gegangen sei. Die erste Instanz habe daher in antizipierter Beweiswürdigung auf die Anhörung der angerufenen Zeugen verzichten können.

4.1 Die Beschwerdeführerin rügt auch in diesem Zusammenhang die Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör und macht geltend, die Vorinstanz wäre verpflichtet gewesen, den ehemaligen Vorgesetzten und/oder Arbeitskollegen einzuvernehmen, wenn sie davon ausgegangen sei, in Pausenräumen verbrachte Pausen seien nur dann der Arbeitszeit zuzurechnen, wenn während der Pause tatsächlich Bereitschaftsdienst habe geleistet werden müssen. Die Vorinstanz ist indessen zum Schluss gekommen, der Klage sei das Fundament entzogen gewesen, da unterbrochene Pausen hätten nachgeholt werden dürfen. Die Beschwerdeführerin unterlässt es, sich mit dieser Begründung rechtsgenügend auseinanderzusetzen und aufzuzeigen, inwiefern dadurch ihre verfassungsmässigen Rechte verletzt worden sein sollten. Insoweit genügt sie den Begründungsanforderungen (Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG) nicht, und es ist unerheblich, dass die Vorinstanz zu Unrecht davon ausging, auf die Anhörung von Zeugen könne verzichtet werden, wenn unwahrscheinlich sei, dass sie sich an die Vorfälle zu erinnern vermöchten. In antizipierter Beweiswürdigung kann nur auf Beweismittel verzichtet werden, wenn sie von vornherein nicht geeignet sind, etwas am Beweisergebnis zu ändern (vgl. BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148; 131 I 153 E. 3 S. 157; je mit Hinweisen).

4.2 Die Beschwerdeführerin macht allerdings geltend, sie habe das Casino während den Pausen nicht verlassen dürfen, weshalb diese unabhängig davon, ob sie habe Bereitschaftsdienst leisten müssen, zu entschädigen seien. Die Vorinstanz habe Art. 15 Abs. 2 ArG und Art. 18 Abs. 5 der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1; SR 822.111) willkürlich ausgelegt. Nach diesen Bestimmungen hätten Pausen, die an irgendeinem Ort im Betrieb zu verbringen seien, als Arbeitszeit zu gelten. Weder der Gesetzeswortlaut noch die Praxis liessen bei der Auslegung der Bestimmungen einen Spielraum offen, zumal Art. 18 Abs. 5 ArGV 1 als Arbeitsplatz jeden Ort im und ausserhalb des Betriebs bezeich-

net, an dem sich der Arbeitnehmer zur Ausführung der ihm zugewiesenen Arbeit aufzuhalten habe.

4.3 Die Vorinstanz hielt fest, die Beschwerdeführerin und ihre damaligen Arbeitskollegen hätten das Casino während den Pausen unbestrittenmassen nicht verlassen dürfen. Die Beschwerdeführerin habe ihre Pausen nicht an ihrem Arbeitsplatz, d.h. an der Kasse, sondern in einem Pausenraum verbringen müssen. Ein eigens zur Verbringung der Pausen eingerichteter Raum sei kein Ort, an dem sich die Arbeitnehmer zur Ausführung der ihnen zugewiesenen Arbeit aufzuhalten haben.

4.4 Nach Art. 15 Abs. 2 ArG gelten Pausen als Arbeitszeit, wenn die Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz nicht verlassen dürfen. Als Arbeitsplatz gilt jeder Ort im Betrieb oder ausserhalb des Betriebs, an dem sich der Arbeitnehmer zur Ausführung der ihm zugewiesenen Arbeit aufzuhalten hat (Art. 18 Abs. 5 ArGV 1). Die Beschwerdeführerin behauptet zwar, die zwingend im Betrieb des Arbeitgebers zu verbringenden Pausen seien zu entschädigen, zitiert aber weder eine einschlägige Rechtsprechung noch Lehrmeinungen, die ihre Ansicht unterstützten. In der Literatur wird vielmehr die Auffassung vertreten, unter Arbeitsplatz im Sinne von Art. 15 Abs. 2 ArG sei derjenige Ort zu verstehen, an dem der Arbeitnehmer seine gewöhnliche Tätigkeit verrichte. Soweit eine Pause in einem speziell dafür vorgesehenen Raum abzuhalten sei, verlasse der Arbeitnehmer daher bereits seinen Arbeitsplatz, selbst wenn sich der Pausenraum im selben Gebäude wie der Arbeitsplatz befinde. Der Arbeitnehmer müsse nicht notwendig auch das Betriebsgebäude verlassen können (ROLAND A. MÜLLER, in: Handkommentar zum Arbeitsgesetz, 2005, N. 22 f. zu Art. 15 ArG). Vor diesem Hintergrund ist es nicht geradezu willkürlich (vgl. zum Begriff der Willkür BGE 132 III 209 E. 2.1 S. 211), Pausen, die in einem von mehreren eigens zur Verbringung der Pausen eingerichteten Räumen, zu verbringen sind, nicht als entschädigungspflichtige Arbeitszeit zu qualifizieren.

*Bundesgericht, Urteil vom 7. Oktober 2010, Doss.-Nr. 4A\_408/2010 (Bestätigung des Urteils der Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud vom 16. April 2010), in: BGE 136 III 513*

*Tribunal fédéral, Arrêt du 7 octobre 2010, Doss.-N° 4A\_408/2010 (Confirmation de l'arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 16 avril 2010), in: ATF 136 III 513*

### **Art. 336 OR; missbräuchliche Kündigung.**

**Der Arbeitnehmer ist vor einer Rache Kündigung nur geschützt (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR), sofern er nach Treu und Glauben annehmen kann, dass die von ihm geltend gemachten Ansprüche berechtigt sind. Es ist nicht erforderlich, dass sie tatsächlich begründet sind. Die**

**Kündigung ist jedoch nicht missbräuchlich, sofern der Arbeitnehmer Ansprüche geltend macht, die beim Entscheid zur Entlassung keine kausale Rolle gespielt haben (E. 2.4 und 2.6).**

**Nicht missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist eine Kündigung, die aufgrund von charakterlichen Unzulänglichkeiten des Arbeitnehmers ausgesprochen wird, die sich schädlich auf die gemeinsame Arbeit auswirken. Es braucht daher nicht geprüft zu werden, ob es sich dabei um eine Eigenschaft nach dieser Bestimmung handelt, die der anderen Partei «kraft ihrer Persönlichkeit zusteht» (E. 2.5 und 2.6).**

**Art. 336 CO; résiliation abusive.**

**Un travailleur n'est protégé contre un congé de représailles (art. 336 al. 1 let. d CO) que s'il peut supposer de bonne foi que les prétentions qu'il fait valoir sont fondées. Il n'est pas nécessaire qu'elles le soient effectivement. La résiliation n'est toutefois pas abusive dès lors que l'employé fait valoir des prétentions qui n'ont joué aucun rôle causal dans la décision de le licencier (consid. 2.4 et 2.6).**

**N'est pas abusif, au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO, le congé qui est fondé sur des manquements ou des défauts de caractère du travailleur qui nuisent au travail en commun. Il n'y a dès lors pas lieu d'examiner si ceux-ci constituent une «raison inhérente à la personnalité» au sens de cette disposition (consid. 2.5 et 2.6).**

Extraits des considérants:

2.

2.2 Le recourant reproche aux juges cantonaux une mauvaise application de l'art. 336 CO, ceux-ci n'ayant, en particulier, pas correctement tenu compte de l'art. 328 CO.

Pour trancher les questions posées, il convient préalablement de rappeler les principes applicables en la matière.

2.3 Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. En droit suisse du travail, la liberté de la résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier (ATF 132 III 115 consid. 2.1 p. 116; ATF 131 III 535 consid. 4.1 p. 538; ATF 127 III 86 consid. 2a p. 88).

Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO) (ATF 132 III 115 consid. 2.1 p. 116; ATF 131 III 535 consid. 4.1 p. 538; ATF 130 III 699 consid. 4.1 p. 701).

L'art. 336 al. 1 et 2 CO énumère des cas dans lesquels la résiliation est abusive; cette liste n'est toutefois pas exhaustive et une résiliation abusive peut aussi être admise dans d'autres circonstances. Il faut cependant

que ces autres situations apparaissent comparables, par leur gravité, aux cas expressément envisagés par l'art. 336 CO (ATF 132 III 115 consid. 2.1 p. 116 s.; ATF 131 III 535 consid. 4.2 p. 538). Ainsi, un congé peut être abusif en raison de la manière dont il est donné (ATF 132 III 115 consid. 2.2 p. 117; ATF 131 III 535 consid. 4.2 p. 538), parce que la partie qui donne le congé se livre à un double jeu, contrevenant de manière caractéristique au principe de la bonne foi (ATF 135 III 115 consid. 2.2 p. 117; ATF 131 III 535 consid. 4.2 p. 538; ATF 125 III 70 consid. 2b p. 73), lorsqu'il est donné par un employeur qui viole les droits de la personnalité du travailleur (ATF 132 III 115 consid. 2.2 p. 117; ATF 131 III 535 consid. 4.2 p. 538 s.), quand il y a une disproportion évidente des intérêts en présence ou lorsqu'une institution juridique est utilisée contrairement à son but (ATF 132 III 115 consid. 2.4 p. 118; ATF 131 III 535 consid. 4.2 p. 539).

Pour dire si un congé est abusif, il faut se fonder sur son motif réel (arrêt 4C.282/2006 du 1<sup>er</sup> mars 2007 consid. 4.3). Déterminer le motif d'une résiliation est une question de fait (ATF 131 III 535 consid. 4.3 p. 540; ATF 130 III 699 consid. 4.1 p. 702).

2.4 S'agissant des cas de congés abusifs prévus spécialement par la loi, l'art. 336 al. 1 let. d CO prévoit que le congé est abusif lorsqu'il est donné parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail (cf. arrêt 4A\_102/2008 du 27 mai 2008 consid. 2, in PJA 2008 p. 1177). Pour que cette disposition soit applicable, il faut que l'autre partie ait eu la volonté d'exercer un droit (arrêt 4C\_237/2005 du 27 octobre 2005 consid. 2.3). Il faut encore qu'elle ait été de bonne foi, même si sa prétention, en réalité, n'existait pas (arrêts 4C\_237/2005 du 27 octobre 2005 consid. 2.3; 4C.229/2002 du 29 octobre 2002 consid. 3, in Pra 2003 n° 106 p. 574); cette norme ne doit pas permettre à un travailleur de bloquer un congé en soi admissible ou de faire valoir des prétentions totalement injustifiées (arrêt 4C.247/1993 du 6 avril 1994 consid. 3a, in SJ 1995 p. 791 et les auteurs cités).

2.5 Quant à l'art. 336 al. 1 let. a CO, il déclare abusif le congé donné pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise. Cette disposition protectrice ne s'applique donc pas lorsque le travailleur présente des manquements ou des défauts de caractère qui nuisent au travail en commun, sans qu'il y ait à se demander si de telles caractéristiques constituent ou non une «raison inhérente à la personnalité» au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO (arrêt 4C.253/2001 du 18 décembre 2001 consid. 2a et b; ATF 127 III 86 consid. 2b p. 88; ATF 125 III 70 consid. 2c p. 74). Ainsi, il a été jugé que le congé n'était pas abusif lorsqu'il était donné au travailleur qui, en raison de son caractère difficile, crée une situation conflictuelle qui nuit notablement au travail en commun (ATF 132 III 115 consid. 2.2 p. 117; ATF 125 III 70 consid. 2c p. 74).

2.6 En l'espèce, il ressort de l'état de fait cantonal – qui lie le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) – que le recourant, au moins à partir d'une certaine date, s'est montré irritable et a tenu des propos agressifs, créant ainsi un mauvais climat au lieu de travail. Le recourant n'a pas été licencié brutalement et sans ménagement. Un premier entretien a eu lieu avec le directeur, qui a mal tourné; ensuite, un sévère avertissement a été donné par écrit au recourant; il ne ressort pas des constatations cantonales que la situation se serait améliorée, de sorte que l'intimée, de guerre lasse, s'est résolue à licencier le recourant, ce qui a apporté une amélioration du climat dans l'entreprise. Dans de telles circonstances (manifestement admises par la cour cantonale), on ne peut pas dire que le congé ne répond à aucun intérêt digne de protection ou qu'il a été donné sans ménagement.

Comme il a été retenu que les traits de caractère du recourant ont perturbé le climat au travail, l'art. 336 al. 1 let. a CO n'est pas applicable, sans qu'il y ait lieu d'examiner si ces traits de caractère constituent ou non une «raison inhérente à la personnalité» au sens de cette disposition.

Le recourant reproche à l'employeur de ne pas avoir pris les mesures adéquates, en présence d'un conflit, pour préserver sa personnalité, comme l'exige l'art. 328 al. 1 CO. Il faut tout d'abord observer que l'on ne se trouve pas dans la situation où l'employeur, pour mettre fin à un conflit entre deux de ses employés, choisit arbitrairement de licencier l'un d'eux, sans n'avoir rien tenté pour améliorer la situation. Il ressort de l'état de fait cantonal que le recourant était en conflit au moins avec le directeur et un autre employé et que les témoins qui se sont exprimés sur l'état conflictuel ont clairement désigné l'attitude du recourant comme la cause de ces tensions. Dans cette situation, l'employeur a estimé que la seule mesure à prendre était d'inviter le recourant à faire un effort et à changer d'attitude; on ne saurait dire qu'il a abusé de son pouvoir d'appréciation en la matière. On ne voit pas que l'employeur ait manqué à son obligation de protéger la personnalité du recourant.

Le recourant reproche à l'employeur d'avoir adopté une attitude contradictoire, en lui impartissant un délai à fin septembre pour changer d'attitude et en le licenciant ensuite sans nouvel entretien. Il faut tout d'abord observer que le recourant a été malade du 8 au 18 septembre, ce qui constitue un fait inattendu qui faussait évidemment la période de test imaginée par l'employeur et justifiait un nouvel examen. Par ailleurs, le recourant n'a pas admis les reproches qui lui étaient adressés, mais a adressé une réponse, le 1<sup>er</sup> novembre 2005, rédigée par un avocat qu'il avait mandaté à cette fin, ce qui dénote un incontestable raidissement de la situation. Estimant que la situation ne s'était pas améliorée comme espéré, l'employeur a licencié le recourant. On ne saurait dire cependant, sur la base de cet état de fait, que l'employeur a joué un double jeu, qu'il a fait preuve de duplicité dès le début et qu'il avait d'emblée l'intention de licencier le travailleur. De tels faits ne sont pas établis, de sorte que l'on ne peut

conclure que l'employeur, en résiliant le contrat, a agi de manière contraire aux règles de la bonne foi.

Pour tenter une contre-attaque, le recourant reproche à l'employeur de ne pas lui avoir remis un certificat de travail intermédiaire, d'avoir supprimé son mot de passe et de ne pas avoir répondu aux deux questions qu'il avait posées. Ces arguments sont vains, parce qu'ils ne touchent pas au motif réel du congé ou à la manière dont il a été donné. La seule question pertinente est en effet de savoir si le congé contrevient aux règles de la bonne foi; il ne s'agit pas de rechercher si l'employeur a rempli toutes ses obligations et s'il a, en toute circonstance, adopté un comportement irréprochable.

Le recourant soutient enfin que la résiliation est abusive en vertu de l'art. 336 al. 1 let. d CO, parce qu'elle est donnée pour le motif qu'il faisait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail. Il est vrai qu'il ressort de l'état de fait cantonal que le recourant avait demandé des renseignements sur la possibilité d'obtenir des commissions, sur la politique en matière d'heures supplémentaires ainsi que sur la date de ses vacances; par ailleurs, il avait demandé un nouveau certificat de travail intermédiaire. La cour cantonale a estimé que ces demandes, qui n'étaient pas de nature à déranger véritablement l'employeur, n'avaient pas joué de rôle causal dans la décision de le licencier. Déterminer s'il existe un rapport de causalité naturelle est une question de fait (ATF 130 III 591 consid. 5.3 p. 601, ATF 130 III 699 consid. 4.1 p. 402; ATF 128 III 22 consid. 2d p. 25). Le Tribunal fédéral est donc lié par la constatation de l'autorité cantonale (art. 105 al. 1 LTF). Le recourant n'invoque pas l'arbitraire (art. 9 Cst.) dans l'établissement de ce point de fait; le grief constitutionnel n'étant pas soulevé, le Tribunal fédéral ne peut entrer en matière à ce sujet (art. 106 al. 2 LTF). Au demeurant, on ne voit pas pourquoi ces demandes auraient pu déranger l'employeur à un point tel qu'il décide de licencier son employé; la conclusion cantonale ne peut donc pas être taxée d'arbitraire. Dès lors que les demandes de l'employé n'ont joué aucun rôle causal dans le licenciement, l'art. 336 al. 1 let. d CO n'est pas applicable.

Ainsi, la cour cantonale n'a pas violé les art. 328 et 336 CO et le recours doit être rejeté.

*Bundesgericht, Urteil vom 8. Oktober 2010, Doss.-Nr. 4A\_348/2010 und 4A\_358/2010 (Aufhebung des Urteils des Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève vom 5. Mai 2010), in: BGE 136 III 552*

*Tribunal fédéral, Arrêt du 8 octobre 2010, Doss.-N° 4A\_348/2010 et 4A\_358/2010 (Annulation de l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 5 mai 2010), in: ATF 136 III 552*

**Arbeitsvertrag; Kündigung anlässlich einer Betriebsübertragung (Art. 333 Abs. 1 OR).**

**Begriff der Betriebsübertragung im Sinne von Art. 333 Abs. 1 OR (E. 2).**

**Nur die im Zeitpunkt des Übergangs des Betriebes bestehenden Arbeitsverhältnisse gehen auf den Erwerber über. Eine betriebsübergangsbedingte Kündigung stellt nicht in jedem Fall eine Umgehung von Art. 333 Abs. 1 OR dar, namentlich nicht, wenn sie durch wirtschaftliche Gründe gerechtfertigt ist (E. 3).**

**Vorliegend stellt die Beschränkung der Zahl der vom Erwerber übernommenen Arbeitsverträge keine Verletzung von Art. 333 Abs. 1 OR dar, weil diese Beschränkung auf wirtschaftlichen Gründen beruhte (E. 4 und 5).**

**Contrat de travail; licenciement à l'occasion d'un transfert d'entreprise (art. 333 al. 1 CO).**

**Notion de transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 al. 1 CO (consid. 2).**

**Seuls les rapports de travail existant au moment du transfert de l'entreprise passent à l'acquéreur. Un licenciement intervenant à l'occasion du transfert d'entreprise ne constitue pas nécessairement une fraude à la loi; en particulier, une résiliation du contrat de travail n'est pas contraire à l'art. 333 al. 1 CO si elle est justifiée par des raisons économiques (consid. 3).**

**Dans le cas particulier, la limitation du nombre de contrats de travail repris par l'acquéreur ne constitue pas une violation de l'art. 333 al. 1 CO dès lors qu'elle est fondée sur des motifs économiques (consid. 4 et 5).**

Faits:

A.

Sous l'appellation Ambulances Z., Y. exploitait une entreprise individuelle assurant un service d'ambulances. A. a travaillé comme ambulancière pour Ambulances Z. dès le 1<sup>er</sup> juin 1996.

Au début 2008, Y. a contacté l'un des administrateurs de X. SA, laquelle exploite également une entreprise d'ambulances. Il souhaitait en effet cesser son activité, devenue déficitaire. Durant la deuxième quinzaine de juillet 2008, l'exploitant d'Ambulances Z. et X. SA ont longuement étudié la faisabilité d'une reprise.

Lors d'une réunion du personnel d'Ambulances Z. tenue le 17 juillet 2008, Y. a fait état des difficultés financières qui l'incitaient à cesser ses activités. Par circulaire du 26 juillet 2008, il a informé chaque employé qu'il allait procéder à l'annonce officielle d'un licenciement collectif auprès des instances concernées; bien que des discussions en cours permis-

sent d'envisager la possibilité d'une reprise de la majorité des employés par une entreprise tierce, les collaborateurs recevraient, au début de la semaine suivante, une lettre de licenciement pour le 30 septembre 2008. A l'instar des 25 autres employés d'Ambulances Z., A. a été licenciée pour le 30 septembre 2008 par courrier du 28 juillet 2008.

Dans une seconde circulaire, datée du 7 août 2008, Y. a informé l'ensemble du personnel d'Ambulances Z. que l'entreprise cessait ses activités pour des motifs économiques. Il précisait qu'il ne se sentait plus la force de redresser l'entreprise et que, dans ce but, il avait cherché un repreneur. Il disposait à présent d'une proposition de X. SA, qui serait prête à reprendre une grande partie des activités d'Ambulances Z. ainsi que 20 des 26 employés.

Par lettre du même jour et malgré les incertitudes planant encore sur ce transfert d'entreprise, Y. a informé 20 des 26 employés d'Ambulances Z. que le congé du 28 juillet 2008 était «nul et non avenue», ajoutant que leur contrat de travail serait transféré à la nouvelle entité. A. ne faisait pas partie des collaborateurs dont le congé était retiré.

Par courrier du 19 août 2008, les HUG (Hôpitaux Universitaires de Genève) ont confirmé à X. SA leur accord pour le transfert à cette société, dès le 1<sup>er</sup> octobre 2008, de deux conventions qui les liaient jusqu'alors à Ambulances Z.

Par lettres recommandées du 19 septembre 2008, A. a informé Y. et X. SA qu'elle s'opposait à son congé, qu'elle tenait pour abusif et donné en violation de l'art. 333 CO.

Le 29 septembre 2008, Y. a conclu un accord avec X. SA, laquelle reprenait les activités d'Ambulances Z. à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2008.

Par courrier du 13 octobre 2008, X. SA a informé A. qu'elle contestait le transfert des rapports de travail. Dans une lettre du 31 octobre 2008 reçue le 4 novembre 2008, X. SA a résilié le contrat de travail pour le 31 décembre 2008, pour le cas où le transfert devait être admis par jugement.

B.

Comme trois autres employés d'Ambulances Z. dont le licenciement n'a pas été retiré par l'employeur, A. a ouvert action contre Y. et X. SA. Elle concluait au paiement d'un montant total de 99 816 fr. 84 plus intérêts, dont 21 809 fr. 75 à titre de salaire brut d'octobre 2008 à janvier 2009.

Par jugement du 2 juillet 2009, le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève n'a admis qu'en partie les conclusions en paiement de A. contre Y. et X. SA. En particulier, il a jugé que le contrat de travail, valablement résilié pour le 30 septembre 2008, n'avait pas été transféré à X. SA, de sorte que A. n'avait pas droit aux salaires d'octobre 2008 à janvier 2009.

Statuant le 5 mai 2010 sur appel des trois parties, la Cour d'appel des prud'hommes du canton de Genève a annulé le jugement de première instance, puis, notamment, condamné solidairement Y. et X. SA à payer à A.

la somme brute de 21 809 fr. 77, plus intérêts à 5% dès le 4 janvier 2009, à charge pour les défendeurs de s'acquitter des prestations sociales; ce montant correspond aux salaires d'octobre 2008 au 4 janvier 2009. La cour cantonale a jugé qu'il y avait eu transfert d'entreprise et que le licenciement du 28 juillet 2008 avait été notifié pour éluder la protection découlant de l'art. 333 al. 1 CO, si bien qu'il était nul; en conséquence, le contrat de travail avait été transféré à X. SA et A. pouvait prétendre à son salaire du 1<sup>er</sup> octobre 2008 au 4 janvier 2009.

C.

X. SA (la recourante) a interjeté un recours en matière civile, tendant à ce que A. soit déboutée de ses conclusions. Y. (le recourant) a également exercé un recours en matière civile et pris les mêmes conclusions que X. SA.

Le Tribunal fédéral a entièrement admis le recours de X. SA et rejeté l'action en paiement de A. en tant qu'elle était dirigée contre cette société. Il a partiellement admis le recours de Y. Les prétentions salariales de A. au-delà du 30 septembre 2008 ont été rejetées; en revanche, Y. a été condamné à payer à A. une indemnité pour congé abusif, car le licenciement collectif du 28 juillet 2008 ne respectait pas la procédure de consultation prévue à l'art. 335f CO.

Extraits des considérants:

2.

La cour cantonale a admis, sur la base de l'art. 333 CO, que les rapports de travail liant l'intimée au recourant avaient été transférés à la recourante, malgré le licenciement du 28 juillet 2008. Un tel transfert suppose un transfert de l'entreprise ou d'une partie de celle-ci. Invoquant une violation de l'art. 333 CO, les recourants soutiennent tout d'abord qu'il n'y a pas eu transfert d'entreprise en l'espèce. Ils font valoir que seules certaines activités d'Ambulances Z. ont été reprises par X. SA, soit plus particulièrement les contrats relatifs à l'activité «144» et aux transports inter- et intrahospitaliers. Or, ces contrats ne correspondraient à aucune entité organisée qui aurait pu être transférée.

2.1 Pour qu'il y ait transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 al. 1 CO, il suffit que l'exploitation ou une partie de celle-ci soit effectivement poursuivie par le nouveau chef d'entreprise. L'exploitation est considérée comme poursuivie en tout ou en partie par l'acquéreur lorsqu'elle conserve son identité, c'est-à-dire son organisation et son but (ATF 132 III 32 consid. 4.1 p. 37 et les arrêts cités). L'appréciation s'effectue sur la base de l'ensemble des faits et circonstances caractérisant l'opération. Est déterminant à cet égard le fait que l'acquéreur poursuive ou reprenne effectivement une activité économique identique ou similaire (ATF 129 III 335 consid. 2.1 p. 337 et les références).

2.2 Il ressort de l'état de fait cantonal que la recourante a repris l'essentiel des activités d'Ambulances Z., que les deux entreprises d'ambulances exerçaient les mêmes activités principales, soit le transport de malades et de blessés, que les deux conventions liant le recourant aux HUG ont été transférées à la recourante et que la plupart des employés d'Ambulances Z. ont continué leur travail chez la recourante. Ces éléments suffisent amplement à admettre, dans le cas présent, un transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 al. 1 CO. Le grief tiré d'une violation de cette disposition est mal fondé.

3.

Le point central du litige porte sur la régularité du licenciement de l'intimée, pour une échéance correspondant à la veille du jour où l'entreprise a été transférée à la recourante.

3.1 Aux termes de l'art. 333 al. 1 CO, si l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations qui en découlent, au jour du transfert, à moins que le travailleur ne s'y oppose. Il s'agit en particulier de maintenir, pour le travailleur, les droits liés à l'ancienneté (ATF 129 III 335 consid. 5.4.1 p. 343). Dans sa teneur actuelle, l'art. 333 al. 1 CO est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1994; il est le résultat de l'harmonisation avec le droit européen voulue par le législateur fédéral (cf. ATF 132 III 32 consid. 4.1 p. 37 et consid. 4.2.2.1 p. 39; ATF 129 III 335 consid. 6 p. 350). Contrairement à la solution prévalant sous l'ancien droit, en cas de transfert d'entreprise, les rapports de travail existant au moment du transfert passent automatiquement à l'acquéreur, même contre le gré de ce dernier (ATF 132 III 32 consid. 4.2.1 p. 38; ATF 127 V 183 consid. 4d p. 187; ATF 123 III 466 consid. 3b p. 468). Une véritable obligation de reprise incombe à l'acquéreur et il n'est pas possible d'écarter cette conséquence en concluant une convention dérogatoire entre l'employeur qui transfère l'entreprise et celui qui la reprend (ATF 132 III 32 consid. 4.2.1 p. 38 et consid. 4.2.2.1 p. 38 ss).

Seuls les rapports de travail existant au moment du transfert de l'entreprise passent à l'acquéreur. Ce dernier n'a pas à reprendre des contrats de travail n'existant plus au moment du transfert et le bénéfice de l'art. 333 CO ne peut être invoqué que par les travailleurs dont la relation de travail est en cours à la date du transfert, ce qui sera le cas également lorsque le contrat a déjà été résilié pour une date postérieure au transfert (ATF 134 III 102 consid. 3.1.1 p. 106).

Le travailleur dont le contrat a été résilié pour un terme précédant le moment du transfert de l'entreprise ne verra donc pas ses rapports de travail transférés au reprenant et ne pourra se prévaloir de l'art. 333 CO. Lorsque le licenciement intervient à l'occasion du transfert de l'entreprise («betriebsübergangsbedingte Kündigung»), il se pose toutefois la question de savoir si la résiliation du contrat de travail par l'employeur n'est pas irrégulière et, le cas échéant, avec quelles conséquences.

3.2 En doctrine, les avis sont partagés. Selon DUC/SUBILIA, l'art. 333 al. 1 CO n'empêche pas l'employeur de résilier le contrat de travail pour un terme précédant le transfert d'entreprise et en respectant les délais de congé, lorsque l'acquéreur ne veut pas reprendre les rapports de travail; ces auteurs reconnaissent toutefois que, selon les circonstances, un tel congé peut se révéler abusif au sens de l'art. 336 CO (Droit du travail – Eléments de droit suisse, 2010, n° 13/14 ad art. 333 CO p. 473 s.). ADRIAN STAEHELIN part également du principe que l'employeur est libre de résilier le contrat de travail avant le transfert d'entreprise (Zürcher Kommentar, 3<sup>e</sup> éd. 1996, n° 12 ad art. 333 CO). Pour THOMAS GEISER, aucune norme n'interdit de licencier un travailleur en vue du transfert, de sorte que le contrat prenne fin avant le transfert d'entreprise, et une telle résiliation n'est pas abusive; en revanche, si le congé est donné pour un terme tombant avant le transfert et que le repreneur conclut un contrat avec le travailleur pour la même activité, il y a fraude à la loi et les rapports de travail selon le contrat initial se poursuivent indépendamment du nouveau contrat (Arbeitsrechtliche Fragen bei Sanierungen, in Sanierung der AG, 2<sup>e</sup> éd. 2003, p. 170). RÉMY WYLER considère qu'un licenciement «pour la veille du transfert» est valable pour autant qu'il corresponde à une réalité matérielle, en ce sens que le travailleur n'est pas immédiatement réembauché par le cessionnaire; cependant, si l'employeur résilie le contrat uniquement pour empêcher le transfert des rapports de travail, le congé est abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. c CO (Droit du travail, 2<sup>e</sup> éd. 2008, p. 417 et 419; cf. également RACHEL GENOUD, Transfert des rapports de travail lors de transmissions d'entreprises, L'Expert-comptable suisse 2004 p. 523). ENDRIT KARAGJOZI défend également la thèse selon laquelle un licenciement pour cause de transfert est en principe valable, mais doit être tenu pour abusif; il admet néanmoins que le licenciement est inefficace lorsque le travailleur licencié est repris par le cessionnaire car, dans ce cas, la résiliation n'a pour but que la modification des conditions de travail et la perte des droits découlant de l'ancienneté (Les transferts d'entreprises en droit du travail, 2003, p. 106).

D'autres auteurs sont d'avis que le licenciement notifié uniquement en raison du transfert est illicite ou nul, voire inefficace, car l'art. 333 al. 1 CO, de droit impératif, interdit implicitement une résiliation pour ce motif, laquelle constitue ainsi une fraude à la loi (WOLFGANG PORTMANN, in Basler Kommentar, Obligationenrecht, vol. I, 4<sup>e</sup> éd. 2007, n° 10 ad art. 333 CO; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6<sup>e</sup> éd. 2006, n° 10 ad art. 333 CO p. 558; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3<sup>e</sup> éd. 2004, n° 5 ad art. 333 CO p. 209; GABRIEL AUBERT, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. I, n° 5/6 ad art. 333 CO; LE MÊME, Licenciements collectifs et transferts d'entreprises, in Journée 1994 de droit du travail et de la sécurité sociale, p. 111). Ce dernier auteur précise que les licenciements opérés, avant ou après le transfert, en vue de restructurer l'entreprise, ne sont pas contraires à l'art. 333 al. 1 CO

dès lors qu'ils répondent à un motif autre que le seul transfert (Commentaire romand, op.cit., n° 5 ad art. 333 CO).

Dans le même ordre d'idées, ISABELLE WILDHABER soutient qu'un licenciement lié à un transfert d'entreprise, s'il est valable en soi, ne l'est pas en cas de fraude à la loi; il n'y a pas fraude à la loi lorsque la résiliation repose sur un concept d'entreprise, à savoir qu'elle est justifiée par des raisons économiques, techniques ou organisationnelles; en l'absence d'un tel concept ou d'un autre motif matériel, un licenciement lié au transfert ne sortit pas ses effets s'il a été notifié dans l'intention de contourner l'art. 333 al. 1 CO (Die Streitfrage um einen besonderen Kündigungsschutz bei Betriebsübergang, RSJ 104/2008 p. 185 ss).

3.3 Dans l'arrêt 4C.333/1998 du 7 janvier 1999, le Tribunal fédéral, se référant aux travaux préparatoires relatifs au nouvel art. 333 CO, a posé que l'employeur ne pouvait pas faire «table rase» des contrats de travail en vue du transfert, à la seule fin d'éluder la protection des salariés et de se soustraire à la règle impérative de l'art. 333 al. 1 CO (consid. 1b/bb; cf. également ATF 127 V 183 consid. 7 p. 194). Quelques années plus tard, il a répété qu'un licenciement viole l'art. 333 CO lorsqu'il est notifié en vue du transfert dans le but de priver le travailleur de la protection légale (arrêt 4P.299/2004 du 14 avril 2005 consid. 3.1). Le Tribunal fédéral n'a pas eu à se prononcer sur les conséquences d'un licenciement signifié pour éluder la protection découlant de l'art. 333 al. 1 CO (cf. ATF 134 III 102 consid. 3.1.1 p. 106).

Pour mieux cerner la notion de licenciement contraire à l'art. 333 al. 1 CO, il convient de se référer au droit européen avec lequel la norme fédérale a été harmonisée dans le cadre de la procédure dite d'adaptation autonome, soit la Directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, JO L 061 du 5 mars 1977 p. 26 (cf. ATF 132 III 32 consid. 4.2.2.1 p. 39). Selon la Directive, un tiers ne peut pas reprendre une entreprise sans reprendre simultanément le personnel de celle-ci (ATF 132 III 32 consid. 4.2.2.1 p. 39). L'art. 4 par. 1 de la Directive précise que le transfert d'entreprise ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire, ce qui ne fait pas obstacle à des licenciements intervenant pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi. C'est dire qu'un licenciement lié au transfert ne constitue pas nécessairement une fraude à la loi. Celle-ci sera réalisée lorsque la résiliation a uniquement pour but d'empêcher le transfert des rapports de travail ou ses conséquences. Par exemple, le cédant ne peut pas résilier les contrats de tout ou partie de ses employés, afin que ceux-ci concluent ensuite de nouveaux contrats avec le cessionnaire et perdent ainsi les avantages découlant de la durée des contrats initiaux. De même, il n'est pas admissible que le cédant licencie une ou des personnes déterminées unique-

ment parce que le reprenant n'en veut pas. En revanche, la résiliation des contrats d'une partie du personnel n'est pas contraire à l'art. 333 al. 1 CO si elle est justifiée par des raisons économiques, par exemple une réorganisation de l'entreprise transférée.

4.

Le motif pour lequel un congé est donné relève des constatations de fait (ATF 131 III 535 consid. 4.3 p. 540; ATF 130 III 699 consid. 4.1 p. 702).

Selon l'arrêt attaqué, les recourants ont manœuvré de manière à contourner les dispositions légales régissant le transfert d'entreprise. Le licenciement collectif du 28 juillet 2008 était fictif et l'intention réelle du recourant était de permettre à la recourante de choisir ses futurs employés. Les juges genevois qualifient le licenciement collectif de *fraus legis*, car il n'avait pour but que de contourner la loi en offrant au repreneur la possibilité de limiter le nombre de contrats repris.

4.1 Invoquant l'art. 9 Cst., la recourante se plaint d'une appréciation arbitraire des preuves sur ce point. Premièrement, ni les faits établis par la cour cantonale, ni aucune pièce du dossier ne permettraient de retenir que la recourante a pris part d'une quelconque manière à la décision de procéder à un licenciement collectif. Se référant à plusieurs passages d'un procès-verbal du 25 novembre 2008 ainsi qu'à la circulaire du 26 juillet 2008, la recourante s'en prend ensuite à la constatation implicite de la cour cantonale selon laquelle le recourant savait, lors de l'annonce des licenciements, que son entreprise serait transférée à la recourante.

Le recourant critique également, sous l'angle de l'arbitraire, la constatation selon laquelle le licenciement collectif a été notifié pour éluder la protection découlant de l'art. 333 al. 1 CO. Il fait valoir que le licenciement collectif a été annoncé aux employés avant que les deux sociétés d'ambulances ne se mettent d'accord sur le transfert d'entreprise, contrairement à ce que la cour cantonale a retenu.

4.2 Selon la jurisprudence, l'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution serait envisageable ou même préférable. Le Tribunal fédéral n'annule la décision attaquée que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté, ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Pour qu'une décision soit annulée au titre de l'arbitraire, il ne suffit pas qu'elle se fonde sur une motivation insoutenable; encore faut-il qu'elle apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 135 V 2 consid. 1.3 p. 4 s.; ATF 134 I 140 consid. 5.4 p. 148, ATF 134 I 263 consid. 3.1 p. 265 s.).

S'agissant plus précisément de l'appréciation des preuves et de l'établissement des faits, il y a arbitraire lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa

portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 134 V 53 consid. 4.3 p. 62; ATF 129 I 8 consid. 2.1 p. 9).

4.3 Le motif du licenciement collectif tel qu'établi par la cour cantonale était en réalité d'empêcher le transfert des rapports de travail d'un certain nombre d'employés, dont l'intimée, et de permettre ainsi à l'entreprise cessionnaire de limiter le nombre de contrats repris. A cet égard, il ressort de la circulaire du recourant du 26 juillet 2008, annonçant le licenciement collectif, que des discussions étaient alors en cours sur la possibilité d'une reprise de la majorité des employés par une entreprise tierce. Il est par ailleurs établi que la faisabilité du transfert a été étudiée lors de la deuxième quinzaine de juillet 2008 et que le transfert dépendait notamment de l'accord des HUG au transfert de deux conventions, lequel est intervenu le 19 août 2008. Sur le vu de cette chronologie, il paraît difficile d'admettre que, lors de l'envoi des lettres de licenciement en date du 28 juillet 2008, le recourant était *certain* que son entreprise allait être reprise par la recourante, de sorte que le licenciement collectif revêtait un caractère purement fictif.

Cela étant, la question peut rester ouverte. En effet, même si le but premier était de mettre un terme aux contrats en raison d'une cessation d'activités, il n'en demeure pas moins qu'au moment des licenciements, le recourant menait des négociations avec la recourante et qu'il savait que la cessionnaire potentielle n'entendait pas reprendre l'ensemble du personnel, mais seulement une majorité. En licenciant tout son personnel, il ne pouvait ignorer que cette mesure aurait pour conséquence, si le transfert d'entreprise avait finalement lieu, que les rapports de travail des employés dont le licenciement serait maintenu, ne seraient pas transférés à la recourante. Les licenciements avaient donc pour but, alternatif et accepté par le recourant, d'empêcher le transfert des rapports de travail de plusieurs collaborateurs et de limiter le nombre de contrats repris. Dans ce sens, la constatation de la cour cantonale selon laquelle le motif du licenciement collectif était de permettre à la recourante de ne reprendre qu'une partie des employés n'est pas entachée d'arbitraire.

5.

Il reste à examiner si, en licenciant l'intimée pour ce motif, le recourant a violé l'art. 333 al. 1 CO. En d'autres termes, il s'agit de rechercher si le fait de vouloir limiter le nombre de contrats repris constitue, dans les circonstances de l'espèce, une fraude à la loi. En définitive, le cas est analogue à celui qui se présenterait si le recourant avait licencié, pour la veille du transfert d'entreprise, 6 collaborateurs sur 26.

5.1 Invoquant une violation de l'art. 333 al. 1 CO, les parties recourantes reprochent toutes deux à la cour cantonale de n'avoir pas admis que la résiliation du contrat de travail de l'intimée était fondée sur des motifs économiques.

5.2 Il n'est pas contesté que l'entreprise du recourant connaissait des difficultés financières depuis un certain temps. Il résulte de la circulaire du 7 août 2008 que la cause des déficits était structurelle et que l'entreprise ne pouvait encore tenir longtemps dans ces conditions. Dans le même document, le recourant explique qu'il n'a plus l'énergie ni la motivation indispensables pour redresser lui-même la situation et qu' *à cette fin*, il a cherché un repreneur. Dans ce contexte, il est manifeste qu'une réduction du personnel constituait une mesure propre à améliorer la situation sur le plan financier et que la reprise limitée à environ quatre cinquièmes des effectifs, telle que proposée par la recourante, était dictée par des motifs économiques. Par conséquent, les licenciements liés à ce transfert d'entreprise, dont celui de l'intimée, étaient fondés sur des raisons économiques. L'intention du recourant d'éviter le transfert des rapports de travail de l'intimée à la recourante ne révèle, dans ces circonstances, aucune fraude à la loi, contrairement à ce que la cour cantonale a admis.

Dès lors qu'il n'a pas été signifié en violation de l'art. 333 al. 1 CO, le licenciement de l'intimée ne saurait être nul. Le contrat de travail a pris fin le 30 septembre 2008 et l'intimée n'a de prétentions salariales au-delà de cette date ni envers le recourant, ni envers la recourante à laquelle les rapports de travail n'ont pas été transférés.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 12 octobre 2010, Doss.-N° 8C\_191/2010 (Admission du recours en matière de droit public interjeté contre le jugement du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel, Cour de droit public, du 25 janvier 2010)*

**Transfert du personnel d'une police communale à une police cantonale.**  
**Art. 112 al. 2 CO. Un contrat de prestations entre deux collectivités publiques peut aussi comprendre une stipulation pour autrui parfaite en faveur du personnel concerné (c. 7.1.1).**

**Le principe de proportionnalité commande que l'Etat (ou une commune), lorsqu'il supprime un poste en raison notamment d'une restructuration, doit proposer si possible à l'agent concerné une autre place correspondant à ses capacités (c. 7.1.2).**

Extraits des faits:

Le 2 novembre 2006, la commune de X. et le Département cantonal neuchâtelois de la Justice, de la Sécurité et des Finances (DJSF) ont conclu un contrat de prestations concernant la prise en charge et la gestion des activités de police sur le territoire de cette commune. Ce contrat contient notamment les dispositions suivantes:

Art. 6 – Le personnel de la police communale de X. est transféré à la police cantonale sous réserve de l'article 7.

Art. 7 – La police cantonale n'est tenue d'intégrer dans son corps que les membres aptes à servir dans la police au sens du Règlement d'exécution de la Loi sur la police cantonale du 25 mai 2005, sous réserve de l'accomplissement réussi d'une formation complémentaire.

Art. 8 – Le personnel transféré est rémunéré selon l'échelle des traitements cantonale. Le salaire réalisé au moment du transfert est pris en considération.

C. a été engagé le 1<sup>er</sup> février 2005 en qualité d'agent au sein de la police locale de X. Dès le 1<sup>er</sup> juillet 2006, il a été promu au grade d'appointé. Le 6 octobre 2006, le Conseil communal a ordonné avec effet immédiat sa suspension provisoire en raison de l'ouverture d'une enquête pénale à son encontre pour infraction à l'art. 197 du Code pénal suisse (en l'occurrence téléchargement et enregistrement de documents ayant comme contenu des actes d'ordre sexuel sur des enfants). Le 27 décembre 2006, le Conseil communal a signifié à l'intéressé que son poste d'agent de police communale serait supprimé au 30 juin 2007, en raison de la signature du contrat susmentionné. Le Conseil précisait qu'il appartiendrait à la police cantonale de se prononcer sur une éventuelle incorporation de l'intéressé au sein de la gendarmerie cantonale, une fois connue l'issue de la procédure pénale en cours et conformément à l'art. 7 du contrat de prestations.

Par jugement du 6 juin 2007, le Tribunal de police du district de Y. a exempté de peine C. Il a considéré que le prévenu, bien qu'ayant commis les actes reprochés alors qu'il n'était pas dans l'exercice de sa fonction de policier, avait agi pour un mobile honorable, savoir lutter contre la pédophilie sur internet. Sur le plan pénal, la culpabilité du prévenu, ainsi que les conséquences négatives de ses actes, étaient cependant peu importantes, raison pour laquelle il se justifiait de renoncer à lui infliger une peine. Le tribunal a mis à sa charge les frais de la cause, arrêtés à 2300 fr.

A la suite de ce jugement, C. a demandé à être intégré dans le corps de la police cantonale. Par lettre du 14 janvier 2008, le conseiller d'Etat, chef du DJSF, lui a communiqué qu'une telle intégration n'était pas envisageable, dans la mesure où il ne présentait pas le profil requis pour l'exercice de la fonction de policier. Rappelant la teneur du règlement d'exécution de la loi sur la police cantonale, selon lequel l'une des conditions d'aptitude suppose une bonne réputation et l'absence de condamnation pénale incompatible avec l'exercice de la fonction, il a considéré que, même si l'intéressé avait été exempté de toute peine par le juge pénal, les faits retenus à sa charge ne permettaient pas de se forger une appréciation positive de sa personnalité.

C. a recouru devant le Tribunal administratif du canton de Neuchâtel en lui demandant d'ordonner son intégration dans les rangs de la gendarmerie cantonale, conformément au contrat de prestations du 2 novembre 2006. Statuant le 25 janvier 2010, le Tribunal administratif a déclaré le recours irrecevable, au motif que le courrier du chef du DJSF ne pouvait

pas être considéré comme une décision. C. exerce un recours en matière de droit public et, subsidiairement, un recours constitutionnel subsidiaire.

Extraits des considérants:

5.

5.1 Les premiers juges ont considéré qu'une communication par laquelle l'autorité écarte une candidature ne revêt pas de caractère décisionnel, le droit cantonal en matière de fonction publique ne prévoyant pas la notification d'une décision aux personnes dont la candidature est écartée. Le fait que le recourant était précédemment employé au service de la commune de X. ne permet pas de déroger à cette règle. En effet, son poste ayant été supprimé par son ancien employeur et aucun recours n'ayant été interjeté contre la décision y relative, l'intéressé se trouvait sans emploi lorsque le DJSF lui a signalé ne pas vouloir l'intégrer dans le corps de la police cantonale le 14 janvier 2008. Il se trouvait dès lors dans la situation d'un simple candidat à un poste dans la fonction publique. Les premiers juges relèvent par ailleurs que les conventions passées entre collectivités publiques, en particulier les contrats de prestations de service, sont des contrats de droit administratif qui ne créent de droits qu'entre les parties concernées. Le recourant ne pouvait dès lors déduire aucun droit du contrat conclu entre la commune et le DJSF le 2 novembre 2006, quand bien même ce contrat prévoyait que le personnel de la police communale était transféré à la police cantonale, sous la réserve qu'il fût apte à servir. Partant, le courrier du DJSF ne pouvait pas être considéré comme une décision, de sorte que le recours devait être déclaré irrecevable. S'agissant de la conclusion prise par le recourant visant à ce que des supports informatiques lui soient restitués, la juridiction cantonale a retenu qu'elle était également irrecevable. En effet, aucune décision à ce sujet n'avait été prise par le DJSF, à supposer au demeurant qu'il fût compétent pour statuer.

5.2 Le recourant ne conteste pas l'irrecevabilité de cette dernière conclusion, de sorte que, sur ce point, le jugement attaqué est entré en force.

5.3 Entre autres griefs, le recourant reproche aux premiers juges d'avoir arbitrairement déclaré son recours irrecevable au motif que la communication du 14 janvier 2008 ne répondait pas à la notion de décision. Il se plaint d'une application arbitraire de l'art. 3 de la loi neuchâtoise sur la procédure et la juridiction administratives du 27 juin 1979 (LPJA; RS/NE 152.130).

6. (...)

6.3 Contrairement à ce que suggèrent les considérants du jugement attaqué, le caractère décisionnel d'une mesure ne dépend pas d'un intérêt juridiquement protégé de son destinataire. Un intérêt de fait peut suffire (cf. MOOR, op.cit., n° 2.1.2.2 p. 162; voir également à propos de la notion de décision susceptible de faire l'objet d'un recours en matière de droit public, ALAIN WURZBURGER, in Commentaire de la LTF, 2009, n° 39 ad

art. 82). Le point de savoir si le recourant pouvait ou non déduire un droit de la convention précitée est une question qui doit être examinée avec le fond du litige.

6.4 Le fait que le recourant n'a pas attaqué la décision de la commune de mettre fin à ses rapports de service ne saurait être décisif dans ce contexte. La décision de la commune était la conséquence logique du transfert des agents de la police communale à la police cantonale. Elle relevait de la réglementation sur le personnel communal. Elle ne concernait en rien l'incorporation du recourant au sein de la police cantonale et les conditions requises pour cela. Cette décision et celle du DJSF avaient deux objets distincts et l'exception de la chose jugée ne pouvait être opposée à la prétention litigieuse.

6.5 En conclusion, les premiers juges ne pouvaient, sans tomber dans l'arbitraire, nier tout caractère décisionnel à la communication en question du chef du DJSF. Le grief soulevé est dès lors bien fondé.

7.

7.1 A ce stade, le Tribunal fédéral n'a pas à examiner le fond de la contestation, mais doit en principe renvoyer la cause à l'autorité cantonale pour nouveau jugement. Il est vrai que les premiers juges, dans le contexte de l'analyse du caractère de l'acte litigieux, se sont indirectement exprimés sur le fond en considérant que la convention ne conférait aucun droit pour les agents concernés à être intégrés dans la police cantonale. Mais ce point de vue ne s'impose pas d'emblée comme une évidence.

7.1.1 Comme le relève le Tribunal administratif, le contrat de prestations en question est un contrat de droit administratif, soumis au droit public dans la mesure où il tend directement, dans l'intérêt public, à l'accomplissement de tâches publiques (ATF 134 II 297 consid. 2.2 p. 301; THIERRY TANQUEREL, *La nature juridique des contrats de prestations* in François Bellanger/Thierry Tanquerel [édit.], *Les contrats de prestations*, 2002, p. 22; MINH SON NGUYEN, *Le contrat de collaboration en droit administratif*, 1998, p. 12 ss). Un contrat de prestations ne peut en principe pas être contesté par des tiers (FRANÇOIS BELLANGER, *Le contentieux des contrats de prestations*, in *Les contrats de prestations*, p. 50 s.). En l'espèce, le recourant ne remet pas en cause le contrat de prestations en tant que tel. Il soutient toutefois que la convention a créé des droits en faveur des agents communaux au moyen d'une stipulation pour autrui. Cette argumentation n'apparaît de prime abord pas dépourvue de tout fondement. Conformément à l'art. 112 al. 2 CO, le tiers obtient aussi une créance en exécution contre le débiteur lorsque telle est la volonté des parties au contrat ou l'usage (stipulation pour autrui parfaite). Par ailleurs, la stipulation pour autrui peut en principe s'appliquer à n'importe quel type de contrat (PATRICK KRAUSKOPF, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, 2000, n° 331 p. 83 et les références citées) et donc en particulier aux contrats de prestations, bien que ceux-ci, à l'instar des contrats de droit privé, ne déploient en règle

ordinaire d'effets juridiques qu'entre les parties (cf. NGUYEN, *op.cit.*, p. 146).

7.1.2 Dans le cas particulier, le contrat de prestations contient des règles précises et contraignantes pour l'Etat de Neuchâtel en faveur des policiers municipaux. Selon les termes des art. 6 et 7 de la convention, le transfert de la police municipale à la police cantonale s'opère de manière quasi automatique pour les agents qui sont aptes à servir dans la police au sens du Règlement d'exécution de la loi sur la police cantonale du 25 mai 2005 et sous réserve de l'accomplissement réussi d'une formation complémentaire. L'autorité ne procède pas à une mise au concours. Dans une certaine mesure, les conditions salariales de l'agent transféré sont déjà précisées dans le contrat. On peut dès lors sérieusement s'interroger sur le point de savoir si l'intention des parties n'était pas de garantir aux agents concernés un droit propre et directement invocable au maintien de leur emploi sous la forme d'un transfert dans un nouveau corps de police et ce pour autant que les conditions en fussent remplies. Cette garantie, du reste, peut être considérée comme la concrétisation du principe de proportionnalité, qui s'applique même en l'absence de normes idoines et qui commande que l'Etat (ou une commune), lorsqu'il supprime un poste en raison notamment d'une restructuration, doit proposer si possible à l'agent concerné une autre place correspondant à ses capacités (arrêts 8C\_176/2009 du 14 septembre 2009 consid. 7.2 et 1C\_309/ 2008 du 28 janvier 2009 consid. 2.2; PETER HÄNNI, *La fin des rapports de service en droit public*, in RDAF 1995 p. 407 ss, spéc. p. 429). Dans sa décision, le chef du DJSF semble également être parti de l'idée que la convention confère un droit propre aux agents visés par celle-ci, puisqu'il a procédé à un examen détaillé des conditions mises par la convention à une intégration au sein de la police cantonale et qu'il est parvenu à la conclusion que celles-ci n'étaient pas réalisées.

7.2 En l'état de la procédure, il n'y a toutefois pas lieu de trancher définitivement la question. Les premiers juges n'y ont pas prêté une attention particulière, puisqu'ils ont d'emblée déclaré le recours irrecevable pour un motif d'ordre purement formel. De même, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur les autres griefs du recourant sur le fond. Il convient bien plutôt de retourner l'affaire à la juridiction cantonale pour qu'elle statue à nouveau, celle-ci étant invitée à un nouvel examen du cas compte tenu du caractère décisionnel de la mesure prise à l'encontre du recourant. La conclusion principale du recours se révèle dès lors bien fondée.

*Bundesgericht, Urteil vom 14. Oktober 2010, Doss.-Nr. 4A\_406/2010 (Bestätigung des Urteils des Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève vom 7. Juni 2010), in: BGE 136 III 562*

*Tribunal fédéral, Arrêt du 14 octobre 2010, Doss.-N° 4A\_406/2010 (Confirmation de l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 7 juin 2010), in: ATF 136 III 562*

**Art. 335b und 336c Abs. 1 lit. c OR. Arbeitsvertrag; Berechnung der Probezeit, unbezahlter Urlaub; gesetzlicher Kündigungsschutz. Wird einem Arbeitnehmer während der Probezeit unbezahlter Urlaub gewährt, hat dies keine Verlängerung der Probezeit zur Folge (E. 3).**

**Art. 335b et 336c al. 1 let. c CO. Contrat de travail; calcul du temps d'essai, congé non payé; protection légale contre le licenciement. Un congé non payé accordé à un employé pendant le temps d'essai n'a pas pour effet de prolonger la durée du temps d'essai (consid. 3).**

Faits:

A.

X. a été employée par la société Y. SA, propriétaire d'un café-restaurant à Genève. Après avoir travaillé durant un mois en qualité «d'extra» dans cet établissement public, X. a été engagée, à partir du 1<sup>er</sup> novembre 2008, en qualité de fille de buffet à plein temps.

Le temps d'essai convenu était fixé à trois mois et le délai de congé pendant cette période à trois jours. Il n'est pas contesté que le temps d'essai a commencé à courir le 9 octobre 2008.

Du 7 décembre 2008 au 12 janvier 2009 inclus, l'employée, d'entente avec l'employeuse, a pris des vacances non payées.

Le 29 janvier 2009, le contrat de travail a été résilié, avec effet au 2 février 2009. Au moment de la résiliation, l'employée était enceinte de plusieurs mois. Du 30 janvier au 15 février 2009 inclus, l'employée a été partiellement incapable de travailler pour cause de maladie.

B.

Le 16 avril 2009, X. a assigné Y. SA en justice. L'employée plaidait la nullité du congé, intervenu pendant sa grossesse et son incapacité partielle de travail.

Statuant le 30 novembre 2009, le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève a jugé que le congé était intervenu en dehors du temps d'essai et que l'employée bénéficiait de la protection contre le licenciement du fait qu'elle était enceinte au moment du licenciement.

Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève.

C.

L'employeuse a interjeté un recours en matière civile, que le Tribunal fédéral a rejeté.

Extraits des considérants:

3.

Le temps d'essai est aménagé afin de permettre aux parties de préparer l'établissement de rapports de travail destinés à durer, en leur donnant l'occasion d'éprouver leurs relations de confiance, de déterminer si elles se conviennent mutuellement et de réfléchir avant de s'engager pour une plus longue période. Si les rapports contractuels qu'elles ont noués ne répondent pas à leur attente, les parties doivent pouvoir s'en libérer rapidement. C'est pourquoi la loi prévoit que le premier mois de travail est considéré comme temps d'essai et que chacune des parties peut résilier le contrat de travail à tout moment moyennant un délai de congé de sept jours (cf. art. 335b al. 1 CO). Des dispositions différentes peuvent être prévues, notamment par accord écrit; toutefois, le temps d'essai ne peut dépasser trois mois (cf. art. 335b al. 2 CO) (ATF 129 III 124 consid. 3.1 p. 125). Si les parties conviennent d'un temps d'essai supérieur à ces trois mois, l'accord est illicite et donc nul, dans la seule mesure où il dépasse la durée maximale légale; il s'agit donc d'une nullité partielle (art. 20 al. 2 CO) (ATF 129 III 124 consid. 3.1 p. 125 s.). La bonne foi ne s'applique pas en la matière (ATF 129 III 124 consid. 3.1 p. 126; ATF 109 II 449 consid. 2b p. 452).

La durée légale du temps d'essai est d'un mois de calendrier, indépendamment du nombre d'heures de travail effectuées par semaine; un travail à temps partiel n'a pas pour effet de prolonger la durée du temps d'essai (RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd. 2008, n<sup>o</sup> 2.3.2 p. 446; WOLFGANG PORTMANN, in *Basler Kommentar*, 4<sup>e</sup> éd. 2007, n<sup>o</sup> 8 ad art. 335b CO; STREIFF/VON KAENEL, in *Arbeitsvertrag*, 6<sup>e</sup> éd. 2006, n<sup>o</sup> 14 ad art. 335b CO; ADRIAN STAEHELIN, in *Zürcher Kommentar*, 3<sup>e</sup> éd. 1996, n<sup>o</sup> 5 ad art. 335b CO). Celui-ci s'inscrit donc dans un contexte de durée des rapports de travail et non pas de prestations effectuées. Ce qui est déterminant dans le décompte du temps d'essai c'est la durée (le laps de temps) et non pas le travail accompli. La recourante admet du reste que les vacances d'un employé, durant lesquelles celui-ci ne fournit aucune prestation, n'ont pas à être décomptées du temps d'essai, ce qui est largement admis par la doctrine (PHILIPPE CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, 2009, n<sup>o</sup> 3 ad art. 335b CO; TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, *Les contrats spéciaux*, 4<sup>e</sup> éd. 2009, n<sup>o</sup> 3664 p. 545; STREIFF/VON KAENEL, *op.cit.*, n<sup>o</sup> 13 ad art. 335b CO; STAEHELIN, *op.cit.*, n<sup>o</sup> 6 ad art. 335b CO; GABRIEL AUBERT, *Quatre cents arrêts sur le contrat de travail*, 1984, n<sup>o</sup> 152 p. 88).

Il ressort de l'état de fait souverain que les parties sont convenues, par contrat du 6 décembre 2008, de fixer la durée du temps d'essai à trois mois. Ce délai correspond à la durée maximale fixée par la loi (cf. art. 335b

al. 2 CO), cette durée ne pouvant être dépassée par accord contractuel, sous peine de nullité partielle.

L'art. 335b al. 3 CO prévoit certes la possibilité d'une prolongation du temps d'essai. Une telle prolongation ne peut toutefois avoir lieu que si le travail est interrompu par suite de maladie, d'accident ou d'accomplissement d'une obligation légale incombant au travailleur sans qu'il ait demandé de l'assumer. La liste énumérée par la loi, qui n'inclut pas l'octroi d'un congé non payé, est exhaustive (FAVRE/MUNOZ/TOBLE, *Le contrat de travail*, Lausanne 2010, n° 3.2 ad art. 335b CO; SUBILIA/DUC, *Droit du travail: éléments de droit suisse*, 2010, n° 9 et 10 ad art. 335b CO; CARRUZZO, *op.cit.*, n° 3 ad art. 335B CO; CHRISTIANE BRUNNER ET AL., *Commentaire du contrat de travail*, 3<sup>e</sup> éd. 2004, n° 2 ad art. 335b CO; STREIFF/VON KAENEL, *op.cit.*, n° 13 ad art. 335b CO; STAEHELIN, *op.cit.*, n° 6 ad art. 335b CO).

Dès lors qu'en l'espèce une prolongation du temps d'essai équivalente au congé non payé reporterait l'échéance du temps d'essai au-delà du terme fixé à trois mois et qu'aucune des hypothèses énumérées par la loi n'est présentement réalisée, la recourante plaide en vain que le temps d'essai doit être prolongé d'une durée correspondant au congé sans solde convenu. On relèvera d'ailleurs qu'un éventuel accord des parties relatif à la prolongation du temps d'essai n'a pas été établi.

La recourante prétend que les rapports de travail ont été «suspendus» durant les cinq semaines de congé non payé, ce qui impliquerait une «suspension» du temps d'essai. Elle ne peut être suivie.

Il ne fait nul doute que, durant la période d'un congé non payé, la prestation de travail d'une part et le paiement du salaire d'autre part sont suspendus. La suspension des obligations contractuelles principales et réciproques n'a toutefois pas pour effet de mettre fin au contrat de travail, qui subsiste entre les parties (ERIC CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, *Etude des articles 329a à d CO*, 2001, n° 5 p. 64; MARIANNE FAVRE MOREILLON, *Droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd. 2006, n° 4 p. 146; STREIFF/VON KAENEL, *op.cit.*, n° 11 ad art. 329a CO). S'agissant des conséquences juridiques liées à un congé non payé, on notera qu'en matière d'assurances sociales, la couverture d'assurance peut cesser en raison de l'absence de rémunération de l'employé (cf., notamment, l'art. 3 al. 2 LAA [RS 832.20] qui prévoit que l'assurance-accidents cesse de produire ses effets à l'expiration du trentième jour qui suit celui où a pris fin le droit au demi-salaire au moins), mais non pas parce que les parties ne seraient plus contractuellement liées (sur le sujet, voir SUBILIA/DUC, *op.cit.*, n° 3 ad art. 329a CO; MOREILLON, *op.cit.*, n° 8 p. 150 ss).

Dans la mesure où la relation contractuelle est maintenue, il n'y a pas lieu de considérer que la durée des rapports de travail a été interrompue durant le congé non payé. A supposer même que le lien contractuel n'ait pas perduré, l'argumentation de la recourante serait tout autant infondée, puisqu'il est de jurisprudence que de brèves interruptions dans les rapports

de travail n'entraînent en principe pas de rupture dans le calcul de la durée de la relation contractuelle (cf. ATF 112 III 51 consid. 3a/aa p. 53 ss; BRUNNER ET AL., op.cit., n° 1 ad art. 335c CO), durée qui, comme on l'a vu précédemment, est déterminante dans le décompte du temps d'essai.

Au regard de ce qui précède, il ne se justifie pas de différencier, dans le décompte du temps d'essai, les congés non payés des congés payés.

En conclusion, l'autorité cantonale n'a pas violé le droit fédéral en considérant que, dans le cas d'espèce, le temps d'essai ne devait pas être prolongé. C'est donc à bon droit qu'elle a jugé que le congé, intervenu après le temps d'essai, était frappé de nullité pour avoir été donné durant la période de protection de l'art. 336c al. 1 let. c CO, l'employée étant enceinte au moment de la résiliation du contrat de travail.

Le recours doit ainsi être rejeté.

*Bundesgericht, Urteil vom 11. November 2010, Doss.-Nr. 4A\_517/2010  
(Bestätigung des Entscheids des Kantonsgerichts St. Gallen vom 22. Juli 2010)*

**Die Untersuchungsmaxime gemäss Art. 343 aOR entbindet die Parteien nicht davon, an der Sammlung des Prozessstoffes aktiv mitzuwirken, ihre Standpunkte zu substantzieren und die Beweismittel zu nennen. Die Parteien tragen auch im Bereich der Untersuchungsmaxime die Verantwortung dafür, dass die relevanten Behauptungen vorgebracht werden; ebenso sind sie grundsätzlich für die Sachverhaltsermittlung verantwortlich. Das gilt insbesondere, wenn eine Partei von Anfang an anwaltlich vertreten ist (E. 3.2.3).**

**Liegt nur ein nicht unterzeichneter Vertragsentwurf vor, der den Abschluss einer Krankentaggeldversicherung vorsieht, aber tätigt die Arbeitgeberin in der Folge tatsächlich Abzüge für eine Krankentaggeldversicherung und legt nicht dar, dass diese auf einem Irrtum beruhen, bzw. liefert auch sonst keine Erklärung für diese Abzüge, so darf der Arbeitnehmer annehmen, er sei kollektiv-taggeldversichert. Ist die damit zur Anwendung gelangende Lösung für den Arbeitnehmer günstiger als die gesetzliche Regelung, kann die Vereinbarung trotz fehlender Schriftform als gültig betrachtet werden (E. 4.3).**

Sachverhalt:

A. (Beschwerdegegner und Kläger) arbeitete seit dem 29. September 2008 für monatlich Fr. 5700.– brutto als Betriebsmechaniker in der Y. Fischfarm, einer Zweigniederlassung der X. AG (Beschwerdeführerin und Beklagte). Ein schriftlicher Arbeitsvertrag, der im Entwurf vorlag, wurde nicht unterzeichnet. Zu den Aufgaben des Beschwerdegegners gehörten die Überwachung der technischen Anlagen und die Ausführung kleinerer Re-

paraturen. Am 2. Januar 2009 blieb der Beschwerdegegner der Arbeit fern, weil er erkrankt war. Er meldete sich frühmorgens beim Sicherheitsdienst der Fischfarm telefonisch ab. Nachmittags rief ihn die Geschäftsführerin der Fischfarm, B., an und teilte ihm mit, sie benötige dessen Generalschlüssel für die Stellvertretung. Der Schlüssel wurde später beim Beschwerdegegner abgeholt. Am 5. Januar und am 10. Januar 2009 konsultierte dieser seinen Hausarzt, der ihn rückwirkend auf den 2. Januar 2009 krank schrieb. Am 10. Januar 2009 überbrachte der Beschwerdegegner der Wachfrau der Fischfarm das Arztzeugnis. Die Wachfrau hatte die Anweisung, dem Beschwerdegegner ein Schreiben zu übergeben. Der Beschwerdegegner verweigerte jedoch dessen Annahme. Mit eingeschriebenem Brief vom 12. Januar 2009 stellte die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner ein auf den 9. Januar 2009 datiertes Schreiben zu, mit dem sie ihn fristlos entliess, weil er der Arbeit unentschuldigt ferngeblieben sei. Im Begleitbrief führte die Beschwerdeführerin aus, das Arztzeugnis könne aus diesem Grund nicht akzeptiert werden. In den folgenden Monaten blieb der Beschwerdegegner arbeitsunfähig. Mit Wirkung auf den 13. Juli 2009 wurde über die Zweigniederlassung Y. Fischfarm der Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet. Das Konkursverfahren wurde am 17. Juli 2009 mangels Aktiven eingestellt und am 6. August 2009 im summarischen Verfahren wieder aufgenommen.

Am 30. April 2009 klagte der Beschwerdegegner beim Kreisgericht Rheintal gegen die Beschwerdeführerin auf Zahlung von Fr. 30 000.– brutto, unter Vorbehalt des Nachklagerechts, betreffend Lohnersatz, Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR in der Höhe von mindestens drei Monatslöhnen sowie Ferien- und Überstundenentschädigung. Die Beschwerdeführerin beantragte die Abweisung der Klage und verlangte widerklageweise Schadenersatz aus Haftung des Arbeitnehmers in durch ein Beweisverfahren zu ermittelnder Höhe (maximal Fr. 30 000.–). Das Kreisgericht lehnte die von der Beschwerdeführerin anlässlich der Hauptverhandlung im Hauptstandpunkt neu beantragte Einstellung des Verfahrens nach Art. 207 SchKG ab. Mit Entscheid vom 10. November 2009 verpflichtete es die Beschwerdeführerin zur Zahlung von Fr. 22 180.– netto und Fr. 6155.10 brutto. Im Mehrbetrag wies es die Klage ab. Die Widerklage wies es ebenfalls ab. Die Beschwerdeführerin erklärte Berufung an das Kantonsgericht St. Gallen und beantragte weiterhin die Einstellung des Verfahrens nach Art. 207 SchKG, eventualiter die Abweisung der Klage und die Gutheissung der Widerklage. Mit Entscheid vom 22. Juli 2010 hielt das Kantonsgericht fest, dass die Klage und die Widerklage getrennt würden (Dispositivziffer 1) und das Verfahren betreffend die Widerklage eingestellt werde (Dispositivziffer 2). Das Gericht befand, betreffend den Passivprozess (Klage gegen die Beschwerdeführerin) bewirke die Konkursöffnung über die Zweigniederlassung keine Einstellung nach Art. 207 SchKG. In teilweiser Gutheissung der Berufung verpflichtete das Kantonsgericht die Beschwerdeführerin, dem Beschwerdegegner

Fr. 19 380.– netto und Fr. 6155.10 brutto zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies es die Klage ab (Dispositivziffer 3). Wie das Kreisgericht hielt auch das Kantonsgericht die fristlose Kündigung für nicht gerechtfertigt. Es sprach dem Beschwerdegegner für die Monate Januar, Februar und März 2009 Lohnersatz von Fr. 13 680.– zu. Die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR, die das Kreisgericht auf Fr. 8500.– festgesetzt hatte, reduzierte es auf Fr. 5700.– (einen Monatslohn). Ferner bestätigte es die zugesprochene Ferienentschädigung von Fr. 2358.60 und die Überstundenentschädigung von Fr. 3796.50. Die Beschwerdeführerin beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, den Entscheid des Kantonsgerichts mit Bezug auf Dispositivziffer 3 aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens zurückzuweisen. Eventualiter sei Dispositivziffer 3 aufzuheben und die Klage lediglich im Umfang von Fr. 9690.– gutzuheissen.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Die Vorinstanz kam zum Schluss, insgesamt sei nicht nachgewiesen, dass der Beschwerdegegner seine Arbeitspflicht verletzt oder schlecht erfüllt habe. Selbst wenn aber die Behauptungen der Beschwerdeführerin zuträfen, läge kein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vor.

3.2 Die Beschwerdeführerin rügt in diesem Zusammenhang eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung, eine Verletzung der Untersuchungsmaxime nach Art. 343 Abs. 4 OR, die zugleich eine Verletzung des Gehörsanspruchs (Art. 29 Abs. 2 BV) und des Willkürverbots (Art. 9 BV) darstelle, sowie eine Verletzung von Art. 337 Abs. 3 OR durch eine fehlerhafte Ermessensausübung.

3.2.1 Die Beschwerdeführerin hatte als Grund für die fristlose Kündigung angegeben, dass der Beschwerdegegner vom 2. bis 9. Januar 2009 unentschuldigt der Arbeit ferngeblieben sei und das Arzzeugnis verspätet eingereicht habe. Die Vorinstanz anerkannte diese Gründe nicht. Sie liess es genügen, dass sich der Beschwerdegegner am 2. Januar 2009, morgens um 6.26 Uhr, beim Wachpersonal abgemeldet hatte. Ferner hielt sie dafür, der Beschwerdegegner sei seiner Obliegenheit, die Absenz zu rechtfertigen, nachgekommen, indem er nach sechs Arbeitstagen, am 10. Januar 2009, das Arzzeugnis eingereicht habe, das die gesamte Absenz abgedeckt habe. Eine vertragliche Frist, während derer der Beschwerdegegner das Arzzeugnis hätte einreichen müssen, habe nicht bestanden. Gegen die Beurteilung dieser Vorwürfe bringt die Beschwerdeführerin nichts vor und nennt diesbezüglich auch kein von ihr beantragtes Beweismittel, das die Vorinstanz nicht abgenommen hätte. Die entsprechenden Vorwürfe (unentschuldigtes Fernbleiben der Arbeit, verspätetes Einreichen des Arzzeugnisses) fallen daher zur Rechtfertigung einer fristlosen Entlassung ausser Betracht.

3.2.2 Als weitere Verfehlungen warf die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner vor, er habe seine Arbeitspflicht verletzt, indem er über Stunden für private Zwecke im Bürotrakt am Computer gesessen sei. Er sei über das Funktelefon unerreichbar gewesen und jeweils erst gegen Mittag oder Abend aufgetaucht, ohne über seinen Verbleib Auskunft geben zu können. Zudem habe er verschiedene Arbeiten nicht oder schlecht ausgeführt und dadurch erheblichen Schaden an den Einrichtungen der Beschwerdeführerin verursacht. Schliesslich habe er mittels seines Generalschlüssels die Büros der Geschäftsleitung ohne deren Einwilligung betreten und damit deren Vertrauen gebrochen. Der Beschwerdegegner bestritt diese Vorwürfe.

Die Vorinstanz hielt zunächst fest, dass die Beschwerdeführerin die fristlose Kündigung nur mit der verspäteten Einreichung des Arztzeugnisses begründet hatte. Die weiteren Verfehlungen liess sie erst zwei Wochen nach der Kündigung durch ihren Rechtsvertreter behaupten, der damit auf die Forderungen des Rechtsvertreters des Beschwerdegegners reagierte. Diese Umstände seien Anzeichen genug, dass die Beschwerdeführerin im Nachhinein nach Gründen gesucht habe, um die fristlose Entlassung zu rechtfertigen. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin seien daher wenig glaubhaft, was die Anforderungen an die Substanziierung erhöhe.

Die Beschwerdeführerin erblickt in dieser Erwägung zu Unrecht eine Verletzung von Art. 335 OR und Art. 343 Abs. 4 OR. Die Vorinstanz schloss nicht grundsätzlich aus, dass die erst später behaupteten Verfehlungen zur Rechtfertigung der fristlosen Kündigung berücksichtigt werden könnten. Sie nahm jedoch bereits eine Würdigung der Glaubwürdigkeit der erhobenen Vorwürfe vor, indem sie die Glaubwürdigkeit in Anbetracht der Umstände, unter denen die Vorwürfe erhoben wurden, herabgesetzt sah und daher erhöhte Anforderungen an die Substanziierung stellte. Darin ist keine Rechtsverletzung zu erkennen.

3.2.3 Auch ist es bundesrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz mangels Substanziierung keinen Beweis über die Behauptungen abnahm, wonach der Beschwerdegegner stundenlang für private Zwecke am Computer gesessen sowie im Betrieb unerreichbar gewesen sei und nicht über seinen Verbleib habe Auskunft geben können. An der von der Beschwerdeführerin angerufenen Stelle auf S. 3 f. der Klageantwort werden die Vorwürfe nur in pauschaler Weise erhoben und wird namentlich nicht konkretisiert, in welchem Zeitraum sich die Verfehlungen zugetragen haben sollen und inwiefern die beiden genannten Zeugen aus eigener Wahrnehmung zu den Verfehlungen Aussagen machen könnten. Der Zeitpunkt bzw. die Häufigkeit der Verfehlungen ist aber von Relevanz, da nur bei Kenntnis dieser Umstände geprüft werden könnte, ob die Verfehlungen die für eine fristlose Entlassung erforderliche Schwere erreichen würden bzw. ob die Beschwerdeführerin das Recht zur fristlosen Kündigung nicht wegen zu langen Zuwartens verwirkt hätte. Die Vorinstanz hat daher keine zu hohen Anforderungen an die Substanziierung gestellt. Die Beschwerde-

führerin geht auch fehl, wenn sie meint, unter der Herrschaft der Untersuchungsmaxime nach Art. 343 Abs. 4 OR hätte sich die Vorinstanz nicht auf ungenügende Substanziierung berufen dürfen, sondern wäre verpflichtet gewesen, ihrer richterlichen Fragepflicht nachzukommen. Die Untersuchungsmaxime gemäss Art. 343 OR entbindet die Parteien nicht davon, an der Sammlung des Prozessstoffes aktiv mitzuwirken, ihre Standpunkte zu substanziieren und die Beweismittel zu nennen. Die Parteien tragen auch im Bereich der Untersuchungsmaxime die Verantwortung dafür, dass die relevanten Behauptungen vorgebracht werden; ebenso sind sie grundsätzlich für die Sachverhaltsermittlung verantwortlich (BGE 130 III 102 E. 2.2 S. 107; 111 II 281 E. 3; 107 II 233 E. 2c S. 236; vgl. auch BGE 125 III 231 E. 4a S. 238 f.). Das gilt insbesondere, wenn eine Partei – wie vorliegend die Beschwerdeführerin – von Anfang an anwaltlich vertreten ist (Urteil 4A\_635/2009 vom 24. März 2010 E. 2.2; vgl. auch Urteil 4C.340/2004 vom 2. Dezember 2004 E. 4.2 mit Hinweisen, nicht publ. in: BGE 131 III 243).

(...)

3.3 Die Rügen der Beschwerdeführerin betreffend Verletzung der Untersuchungsmaxime nach Art. 343 Abs. 4 OR und Nichtabnahme von Beweisen (Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 9 BV) erweisen sich als unbegründet. Ohnehin bleibt die Nichtabnahme der beantragten Beweise, namentlich der Verzicht auf die Befragung von C., ohne Auswirkung auf den Entscheid, weil die Vorinstanz erwog, selbst wenn die Behauptungen der Beschwerdeführerin zuträfen, würde kein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorliegen. Zum einen müssten sich die behaupteten Vorfälle über einen gewissen Zeitraum erstreckt haben, während dessen die Beschwerdeführerin den Beschwerdegegner nicht einmal verwarnt habe. Die Beschwerdeführerin hätte daher ihre Befugnis, den Beschwerdegegner fristlos zu entlassen, verwirkt. Zum andern würden die behaupteten Pflichtverletzungen auch in ihrer Gesamtheit ohne Verwarnung zu wenig schwer wiegen, um eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses während der einmonatigen Kündigungsfrist als unzumutbar erscheinen zu lassen.

Diese Beurteilung der Vorinstanz deckt sich mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und ist nicht zu beanstanden. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, zeigt keinen Ermessensfehler auf. So trifft es nicht zu, dass die Vorinstanz «Tatsachen» (die Beschwerdeführerin meint die von ihr behaupteten Pflichtverletzungen des Beschwerdegegners) nicht berücksichtigt habe, die für den Entscheid eine Rolle spielten. Vielmehr legte die Vorinstanz ihrer Beurteilung gerade die Annahme zugrunde, die behaupteten Pflichtverletzungen seien bewiesen. Wenn die Beschwerdeführerin der Vorinstanz vorwirft, sie könne das Ausmass der Verfehlungen ohne Befragung der Zeugen gar nicht beurteilen, so fällt dieser Vorwurf auf sie selber zurück, da sie diesbezüglich, mithin zum Ausmass bzw. der Häufigkeit der Verfehlungen, keine substanzierten Angaben gemacht hat, über die hätte Beweis abgenommen werden können. Angesichts der bloss

pauschalen Vorwürfe ist es daher nicht unhaltbar, wenn die Vorinstanz die behaupteten Pflichtverletzungen als nicht besonders schwerwiegend einstufte. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein, damit sie eine fristlose Kündigung rechtfertigen. Eine Verwarnung ist aber nach dem angefochtenen Urteil nie erfolgt. Für das Bundesgericht besteht daher kein Anlass, in den Ermessensentscheid der Vorinstanz einzugreifen.

4.

4.1 Eventualiter für den Fall, dass von einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung ausgegangen werden sollte, macht die Beschwerdeführerin eine Rechtsverletzung bei der Berechnung des Lohnersatzes geltend. Eine formgültige schriftliche Abrede nach Art. 324a Abs. 4 OR bestehe nicht. Der Beschwerdegegner habe daher lediglich einen Lohnfortzahlungsanspruch von drei Wochen nach Art. 324a Abs. 2 OR, ausmachend Fr. 3990.–.

4.2 Bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). Nach dem angefochtenen Urteil erhielt der Beschwerdegegner ab Anfang 2009 keinen Lohn mehr. Er erkrankte am 2. Januar 2009. Die Sperrfrist von 30 Tagen nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR lief bis zum 1. Februar 2009. Somit war der frühestmögliche ordentliche Kündigungstermin der 31. März 2009 (Art. 335c Abs. 1 OR).

Während seiner krankheitsbedingten Abwesenheit hätte der Beschwerdegegner nach Art. 324a Abs. 2 OR Anspruch auf Lohn für drei Wochen gehabt. Die Vorinstanz erwog jedoch, dass nach Ziff. 4 des (nicht unterzeichneten) Arbeitsvertragsentwurfs bei Abschluss einer Kollektiv-Krankentaggeldversicherung durch die Arbeitgeberin die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin durch Taggeldleistungen von 80% des Lohnes ab Beginn der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ersetzt würde. Die Beschwerdeführerin habe dem Beschwerdegegner jeweils 1,17% «KK-Taggeld» vom Lohn abgezogen. Durch den unwidersprochen gebliebenen Lohnabzug habe sich die Beschwerdeführerin konkludent zum Abschluss einer Taggeldversicherung verpflichtet und hätten die Parteien Ziff. 4 des Vertragsentwurfs zugleich zum Inhalt des mündlichen Arbeitsvertrags gemacht. Die Vereinbarung hätte zwar der Schriftform bedurft (Art. 324a Abs. 4 OR). Die Formvorschrift von Art. 324a Abs. 4 OR bezwecke indes den Arbeitnehmerschutz. Werde ein Arbeitnehmer durch eine formwidrige Abrede im konkreten Fall besser gestellt als durch die gesetzliche Regelung, so wäre eine Unwirksamkeit keine angemessene Rechtsfolge des Formmangels. Da der Beschwerdegegner im vorliegenden Fall durch die Abrede im Vergleich zur gesetzlichen Regelung besser gestellt werde, habe der Formmangel als geheilt zu gelten. Folglich habe der Beschwerdegegner Anspruch auf 80% des Lohnes für die Monate Januar, Februar und März 2009, ausmachend Fr. 13 680.–.

4.3 Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass aus dem Umstand, wonach sie dem Beschwerdegegner jeweils 1,17% «KK-Taggeld» vom Lohn abzog, geschlossen werden könne, sie habe sich konkludent zum Abschluss einer Taggeldversicherung verpflichtet und Ziff. 4 des Vertragsentwurfs sei zugleich zum Inhalt des mündlichen Arbeitsvertrags gemacht worden. Jedenfalls hat die Beschwerdeführerin weder dargelegt, dass die Lohnabzüge von 1,17% für Krankentaggeldversicherung auf einem Irrtum beruhten, noch sonst eine Erklärung für diese Abzüge geliefert. Es ist daher der Vorinstanz beizupflichten, dass der Beschwerdegegner aufgrund dieser Abzüge annehmen durfte, er sei kollektiv-taggeldversichert und brauche sich damit nicht selber um eine Lösung für eine längerfristige Arbeitsunfähigkeit zu kümmern. In diesem Glauben ist er zu schützen. Da die damit zur Anwendung gelangende Lösung (Anspruch von 80% des Lohnes für die drei Monate Januar, Februar und März 2009) für den Arbeitnehmer günstiger ist als die gesetzliche Regelung eines Anspruches auf 100% des Lohnes für drei Wochen, kann die Vereinbarung trotz fehlender Schriftform als gültig betrachtet werden (vgl. BGE 131 III 623 E. 2.5.2).

*Bundesgericht, Urteil vom 15. November 2010, Doss.-Nr. 4A\_430/2010 (Aufhebung des Entscheids des Obergerichts des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 14. Juni 2010)*

**Beruhet eine Kündigung auf mehreren Gründen, wovon einige missbräuchlich sind, andere hingegen nicht, so stützt das Gericht seinen Entscheid über die Missbräuchlichkeit der Kündigung auf jenen Kündigungsgrund ab, der für die kündigende Partei wahrscheinlich der überwiegende und ausschlaggebende Grund war. Bei Vorliegen eines missbräuchlichen und eines weiteren Kündigungsgrundes trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass die Kündigung auch ausgesprochen worden wäre, wenn der als missbräuchlich zu bewertende Grund nicht existiert hätte (E. 2.1.3).**

Sachverhalt:

Die X. AG (Beschwerdegegnerin und Beklagte) betreibt eine Klinik. Auf den 1. September 2007 stellte sie A. (Beschwerdeführerin und Klägerin) als Geschäftsleitungsmitglied ein und übertrug ihr die Leitung des Ressorts Marketing und Organisation sowie Pflege und Therapie. Sie hatte den Geschäftsbetrieb neu zu strukturieren. Dies erwies sich als notwendig, da bisher Strukturen fehlten, der Betrieb schnell wuchs und Dr. B., Chefarzt, Verwaltungsratsdelegierter und Aktionär in einer Person war. Im Sommer 2008 kam es zu Konflikten zwischen B. und der Beschwerdeführerin, welche die Zusammenarbeit erschwerten. Mit Schreiben vom 27. August 2008 beschwerte sich die Beschwerdeführerin beim Verwal-

tungsrat über das die Mitarbeitenden verunsichernde und Ängste in Bezug auf den Arbeitsplatz auslösende Verhalten von B., das ihr verunmögliche, ihre Aufgabe zu erfüllen. Sie erklärte, sie erwarte vom Verwaltungsrat umgehend einen klaren Vorschlag zur Lösung dieses unhaltbaren Zustands, und schilderte in der Folge beispielhaft einige Vorfälle aus dem Monat August 2008, welche das destruktive Verhalten von B. veranschaulichen sollten. Die Beschwerdegegnerin leistete dieser Aufforderung keine Folge, sondern kündigte am 17. September 2008 das Arbeitsverhältnis auf den 31. Dezember 2008 und stellte die Beschwerdeführerin frei.

Am 16. April 2009 klagte die Beschwerdeführerin beim Einzelrichter des Kantonsgerichts von Appenzell Ausserrhoden gegen die Beschwerdegegnerin auf Zahlung von Fr. 30 000.– als Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung. Der Einzelrichter wies die Klage am 9. Juli 2009 ab. Die von der Beschwerdeführerin erhobene Appellation wies der Einzelrichter-Stellvertreter des Obergerichts von Appenzell Ausserrhoden am 14. Juni 2010 ab. Die Beschwerdeführerin beantragt dem Bundesgericht mit Beschwerde in Zivilsachen, den Entscheid des Einzelrichter-Stellvertreters aufzuheben und die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ihr Fr. 30 000.– zu bezahlen. Eventuell sei die Sache zu entsprechender Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

1.

Nach dem angefochtenen Urteil erachtete die Beschwerdeführerin die Kündigung als missbräuchlich (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR), weil sie diese umgehend erhielt, nachdem sie sich an den Verwaltungsrat gewandt hatte mit dem Ziel, Unterstützung zu erhalten, um ihre persönlichen Differenzen mit Dr. B. auszuräumen zu können. Die Beschwerdegegnerin habe es indessen unterlassen, sich um eine Lösung des Konfliktes zu bemühen. Die Beschwerdegegnerin hielt dem entgegen, mit der Kündigung habe sie sich für das Wohl der gesamten Gesellschaft und gegen die Beschwerdeführerin entschieden. Diese habe ungeachtet ihrer Qualifikation im kommunikativen Bereich die in sie gesetzten Erwartungen nicht erfüllt. Sie habe nicht verstanden, dass es an der Schnittstelle zwischen der operativen und der ärztlichen Führung besonderer kommunikativer Fähigkeiten bedürfe.

1.1 Die Vorinstanz hielt dafür, die Kündigung müsste als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR qualifiziert werden, wenn die Beschwerdegegnerin allein wegen des Schreibens vom 27. August 2008 gekündigt hätte. Der enge zeitliche Zusammenhang zwischen dem Schreiben der Beschwerdeführerin vom 27. August 2008 und der Kündigung indiziere, dass das betreffende Schreiben die Kündigung ausgelöst habe. Indes belege der Mailverkehr der Beschwerdeführerin mit B. vom März 2008, dass das Verhältnis zwischen diesen beiden Personen bereits damals belastet war, und bilde ein Indiz dafür, dass das Schreiben der Beschwerdeführerin vom

27. August 2008 nicht alleiniger Grund für die Kündigung gewesen sein müsse. Die Beschwerdeführerin habe mithin den Beweis der hohen Wahrscheinlichkeit dafür, dass ihr Schreiben den alleinigen bzw. hauptsächlichen Grund der Kündigung gebildet habe, nicht erbracht. Den Vorwurf, die Beschwerdegegnerin habe keine Massnahmen zur Bewältigung des Konfliktes ergriffen, erachtete die Vorinstanz als unbegründet. Die Geschäftsleitung, insbesondere auch B., hätten mehrfach und über längere Zeit versucht, die aufgetauchten Kommunikationsprobleme zu lokalisieren, zu besprechen und einer Lösung zuzuführen. Trotz diesen Bemühungen habe sich der Konflikt immer mehr zugespitzt. Aufgrund ihrer kompromisslosen Haltung habe die Beschwerdeführerin den Konflikt mitzuvertreten. Eine Lösung des Konflikts sei letztlich nicht möglich gewesen.

1.2 Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, um die Missbräuchlichkeit der Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR zu verneinen, genüge nicht, dass das Schreiben der Beschwerdeführerin möglicherweise nicht alleiniger Grund der Kündigung gewesen sei. Rechtlich massgebend sei vielmehr, ob das missbräuchliche Motiv ausschlaggebend, bzw. ob der verpönte Grund unmittelbarer Anlass zur Kündigung oder mindestens derart wesentlich gewesen sei, dass ohne sein Vorliegen eine Kündigung nicht ausgesprochen worden wäre (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage, N. 20 zu Art. 336 OR S. 698 mit Hinweisen). Der Beweis dafür könne jedoch nicht vom Gekündigten verlangt werden. Stehe ein missbräuchliches Teilmotiv einmal mit hoher Wahrscheinlichkeit fest, habe vielmehr der Kündigende nachzuweisen, dass er auch ohne Vorliegen des verpönten Grundes gekündigt hätte. Allein die Möglichkeit eines weiteren (nicht missbräuchlichen) Kündigungsgrundes lasse den Kausalzusammenhang mit dem festgestellten missbräuchlichen Motiv nicht entfallen, wenn der Beweisgrad der hohen Wahrscheinlichkeit angewendet werde. Aufgrund der von der Vorinstanz verbindlich festgestellten blossen Möglichkeit eines weiteren Motivs bleibe es beim erstellten massgebenden Kausalzusammenhang der Kündigung mit dem Schreiben der Beschwerdeführerin, mit welchem sie nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend mache. Dass es das Schreiben der Beschwerdeführerin war, welches die Beschwerdegegnerin zur Kündigung veranlasst habe, werde im Übrigen durch den Umstand erhärtet, dass die Beschwerdegegnerin danach die Kündigung ausgesprochen habe, ohne zuvor einen tauglichen Konfliktlösungsversuch unternommen zu haben. Darüber hinaus rügt die Beschwerdeführerin die Sachverhaltsfeststellung mit Bezug auf die vorinstanzliche Kausalitätsbeurteilung als unvollständig. Sie legt unter Aktenhinweis dar, dass sie vor Vorinstanz im Einzelnen mit Beweisofferten begründet hat, weshalb es nicht ihre persönlichen Eigenschaften (Kommunikationsdefizit) waren, welche die Zusammenarbeit erschwerten, sondern das Fehlverhalten von Dr. B., welches der Beschwerdegegnerin anzurechnen sei.

(...)

2.1 Das Schweizerische Arbeitsvertragsrecht geht vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit aus (vgl. Art. 335 OR; BGE 132 III 115 E. 2.1 S. 116; 131 III 535 E. 4.1 S. 537 f.; 127 III 86 E. 2a S. 88).

2.1.1 Für die Rechtmässigkeit einer Kündigung bedarf es grundsätzlich keiner besonderen Gründe. Missbräuchlich ist die Kündigung nur, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, die in Art. 336 OR umschrieben werden, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist. Es sind deshalb – neben den in Art. 336 OR aufgeführten – weitere Tatbestände ohne weiteres denkbar und vom Bundesgericht auch schon mehrfach anerkannt worden (BGE 134 III 108 E. 7.1 S. 110; 132 III 115 E. 2.1 S. 116 f.). Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt indessen voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar ist (BGE 132 III 115 E. 2.1 S. 117; 131 III 535 E. 4.2 S. 538).

2.1.2 Grundsätzlich knüpft der sachliche Kündigungsschutz am Motiv der Kündigung an. Die Missbräuchlichkeit kann sich aber auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Auch wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten (BGE 131 III 535 E. 4.2 S. 538 f.; 125 III 70 E. 2b S. 73; 118 II 157 E. 4b/cc S. 166 f.). Ein krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer Kündigung, kann diese als missbräuchlich erscheinen lassen (BGE 132 III 115 E. 2.2 S. 117). Zu beachten ist nämlich, dass der Arbeitgeber gemäss Art. 328 OR verpflichtet ist, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen. Er hat sich jedes durch den Arbeitsvertrag nicht gerechtfertigten Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte zu enthalten und diese auch gegen Eingriffe von Vorgesetzten, Mitarbeitern oder Dritten zu schützen. Diese Fürsorgepflichten bilden das Korrelat der Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a OR; BGE 132 III 115 E. 2.2 S. 117, 257 E. 5.1 S. 259). Daraus hat das Bundesgericht abgeleitet, dass eine Kündigung nicht missbräuchlich ist, wenn wegen des schwierigen Charakters eines Arbeitnehmers eine konfliktgeladene Situation am Arbeitsplatz entstanden ist, die sich schädlich auf die gemeinsame Arbeit auswirkt, und wenn der Arbeitgeber zuvor sämtliche ihm zumutbaren Vorkehren getroffen hat, um den Konflikt zu entschärfen. Hat sich der Arbeitgeber nicht oder ungenügend um die Lösung des Konflikts bemüht, ist er seiner Fürsorgepflicht nicht hinreichend nachgekommen, weshalb sich die Kündigung als missbräuchlich erweist (BGE 132 III 115 E. 2.2 S. 117; 125 III 70 E. 2c S. 74).

2.1.3 Beruht eine Kündigung auf verschiedenen Gründen, wovon einige missbräuchlich sind, andere hingegen nicht, so stützt das Gericht seinen Entscheid über die Missbräuchlichkeit der Kündigung auf jenen Kündigungsgrund ab, der für die kündigende Partei wahrscheinlich der überwiegende und ausschlaggebende Grund war. Bei Vorliegen eines missbräuchlichen und eines weiteren Kündigungsgrundes trägt der Arbeitgeber

die Beweislast dafür, dass die Kündigung auch ausgesprochen worden wäre, wenn der als missbräuchlich zu bewertende Grund nicht existiert hätte (Urteil des Bundesgerichts 4P.205/2000 vom 6. März 2001 E. 3a mit Hinweisen, publ. in: JAR 2002 S. 238 ff.).

2.2 Was die Frage des massgeblichen Kündigungsgrundes betrifft, hat die Beschwerdeführerin an der angeführten Stelle in der Tat unter Anrufung diverser Zeugen vorgebracht, sie habe ihre Strukturierungsaufgabe von Anfang an tatkräftig, kompetent und effizient angepackt und sei bei den Mitarbeitern dank ihrer Kommunikationsstärke auf hohe Akzeptanz gestossen, im Unterschied zu C. Im Mai 2008 sei sie denn auch von der Beschwerdegegnerin als zukünftige CEO vorgeschlagen worden, womit auch B. einverstanden gewesen sei. Noch anfangs Juli 2008 sei klar gewesen, dass die Übernahme der CEO-Position nur von ihrer Zusage abhängig gewesen sei, was sich aus einem Schreiben des Verwaltungsratspräsidenten vom 4. Juli 2008 ergebe. Der Vorwurf der Kommunikationsdefizite sei daher unbegründet. Die effektive Problematik reduziere sich auf den Konflikt mit B. und den Umstand, dass sich die Beschwerdeführerin gegen dessen Agieren gewehrt habe. Alsdann führte die Beschwerdeführerin in der Appellation, erläutert anhand von Beispielen mit Beweisofferten, aus, B. habe sich über Vereinbarungen betreffend Zuständigkeit hinweggesetzt, was ihre Arbeit erschwerte und zu Auseinandersetzungen geführt habe. Dies habe die Mitarbeitenden verunsichert, was die Beschwerdeführerin im Schreiben vom 27. August 2008 gegenüber dem Verwaltungsrat thematisiert habe. Sie legte auch im Einzelnen dar, wie sich B. anlässlich eines den administrativen Leiter involvierenden Vorfalls verhalten hat und zeigt auf, inwiefern sich daran ihrer Ansicht nach die Kommunikationsdefizite von B. manifestierten. Die Beschwerdeführerin setzte sich alsdann detailliert mit den ihr gegenüber erhobenen Vorwürfen auseinander, berief sich auf Tatsachen, welche diese widerlegen sollten und offerierte dazu Beweise. Im weiteren schilderte sie substantiiert, wiederum untermauert mit Beweisofferten, inwiefern B. wegen nicht eingehaltener Zusagen und unzulänglicher Kommunikation im Sekretariat und in der Apotheke ein Durcheinander veranstaltet habe. Er sei auch nicht bereit gewesen, sein eigenes Verhalten zu hinterfragen, sondern habe sich auf die Beschwerdeführerin eingeschossen. Nach ihrem Hilferuf an den Verwaltungsrat sei das Führungsgremium in Kenntnis der Konfliktsituation nicht nur untätig geblieben, sondern habe sich in der Folge der Einfachheit halber der Position von B. angeschlossen und ihr gekündigt, ihrer Ansicht nach allerdings um den Preis der Missbräuchlichkeit.

2.3 Wie die Beschwerdeführerin zutreffend darlegt, ist der Umstand, dass das Verhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und B. bereits im März 2008 belastet gewesen sein soll, für die Kündigung nicht erheblich, sofern die Beschwerdeführerin noch im Juli 2008 als CEO vorgesehen war, da diesfalls ausgeschlossen werden kann, dass für die Beschwerdegegnerin damals eine Kündigung wegen des schwierigen Verhältnisses zwischen der

Beschwerdeführerin und B. im Raume stand. Für die Frage der Missbräuchlichkeit der Kündigung ist daher wesentlich, ob die Beschwerdegegnerin am 4. Juli 2008 noch immer zur Beförderung der Beschwerdeführerin bereit war. Indem sich die Vorinstanz über die Behauptung, die Beschwerdegegnerin habe die Beschwerdeführerin noch im Sommer 2008 zum CEO machen wollen, hinwegsetzte und diesbezüglich keine Feststellung traf, hat sie den Sachverhalt in einem rechtserheblichen Punkte unvollständig festgestellt. Die betreffende Rüge der Beschwerdeführerin ist daher begründet. Lässt sich die angeführte Behauptung beweisen, entfällt der Umstand, dass das Verhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und B. im März 2008 belastet war, als Indiz für einen zulässigen Kündigungsgrund, und der Nachweis der Missbräuchlichkeit der Kündigung wäre ohne weiteres erbracht, wie auch die Vorinstanz erkannte (Kündigung als Reaktion auf den Brief vom 27. August 2008, mit welchem die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin um Unterstützung bat, damit sie ihre Aufgabe im Betrieb unbehindert erfüllen konnte). Gegebenenfalls obläge der Beschwerdegegnerin, bei Vorliegen eines missbräuchlichen und eines weiteren Kündigungsgrundes der Nachweis dafür, dass sie der Beschwerdeführerin auch ohne den als missbräuchlich zu bewertenden Grund gekündigt hätte (vgl. E. 2.1.3 hiervor).

3.

3.1 Sollte sich der klarerweise missbräuchliche Kündigungsgrund (Retorsion) nicht beweisen lassen, stellt sich die Frage, ob der weitere Grund, soweit er von der Beschwerdegegnerin angerufen worden wäre, was die Beschwerdeführerin bestreitet, die Kündigung nicht ebenfalls als missbräuchlich erscheinen lässt.

3.2 Was die Möglichkeit, taugliche Massnahmen zur Bewältigung des Konflikts zu ergreifen, anbelangt, rügt die Beschwerdeführerin mit Aktenhinweisen, die Vorinstanz habe massgebende Sachvorbringen übergangen, nämlich jene, wonach auch andere Mitarbeiter mit dem Verhalten von Dr. B. Schwierigkeiten bekundet hätten. Schon aus diesem Grunde wäre für die Beschwerdegegnerin naheliegend, zumutbar und letztlich von Vorteil gewesen, sich mit dieser Thematik wenigstens auseinanderzusetzen. Im Übrigen habe die Vorinstanz, sollte auf den Kündigungsgrund der konflikthafter Situation abgestellt werden, Art. 336 OR bzw. Art. 8 ZGB verletzt, weil sie die substanziierten Behauptungen und dazu offerierten Beweise nicht abnahm, mit welchen die Beschwerdeführerin dargelegt hatte, dass es nicht die persönlichen Kommunikationsdefizite der Beschwerdeführerin waren, welche die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigten, sondern vielmehr das Fehlverhalten von B., welches der Beschwerdegegnerin anzurechnen und von ihr zu vertreten sei, könne doch die Kündigung nicht mit den Folgen der eigenen Vertragsverletzung gerechtfertigt werden.

3.3 Auch diese Rüge ist begründet. Wie dargelegt hat die Beschwerdeführerin an der angeführten Stelle die betreffenden Behauptungen substantiiert erhoben und dazu Beweise offeriert. Weshalb die Vorinstanz diese Vorbringen unbeachtet liess, ist dem angefochtenen Urteil nicht zu entnehmen. Gelingt der Beschwerdeführerin der Beweis dafür, dass B. durch seine Missachtung vereinbarter Zuständigkeiten die Beschwerdeführerin bei der Erfüllung der ihr obliegenden Aufgabe, Strukturen in den Betrieb zu bringen, behinderte, wie die Beschwerdeführerin unter Angabe von Beweisen detailliert geschildert hat, und dass ihr keine Kommunikationsdefizite vorgeworfen werden können, ist der Folgerung der Vorinstanz, eine Lösung des Konflikts sei wegen der Verhaltens der Beschwerdeführerin unmöglich gewesen, die Grundlage entzogen. Auch unter diesem Gesichtspunkt erweist sich der von der Vorinstanz ermittelte Sachverhalt als ungenügend und ist zu ergänzen, sollte der Beweis dafür, dass die Kündigung wegen des Schreibens vom 27. August 2008 erfolgte, misslingen.

4.

Aus den dargelegten Gründen ist die Beschwerde gutzuheissen, das angefochtenen Urteil aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

*Bundesgericht, Urteil vom 16. November 2010, Doss.-Nr. 4A\_249/2010 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Aargau vom 2. März 2010), in: BGE 137 III 16*

**Beginn der Verjährung des Anspruchs auf Schadenersatz bei Verletzung vertraglicher Pflichten (Art. 130 Abs. 1 OR).**

**Die Forderungen auf Schadenersatz und Genugtuung aus vertragswidriger Körperverletzung werden sogleich mit der Verletzung der vertraglichen Pflicht fällig. Ab diesem Zeitpunkt beginnt die Verjährung zu laufen, nicht erst mit Eintritt des Schadens, auch wenn dieser (wie bei Asbestschäden) erst nach Ablauf von mehr als 10 Jahren eintreten und festgestellt werden kann. Das Institut der Verjährung gilt für alle Schuldner und Gläubiger. Es beruht auf einer Abwägung der Interessen beider Parteien und führt nicht zu einer Diskriminierung der Asbestopfer oder behinderter Personen (E. 2).**

Sachverhalt:

A.

C.X. arbeitete seit Beginn der Lehre 1962 als Maschinenschlosser bei der Z. beziehungsweise deren Rechtsnachfolgerinnen (heute «Y. AG»; Beschwerdegegnerin) als Turbinenmonteur beziehungsweise ab 1978 als Turbinentechniker im Innendienst mit nur mehr sporadischen Auslands-

einsätzen. Anfang 2004 wurde bei ihm ein malignes Pleuramesotheliom (Brustfellkrebs) diagnostiziert, das am 10. November 2005 zu seinem Tod führte. Mit Klage vom 25. Oktober 2005 hatte er beim Arbeitsgericht Baden Teilklage eingereicht, mit welcher er Fr. 212 906.– nebst Zins als Schadenersatz und Genugtuung verlangte, da die Erkrankung durch Asbestexposition am Arbeitsplatz verursacht worden sei. Nach seinem Tod traten seine beiden Töchter A.X. und B.X. (Beschwerdeführerinnen) in den Prozess ein.

B.

Der Klage war vor Arbeitsgericht kein Erfolg beschieden. Die von den Beschwerdeführerinnen erhobene Appellation wies das Obergericht des Kantons Aargau mit Urteil vom 2. März 2010 ab. Es erkannte, für den Beginn der 10-jährigen Verjährungsfrist nach Art. 127 OR sei bei positiver Vertragsverletzung der Zeitpunkt der Pflichtverletzung und nicht derjenige des Schadenseintritts massgeblich. Es erachtete daher sämtliche der Beklagten angelasteten Handlungen, welche diese vor dem 25. Oktober 1995 (das heisst mehr als 10 Jahre vor der Klageeinreichung als erste Verjährungsunterbrechung) begangen haben soll, als verjährt. Dies betrifft namentlich den Zeitraum zwischen 1966 und 1978, in welchem der verstorbene Kläger gemäss der Klageschrift regelmässig und intensiv mit Asbeststaub in Kontakt gekommen sein soll. Dass nach diesem Zeitpunkt ein weiterer für die Erkrankung kausaler Kontakt erfolgt sei, hielt das Obergericht nicht für erwiesen, ebenso wenig wie eine Pflichtverletzung in diesem Zeitpunkt.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen wiederholen die Beschwerdeführerinnen das erstinstanzliche Hauptbegehren und beantragen eventuell die Rückweisung der Sache an das Obergericht zur materiellen Neubeurteilung. Die Beschwerdegegnerin schliesst auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde, während das Obergericht auf Vernehmlassung verzichtet. Das Bundesgericht hat die Angelegenheit am 16. November 2010 an einer öffentlichen Sitzung beraten. Es weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2.

Die Verjährung gewährt dem Schuldner die Möglichkeit, sich nach einem bestimmten Fristenlauf der Durchsetzung einer Forderung zu widersetzen, indem er die Verjährungseinrede erhebt. Die Verjährung darf vom Richter nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden (Art. 142 OR). Sie beschlägt weder den Bestand noch die Entstehung einer Forderung, sondern allein deren Durchsetzbarkeit (vgl. BGE 133 III 6 E. 5.3.4 S. 26; SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, Bd. I, 1975, S. 457; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl. 1997, S. 798 und 823 f.).

2.1 Das Gesetz sieht die Verjährung in erster Linie um der öffentlichen Ordnung willen vor: Das öffentliche Interesse an der Rechtssicherheit und am gesellschaftlichen Frieden verlangt, dass gewöhnliche Forderungen, die nicht geltend gemacht werden, nach einer gewissen Zeit nicht mehr durchgesetzt werden können. Die Rechtssicherheit ist beeinträchtigt, wenn Prozesse über Forderungen möglich bleiben, deren Entstehung oder Erlöschen wegen durch Zeitablauf verursachten Beweisschwierigkeiten nicht mehr zuverlässig feststellbar sind. Dem Gläubiger zu gestatten, mit der Geltendmachung einer gewöhnlichen Forderung beliebig zuzuwarten, ohne deswegen einen Rechtsnachteil zu erleiden, verbietet sich aber auch, weil unbereinigte Rückstände die Beziehungen unter den Rechtsgenossen belasten und der Schuldner nicht dauernd im Ungewissen darüber gelassen werden darf, ob eine Forderung, die längere Zeit nicht geltend gemacht wurde und mit der er daher natürlicherweise immer weniger rechnet, schliesslich doch noch eingeklagt wird. Zudem muss der Schuldner aus praktischen Gründen davor bewahrt werden, die Belege für seine Zahlungen während unbeschränkter Zeit aufbewahren zu müssen. Für den Gläubiger führt die Verjährung zu einem nicht nur in seinem eigenen, sondern auch im Interesse klarer Rechtsbeziehungen erwünschten Ansporn, seine Forderungen innert vernünftiger Frist geltend zu machen und die Austragung von Streitigkeiten darüber nicht zu verzögern. Der Einrichtung der Verjährung liegt auch der Gedanke zugrunde, dass eine länger dauernde Untätigkeit des Gläubigers die Unbegründetheit oder die Tilgung der Forderung wahrscheinlich macht oder sogar als Verzicht auf die Forderung gedeutet werden kann (so schon BGE 90 II 428 E. 8 S. 437 f.; vgl. BGE 136 II 187 E. 7.4 S. 194 f.; BGE 134 III 294 E. 2.1 S. 297; SCHWANDER, Die Verjährung ausservertraglicher und vertraglicher Schadenersatzforderungen, 1963, S. 2).

2.2 Mit Ablauf von zehn Jahren verjähren alle Forderungen, für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt (Art. 127 OR). Diese Norm gilt unter anderem für die aus der Verletzung vertraglicher Pflichten entstehenden Forderungen auf Leistung von Schadenersatz und Genugtuung. Der Beginn der Verjährungsfrist untersteht in diesen Fällen Art. 130 Abs. 1 OR, d.h. die zehnjährige allgemeine Verjährungsfrist läuft von der Fälligkeit der Forderung an, und zwar unabhängig davon, ob der Gläubiger seine Forderung kennt (BGE 87 II 155 E. 3c S. 163; 53 II 336 E. 3b S. 342 f.).

2.3 Die Pflicht des Schuldners, Schadenersatz und Genugtuung zu leisten, und das Recht des Gläubigers, sie zu verlangen, entstehen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht erst, wenn dieser die Folgen der Pflichtverletzung erkennen kann. Beruhen sie auf einer Körperverletzung, so erwachsen sie im Zeitpunkt, in dem der Schuldner pflichtwidrigerweise auf den Leib des andern einwirkt. Das folgt aus Art. 46 Abs. 2 OR, der überflüssig wäre, wenn erst die Erkennbarkeit und Feststellbarkeit der Folgen der Verletzung dem Gläubiger ein Recht auf Ersatz des Schadens

sowie auf Genugtuung und als Ausfluss des materiellen Rechts den Anspruch auf Rechtsschutz (BGE 86 II 41 E. 4 S. 44 f.) gäbe. Art. 46 Abs. 2 OR gilt nicht nur für unerlaubte Handlungen, sondern kraft der Verweisung des Art. 99 Abs. 3 OR auch für vertragswidriges Verhalten. Der Verletzte kann vom Zeitpunkt der Verletzung an verlangen, dass ihm der Schuldner allen aus ihr erwachsenen Schaden, auch den erst künftig in Erscheinung tretenden, ersetze und ihm Genugtuung leiste (BGE 87 II 155 E. 3b S. 162 f.). Wenn die Zeit der Erfüllung weder durch Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmt ist, kann gemäss Art. 75 OR sogleich geleistet und gefordert werden. Die Forderungen auf Schadenersatz und Genugtuung aus vertragswidriger Körperverletzung werden daher nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich sogleich mit der Verletzung der vertraglichen Pflicht fällig (BGE 87 II 155 E. 3c S. 163; BGE 106 II 134 E. 2d S. 139), womit die Verjährung ab diesem Zeitpunkt zu laufen beginnt.

2.4 Diese Lösung ist in der Lehre auf breite Zustimmung gestossen (DÄPPEN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2007, N. 11a zu Art. 130 OR; GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 9. Aufl. 2008, S. 226 Rz. 3322; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2009, S. 526 f. Rz. 84.14; VOSER, Aktuelle Probleme zivilrechtlicher Verjährung bei körperlichen Spätschäden aus rechtsvergleichender Sicht, recht 2005 S. 121 ff.; GUILLAUME FOURNIER, La prescription de l'action en dommages-intérêts: une réflexion sur la relation délit-contrat en droit privé, au regard notamment de l'avant-projet de modification et d'unification du droit de la responsabilité civile, 2009, S. 76 f.; vgl. auch SPIRO, a.a.O., S. 83). Ein Teil der Lehre steht der Rechtsprechung allerdings kritisch gegenüber (vgl. BGE 106 II 134 E. 2b S. 138 mit Hinweisen), und in der Literatur, auf die sich die Beschwerdeführerinnen berufen, wird die Auffassung vertreten, der Beginn der Verjährung nach Art. 130 OR werde bei einer positiven Vertragsverletzung nicht schon durch die Vertragsverletzung ausgelöst, sondern erst durch den Eintritt des Schadens (WIEGAND, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, a.a.O., N. 52 zu Art. 97 OR; BERTI, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2002, N. 129 zu Art. 130 OR mit Hinweisen; DERSELBE, Verjährung vertraglicher Schadenersatzansprüche, in: Leistungsstörungen, Koller [Hrsg.], 2008, S. 15 ff.; SCHWANDER, a.a.O., S. 91; vgl. auch die Hinweise bei HUSMANN/ALIOTTA, Zeit heilt nicht alle Wunden – Zur verjährungsrechtlichen Problematik bei Personenschäden durch Asbest, HAVE 2010 S. 128 ff., worin unter Mitwirkung des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen die in der Beschwerdeschrift vertretene Argumentation aufgenommen wird).

2.4.1 Die Annahme, vertragliche Schadenersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung würden nicht bereits mit der Pflichtverletzung, sondern erst mit Schadenseintritt fällig, womit die Verjährung erst ab diesem Zeitpunkt zu laufen beginne, würde nicht nur das Institut der Verjährung

rung aushöhlen, indem der Vertragspartner bei Eintritt weiteren Schadens auch nach Jahren noch neue Schadenersatzansprüche geltend machen könnte (vgl. VOSER, a.a.O., S. 126). Sie hätte in letzter Konsequenz zur Folge, dass mangels Fälligkeit kein vertraglicher Schadenersatz für erst in der Zukunft entstehenden Schaden eingeklagt werden könnte und in zeitlichen Abständen der jeweils eingetretene Schaden geltend gemacht werden müsste. Dies erscheint nicht sinnvoll und wäre praktisch kaum durchführbar (vgl. BREHM, Berner Kommentar, 3. Aufl. 2006, N. 8 Vorbemerkungen zu Art. 45 und 46 OR; MATTHIAS LEEMANN, Die Rente als Art des Schadenersatzes im Haftpflichtrecht, 2002, S. 26 f.). Insoweit besteht entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen kein Grund, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen und vertragliche Schadenersatzansprüche anders zu behandeln als ausservertragliche. Die abweichenden Vorschriften betreffen die Verjährung, nicht die Fälligkeit der Ansprüche. Sofern im Zeitpunkt der positiven Vertragsverletzung für alle Beteiligten erkennbar ist, welcher Schaden in welcher Frist auftreten wird, führt der mit der Vertragsverletzung einsetzende Fristenlauf der Verjährung denn auch zu keinen wesentlichen Schwierigkeiten, selbst wenn der Schaden erst lange nach Ablauf der Verjährungsfrist eintritt, da dieser zukünftige Schaden abgeschätzt, eingeklagt und zugesprochen werden kann. In derartigen Fällen besteht objektiv kein Grund, mit der Schadensliquidation bis zum Schadenseintritt zuzuwarten.

2.4.2 Aus BGE 130 III 591 E. 3.1 S. 597 kann nichts anderes abgeleitet werden. Dort wurde zwar festgehalten, der vertragliche Schadenersatzanspruch aus Schlechterfüllung entstehe nicht schon mit der Schlechterfüllung der Schuld, sondern erst mit dem Eintritt des Schadens und könne folglich auch erst in diesem Zeitpunkt fällig werden. In diesem Entscheid ging es indessen um die Frage, ob und ab wann Verzugszins geschuldet ist, wobei dem Zeitpunkt, auf welchen der Schaden berechnet wurde, massgebende Bedeutung zukam. Dieser Zeitpunkt richtet sich nach prozessualen Gegebenheiten (vgl. LEEMANN, a.a.O., S. 42 mit Hinweisen). Er kann für den Beginn der Verjährung nicht massgebend sein.

2.4.3 Durch das Abstellen auf den Zeitpunkt der Pflichtverletzung als Beginn der Verjährung werden einerseits Wertungsdiskrepanzen zum ausservertraglichen Haftpflichtrecht vermieden. Andererseits erweist sich der vertragliche Schadenersatzanspruch als Folge des nicht vertragsgemässen Verhaltens der Gegenpartei. Das Recht, von dieser die Erfüllung der vertraglichen Pflichten zu verlangen – das heisst im konkreten Fall: für die dem damaligen Wissensstand entsprechenden Schutzmassnahmen bei Arbeiten mit Asbest zu sorgen –, wird bereits in dem Moment fällig, in dem die allfällige Pflichtverletzung erfolgt (vgl. BGE 106 II 134 E. 2d S. 139). Ab diesem Zeitpunkt kann der Gläubiger vom Schuldner Ersatz für den aus der Pflichtverletzung entstandenen Schaden verlangen. Insgesamt besteht für das Bundesgericht kein Anlass, von seiner Rechtsprechung zum Beginn der Verjährung vertraglicher Schadensersatzansprüche abzuweichen.

2.4.4 Die Problematik des zu beurteilenden Falles liegt nicht primär darin, dass zwischen der behaupteten Pflichtverletzung und dem Schadenseintritt mehr als zehn Jahre verstrichen sind, sondern darin, dass der Schaden während der zehnjährigen Verjährungsfrist nicht liquidierbar ist (vgl. SPIRO, a.a.O., S. 63 ff.). Zuzufolge der Ungewissheit, ob die Asbestexposition überhaupt gesundheitliche Konsequenzen nach sich zieht, und der langen Zeit (15 bis 45 Jahre), welche zwischen der Asbestexposition und einem allfälligen Krankheitsausbruch verstreicht, kann, selbst wenn der Nachweis einer Pflichtverletzung gelingt, vor Ablauf der Verjährungsfrist objektiv nicht festgestellt werden, ob Schadenersatz geschuldet ist. Da nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ein Schaden eintreten wird, kann der Geschädigte in diesem Zeitraum noch nicht mit Aussicht auf Erfolg auf Schadenersatz klagen. Obwohl das schadenstiftende Ereignis stattgefunden hat und grundsätzlich abgeschlossen ist, lässt sich die zukünftige Entwicklung nicht mit hinreichender Sicherheit überblicken, um den zu erwartenden Schaden abschätzen zu können (vgl. BGE 88 II 498 E. 7 S. 509). Der Eintritt des Schadens im wirtschaftlichen Sinne hängt vom Ausbruch der Krankheit ab und damit von einem zukünftigen ungewissen Ereignis (vgl. SPIRO, a.a.O., S. 41). Der Gesetzgeber hat diesen für den Geschädigten auftretenden Schwierigkeiten in gewissen Bereichen, in denen erfahrungsgemäss mit Spätschäden zu rechnen ist, mit Spezialregelungen Rechnung getragen (vgl. BGE 106 II 134 E. 2c S. 138 f.). Er hat beispielsweise in Art. 10 des Kernenergiehaftpflichtgesetzes vom 18. März 1983 (KHG; SR 732.44) und Art. 40 des Strahlenschutzgesetzes vom 22. März 1991 (StSG; SR 814.50) eine Verjährungsfrist von 30 Jahren vorgesehen. In Art. 13 KHG wird für die Kernenergiehaftung der Versicherungsschutz für Spätschäden geregelt, die zufolge Verjährung nicht mehr geltend gemacht werden können. Auch in diesen Bereichen wurde indessen weder auf das Institut der Verjährung verzichtet, noch der Schadenseintritt zum Ausgangspunkt der Verjährung gemacht. Obwohl sich die Problematik von Spätschäden auch in anderen Bereichen stellt, hat sich der Gesetzgeber nicht für eine generelle Verlängerung der Verjährungsfristen in derartigen Fällen entschieden. Damit bleibt es für Asbestschäden bei der zehnjährigen Verjährungsfrist, welche im zu beurteilenden Fall vor der ersten verjährungsunterbrechenden Handlung abgelaufen ist. Insoweit erweist sich die Beschwerde als unbegründet.

2.5 Nicht stichhaltig sind schliesslich die von den Beschwerdeführerinnen erhobenen Rügen, mit denen sie eine Verletzung ihrer Grundrechte (Art. 8 Abs. 2 BV) beziehungsweise der EMRK (Art. 6 und Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 EMRK) geltend machen. Das Bundesgericht hat bereits festgehalten, dass das Institut der Verjährung als solches das in Art. 6 EMRK gewährleistete Recht auf ein faires Verfahren und den freien Zugang zum Gericht nicht verletzt, auch wenn es im Einzelfall dazu führen kann, dass ein Berechtigter seinen Anspruch im Moment, in welchem er

davon Kenntnis erhält, nicht mehr durchsetzen kann (BGE 136 II 187 E. 8.2 S. 201 f.). Diese Problematik besteht für alle Gläubiger, wenn sich erst nach langer Zeit herausstellt, dass eine Vertragsverletzung zu einem Schaden führt. Eine Diskriminierung behinderter Personen liegt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen nicht vor. Die Ungleichbehandlung zwischen Asbestopfern und Personen, deren berufsbedingte Krankheiten noch innerhalb der Verjährungsfrist ausbrechen, erklärt sich mit Blick auf die Interessen des Schuldners, der nicht auf unbestimmte Zeit im Unklaren über seine Leistungspflicht gelassen werden soll. Der Schuldner kann nicht erkennen, ob der Geschädigte keine Klage erhebt, weil noch kein Schaden eingetreten ist, oder weil der Geschädigte anerkennt, dass keine Vertragsverletzung begangen wurde. Es soll dem Schuldner nicht zugemutet werden, die Beweise für die pflichtkonforme Vertragserfüllung beliebig lange aufbewahren zu müssen (BGE 90 II 428 E. 8 S. 438), es sei denn, der Gläubiger gebe rechtzeitig durch Unterbrechung der Verjährung zu erkennen, dass er allfällige Ansprüche in einem späteren Zeitpunkt geltend zu machen gedenkt. Der Gesetzgeber hat eine Abwägung zwischen den Interessen des Gläubigers und denjenigen des Schuldners vorgenommen und die Verjährungsfrist entsprechend festgesetzt. Eine Diskriminierung der Asbestgeschädigten ist nicht gegeben. Worin eine Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BV oder von Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 8 Abs. 1 EMRK liegen sollte, ist nicht ersichtlich.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 18 novembre 2010, Doss.-N° 4A\_453/2010 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre le jugement rendu le 18 juin 2010 par la Cour de justice du canton de Genève)*

**Nature juridique des rapports existant entre un collaborateur et un groupe de sociétés.**

**Compétence *ratione materiae*.** Parce que le droit fédéral n'impose pas aux cantons d'attribuer le contentieux du contrat de travail à une juridiction distincte de celles compétentes dans d'autres domaines, les compétences respectives du Tribunal de première instance genevois et du Tribunal des prud'hommes genevois sont délimitées exclusivement par le droit cantonal (c. 3).

**Contrat de travail et contrat de partenariat.** Dans la mesure où le collaborateur n'était pas disposé à travailler pour le groupe sans bénéficier d'un contrat de partenariat, et que, inversement, le groupe n'était pas disposé à lui reconnaître, selon le contrat de partenariat, la qualité et les prérogatives d'un associé, s'il ne travaillait pas, il est possible de retenir, sans arbitraire, que les deux contrats n'en constituaient en réalité qu'un seul, qui était mixte ou composé. Il n'est par conséquent pas arbitraire non plus d'admettre que le Tribunal des prud'hommes est compétent pour l'ensemble des prétentions en cause, à l'exclusion

**du Tribunal de première instance, alors même que certaines de ces prétentions reposent exclusivement sur le contrat dit de partenariat (c. 4.3).**

Extraits des faits:

Dès 1991, A. a travaillé au service du groupe multinational X., lequel pratique les services fiduciaires et le conseil aux entreprises, en qualité de spécialiste des fusions et acquisitions, d'abord à Montréal, puis à Genève et à San-Francisco, et de nouveau à Genève dès janvier 1999. Le 30 juin 2003, A. a conclu un nouveau contrat de travail avec son employeuse X. SA dont le siège est à Zurich. Il a simultanément conclu un contrat dit de «partenariat» avec la société en commandite actuellement dénommée X. Partner & Co, également à Zurich (ci-après: X. Partner). Celle-ci détient toutes les parts sociales de X. Holding Sàrl, laquelle est l'unique actionnaire de X. SA. A la tête du groupe, X. Partner n'exerce directement aucune activité commerciale et elle a surtout pour but de gérer les relations de ses associés entre eux. Il existe, semble-t-il, trois catégories d'associés. Par le contrat de partenariat, A. acquerrait la qualité et le titre d'associé, et il a effectivement été inscrit, sur le registre du commerce, au nombre des associés indéfiniment responsables. Le contrat réglait son droit de participer à certaines assemblées et de voter sur certains sujets. Il lui imposait de fournir un apport et A. a donc versé, en exécution de cette clause, 131 250 francs. Pour les deux années qui suivraient leur expiration, les deux contrats interdisaient au travailleur et associé d'accepter ou de continuer des mandats avec des clients du groupe. De plus, le contrat de partenariat lui interdisait de débaucher des collaborateurs du groupe. Le contrat de travail ne prévoyait pas de peine conventionnelle en cas d'infraction, mais seulement l'application de «conditions appropriées». Celui de partenariat prévoyait une pénalité dont le montant correspondrait à la dernière rémunération annuelle nette perçue du groupe. Les deux contrats dépendaient l'un de l'autre et comportaient de nombreuses références réciproques, notamment au sujet du calcul de la rémunération. Les contrats prévoyaient l'accomplissement de deux mille cinquante heures de travail par année, sans rétribution des heures supplémentaires. Les perspectives de rémunération, calculées d'après le budget au début de chaque exercice comptable, se sont élevées à 350 000 fr. pour 2004, 400 000 fr. pour 2005, 450 000 fr. pour 2006, 525 000 fr. pour 2007 et 350 000 fr. pour 2008. Par lettre recommandée du 27 juillet 2007, A. a résilié le contrat de travail avec effet au 31 janvier 2008. Il a été libéré de l'obligation de travailler dès le 19 octobre 2007.

Le 4 août 2008, A. a ouvert action contre X. SA devant le Tribunal de prud'hommes du canton de Genève. L'employeuse devait être condamnée à payer les sommes respectivement brute et nette de 814 730 fr. et 19 869 fr. 60 à titre de salaire. L'employeuse a conclu au rejet de l'action

et pris de conclusions reconventionnelles. A. devait être condamné à payer 640 000 fr. avec intérêts, à titre de dommages-intérêts par suite d'une violation de la clause contractuelle lui interdisant, pendant une durée de deux ans, de fournir ses services aux clients du groupe. A. a conclu au rejet de cette prétention reconventionnelle et demandé un délai afin d'appeler en cause X. Partner. Par un jugement du 26 mai 2009, le Tribunal de prud'hommes a prononcé que la demande d'appel en cause était irrecevable.

Dans l'intervalle, le 16 décembre 2008, X. Partner avait elle-même ouvert action contre A. devant le Tribunal de première instance du canton de Genève. Le défendeur devait être condamné à payer 1 031 508 fr., une amplification de la demande étant d'ailleurs réservée, au titre de la peine conventionnelle prévue par le contrat de partenariat. Le défendeur a excipé de l'incompétence à raison de la matière; il soutenait que le Tribunal de prud'hommes était seul compétent. Le tribunal a rejeté l'exception d'incompétence par un jugement sur incident du 15 octobre 2009.

Le défendeur ayant appelé à la Cour de justice, celle-ci a statué le 18 juin 2010. Elle a annulé le jugement, constaté que le Tribunal de première instance n'était pas compétent à raison de la matière, et prononcé que la demande était irrecevable.

Agissant par la voie du recours en matière civile, la demanderesse requiert le Tribunal fédéral d'annuler l'arrêt de la Cour de justice et de prononcer que le Tribunal de première instance est compétent pour connaître de la demande.

Extraits des considérants:

2.

A teneur de l'art. 22 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (OJ gen.), le Tribunal de première instance connaît en premier ou dernier ressort, selon la valeur litigieuse, de toutes les contestations en matière civile et commerciale, mobilière et immobilière. Sa compétence est toutefois exclue dans les causes qui ressortissent au Tribunal de prud'hommes, selon la loi sur la juridiction des prud'hommes du 25 février 1999 (LJP gen.); il s'agit surtout, selon l'art. 1<sup>er</sup> al. 1 let. a LJP gen., des contestations entre employeurs et salariés pour tout ce qui concerne leurs rapports découlant d'un contrat de travail, au sens du titre dixième du code des obligations.

Selon la décision attaquée qui fait référence à diverses contributions doctrinales, ces règles de compétences doivent être appliquées d'après la nature du droit invoqué, déterminée à partir des conclusions et des motifs de la demande, indépendamment de la qualification juridique avancée par la partie demanderesse. Lorsque celle-ci élève une prétention unique reposant sur des fondements juridiques distincts, et que ceux-ci, considérés séparément, relèveraient de juridictions différentes, la compétence est dé-

terminée d'après le caractère prédominant du litige. En cas de conflit de compétence entre la juridiction ordinaire et une juridiction spéciale, telles que, respectivement, le Tribunal de première instance et le Tribunal de prud'hommes, celle-là est compétente si le litige ne comporte aucun caractère prédominant ou qu'il subsiste des doutes à ce sujet. S'il faut élucider la véritable nature juridique des rapports existant entre un collaborateur et un groupe de sociétés, celui-ci ne peut pas invoquer l'indépendance formelle des personnes morales qui le composent et la société employeuse doit être déterminée d'après le principe de l'interdiction de l'abus de droit.

La demanderesse ne met pas en doute que ces critères soient conformes aux dispositions légales précitées, ni qu'ils soient pertinents dans la présente affaire; en revanche, elle reproche à la Cour de justice de les avoir appliqués d'une manière inconciliable avec les art. 18 CO ou 9 Cst.

3.

L'art. 18 CO régit l'interprétation des déclarations et manifestations de volonté réciproques des cocontractants (cf. ATF 135 III 410 consid. 3.2 p. 412; 133 III 675 consid. 3.3 p. 681). La demanderesse s'y réfère pour soutenir que la Cour de justice n'a pas élucidé correctement l'objet des contrats conclus le 30 juin 2003. Il est vrai que l'application de l'art. 1<sup>er</sup> al. 1 let. a LJP gen. nécessite de qualifier la relation contractuelle des parties sur la base des règles de droit civil fédéral relatives au contrat de travail. Néanmoins, parce que le droit fédéral n'impose pas aux cantons d'attribuer le contentieux du contrat de travail à une juridiction distincte de celles compétentes dans d'autres domaines, les compétences respectives du Tribunal de première instance et du Tribunal de prud'hommes sont délimitées exclusivement par le droit cantonal, alors même que celui-ci incorpore une définition appartenant au droit fédéral; en conséquence, une décision relative à la compétence, telle que celle présentement litigieuse, ne peut pas contrevenir à ce droit-ci (ATF 128 III 76 consid. 1a p. 80; 125 III 461 consid. 2 p. 463; 115 II 237 consid. 1c p. 241); en particulier, elle ne peut pas non plus contrevenir à l'art. 18 CO.

4.

La demanderesse invoque l'art. 9 Cst. pour se plaindre d'une constatation arbitraire des faits déterminants et d'une appréciation arbitraire des faits constatés.

4.1 Une décision est arbitraire, donc contraire à cette disposition constitutionnelle, lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou contredit d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Le Tribunal fédéral ne s'écarter de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que si sa décision apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs ou en violation d'un droit certain. En outre, il ne suffit pas que les motifs de la décision soient insoutenables; il faut encore que celle-ci soit arbitraire dans son résultat. Il ne suffit d'ailleurs pas non plus qu'une solution différente de celle retenue par

l'autorité cantonale puisse être tenue pour également concevable ou apparaisse même préférable (ATF 135 V 2 consid. 1.3 p. 4/5; 134 I 140 consid. 5.4 p. 148; 133 I 149 consid. 3.1 p. 153).

En matière d'appréciation des preuves et de constatation des faits, l'autorité tombe dans l'arbitraire lorsqu'elle ne prend pas en considération, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, sur la base des éléments recueillis, elle parvient à des constatations insoutenables (ATF 129 I 8 consid. 2.1; voir aussi ATF 134 V 53 consid. 4.3 p. 62).

4.2 La demanderesse isole divers passages de la décision attaquée et, sur chacun de ces points, elle entreprend de développer sa propre opinion pour l'opposer à celle de la Cour de justice. Ainsi, elle conteste que les rapports du défendeur avec elle-même, d'une part, et avec X. SA, d'autre part, soient difficiles à démêler; elle conteste aussi que le défendeur soit demeuré, à l'égard du groupe et après la conclusion du contrat de partenariat, dans un rapport de subordination caractéristique du contrat de travail. Cette discussion est inapte à mettre en évidence une erreur certaine dans la décision attaquée, de sorte que le Tribunal fédéral n'entre pas en matière; en effet, selon la jurisprudence relative aux recours formés pour violation de droits constitutionnels (art. 106 al. 2 ou 116 LTF), celui qui se plaint d'arbitraire doit indiquer de façon précise en quoi la décision qu'il attaque est entachée d'un vice grave et indiscutable, et, à défaut, le grief est irrecevable (ATF 133 II 249 consid. 1.4.3 p. 254; 133 II 396 consid. 3.2 p. 400).

4.3 Pour le surplus, les critiques que la demanderesse développe en rapport avec l'art. 18 CO ne sont pas non plus concluantes au regard de l'art. 9 Cst. D'après la teneur des documents contractuels, telle que rapportée dans la décision attaquée, la Cour de justice peut retenir sans arbitraire que le défendeur n'était pas disposé à travailler pour le groupe X. sans bénéficier du contrat de partenariat, et que, inversement, ce groupe n'était pas disposé à lui reconnaître, selon le contrat de partenariat, la qualité et les prérogatives d'un associé s'il ne travaillait pas. La Cour peut donc aussi retenir, sans plus d'arbitraire, au regard de ces volontés manifestées par les parties, que les deux contrats n'en constituaient en réalité qu'un seul, qui était mixte ou composé (cf. ATF 131 III 528 consid. 7.1.1 p. 531).

La demanderesse affirme que dans cette relation juridique complexe, le contrat de partenariat doit être jugé prépondérant par rapport au contrat de travail. Toutefois, elle n'a pas contesté la compétence du Tribunal de prud'hommes pour statuer sur la rémunération encore réclamée par le défendeur, et, au contraire, elle a même élevé devant ce tribunal, par une demande reconventionnelle, ses propres prétentions en dommages-intérêts consécutives à l'activité professionnelle exercée par le défendeur après que celui-ci eut quitté le groupe. Elle a donc implicitement admis que les conséquences juridiques de ladite activité relèvent du contrat de travail. Les prétentions tendant au paiement d'une peine conventionnelle sont fon-

dées sur les mêmes faits et elles sont donc connexes. Dans ces conditions, il n'est pas arbitraire d'admettre, comme le fait la Cour de justice, que le Tribunal de prud'hommes est compétent pour l'ensemble des prétentions en cause, à l'exclusion du Tribunal de première instance, alors même que certaines de ces prétentions reposent exclusivement sur le contrat dit de partenariat. Il appartiendra au Tribunal de prud'hommes, dans l'hypothèse où il serait saisi d'une demande additionnelle tendant au paiement de la peine conventionnelle, de rechercher quelle règle ou quel principe juridique doit être appliqué à quelle prétention, conformément à la jurisprudence précitée.

*Bundesgericht, Urteil vom 22. November 2010, Doss.-Nr. 4A\_461/2010 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Bern vom 8. Juni 2010), in: BGE 137 III 32*

**Art. 24 Abs. 1 GestG; arbeitsrechtliche Klagen; doppelrelevante Tatsachen.**

**Begriff der arbeitsrechtlichen Klagen (E. 2.1).**

**Doppelrelevante Tatsachen (E. 2.3); Massgeblichkeit des klägerischen Tatsachenvortrags für den Zuständigkeitsentscheid (E. 2.4).**

Aus den Erwägungen:

2.

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, sie habe Art. 24 Abs. 1 GestG verletzt, indem sie das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien zu Unrecht als Handelsreisenden- und nicht als Agenturvertrag qualifiziert habe. Da zwischen den Parteien lediglich ein Agenturvertrag bestehe, könne der Gerichtsstand von Art. 24 Abs. 1 GestG nicht zur Anwendung kommen.

2.1 Gemäss Art. 24 Abs. 1 GestG (AS 2000 2360) ist für arbeitsrechtliche Klagen das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Ort, an dem der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin gewöhnlich die Arbeit verrichtet, zuständig. Der Begriff der arbeitsrechtlichen Klagen («actions fondées sur le droit du travail»; «azioni in materia di diritto del lavoro») ist dabei weit zu verstehen. Darunter fallen sämtliche Klagen über Ansprüche, die auf Regeln gründen, welche auf Arbeitsverträge anwendbar sind (Urteil 4P.18/1999 vom 22. März 1999 E. 2c, in: Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts [JAR] 2000 S. 390; MARIANNE HRISTIC, Zwingende und teilzwingende Gerichtsstände des Gerichtsstandsgesetzes, 2002, S. 119; BALZ GROSS, in: Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Müller/Wirth [Hrsg.], 2001, N. 29 zu Art. 24 GestG). Dazu gehören namentlich Klagen über Ansprüche aus Einzelarbeitsvertrag gemäss den Art. 319 ff. OR sowie aus

Lehr-, Handelsreisenden- oder Heimarbeitsvertrag gemäss den Art. 344 ff. OR (GROSS, a.a.O., N. 31, 35 zu Art. 24 GestG; FRIDOLIN WALTHER, in: Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Kellerhals und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2005, N. 6 zu Art. 24 GestG; YVES DONZALLAZ, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, 2001, N. 6 zu Art. 24 GestG; NOËLLE KAISER JOB, in: Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen [GestG], Kommentar zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, Spühler und andere [Hrsg.], 2001, N. 8 zu Art. 24 GestG). Weiter gehören dazu auch Klagen, die sich auf spezialgesetzliche Normen stützen, welche das einzelarbeitsvertragliche Rechtsverhältnis regeln und den Parteien zivilprozessual durchsetzbare Ansprüche geben, z.B. aus Gleichstellungsgesetz (SR 151) oder Mitwirkungsgesetz (SR 822.14) (GROSS, a.a.O., N. 31 zu Art. 24 GestG; Botschaft zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, BBl 1999 2829, 2862).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu aArt. 343 Abs. 1 OR, der Vorgängernorm von Art. 24 Abs. 1 GestG (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 2862), liegt eine arbeitsrechtliche Streitigkeit bzw. Klage sodann bereits vor, wenn umstritten ist, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsvertrag besteht (Urteil 4P.18/1999 vom 22. März 1999 E. 2c, in: JAR 2000 S. 390; SPÜHLER/VOCK, Gerichtsstandsgesetz, 2000, N. 1 zu Art. 24 GestG).

2.2 Nach einem allgemeinen prozessualen Grundsatz ist bei der Beurteilung der Zuständigkeit primär auf den vom Kläger eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen. Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts hängt von der gestellten Frage ab, nicht von deren Beantwortung, die im Rahmen der materiellen Prüfung zu erfolgen hat (Urteil 4P.18/1999 vom 22. März 1999 E. 2c, in: JAR 2000 S. 390). In Bezug auf die rechtliche Würdigung der klägerischen Vorbringen ist das Gericht aber nicht an die Auffassung des Klägers gebunden (Urteil 4P.104/2006 vom 25. September 2006 E. 2.3): Hängt die Zuständigkeit – wie hier – davon ab, ob Ansprüche aus Arbeits- bzw. Handelsreisendenvertrag geltend gemacht werden, sind die klägerischen Tatsachenbehauptungen im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung von Amtes wegen daraufhin zu überprüfen, ob sich aus ihnen auf das Bestehen eines solchen Vertrages schliessen lässt. Erscheint eine derartige rechtliche Qualifikation als ausgeschlossen, ist auf die Klage nicht einzutreten.

2.3 Die vom Kläger behaupteten Tatsachen, die sowohl für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch die Begründetheit der Klage erheblich sind (sog. doppelrelevante Tatsachen), sind für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen. Sie werden erst im Moment der materiellen Prüfung des eingeklagten Anspruchs untersucht; diesbezügliche Einwände der Gegenpartei sind im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung unbeachtlich (BGE 136 III 486; BGE 134 III 27 E. 6.2.1 S. 34; BGE 133 III 295 E. 6.2 S. 298 f.; BGE 122 III 249 E. 3b/bb S. 252). Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass der klägerische Tatsachenvortrag auf Anhieb

fadenscheinig oder inkohärent erscheint und durch die Klageantwort sowie die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden kann (BGE 136 III 486).

Über Tatsachen, die nur für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, nicht aber für die materielle Begründetheit des eingeklagten Anspruchs notwendig sind (sog. zuständigkeitsbegründende oder einfachrelevante Tatsache), ist hingegen Beweis zu führen, wenn deren Vorhandensein von der Gegenpartei bestritten wird (BGE 122 III 249 E. 3b/cc S. 252; Urteil 4C.73/2000 vom 22. Juni 2000 E. 2b).

Im Tatbestand des Art. 24 Abs. 1 GestG sind die Tatsachen von doppelter Relevanz, welche auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses schliessen lassen. Einfachrelevant sind die örtlichen Faktoren, d.h. der Wohnsitz oder Sitz des Beklagten und der Ort der gewöhnlichen Arbeitsverrichtung (ANDRÉ BLOCH, Die Prüfung der örtlichen Zuständigkeit von Amtes wegen und die Folgen bei örtlicher Unzuständigkeit gemäss Art. 34 GestG, 2003, S. 93).

2.4 Gemäss dem vorinstanzlich festgestellten Prozesssachverhalt behauptet der Beschwerdegegner, dass zwischen ihm und der Beschwerdeführerin ein Handelsreisendenvertrag gemäss den Art. 347 ff. OR abgeschlossen worden sei. Die geltend gemachten Forderungen stützt er auf zwingende Bestimmungen des Arbeitsrechts. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, hängt die Begründetheit der Klage somit davon ab, ob der umstrittene Vertrag als Arbeits- bzw. Handelsreisendenvertrag zu qualifizieren ist.

Der Vorinstanz kann dagegen nicht gefolgt werden, soweit sie annimmt, die Zuständigkeit gemäss Art. 24 Abs. 1 GestG sei nur dann gegeben, wenn tatsächlich erwiesen ist, dass zwischen den Parteien ein Arbeits- bzw. Handelsreisendenvertrag vorliegt.

2.4.1 Die Vorinstanz hat verkannt, dass die Tatsachen, aus denen sich das Bestehen eines Handelsreisendenvertrags ergibt, doppelrelevant sind. Anstatt Beweise zu erheben und zu würdigen, um gestützt darauf festzustellen, ob der Vertrag zwischen den Parteien tatsächlich als Handelsreisendenvertrag zu qualifizieren ist, hätte die Vorinstanz für die Prüfung der Zuständigkeit ausschliesslich auf den Tatsachenvortrag des Klägers abstellen müssen. Sie hätte beurteilen müssen, ob die klägerischen Behauptungen – sollten sie erwiesen sein – auf das Bestehen eines Handelsreisendenvertrags schliessen lassen. Bei doppelrelevanten Tatsachen ist der tatsächlich bewiesene Sachverhalt für den Entscheid über die materielle Begründetheit der Klage, nicht aber für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts erheblich. Dementsprechend zielen auch die Rügen der Beschwerdeführerin ins Leere, soweit sie sich gegen die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz richten und die Vertragsqualifikation in Frage stellen, welche die Vorinstanz gestützt auf den beweismässig erhobenen Sachverhalt getroffen hat.

2.4.2 Die Beschwerdeführerin macht zu Recht nicht geltend, dass sich der umstrittene Vertrag nach den Vorbringen des Klägers nicht als Handelsreisendenvertrag qualifizieren lasse. Der Beschwerdegegner behauptete vor der Vorinstanz, er sei in seiner Tätigkeit weisungsabhängig und rapportierungspflichtig gewesen, habe regelmässig an obligatorischen Schulungen teilnehmen müssen und sei einem strengen Konkurrenzverbot unterstanden. Schliesslich sei er von der Beschwerdeführerin wirtschaftlich abhängig gewesen, da es ihm nicht möglich gewesen sei, ausserhalb der 8 bis 10 Kundenbesuche pro Woche einer anderen Tätigkeit nachzugehen. Dies sind Elemente, die gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung durchaus auf das für einen Handelsreisendenvertrag typische Subordinationsverhältnis schliessen lassen (vgl. BGE 129 III 664 E. 3.2 S. 667 f.). Die Abgrenzung zum Agenturvertrag mag zwar praktisch schwierig sein (vgl. etwa Urteil 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007 E. 4), wird aber erst im Rahmen der materiellen Prüfung der Klage eingehend zu untersuchen sein. Für die Bejahung der Zuständigkeit ist einstweilen genügend, dass sich aus den Vorbringen des Klägers/Beschwerdegegners plausibel auf das Bestehen eines Handelsreisendenvertrags schliessen lässt.

2.5 Die Klage des Beschwerdegegners ist demnach als «arbeitsrechtliche» i.S. des Art. 24 Abs. 1 GestG zu qualifizieren. Danach besteht ein Gerichtsstand am Ort, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich die Arbeit verrichtet. Dass der Beschwerdegegner seine Arbeit gewöhnlich an seinem Wohnsitz verrichtet hat, stellt die Beschwerdeführerin nicht in Frage. Es ist daher davon auszugehen, dass der gewöhnliche Arbeitsort des Beschwerdegegners an dessen Wohnsitz liegt. Das Gericht am Wohnsitz des Beschwerdegegners (Gerichtskreis IX Schwarzenburg-Seftigen) ist folglich zur Beurteilung der Klage örtlich zuständig. Eine allfällige Gerichtsstandsvereinbarung steht dem nicht entgegen, da der Beschwerdegegner als arbeitnehmende Partei gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. d GestG darauf nicht zum Voraus verzichten kann.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 22 novembre 2010, Doss.-N° 4A\_523/2010 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg du 24 juin 2010)*

**Indemnisation du service de piquet et des jours de «congé sur appel».**  
**Interprétation de l'art. 9 al. 1 LTr.** Le «personnel technique et les autres employés» comprennent les salariés chargés pour l'essentiel de tâches dites cérébrales dans les bureaux ou à des postes de travail similaires, par exemple des guichets, des ateliers d'essai, des laboratoires ou des centres de développement de programmes informatiques. Quant aux «autres travailleurs», ils sont constitués par les salariés dont la tâche se compose principalement d'activités manuelles, telles

que l'artisanat, le travail auxiliaire d'ordre manuel et la vente dans des entreprises n'entrant pas dans la catégorie des entreprises industrielles (c. 4.1).

**Art. 14 et 15 OLT1.** Lorsque le travailleur de piquet n'est pas tenu de rester dans l'entreprise, mais doit être prêt à intervenir en cas de nécessité, seul le temps d'intervention compte comme temps de travail et doit être rémunéré et/ou compensé. Le temps d'attente doit aussi être rémunéré lorsque le service de piquet a pour conséquence d'entraver le travailleur dans la jouissance de son temps libre, ce qui sera notamment le cas s'il doit se tenir prêt à intervenir à bref délai. L'indemnité pour le service de piquet peut être inférieure au taux de salaire de base et le contrat individuel de travail peut prévoir que ladite indemnité est intégrée dans le taux de salaire pour l'activité principale (c. 5.1). La disponibilité offerte par l'employé dans le cadre d'un système de jours de «congé sur appel» ne doit pas être obligatoirement rémunérée par l'employeur lorsque le système présente une faible contrainte pour l'employé (c. 6).

Extraits des faits:

Par contrat du 23 septembre 2003, la société Y. (ci-après: l'employeuse) a engagé X. (ci-après: l'employé) comme agent de sécurité à plein temps à compter du 6 octobre 2003; le 1<sup>er</sup> septembre 2004, les parties ont conclu un deuxième contrat, aux termes duquel l'employé a été engagé en qualité d'agent de sécurité/responsable de service; un troisième contrat de travail a été conclu le 11 avril 2005. Le 24 juin 2005, l'employeuse a licencié l'employé pour le 31 août 2005, échéance reportée au 30 novembre 2005 en raison d'une période de service militaire.

Le 25 janvier 2006, l'employé a ouvert une action tendant au paiement, par l'employeuse, d'une somme s'élevant en dernier lieu à 124 764 fr. 25, soit notamment 4761 fr. 25 à titre de rémunération du travail supplémentaire, 4638 fr. 50 à titre de rémunération des jours de congé sur appel, 92 583 fr. 90 à titre de rémunération des jours de piquet et 5780 fr. 60 à titre de rémunération des vacances non prises. Par jugement du 11 décembre 2009, le Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine a condamné l'employeuse à verser à l'employé 6242 fr. 25 à titre de rémunération des vacances non prises. Par arrêt du 24 juin 2010, la Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg a rejeté le recours de l'employé.

L'employé (le recourant) interjette un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

Extraits des considérants:

4.

Le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir retenu que la durée maximale de la semaine de travail applicable au cas d'espèce s'élevait à 50 heures et, partant, de ne pas lui avoir alloué ses prétentions en rémunération du travail supplémentaire, raisonnement qui reposerait sur une constatation manifestement inexacte de faits pertinents et conduirait à une violation du droit fédéral.

4.1 Aux termes de l'art. 9 al. 1 de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr; RS 822.11), la durée maximale de la semaine de travail est de 45 heures pour les travailleurs occupés dans les entreprises industrielles ainsi que pour le personnel de bureau, le personnel technique et les autres employés, y compris le personnel de vente des grandes entreprises de commerce de détail (let. a) et de 50 heures pour tous les autres travailleurs (let. b).

Le «personnel technique et les autres employés» comprennent les salariés chargés pour l'essentiel de tâches dites cérébrales dans les bureaux ou à des postes de travail similaires, par exemple des guichets, des ateliers d'essais, des laboratoires ou des centres de développement de programmes informatiques. Les «autres travailleurs» regroupent les salariés dont la tâche se compose principalement d'activités manuelles, telles que l'artisanat, le travail auxiliaire d'ordre manuel et la vente dans des entreprises n'entrant pas dans la catégorie des entreprises industrielles (arrêt 4C.310/2002 du 14 février 2003 consid. 5.5, in *Revue de droit du travail et d'assurance-chômage* [DTA] 2003 p. 96).

4.2 Se référant aux trois contrats successifs et aux déclarations du recourant, la cour cantonale a considéré que l'activité de celui-ci consistait essentiellement en de la surveillance, que le volet «responsable de service» de son activité correspondait à la planification des horaires de l'équipe et que le recourant exerçait donc pour l'essentiel une activité de terrain; au demeurant, le recourant, dont le chef de conclusions portait sur les années 2003 et 2004, n'avait été promu responsable de service que le 1<sup>er</sup> septembre 2004; le Tribunal avait par conséquent retenu à juste titre que la durée maximale de la semaine de travail était de 50 heures et l'horaire moyen allégué par le recourant étant inférieur à cette durée, il n'y avait pas lieu à rémunération.

4.3 Le recourant soutient qu'il ressortirait du dossier qu'il accomplissait la majeure partie de son temps des tâches administratives; il se limite toutefois à invoquer les déclarations d'un seul témoin – dont l'intimée souligne d'ailleurs qu'il les a citées de manière incomplète – qu'il estime utiles à sa thèse et à affirmer que les juges cantonaux seraient tombés dans l'arbitraire en minimisant l'importance de l'aspect administratif de son activité; purement appellatoire, ce procédé est inapte à démontrer l'arbi-

traire. Au demeurant, le recourant ne discute pas l'argumentation subsidiaire de la cour cantonale relative au fait que ses prétentions portaient sur 2003 et 2004 alors qu'il n'avait obtenu son poste de responsable qu'en septembre 2004. Enfin, strictement fondé sur la prémisse erronée selon laquelle le recourant aurait accompli la majeure partie de son temps des tâches de type intellectuel, le grief de violation du droit fédéral est dénué d'objet.

5.

Le recourant plaide ensuite que la partie de la décision attaquée qui concerne la question de l'indemnisation du service de piquet reposerait sur une constatation manifestement inexacte des faits pertinents et conduirait à une violation du droit fédéral ainsi que du droit d'être entendu.

5.1 Aux termes de l'art. 14 al. 1 de l'ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 1; RS 822.111), est réputé service de piquet le 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; l'art. 15 al. 2 OLT 1 dispose que le temps consacré à un service de piquet effectué en dehors de l'entreprise compte comme durée du travail dans la mesure de l'activité effectivement déployée pour l'employeur.

Ainsi, lorsque le travailleur de piquet n'est pas tenu de rester dans l'entreprise, mais doit être prêt à intervenir en cas de nécessité, seul le temps d'intervention compte comme temps de travail et doit être rémunéré et/ou compensé. Le temps d'attente doit aussi être rémunéré lorsque le service de piquet a pour conséquence d'entraver le travailleur dans la jouissance de son temps libre, ce qui sera notamment le cas s'il doit se tenir prêt à intervenir à bref délai (CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, 2009, n° 2 ad art. 329 CO, p. 349).

L'indemnité pour le service de piquet peut être inférieure au taux de salaire de base et le contrat individuel de travail peut prévoir que ladite indemnité est intégrée dans le taux de salaire pour l'activité principale (cf. ATF 124 III 249 consid. 3b et 3c).

5.2 Sur ce point, la cour cantonale a en substance jugé que les trois contrats mentionnaient le service de piquet dans le cahier des charges du recourant et que la rémunération contractuelle le couvrait aussi. En cas d'intervention durant ce service, les agents de sécurité devaient être sur place dans les 15 à 30 minutes; si le service de piquet était en apparence astreignant, le dossier montrait une réalité tout à fait différente; de l'avis unanime des employés de l'intimée ayant témoigné, il était peu astreignant du fait de la rareté des interventions et de la possibilité pour les agents de se remplacer mutuellement; pendant toute l'activité du recourant, seules 6 interventions étaient établies; dans ces conditions, un salaire mensuel de 4000 fr., respectivement 4250 fr., englobant le service de piquet ne pouvait être qualifié de contraire aux mœurs et, partant, frappé de nullité; au de-

meurant, le recourant, bien qu'il se soit plaint du montant de la rémunération auprès de l'intimée, avait signé un deuxième contrat en 2004 puis un troisième en 2005 et il n'y avait pas eu de discussion en relation avec le salaire ou l'indemnité lorsque le contrat avait été modifié au 1<sup>er</sup> janvier 2005; par sa signature, il avait accepté les conditions salariales proposées par l'intimée. Le Tribunal avait encore relevé à juste titre que selon les calculs du recourant, l'intimée devrait lui verser à titre d'indemnité pour le service de piquet pour la seule année 2004 une somme supérieure au salaire mensuel convenu, ce qui équivaldrait au total à un salaire mensuel de plus de 9000 fr., position qui n'était pas réaliste.

5.3 Le recourant est d'avis que la cour cantonale aurait arbitrairement retenu que le service de piquet était peu astreignant; il lui reproche d'avoir perdu de vue que ledit service impliquait une disponibilité extrêmement importante, en ce sens qu'il requérait une intervention dans les 15 minutes, une permanence 24h/24h et un service une semaine sur deux, voire deux semaines sur trois; il soutient encore que la rareté des interventions ne changerait rien au fait que les agents ne disposaient que d'une marge de liberté très restreinte pendant leur service de piquet et que le système de remplacement ne libérait pas le bénéficiaire de l'obligation d'effectuer son service. Là encore, le recourant ne fait qu'exposer sa propre version des choses et tenter de la faire prévaloir sur celle des juges cantonaux, sans discuter les motifs de la décision attaquée et, partant, sans démontrer en quoi consisterait l'arbitraire.

Le recourant soutient ensuite que les juges cantonaux auraient violé le droit fédéral en admettant la validité du prétendu accord salarial au sujet de la rémunération du service de piquet. Il fonde toutefois à nouveau son argumentation sur une prémisse erronée selon laquelle le service de piquet aurait été très astreignant, en se focalisant en particulier sur le court laps de temps pour intervenir, qui n'est qu'un des éléments pris en considération dans le cadre de l'appréciation du cas, mais ne discute pas les autres motifs exposés par les précédents juges. L'on ne voit pas en quoi le droit fédéral aurait été violé.

Enfin, le recourant se prévaut d'une violation de son droit d'être entendu, en ce sens que la cour cantonale ne se serait pas prononcée sur les références jurisprudentielles et doctrinales qu'il avait invoquées, d'où un défaut de motivation. Il ne saurait toutefois en être question; en effet, si le droit d'être entendu implique l'obligation, pour l'autorité, de motiver sa décision, afin que son destinataire puisse la comprendre et l'attaquer utilement s'il y a lieu, le juge n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties; il suffit qu'il mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 134 I 83 consid. 4.1 p. 88; 133 I 270 consid. 3.1; 133 III 439 consid. 3.3

p. 445); or, en l'espèce, la cour cantonale a suffisamment motivé sa décision et le recourant a précisément été en mesure de la contester.

6.

En dernier lieu, le recourant estime que les développements des juges cantonaux relatifs aux jours de congé sur appel reposeraient derechef sur une constatation arbitraire des faits pertinents et conduiraient à une violation du droit fédéral ainsi que du droit d'être entendu.

6.1 A cet égard, la cour cantonale a fait siens les motifs des premiers juges qui, se fondant sur les déclarations de l'associé de l'intimée, avaient retenu que l'agent en congé n'avait pas à se tenir prêt à intervenir 24 heures sur 24 et que s'il n'était pas appelé tôt le matin, il pouvait disposer de son jour de congé; en outre, le système du «congé sur appel» avait été instauré (aussi) dans l'intérêt des employés, l'idée de l'intimée étant que regrouper les heures de travail pour leur offrir des jours de congé supplémentaires; enfin, le recourant ne s'était vu imposer durant son activité que 11 jours de congé où il devait être disponible pour un remplacement, ce qui n'avait jamais eu lieu; dans ces conditions, la disponibilité offerte durant ces quelques jours n'avait pas à être rémunérée, compte tenu notamment de la faible contrainte qui y était liée.

6.2 Le recourant estime que les juges cantonaux auraient versé dans l'arbitraire en minimisant le caractère contraignant du système des jours de congé sur appel; il expose qu'en cas de problème, les employés pouvaient être prévenus au dernier moment d'un remplacement à effectuer dans les heures qui suivaient et que de ce fait, il était contraint d'être en permanence prêt à travailler, même durant ses congés. La mise en avant de ce seul facteur ne permet toutefois pas de démontrer en quoi la cour cantonale aurait commis arbitraire en considérant, à l'issue de l'appréciation de différents autres éléments, que le système présentait une faible contrainte. Purement appellatoire, le grief n'est pas recevable.

Le recourant soutient en outre que la cour cantonale aurait violé le droit fédéral en considérant que la disponibilité offerte pendant les jours de congé sur appel n'avait à être rémunérée qu'en cas d'intervention effective; dans la mesure où les précédents juges ont nié sans arbitraire la faible contrainte inhérente auxdits jours, une telle violation n'est pas avérée. Enfin, pour les mêmes motifs qu'exposés plus haut, il ne saurait être question de violation du droit d'être entendu.

*Bundesgericht, Urteil vom 2. Dezember 2010, Doss.-Nr. 4A\_449/2010 (teilweise Bestätigung des Entscheids der Chambre des relations collectives de travail du canton de Genève vom 15. Juni 2010), in: BGE 137 III 27*

*Tribunal fédéral, Arrêt du 2 décembre 2010, Doss.-N° 4A\_449/2010 (Admission partielle du recours en matière civile interjeté contre la décision de la Chambre des relations collectives de travail du canton de Genève du 15 juin 2010), in: ATF 137 III 27*

**Massenentlassung; vom Verfahren der obligatorischen Konsultation der Arbeitnehmervertretung betroffene Betriebseinheit (Art. 335d ff. OR). Unternehmen, die weniger als 21 Arbeitnehmer beschäftigen, unterstehen den Regeln betreffend Massenentlassungen nicht. Gehören mehrere Betriebe zu demselben Unternehmen, bestimmt sich für jeden Betrieb gesondert, ob eine Massenentlassung vorliegt; allfällige Ausnahmen? (E. 3.2)**

**Bei einer Gruppe von Gesellschaften ist für jedes Mitglied der Unternehmensgruppe gesondert zu prüfen, ob eine Massenentlassung gegeben ist; die Anzahl oder der Prozentsatz der Kündigungen berechnet sich nicht auf der Grundlage der Unternehmensgruppe. Die für die Anwendung von Art. 335f OR massgebende Definition der Massenentlassung bestimmt sich ausschliesslich nach Bundesrecht (E. 3.3).**

**Licenciement collectif; entité concernée par la procédure de consultation obligatoire (art. 335d ss CO).**

**Les entreprises occupant moins de 21 employés ne sont pas soumises à la réglementation en matière de licenciement collectif. Lorsque plusieurs établissements font partie de la même entreprise, l'existence d'un éventuel licenciement collectif se détermine dans chaque établissement; exceptions éventuelles? (consid. 3.2)**

**En présence d'un groupe de sociétés, il convient d'examiner s'il y a un licenciement collectif dans chaque entreprise membre; le groupe n'est pas la base sur laquelle sera compté le nombre ou la proportion de licenciements. La définition du licenciement collectif déterminante pour l'application de l'art. 335f CO relève exclusivement du droit fédéral (consid. 3.3).**

Faits:

A.

Le groupe G. est constitué des sociétés anonymes A., B., C., D., E. et

F.

En avril 2009, lors d'une réunion à laquelle participaient notamment des représentants du syndicat X., il a été annoncé une réduction du person-

nel touchant 80 collaborateurs chez A. SA et 12 employés chez D. SA. Une procédure de consultation en cas de licenciement collectif a été engagée.

Fin avril 2009, le groupe G. a transmis à l'Office cantonal de l'emploi deux listes comprenant les noms des personnes licenciées, ainsi qu'une synthèse de la procédure de consultation. Selon ce dernier document, 26 personnes, parmi les personnels de A. SA et de D. SA, ont posé des questions ou soumis des propositions pendant la procédure de consultation. Parallèlement, les lettres de congé ont été envoyées aux 92 collaborateurs concernés.

Environ un mois plus tard, le syndicat a été informé qu'une deuxième vague de licenciements, concernant 200 employés du groupe, était envisagée. Une nouvelle procédure de consultation a eu lieu. Le courrier du 4 juin 2009, adressé à tous les collaborateurs du groupe, décomposait ainsi les licenciements prévus:

- A. SA: 113 employés sur 135
- B. SA: 22 employés sur 26
- C. SA: 10 employés sur 27
- D. SA: 19 employés sur 41
- E. SA: 4 employés sur 6
- F. SA: 10 employés sur 15.

En définitive, les licenciements ont touché 152 collaborateurs, et non 200 comme envisagé initialement. Les lettres de congé ont été reçues le 18 juin 2009. Selon le résultat de la procédure de consultation remis aux employés licenciés, cinq propositions ont été adressées aux entreprises du groupe; elles portaient soit sur l'instauration du chômage partiel, soit sur une réduction du temps de travail.

B.

Par acte du 6 juillet 2009, le syndicat X. a assigné toutes les sociétés du groupe G. devant la Chambre des relations collectives de travail du canton de Genève. L'action tendait à faire constater que les défenderesses n'avaient pas respecté la procédure de consultation prévue par l'art. 335f CO lors des licenciements collectifs signifiés en avril et juin 2009.

Par décision du 15 juin 2010, l'autorité cantonale a admis partiellement la requête et constaté que les sociétés défenderesses n'avaient pas respecté toutes les exigences de l'art. 335f CO.

C.

A. SA, B. SA, C. SA, D. SA, E. SA et F. SA (les recourantes) ont interjeté un recours en matière civile. Elle demandaient principalement que l'action en constatation de droit déposée par le syndicat X. soit déclarée irrecevable. A titre subsidiaire, elles concluaient au rejet de l'action en constatation de droit. Plus subsidiairement, elles demandaient que l'action fût rejetée en tant qu'elle était dirigée contre E. SA et F. SA.

Le syndicat X. (l'intimé) a proposé le rejet du recours dans la mesure où il était recevable.

Le Tribunal fédéral a admis le recours en tant qu'il était formé par E. SA et F. SA.

Extraits des considérants:

3.

3.1 Selon les recourantes, la cour cantonale a violé le principe de la légalité (art. 5 Cst.) et versé dans l'arbitraire (art. 9 Cst.) en jugeant que les licenciements signifiés par E. SA et F. SA étaient des licenciements collectifs. Elles contestent en particulier l'application de la législation genevoise pour définir la notion de licenciement collectif et font valoir que les deux sociétés susmentionnées ne remplissent pas l'une des conditions posées par l'art. 335d CO, ce que la Chambre des relations collectives de travail a du reste admis.

3.2 Fondée sur l'art. 15 al. 2 de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (loi sur la participation; RS 822.14), l'action introduite par l'intimé tend à faire constater la violation de l'art. 335f CO par les recourantes. Les droits de participation invoqués par l'intimé sont ceux précisés à l'art. 10 let. c de la loi sur la participation, soit les droits accordés lors de licenciements collectifs au sens des art. 335d à 335g CO. L'art. 335d CO définit le licenciement collectif comme les congés donnés dans une entreprise par l'employeur dans un délai de 30 jours pour des motifs non inhérents à la personne du travailleur et dont le nombre doit atteindre un minimum ou un pourcentage minimal; selon le ch. 1 de cette disposition, le nombre de licenciements doit être au moins égal à 10 dans les établissements employant habituellement plus de 20 et moins de 100 travailleurs. Selon la doctrine majoritaire, les art. 335d ss CO ne s'appliquent qu'aux entreprises occupant plus de 20 collaborateurs (DUC/SUBILIA, *Droit du travail – Eléments de droit suisse*, 2010, n° 3 ad art. 335d CO p. 532; RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd. 2008, p. 469; STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6<sup>e</sup> éd. 2006, n° 7 ad art. 335d CO p. 635; ROLAND A. MÜLLER, *Die Arbeitnehmervertretung*, 1999, p. 287; contra: BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 3<sup>e</sup> éd. 2004, p. 241). Ces derniers auteurs font remarquer que la loi ne dit rien des entreprises occupant moins de 21 travailleurs. Rien n'autorise toutefois à penser qu'il ne s'agit pas là d'un silence qualifié. Il faut rappeler à cet égard que la réglementation relative aux licenciements collectifs a été introduite afin de rapprocher le droit suisse de l'acquis communautaire, dont la Directive 75/129/CEE du 17 février 1975 (JO L 48 du 17 février 1975 p. 29). Cette directive prévoyait, comme critère objectif permettant de définir le licenciement collectif, qu'un nombre minimum de congés fussent donnés pendant une période déterminée. Les États membres avaient le choix entre deux options. La première correspond à l'art. 335d CO adopté par le législateur suisse; elle contient un critère relatif. Selon la seconde possibilité, il y a licenciement collectif lorsque,

indépendamment du nombre de travailleurs habituellement employés dans l'établissement concerné, au moins 20 congés sont signifiés dans une période de 90 jours; le critère retenu est donc absolu (cf. Message I du 27 mai 1992 sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE, FF 1992 V 398 ch. 4.1). La seconde option suppose nécessairement que les licenciements interviennent dans une entreprise occupant au moins 20 personnes. Le Conseil fédéral avait proposé cette variante-là (FF 1992 V 402 ch. 4.3.2), mais c'est finalement la première option qui a été adoptée. Il n'apparaît pas que cette divergence soit liée à une volonté de réduire la taille minimale de l'entreprise affectée par le licenciement collectif. Du reste, il n'est pas non plus établi qu'en offrant une alternative, la directive européenne entendait faire une distinction à propos de la dimension de l'entreprise soumise à la procédure applicable en matière de licenciement collectif. Il s'ensuit que la volonté du législateur était bien de ne pas soumettre aux art. 335d ss CO les entreprises de moins de 21 personnes.

Quant à l'entité susceptible d'être concernée par un licenciement collectif, il s'agit, selon les termes de l'art. 335d ch. 1 à 3 CO, de l'établissement (*Betrieb*). Selon la doctrine, il faut entendre par là une structure organisée, dotée en personnel, en moyens matériels et immatériels qui permettent d'accomplir les objectifs de travail (WYLER, op.cit., p. 471; STREIFF/VON KAENEL, op.cit., n° 8 ad art. 335d CO p. 635; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 3<sup>e</sup> éd. 1996, n° 3 ad art. 335d CO). Lorsqu'un employeur possède plusieurs établissements qui font partie de la même entreprise, l'existence d'un éventuel licenciement collectif se détermine dans chaque établissement, et non pas au niveau de l'entreprise (WYLER, op.cit., p. 471; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op.cit., p. 241; STAEHELIN, op.cit., n° 3 ad art. 335d CO; FF 1992 V 403 ch. 4.3.2). Certains auteurs voudraient déroger à cette règle lorsque les établissements sont proches au point de constituer un seul lieu d'exploitation (GABRIEL AUBERT, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. I, 2003, n° 9 ad art. 335d CO; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op.cit., p. 241).

3.3 En l'espèce, les recourantes E. SA et F. SA comptaient 6, respectivement 15 employés au moment des licenciements. La cour cantonale a constaté que ni l'une ni l'autre de ces sociétés ne remplissaient l'une des conditions de l'art. 335d CO, soit un effectif d'au moins 21 travailleurs. Elle a jugé néanmoins qu'il y avait bien licenciement collectif également dans ces deux sociétés, d'une part, parce que la seconde vague de licenciements avait touché, dans les six sociétés recourantes, 152 employés sur 428 et, d'autre part, parce que, même si on considérait les sociétés séparément, les congés donnés correspondaient à un différend collectif au sens de l'art. 2 du règlement d'application du 7 juillet 1999 de la loi genevoise concernant la Chambre des relations collectives de travail (RCRCT; RSG J 1 15.01).

Les recourantes forment le groupe G., mais chacune d'elles est organisée sous forme de société anonyme et est l'employeur de ses propres

collaborateurs. Même si l'on voulait prendre en compte la proximité géographique entre ces sociétés, elles ne sont pas pour autant les établissements d'une même entreprise, mais constituent chacune une entreprise. Dans ces conditions, il n'est pas possible de prendre le groupe comme base sur laquelle sera compté le nombre ou la proportion de licenciements. Chaque entité juridique doit être considérée pour elle-même. Le raisonnement de la cour cantonale sur ce point n'est pas conforme au droit fédéral.

Il reste à examiner si la Chambre des relations collectives de travail pouvait admettre qu'il y avait eu tout de même licenciement collectif chez les recourantes E. SA et F. SA en se fondant sur une notion de droit cantonal.

Les art. 335d ss CO, entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1994 en même temps que la loi sur la participation, ne laissent pas de compétences aux cantons pour définir le licenciement collectif déterminant pour l'application de l'art. 335f CO (cf. GABRIEL AUBERT, Licenciements collectifs et transferts d'entreprises, in *Journée 1994 de droit du travail et de la sécurité sociale*, 1995, p. 91 s.). En vertu de la primauté du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst.), les juges cantonaux ne pouvaient donc pas se référer à l'art. 2 RCRCT pour juger que les congés signifiés chez E. SA et F. SA étaient des licenciements collectifs, comme l'intimé le reconnaît du reste.

Sur le vu de ce qui précède, la cour cantonale a violé le droit fédéral en admettant que les recourantes E. SA et F. SA n'avaient pas respecté toutes les exigences de l'art. 335f CO, disposition à laquelle ces deux sociétés n'étaient pas soumises.

*Bundesgericht, Urteil vom 2. Dezember 2010, Doss.-Nr. 4A\_507/2010 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. Juli 2010)*

**Eine fristlose Entlassung bezweckt nicht, ein bestimmtes Verhalten zu sanktionieren oder der Arbeitgeberin eine Satisfaktion zu verschaffen. Ausschlaggebend ist nicht die Schwere des Vergehens als solche, sondern die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, die sich daraus ergibt. Demnach kann auch der Frage, ob hinsichtlich des Vergehens – in casu Verschweigen eines Interessenkonflikts durch ein Mitglied der Geschäftsleitung der Arbeitgeberin – eine Wiederholungsfahr besteht und ob sich der Arbeitnehmer im Übrigen korrekt verhalten hat, Bedeutung zukommen (E. 3.2).**

Sachverhalt:

Die Y. AG betätigte sich wirtschaftlich auf dem Gebiet des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, wobei sie sich entschloss, grundsätzlich die Hard- und Software für die EFT/POS (electronic fund transfer at the point of

sale)-Terminals weder selbst zu entwickeln, noch zu produzieren, sondern bei Dritten einzukaufen. So kaufte sie in den Achtzigerjahren die zentrale Applikationssoftware für das schweizerische EFT/POS vom belgischen Unternehmen Z., welches sowohl zentrale Software als auch Hard- und Software für EFT/POS-Geräte herstellte. Am 18. Mai 1981 trat A. (Beschwerdegegner und Kläger) in die Dienste der Y. Später wurde er in die Geschäftsleitung berufen und in der Folge mehrmals befördert, anfangs 1988 zum Direktor. Mitte 1988 übernahm er die Geschäftsführung einer Tochtergesellschaft. Im Rahmen von Umstrukturierungen wurden in der Folge einzelne Geschäftszweige als eigenständige Gesellschaften organisiert. Dabei ging das Arbeitsverhältnis mehrmals von einer Gesellschaft auf eine andere über, zuletzt auf die Y. X. AG (Beschwerdeführerin und Beklagte). Der Beschwerdegegner verblieb ungeachtet dieser Veränderungen in der Geschäftsleitung der Y. AG. Mit Schreiben vom 21. März 2000 löste die Beschwerdeführerin das Arbeitsverhältnis fristlos auf. Hintergrund bildete die Gründung einer Aktiengesellschaft im Jahre 1989, an welcher der Beschwerdegegner als Aktionär beteiligt war. Da sich bezüglich des Vertriebs von Terminals in der Schweiz ein lukrativer Markt abzuzeichnen begann, hatte der Beschwerdegegner mit dem CEO und Verwaltungsratsdelegierten der Z. in Belgien Kontakt aufgenommen, ihm die Gründung einer Niederlassung in der Schweiz empfohlen und ihn an einen seiner Mitarbeiter verwiesen. Dieser machte den CEO und Verwaltungsratsdelegierten der Z. auf B. aufmerksam, worauf diese beiden Personen das weitere Vorgehen planten. Der Beschwerdegegner war formell nicht als Gründungsmitglied aufgetreten. Er blieb stiller Teilhaber der neugegründeten Gesellschaft (Q. AG) und mischte sich nicht in die Geschäftsführung ein, welche bei B. lag. Seinen Aktienbesitz deklarierte er auch gegenüber den Steuerbehörden erst nachträglich, was er gegenüber diesen nach einer Selbstanzeige damit begründete, die Q. AG habe mit seinem Arbeitgeber Geschäftsbeziehungen unterhalten, weshalb sein Aktienbesitz nicht offiziell bekannt werden sollte. Im Laufe der Zeit hatte der Beschwerdegegner weitere Aktien erhalten und hinzuerworben. Am 7. Oktober 1998 hatte er seine Aktien an seinen Mitaktionär B. verkauft. Er erwirtschaftete aus den Aktien insgesamt Fr. 650 000.– an Dividenden und Verkaufsgewinn. Gegenüber der Beschwerdeführerin legte der Beschwerdegegner den Aktienbesitz nie offen. Nachdem diese davon erfahren hatte, sprach sie die fristlose Kündigung aus, obgleich der Beschwerdegegner in diesem Zeitpunkt nicht mehr Aktionär der Q. war.

Der Beschwerdegegner akzeptierte die Kündigung nicht und verlangte von der Beschwerdeführerin nach Präzisierung seiner Rechtsbegehren schliesslich Fr. 560 761.– und behielt sich eine Nachklage vor. Die Beschwerdeführerin erhob Widerklage, die sie im Berufungsverfahren auf Fr. 10 Mio. bezifferte. Das Arbeitsgericht Zürich sprach dem Beschwerdegegner im Wesentlichen Fr. 497 314.– zu und wies die Widerklage ab. Gleich entschied das Obergericht des Kantons Zürich am 7. November

2008. Nach teilweise erfolgreicher kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde der Beschwerdeführerin musste sich das Obergericht erneut mit der Sache befassen. Es verwies mit Urteil vom 7. Juli 2010 in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht grundsätzlich auf das Urteil vom 7. November 2008, welches im Wesentlichen zum integrierenden Bestandteil des neuen Urteils erklärt wurde. Im neuen Urteil finden sich einerseits ergänzende Ausführungen zu im Urteil vom 7. November 2008 nicht hinreichend begründeten Erwägungen. Andererseits wurden Erwägungen des Urteils vom 7. November 2008 gestrichen und durch neue ersetzt. Am Umfang der Klageguthetseissung und an der Abweisung der Widerklage änderte sich nichts. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht im Wesentlichen, die Klage abzuweisen und die Sache zur Neuverteilung der Kosten an das Obergericht zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

1.

Die Vorinstanz ging davon aus, eine Weiterbeschäftigung des Beschwerdegegners bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist wäre der Beschwerdeführerin zuzumuten gewesen.

1.1 Die Vorinstanz erkannte, bei Gründung der Q. sei es dem Beschwerdegegner entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin nicht um deren Schädigung gegangen. Da diese beschlossen hatte, sich nicht am Terminalgeschäft zu beteiligen, habe die ... im Zeitpunkt ihrer Gründung kein Konkurrenzunternehmen gebildet. Im Erwerb der Aktien allein erkannte die Vorinstanz daher keine Pflichtverletzung, zumal auch während 5 Jahren nach Gründung keine Geschäftsbeziehungen zur Beschwerdeführerin bestanden.

1.2 Als es konkret zu Geschäften zwischen der Beschwerdeführerin und der Q. kam, hätte der Beschwerdegegner nach Auffassung der Vorinstanz seinen Aktienbesitz offen legen müssen, weil er sich deshalb in einem Interessenkonflikt befand. Insoweit habe er eine Pflichtverletzung begangen. Diese genüge aber nicht, um die fristlose Entlassung zu rechtfertigen, zumal der Beschwerdegegner im Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr an der Q. beteiligt war und sich ansonsten immer sehr korrekt verhalten habe. Eine Rückfallsgefahr sei von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht worden. Unter diesen Umständen erachtete die Vorinstanz die fristlose Kündigung nur für zulässig, falls der Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin konkret bei den mit dem Interessenkonflikt belasteten Geschäften mit der Q. benachteiligt hätte. Sie kam indessen nach einem ausführlichen Beweisverfahren zum Schluss, bei den einzelnen Geschäften könne dem Beschwerdegegner materiell keine Benachteiligung der Beschwerdeführerin vorgeworfen werden.

1.3 Die Beschwerdeführerin ist im Wesentlichen der Auffassung, die Vorinstanz habe bei Beurteilung der Kündigung Sachverhaltselemente

berücksichtigt, welche keine Rolle hätten spielen dürfen. Bei rechtlich korrekter Würdigung erweise sich die Kündigung auch gestützt auf den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt als zulässig, obwohl der Beschwerdeführerin der Schadensnachweis nicht gelungen sei.

(...)

3.

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, den Sachverhalt nur mosaikartig gewürdigt zu haben und behauptet, bei einer Gesamtwürdigung erweise sich die Kündigung als begründet. Sie führt allerdings selbst mosaiksteinartig Tatsachen an, aus denen sie auf die Zulässigkeit der Kündigung schliesst. Damit setzt sie ihre Auffassung derjenigen der Vorinstanz entgegen. Dies genügt nicht, um die Ermessensausübung der Vorinstanz als fehlerhaft erscheinen zu lassen. Die Zurückhaltung, welche sich das Bundesgericht bei der Ermessensüberprüfung auferlegt, ist insbesondere gerechtfertigt, wenn die Ermessensausübung eng mit der Beweiswürdigung zusammenhängt, welche das Bundesgericht nicht überprüfen kann, da die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde offen steht und der angefochtene Entscheid diesbezüglich nicht letztinstanzlich ist. Inwieweit ein bestimmtes Verhalten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht, ist zwar Rechtsfrage, die tatsächlichen Auswirkungen einer Handlung auf das Arbeitsverhältnis sind demgegenüber Tatfrage. Diesen Auswirkungen kommt für die Frage, ob es zumutbar ist, das Arbeitsverhältnis weiterzuführen, massgebende Bedeutung zu.

3.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, als Homologisierungsstelle sei sie zur Neutralität gegenüber den verschiedenen Herstellern verpflichtet. Durch die aktienmässige Beteiligung eines Mitarbeiters an einer dieser Herstellerfirmen werde diese Neutralität beeinträchtigt. Ob diese Behauptung zutrifft, beschlägt die tatsächlichen Verhältnisse. Es hängt insbesondere davon ab, ob die Stellung des Beschwerdegegners erlaubte, im Rahmen des Homologisierungsverfahrens konkret Einfluss zu Gunsten der Gesellschaft zu nehmen, an der er beteiligt war, oder ob zumindest gegenüber den anderen Herstellern dieser Eindruck entstehen konnte. Entsprechendes ist in tatsächlicher Hinsicht nicht festgestellt. Die Beschwerdeführerin setzt sich nicht hinreichend mit dem Einwand der Vorinstanz auseinander, die entsprechenden Vorbringen seien verspätet. Daher kann dieser Punkt nicht berücksichtigt werden. Ob unabhängig davon bereits in der Gründung und der nicht offengelegten namhaften Beteiligung an der Q eine Treuepflichtverletzung zu sehen ist, hängt unter anderem davon ab, inwieweit bereits bei der Gründung der Q. mit Geschäften zwischen dieser und der Beschwerdeführerin zu rechnen war, und damit ebenfalls von den tatsächlichen Gegebenheiten. Die Vorinstanz stellte in tatsächlicher Hinsicht fest, dass die Q. bei Gründung kein Konkurrenzunternehmen darstellte und dass es in den ersten fünf Jahren zu keinen Geschäften kam. Ob dies genügt, um eine Pflichtverletzung im Gründungsstadium auszuschliessen, braucht nicht vertieft behandelt zu werden. Indem der Beschwerdeführer

seine Beteiligung und den sich daraus ergebenden Interessenkonflikt verschwiegen, als es schliesslich zu Geschäften zwischen der Beschwerdeführerin und der Q. kam, hat er seine Treuepflicht jedenfalls grob verletzt. Ob diese Pflichtverletzung dazu führt, dass der Arbeitgeberin die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann, ist im Folgenden zu prüfen.

3.2 Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, das Verschweigen des Interessenkonflikts als solches müsse zur fristlosen Kündigung berechtigen, auch wenn es erst nachträglich entdeckt werde. Die fristlose Entlassung bezweckt indessen nicht, ein bestimmtes Verhalten zu sanktionieren oder der Arbeitgeberin eine Satisfaktion zu verschaffen (BGE 129 III 380 E. 3.1 S. 383). Ausschlaggebend ist nicht die Schwere des Vergehens als solche, sondern die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, die sich daraus ergibt. Diesbezüglich kann der Frage, ob Wiederholungsgefahr besteht und ob sich der Arbeitnehmer im Übrigen korrekt verhalten hat, entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sehr wohl Bedeutung zukommen. Dass eine fristlose Kündigung je nach Art der Pflichtverletzung unter Umständen gerechtfertigt sein kann, auch wenn dem Arbeitgeber kein Schaden entsteht und sich der Arbeitnehmer im Übrigen korrekt verhalten hat, bedeutet nicht, dass den entsprechenden Punkten keine Bedeutung zukommt. Soweit sich ein Verhalten nicht direkt auf die Arbeitsleistung auswirkt, ist die geforderte objektive Schwere nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen, genügt dafür doch nicht einmal jedes strafbare Verhalten am Arbeitsplatz (BGE 129 III 380 E. 3.1 S. 384).

3.3 Das von der Beschwerdeführerin als analog betrachtete Beispiel der Annahme von Bestechungsgeldern lässt sich mit Blick auf die Zumutbarkeit der Weiterführung des Arbeitsverhältnisses nicht direkt auf den zu beurteilenden Fall übertragen. Wer unlauteren Wettbewerb begeht, indem er bewusst Bestechungsgelder für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung annimmt, wird vom Gesetz mit Strafe bedroht (Art. 4a i.V.m. Art. 23 UWG). Erweist sich ein Arbeitnehmer als bestechlich, besteht zudem die Gefahr, dass er sich bei seinen Entscheidungen auch in Zukunft von sachfremden Umständen leiten lässt. Droht diese Gefahr, kann dies die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar erscheinen lassen, auch wenn die Annahme der Bestechungsgelder bisher (noch) nicht zu einer Schädigung des Arbeitgebers geführt hat. Eine analoge Wiederholungsgefahr bestand mit Bezug auf den Beschwerdegegner nicht, da mit dem Verkauf der Aktien der Interessenkonflikt beseitigt war und die Beschwerdeführerin nicht geltend macht, sie habe bis zum Ablauf der Kündigungsfrist neue Interessenkonflikte befürchten müssen.

3.4 Es bleibt zu prüfen, ob in der groben Pflichtverletzung der fehlenden Offenlegung des Interessenkonfliktes ein Verhalten oder eine Gesinnung des Beschwerdegegners zu Tage tritt, welche eine Fortsetzung des

Arbeitsverhältnisses unzumutbar erscheinen lässt. Davon wäre ohne Weiteres auszugehen, wenn der Beschwerdegegner die Q. in der Absicht gegründet hätte, sich unter Schädigung der Beschwerdeführerin auf deren Kosten zu bereichern. Auch nach Wegfall des Interessenkonfliktes bestünde diesfalls die Gefahr, dass sich der Beschwerdegegner in anderer Weise zu Lasten der Beschwerdeführerin Vorteile verschafft. Die Vorinstanz kam indessen in Würdigung der Beweise zum Schluss, dass dies nicht der Fall war und dass dem Beschwerdegegner auch bei den einzelnen Geschäften materiell keine Benachteiligung der Beschwerdeführerin vorgeworfen werden konnte. Wenn die Vorinstanz mit Blick auf das gesamte Verhalten des Beschwerdegegners, welches nicht zu einer Schädigung der Beschwerdeführerin geführt hat, und die Tatsache, dass der Interessenkonflikt nicht mehr bestand, in eingehender Würdigung der konkreten tatsächlichen Umstände zum Schluss kam, die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses während der ordentlichen Kündigungsfrist sei zumutbar, überschreitet sie ihren Ermessensspielraum nicht, wenngleich es sich in Anbetracht der Schwere der Pflichtverletzung um einen Grenzfall handelt. Die Vorinstanz hat sich nicht von sachfremden Überlegungen leiten lassen, sondern sorgfältig aufgezeigt, weshalb aufgrund der besonderen Umstände die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist trotz der groben Pflichtverletzung zumutbar erscheint. Angesichts des weiten Ermessens, das ihr bei der Beurteilung dieser Frage zusteht, besteht für das Bundesgericht kein Anlass, in die wesentlich auf der Beweiswürdigung fussende Ermessensausübung der Vorinstanz einzugreifen.

3.5 Die Beschwerdeführerin wendet ein, auch der blosse Verdacht einer schweren Straftat vermöge eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen, selbst wenn er sich nachträglich als unzutreffend erweise. Nach Lehre und Rechtsprechung bleibt diesfalls allerdings der Lohnanspruch des Arbeitnehmers bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist gewahrt, so dass die Frage nur bezüglich der Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR relevant werden könnte (Urteil des Bundesgerichts 4C.103/1999 vom 9. August 1999 E. 3b mit Hinweisen, publ. in: Pra 89/2000 Nr. 11 S. 56). Zudem wird vorausgesetzt, dass der Arbeitgeber bezüglich des Verdachts die ihm zumutbaren Abklärungen vorgenommen hat (zit. Urteil 4C.103/1999 E. 3a f.). Davon kann nach den tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid nicht ausgegangen werden. So behauptete die Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegner hätte bei dem Verkauf von Geräten an die Q. einen zu niedrigen Kaufpreis ausgehandelt und die Beschwerdeführerin dadurch geschädigt. Die Geschäftsleitung war sich indessen bewusst und damit einverstanden, dass der Preis unter dem tatsächlichen Wert festgesetzt wurde. Auch hinsichtlich der Beschaffung der Terminals von der Q. wäre es der Beschwerdeführerin offen gestanden, das Ausschreibungsverfahren zu konsultieren, um festzustellen, ob objektiv eine Schädigungsgefahr bestand. Die Beschwerdeführerin warf dem Beschwerdegegner im Wesentlichen vor, durch die Zwischenschaltung der Q.

eine Verteuerung bewirkt zu haben. Ob tatsächlich lukrativere Alternativen zur Q. bestanden, klärte sie dabei nicht hinreichend ab. Daher erweist sich der Entscheid auch unter diesem Gesichtspunkt als bundesrechtskonform.

3.6 Die Beschwerdeführerin beruft sich allerdings zum Nachweis, dass ihr Verdacht begründet war, auf ein Gutachten im Strafverfahren und rügt eine Verletzung von Art. 8 ZGB, weil die Vorinstanz es nicht beachtet habe. Soweit die Vorinstanz indessen das Gutachten nicht als solches im Zivilprozess berücksichtige, weil dem Gutachter nicht sämtliche Akten des Zivilprozesses zur Verfügung standen und der Beschwerdegegner im Zivilprozess keine Gelegenheit hatte, Ergänzungsfragen zu stellen, handelt es sich dabei einerseits um Beweiswürdigung und andererseits um Vorschriften betreffend die Zulässigkeit von Beweismitteln, welche, soweit keine bundesrechtlichen Spezialbestimmungen greifen und solange die Schweizerische Zivilprozessordnung noch nicht zur Anwendung gelangt, das kantonale Prozessrecht regelt (BGE 98 II 325 E. 5b S. 333). Eine Verletzung von Art. 8 ZGB ist nicht ersichtlich. Sowohl die Rüge der willkürlichen Beweiswürdigung als auch der willkürlichen Anwendung kantonalen Rechts kann die Beschwerdeführerin nicht erheben, da der angefochtene Entscheid insoweit nicht letztinstanzlich ist. Dasselbe gilt für die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs, soweit sie nicht mit der Rüge der Verletzung von Art. 8 ZGB zusammenfällt. Entsprechende Rügen wären überdies nicht hinreichend begründet (Art. 106 Abs. 2 BGG). Schliesslich vermöchte das Gutachten nichts daran zu ändern, dass die Beschwerdeführerin die ihr möglichen und zumutbaren Abklärungen nicht hinreichend vorgenommen hat (vgl. E. 3.5 hiervor).

4.

Die Vorinstanz berücksichtigte die gesamten Umstände und kam zum Schluss, trotz der festgestellten groben Pflichtwidrigkeit des leitenden Angestellten sei aufgrund der konkreten Umstände eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses zumutbar. Dabei hat sie die bundesrechtlichen Vorgaben nicht verkannt, so dass kein Anlass besteht, in ihr weites Ermessen, welches auf konkreter Beweiswürdigung beruht, einzugreifen. Die Beschwerde erweist sich insgesamt als unbegründet. Sie ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Damit wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 14 décembre 2010, Doss.-N° 2C\_714/2010 (Admission du recours en matière de droit public interjeté contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de droit administratif et public, du 10 septembre 2010)*

**Art. 1 al. 2 Ldét. La loi confère aux organes de contrôles le droit d'exiger des travailleurs annoncés comme indépendants en Suisse d'apporter la preuve de cette qualité, qui peut résulter du fait qu'ils**

sont reconnus comme tels dans leur pays d'origine ou qu'ils se sont faits inscrire comme prestataires indépendants en Suisse, par le biais notamment d'une notification à la caisse de compensation AVS (c. 3.3.1).

**Art. 319 al. 1 CO. Existence d'un contrat de travail.** Les critères formels, tels que l'intitulé du contrat, les déclarations des parties ou les déductions aux assurances sociales, ne sont pas déterminants. Il faut bien plutôt tenir compte des critères matériels relatifs à la manière dont la prestation de travail est effectivement exécutée, tels que le degré de liberté dans l'organisation du travail et du temps, l'existence ou non, d'une obligation de rendre compte de l'activité et/ou de suivre les instructions, ou encore l'identification de la partie qui supporte le risque économique. En principe, des instructions qui ne se limitent pas à de simples directives générales sur la manière d'exécuter la tâche, mais influent sur l'objet et l'organisation du travail et instaurent un droit de contrôle de l'ayant droit, manifestent l'existence d'un contrat de travail (c. 3.4.2).

Extraits des faits:

X. (ci-après citée: l'entreprise X. ou l'entreprise), sise à Y. (Allemagne), a pour but de commercialiser et de distribuer une pierre biologique de nettoyage et de polissage. Elle écoule l'essentiel de ses produits sur des foires et des expositions. A ce titre, elle a notamment participé au Comptoir Suisse de Lausanne qui s'est tenu du 18 au 27 septembre 2009. Lors d'un contrôle effectué dans le cadre de cette manifestation, le 23 septembre 2009, les inspecteurs du Service de l'emploi du canton de Vaud (ci-après: le Service de l'emploi) ont constaté que A., ressortissante française résidant en France, travaillait sur le stand de l'entreprise X. Ils l'ont informée que son employeur aurait dû l'annoncer comme travailleuse détachée avant sa prise d'activité.

Par lettre du 29 septembre 2009, le Service de l'emploi a signifié à l'entreprise X. qu'elle n'avait, comme employeur, pas respecté l'obligation prévue par la loi d'annoncer sa travailleuse détachée une semaine avant sa prise d'activité; il lui a fixé un délai pour se déterminer à ce sujet et lui transmettre une copie du contrat de travail de l'intéressée et de sa fiche de paie, ainsi que certaines précisions concernant la prise en charge de ses frais de nourriture, de logement et de transport.

L'entreprise X. a répondu qu'elle ne comprenait pas la langue française et ce qui était exigé d'elle (courriel du 6 octobre 2009 rédigé en allemand). Le lendemain, par retour de courriel, le Service cantonal a renouvelé sa demande en allemand. L'entreprise a alors indiqué que A. travaillait de manière indépendante et assumait elle-même ses frais; il n'y avait ni contrat de travail, ni versement d'un salaire, car l'intéressée était rémunérée à la commission («Provisionsbasis»); l'entreprise se disait prête, au

besoin, à attester les commissions versées au moyen de quittances («Quittungen») (courriel du 8 octobre 2009). Le Service de l'emploi a invité l'entreprise X. à faire remplir à A. le «Formulaire E 101» et à lui retourner ce document accompagné des quittances relatives aux provisions versées (courriel du 9 octobre 2009). L'entreprise a fait savoir qu'elle avait transmis le formulaire précité à A. et qu'elle attendait que cette dernière le lui retourne; elle ajoutait qu'elle allait envoyer les quittances par la poste (courriel du 12 octobre 2009). Malgré deux rappels (courriel du 10 novembre 2009 et lettre recommandée du 25 novembre 2009), l'entreprise n'a pas retourné le formulaire demandé.

Par décision du 8 janvier 2010, le Service de l'emploi a interdit à l'entreprise X. d'offrir ses services en Suisse pendant un an pour infraction à la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement (Loi sur les travailleurs détachés, ci-après également citée Ldét; RS 823.20). Il était reproché à l'entreprise d'avoir violé son obligation d'annoncer sa travailleuse détachée aux autorités et de n'avoir pas transmis «le document attestant de son statut».

L'entreprise X. a recouru contre cette sanction. Par arrêt du 10 septembre 2010, la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud (ci-après: le Tribunal cantonal) a rejeté le recours et confirmé la décision attaquée.

L'entreprise X. forme un recours en matière de droit public contre l'arrêt précité dont elle requiert l'annulation, sous suite de frais et dépens.

Extraits des considérants:

3.

3.1 Il est constant que l'entreprise recourante a la qualité de prestataire de services au sens de l'Accord du 21 juin 1999, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002, entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP, ci-après également cité: l'Accord; RS 0.142.112.681). A ce titre, elle bénéficie donc du droit de fournir des services en Suisse à des conditions comparables à celles valables au sein de l'Union européenne (UE) lorsque les prestations ne dépassent pas 90 jours de travail effectif par année civile (cf. art. 5 par. 1 ALCP en relation avec les art. 17 ss annexe I ALCP; ALVARO BORGHI, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE, 2010, n. 265 à 267; pour une vue d'ensemble des différences entre le système mis en place par l'Accord et la réglementation européenne, cf. ASTRID EPINEY/PATRIZIA ZBINDEN, Arbeitnehmerentsendung und FZA Schweiz-EG, in Jusletter du 31 août 2009). Comme prestataire de services, la recourante a également le droit, en principe, d'employer des travailleurs détachés, et cela indépendamment de leur nationalité (sous réserve d'un éventuel visa pour les ressortissants d'Etats tiers), pourvu que lesdits tra-

vailleurs soient – ce qui est manifestement le cas ici – intégrés dans le marché régulier du travail des parties contractantes à l'Accord (cf. art. 17 let. b ch. ii annexe I ALCP en relation avec l'art. 18 annexe I ALCP; BORGHI, op.cit., n. 274). L'art. 22 par. 2 annexe I ALCP (qui fait référence à la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 relative au détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services) réserve toutefois aux parties contractantes le droit d'édicter «des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant l'application de conditions de travail et d'emploi aux travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services». Cette possibilité vise à parer au risque de dumping social et salarial pouvant résulter du détachement de travailleurs en Suisse par des prestataires de services de l'UE (cf. BORGHI, op.cit., n. 286; EPINEY/ZBINDEN, op.cit., n. 63). C'est sur la base de cette réserve que la Suisse a adopté, au titre des mesures d'accompagnement à l'Accord sur la libre circulation des personnes, la loi sur les travailleurs détachés (EPINEY/ZBINDEN, eod. loc.).

3.2 Le litige porte sur l'interdiction d'offrir des services en Suisse pendant un an prononcée à l'encontre de la recourante pour avoir enfreint la loi sur les travailleurs détachés lors de l'édition 2009 du Comptoir suisse de Lausanne. Le champ d'application matériel et personnel de cette loi est défini à son art. premier, intitulé «objet», qui a la teneur suivante:

«1 La présente loi règle les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés pendant une période limitée en Suisse par un employeur ayant son domicile ou son siège à l'étranger dans le but de:

a. fournir une prestation de travail pour le compte et sous la direction de cet employeur, dans le cadre d'un contrat conclu avec le destinataire de la prestation;

b. travailler dans une filiale ou une entreprise appartenant au groupe de l'employeur.

2 La notion de travailleur est régie par le droit suisse (art. 319 ss CO). Quiconque déclare exercer une activité lucrative indépendante doit, sur demande, le prouver aux organes de contrôles compétents.»

L'interdiction litigieuse a été prise au titre des sanctions qui sont prévues à l'art. 9 Ldét dans les termes suivants:

«1 Les organes de contrôle annoncent à l'autorité cantonale compétente toute infraction à la présente loi.

2 L'autorité cantonale compétente (...) peut:

a. en cas d'infraction de peu de gravité à l'art. 2 ou en cas d'infraction aux art. 3 ou 6, prononcer une amende administrative de 5000 fr. au plus (...).

b. en cas d'infractions plus graves à l'art. 2, en cas d'infraction visée à l'art. 12 al. 1, ou en cas de non-paiement des amendes entrées en force, interdire à l'employeur concerné d'offrir ses services en Suisse pour une période d'un à cinq ans.

c. mettre tout ou partie des frais de contrôle à la charge de l'employeur fautif.»

Il est reproché à la recourante d'avoir violé les art. 6 al. 1 et 12 al. 1 let. a Ldét. L'art. 6 al. 1 Ldét dispose qu'avant le début de la mission, l'employeur doit fournir au service cantonal compétent un certain nombre d'indications nécessaires à l'exécution du contrôle (identité des personnes détachées en Suisse, activité déployée en Suisse, etc.). Quant à l'art. 12 al. 1 let. a Ldét, il prévoit que sera puni d'une amende de 40 000 fr. au plus, à moins qu'il ne s'agisse d'un délit pour lequel le code pénal prévoit une peine plus lourde, quiconque, en violation de l'obligation de renseigner, aura donné sciemment des renseignements inexacts ou aura refusé de donner des renseignements. Le contenu de l'obligation de renseigner est précisé à l'art. 7 al. 2 Ldét qui prescrit que l'employeur est tenu de remettre aux organes compétents qui les demandent tous les documents attestant du respect des conditions de travail et de salaire des travailleurs détachés (al. 2). L'art. 7 al. 3 Ldét ajoute que si les documents nécessaires ne sont pas ou plus disponibles, l'employeur doit établir le respect des dispositions légales à moins qu'il ne puisse démontrer qu'il n'a commis aucune faute dans la perte des pièces justificatives.

Il résulte des art. 6 al. 1 Ldét et 12 al. 1 let. a (en relation avec l'art. 7 al. 2 et 3 Ldét) que la recourante ne peut, en vertu de l'art. 9 Ldét, être sanctionnée pour violation de l'obligation d'annoncer ou de renseigner que si elle revêt la qualité d'employeur. A défaut, la loi sur les travailleurs détachés et les sanctions qu'elle prévoit ne lui sont pas applicables. Contrairement à l'opinion du Tribunal cantonal, on ne saurait donc se passer d'examiner si la recourante avait la position d'employeur par rapport à A. lors du Comptoir de Lausanne. L'art. 1<sup>er</sup> al. 2 (première phrase) Ldét ne définit pas directement cette notion, mais seulement son corollaire, à savoir la notion de travailleur, par renvoi aux art. 319 ss CO.

3.3 Pour l'essentiel, la recourante réfute sa qualité d'employeur en faisant valoir que A. est une travailleuse indépendante et qu'il appartient à cette dernière, en vertu de l'art. 1<sup>er</sup> al. 2 (seconde phrase) Ldét, d'apporter la preuve de ce statut à la demande des organes de contrôles compétents. Elle en déduit qu'elle n'a pas à supporter l'échec de cette preuve et que, par rapport à elle, l'intéressée doit être considérée comme une travailleuse indépendante ou, du moins, que des mesures d'instruction complémentaires sont nécessaires pour déterminer son véritable statut.

3.3.1 Selon la volonté du législateur, le renvoi de l'art. 1<sup>er</sup> al. 2 (première phrase) Ldét aux art. 319 ss CO vise à éviter que des personnes n'échappent à la loi sur les travailleurs détachés en se déclarant formellement comme des travailleurs indépendants alors qu'elles devraient être soumises au droit suisse du travail (problème des pseudo-indépendants ou indépendants fictifs; cf. message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, in FF 1999 5540, p. 5702 s. [ci-après cité: message relatif aux mesures d'accompagnement I]).

A la suite de l'adhésion de dix nouveaux Etats membres à l'Union européenne, le 1<sup>er</sup> mai 2004, le Conseil fédéral a soumis aux Chambres fédérales, à la demande des organisations syndicales faitières, un certain nombre de modifications destinées à renforcer les mesures d'accompagnement à la libre circulation (cf. message du 1<sup>er</sup> octobre 2004 concernant la loi fédérale révisant les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes in FF 2004 6187 p. 6192 ss; ci-après cité: message relatif aux mesures d'accompagnement II). Lors de l'examen de ces nouvelles mesures, le Parlement a décidé, suivant une proposition du Conseil des Etats qui constatait la venue en Suisse de nombreux pseudo-indépendants, d'adopter l'art. 1<sup>er</sup> al. 2 (seconde phrase) Ldét. Cette disposition renforce le pouvoir des organes de contrôles en leur donnant le droit d'exiger des travailleurs annoncés comme indépendants en Suisse d'apporter la preuve de cette qualité, qui peut résulter du fait qu'ils sont reconnus comme tels dans leur pays d'origine ou qu'ils se sont faits inscrire comme prestataires indépendants en Suisse, par le biais notamment d'une notification à la caisse de compensation AVS (BO CE 2004 p. 750; BO CN 2004 p. 2016).

3.3.2 En l'espèce, A. ne s'est, à aucun moment, annoncée comme travailleuse indépendante pour son activité au Comptoir suisse de Lausanne en 2009. Il ressort en effet de l'arrêt attaqué que, pas plus lors du contrôle du 23 septembre 2009 que plus tard durant l'instruction de la présente affaire, elle n'a fait des déclarations ou entrepris des démarches allant dans ce sens. Bien au contraire, lorsque les organes de contrôles l'ont instruite du fait que son employeur aurait dû l'annoncer comme travailleuse détachée, elle n'a pas marqué de désaccord avec cette indication qu'elle a transmise à l'entreprise X. Par ailleurs, il n'a été constaté ou allégué ni qu'elle serait inscrite dans un registre professionnel ou enregistrée auprès des assurances sociales, en Suisse ou à l'étranger, en tant qu'indépendante, ni qu'elle aurait des mandats en cette qualité en Suisse ou à l'étranger, ni qu'elle disposerait d'un matériel propre pour exécuter son travail (sur les preuves susceptibles d'établir l'existence d'une activité indépendante, cf. Commentaire des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, éd. par le SECO, Berne 2008, p. 10).

3.3.3 Par conséquent, la recourante ne peut se réfugier derrière le prétendu échec de preuve tiré de l'art. 1<sup>er</sup>, al. 2 (seconde phrase) Ldét pour échapper à la loi sur les travailleurs détachés. Conformément à la lettre de cette disposition, il appartient en effet à celui qui se considère comme un travailleur indépendant de s'annoncer en cette qualité et de le prouver à la demande des autorités, mais non à celles-ci d'établir un tel statut, comme le voudrait la recourante. Une telle interprétation irait à l'encontre de la volonté du législateur de renforcer les mesures destinées à contrer le problème des travailleurs pseudo-indépendants, puisqu'il suffirait qu'une entreprise ayant son siège à l'étranger et détachant des travailleurs en Suisse prétende que ceux-ci ont en réalité le statut d'indépendant pour se soustraire aux mesures d'accompagnement. Tel n'est assurément pas le sens de l'art. 1<sup>er</sup> al. 2 (se-

conde phrase) Ldét qui vise, au contraire, à faciliter les contrôles afin de déceler plus aisément les cas d'indépendance fictive.

3.4 Que le statut d'indépendante de A. n'ait pas été démontré par cette dernière, contrairement à ce que prescrit l'art. 1<sup>er</sup> al. 2 (seconde phrase) Ldét, ne permet pas encore de conclure à la qualité d'employeur de la recourante. Pour cela, il faut que A. puisse, au vu des constatations cantonales, être considérée comme une travailleuse (détachée) au sens de l'art. 1<sup>er</sup> al. 2 (première phrase) Ldét et du renvoi aux art. 319 ss CO.

3.4.1 D'après l'art. 319 al. 1 CO, le contrat individuel de travail est celui par lequel le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche). Les éléments caractéristiques de ce contrat sont donc une prestation de travail, un rapport de subordination, une rémunération et un élément de durée (cf. arrêts 2A.658/2005 du 28 juin 2006, consid. 2.1 et 4P.337/2005 du 21 mars 2006, consid. 3.3.2; RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2008, p. 57 s.). Ce dernier élément tient au fait que le contrat ne s'éteint pas par l'échange d'une prestation et d'une contre-prestation, mais par l'écoulement du temps (contrats de durée déterminée) ou par le congé donné par l'une des parties (contrats de durée indéterminée) (PHILIPPE CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, 2009, n. 3 ad art. 319 CO).

En l'espèce, il est établi que, durant le Comptoir de Lausanne 2009, A. a travaillé sur le stand de la recourante en échange d'une rémunération versée à la fin de la manifestation sous la forme d'une commission. Par ailleurs, son engagement, limité à la période de la foire, du 18 au 27 septembre 2009, était de durée déterminée. Il y a donc bien eu l'accomplissement d'une prestation de travail, le versement d'une rémunération et un élément de durée. Ces trois éléments ne sont toutefois pas décisifs, en l'espèce, pour caractériser les relations de travail litigieuses et dire si celles-ci relèvent du contrat de travail ou d'autres rapports contractuels, notamment du mandat ou de ses possibles déclinaisons (contrat de courtage, d'agence, etc. ...).

3.4.2 Le contrat de travail se distingue avant tout des ces autres rapports contractuels par l'existence d'un lien de subordination, qui place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, organisationnel et temporel (cf. ATF 121 I 259 consid. 3a p. 262; ATF 112 II 41 consid. 1a/aa p. 46; 107 II 430 consid. 1; 95 I 21 consid. 5b p. 25). A cet égard, les critères formels, tels l'intitulé du contrat, les déclarations des parties ou les déductions aux assurances sociales, ne sont pas déterminants. Il faut bien plutôt tenir compte de critères matériels relatifs à la manière dont la prestation de travail est effectivement exécutée, tels le degré de liberté dans l'organisation du travail et du temps, l'existence, ou non, d'une obligation de rendre compte de l'activité et/ou de suivre les instructions, ou encore l'identification de la partie qui supporte le risque économique (cf. message relatif aux mesures d'accompagnement I, p. 5703). Contrairement

au mandataire qui, dans les limites des instructions du mandant, agit de manière indépendante et sous sa propre responsabilité, le travailleur se trouve au service de l'employeur, en ce sens qu'il lui est subordonné et accepte de se soumettre à son contrôle (cf. arrêts précités 2A.658/2005, consid. 2.1 et 4P.337/2005, consid. 3.3.2 et les nombreuses références citées). En principe, des instructions qui ne se limitent pas à de simples directives générales sur la manière d'exécuter la tâche, mais influent sur l'objet et l'organisation du travail et instaurent un droit de contrôle de l'ayant droit, manifestent l'existence d'un contrat de travail (cf. WYLER, op.cit., p. 60; CARRUZZO, op.cit., n. 4 ad art. 3). Le critère de la subordination doit être examiné à l'aune de l'ensemble des circonstances du cas particulier pour déterminer si un travail est effectué de manière dépendante ou indépendante (cf. ATF 112 II 41 consid. 1a/aa p. 46; arrêt 4C.419/1999 du 19 avril 2000 consid. 1a).

3.4.3 En l'espèce, il ressort de l'arrêt attaqué qu'après avoir été contrôlée par le Service cantonal, l'entreprise X. a annoncé A. comme collaboratrice du service externe («Aussendienstmitarbeiterin») pour l'édition 2009 du Comptoir de Lausanne, ainsi que pour la Foire du Valais, du 2 au 11 octobre 2009, puis encore pour la Foire de Genève, du 13 au 22 novembre 2009. Ce faisant, la recourante elle-même a donc, dans un premier temps, apparemment considéré que la prénommée était à son service comme travailleuse salariée. Ce n'est que le 8 octobre 2008 qu'elle a finalement précisé, après avoir expliqué qu'elle ne comprenait pas le français et ce qui était exigé d'elle par le Service cantonal, que A. avait, en réalité, le statut d'indépendante, et non de salariée. Comme on l'a vu, les déclarations des parties ne sont toutefois pas décisives pour déterminer s'il existe un rapport de travail au sens des art. 319 ss CO. Cette question doit être résolue concrètement à l'aune des critères matériels rappelés au considérant précédent.

Cela étant, l'arrêt attaqué ne contient pas les constatations utiles permettant d'apprécier lesdits critères dans le cas particulier. Ainsi, sa lecture ne renseigne pas sur l'activité réellement accomplie par A. lors du Comptoir de Lausanne. On y apprend seulement que la prénommée était régulièrement appelée par la recourante pour travailler dans le cadre de foires et d'expositions en Suisse et que l'activité litigieuse s'inscrivait dans un tel contexte. On peut donc tout au plus supposer, vu la nature des manifestations en cause et le domaine d'activité de X., que l'intéressée était chargée de présenter et/ou de vendre les produits de cette entreprise. On ne sait toutefois pas à quelles conditions précises ses missions lui étaient confiées en Suisse.

En particulier, on ignore quelle était la position et la responsabilité de A. par rapport aux clients (leur vendait-elle les produits à son propre nom ou au nom de l'entreprise ?) et, surtout, quelle était sa liberté pour organiser son activité, notamment quant au choix des foires, des horaires de travail ou de la définition des moyens pour accomplir sa tâche. De même ne

connaît-on pas les modalités précises de sa rémunération, en particulier le montant de celle-ci et les éventuels défraiements convenus. Les premiers juges n'ont pas non plus examiné laquelle des parties assumait les frais liés à la participation aux foires (financement des places d'exposition; prise en charge des frais d'aménagement des stands) et/ou se chargeait de fournir les instruments et les matériaux de travail. Ils n'ont pas davantage constaté de faits pertinents concernant, plus largement, l'existence d'un éventuel risque économique à la charge de l'une ou l'autre des parties et, le cas échéant, sa répartition entre celles-ci.

3.4.4 Dans ces conditions, il n'est pas possible, au vu des constatations cantonales, de déterminer s'il existe entre les parties des relations de travail au sens des art. 319 ss CO. La recourante ne peut donc pas, sur la base de l'arrêt attaqué, être considérée comme revêtant la qualité d'un employeur par rapport à A. Or, le bien-fondé des sanctions prononcées dépend du statut d'employeur de la recourante.

*Bundesgericht, Urteil vom 20. Dezember 2010, Doss.-Nr. 8C\_70/2010 (Bestätigung des Urteils des Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud vom 17. Dezember 2009), in: BGE 137 I 58*

*Tribunal fédéral, Arrêt du 20 décembre 2010, Doss.-N° 8C\_70/2010 (Confirmation du jugement de la Cour de droit administratif du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 17 décembre 2009), in: ATF 137 I 58*

**Art. 70 des Reglements vom 11. Oktober 1977 für das Personal der kommunalen Verwaltung der Stadt Lausanne.**

**Befugnis des kantonalen Gerichts, die Verfügung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers insofern abzuändern, als eine Kündigung mit sofortiger Wirkung in eine Kündigung aus wichtigen Gründen mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten umgewandelt wird (E. 4.3).**

**Art. 70 du règlement du 11 octobre 1977 pour le personnel de l'administration communale (RPAC) de la Ville de Lausanne.**

**Compétence de la juridiction cantonale de réformer une décision d'un employeur public en convertissant un licenciement avec effet immédiat en licenciement pour justes motifs avec préavis de trois mois (consid. 4.3).**

Faits:

A.

Y. a été engagé par la Commune de Lausanne en qualité de médecin-dentiste. Il a bénéficié du statut de fonctionnaire depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1998.

Les traitements offerts par le service dentaire scolaire de la Commune de Lausanne sont administrés dans trois cabinets, dénommés A., B. et C., situés à O. (ci-après: le groupe O.), auxquels sont affectés un médecin-dentiste et une assistante dentaire. Y. a été affecté au cabinet A. Les autres responsables d'un cabinet sont K. (cabinet B.) et G. (cabinet C.). Ces médecins travaillent d'une manière indépendante de leurs confrères, avec une clientèle séparée, mais disposent d'infrastructures communes comme un secrétariat, un laboratoire et le service d'une hygiéniste.

L'ambiance de travail s'est dégradée en 2007. Au mois de mars, L., répondante en ressources humaines du service dentaire communal, a alors organisé des entretiens avec les collaborateurs au sujet des reproches adressés à Y. par des collaborateurs du groupe O.

Le 10 juillet 2007, V., chef du service dentaire scolaire, a entendu l'intéressé. Le même jour, il lui a adressé une mise en demeure. Celui-ci a été averti qu'une procédure de licenciement serait engagée s'il devait être constaté, le 14 janvier 2008 lors de l'analyse de la situation, que son comportement ne s'était pas modifié.

Au cours des mois suivants, V. a été saisi de diverses plaintes concernant Y.

Le 21 décembre 2007, T., membre de l'exécutif communal, a informé l'intéressé de son intention d'ouvrir une procédure tendant à son renvoi pour justes motifs à la suite de plusieurs plaintes qui l'avaient obligé à réévaluer la situation. A la suite d'un entretien qui s'est déroulé le 7 janvier 2008, les rapports de travail ont été suspendus avec effet immédiat, avec maintien du droit au traitement, et l'intéressé a été informé qu'une procédure d'enquête allait être mise en œuvre. Cette suspension a été confirmée par la Municipalité de Lausanne (ci-après: la municipalité). Y. s'est opposé à la suspension le 16 janvier 2008.

Dans une séance du 23 juillet 2008, la municipalité a pris la décision de principe de licencier l'intéressé pour justes motifs avec effet immédiat. Y. a demandé à consulter la commission paritaire. Celle-ci s'est réunie le 30 octobre 2008 et s'est ralliée à la décision de principe, après avoir entendu plusieurs témoins.

Par décision du 19 novembre 2008, la municipalité a confirmé sa décision de principe et licencié Y. pour justes motifs avec effet immédiat, le traitement continuant d'être versé jusqu'au 30 novembre suivant.

B.

L'intéressé a recouru contre cette décision dont il demandait l'annulation devant la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud (ci-après: le tribunal cantonal). Il a conclu à sa réintégration dans ses fonctions avec effet immédiat et à ce que la Commune de Lausanne fût condamnée à lui payer un montant de 76 520 fr. à titre de réparation du dommage et du tort moral subis.

Après avoir donné aux parties la possibilité de se déterminer sur les comptes rendus résumés d'audience, le tribunal cantonal a admis partiel-

lement le recours et réformé la décision attaquée en ce sens qu'il est prononcé un licenciement ordinaire avec effet au 28 février 2009 (jugement du 17 décembre 2009).

C.

Y. interjette un recours en matière de droit public en concluant principalement à la réforme de ce jugement en ce sens que la décision de licenciement pour justes motifs avec effet immédiat du 19 novembre 2008 est annulée, qu'il est réintégré dans ses fonctions avec effet immédiat et que la Commune de Lausanne est reconnue débitrice d'un montant de 76 520 fr. à titre de réparation du dommage et du tort moral subis. Subsidiairement, il demande l'annulation du jugement attaqué et le renvoi de la cause à la juridiction cantonale pour nouveau jugement dans le sens des considérants, le tout sous suite de frais et dépens.

Le recours a été rejeté.

Extraits des considérants:

3.

La juridiction cantonale a considéré que l'aptitude et le comportement du recourant étaient de nature à justifier un renvoi pour justes motifs au sens de l'art. 70 du règlement du 11 octobre 1977 pour le personnel de l'administration communale (RPAC) de la Ville de Lausanne, dès lors que la poursuite des rapports de service ne pouvait être exigée, selon les règles de la bonne foi. En ce qui concerne ses relations avec ses collègues orthodontistes G. et K., elle a constaté que l'intéressé provoquait des tensions difficilement supportables en s'immiscant dans leur travail, en les critiquant et en s'obstinant à leur imposer ses idées. Au sujet de ses rapports avec les collaborateurs et les patients du groupe O., la juridiction précédente a relevé le caractère irritable et agressif de l'intéressé qui criait, perdait facilement patience, arrachait le courrier des mains et parlait durement aux jeunes patients. Ce comportement inadéquat avait fortement contribué à dégrader le climat de travail, dans la mesure où il relevait d'une attitude générale de l'intéressé. Selon les premiers juges, cette dégradation du climat de travail avait eu finalement des conséquences sur la santé et la motivation de plusieurs collaborateurs et, par ricochet, sur le fonctionnement du groupe.

Par ailleurs, la juridiction cantonale a constaté que l'ensemble des circonstances dans lesquelles avait eu lieu le renvoi pour justes motifs ne permettait pas de conclure à l'existence d'un licenciement abusif. Certes, elle a relevé que la situation n'avait pas été gérée de manière optimale par le chef de service qui s'était contenté de recueillir les plaintes des collègues orthodontistes et des collaborateurs sans prendre de mesures concrètes pour tenter de remédier au climat conflictuel régnant au sein du groupe et pour résoudre les conflits dont il avait connaissance. Selon les premiers juges, cette circonstance n'est toutefois pas déterminante dans le cas concret, du

moment que le chef de service n'était pas confronté à un conflit d'ordre général mettant en cause plusieurs collaborateurs mais qu'au contraire, seul le recourant posait des problèmes de «savoir-être» nuisant au travail en commun. En outre, la juridiction cantonale a relevé que l'intéressé avait été suffisamment informé des reproches le concernant, sur le vu de la liste des plaintes portée à sa connaissance lors de son audition le 10 juillet 2007.

Cela étant, les premiers juges ont cependant considéré que les circonstances du cas particulier ne justifiaient pas un licenciement immédiat. Ils ont constaté que l'événement qui avait motivé l'ouverture de la procédure de licenciement le 21 décembre 2007 n'était pas un élément supplémentaire à reprocher à l'intéressé mais le fait que son assistante n'avait pas supporté d'apprendre que celui-ci était maintenu dans son activité. Par ailleurs, ils ont jugé que le délai de onze mois qui s'était écoulé entre l'ouverture de la procédure le 21 décembre 2007 et le licenciement du 19 novembre 2008 faisait obstacle à un licenciement immédiat. Aussi, la juridiction cantonale a-t-elle réformé la décision de licenciement pour justes motifs avec effet immédiat en décision de licenciement pour justes motifs avec préavis de trois mois, non sans avoir constaté que les conditions de mise en demeure formelle de l'art. 71<sup>bis</sup> RPAC avaient été respectées par l'avertissement notifié au mois de juillet 2007.

4.

4.1

4.1.1 Par un premier moyen, le recourant invoque une constatation arbitraire des faits par la juridiction cantonale. En particulier, il lui reproche d'avoir omis certains éléments de fait susceptibles, selon lui, d'établir qu'il n'était pas le seul responsable de la dégradation du climat de travail. En outre, il s'élève contre le fait que les premiers juges n'ont pas pris en considération ses grandes qualités professionnelles ni expliqué les raisons pour lesquelles ses compétences sociales, jusque-là qualifiées de bonnes par le chef de service, se seraient brusquement dégradées au début de l'année 2007. Enfin, il conteste le fait qu'il aurait été informé en temps utile par son employeur des plaintes exprimées contre lui par le personnel du groupe O. En particulier, il fait valoir que la liste des plaintes prétendument annexée au procès-verbal d'audition du 10 juillet 2007 ne lui a jamais été communiquée et qu'en réalité, en lui accordant la possibilité, le 14 décembre 2007, de faire valoir par écrit ses objections au sujet du questionnaire prérempli, l'employeur a admis que son appréciation négative ne correspondait plus à la situation du moment, eu égard aux progrès qu'il avait accomplis entre-temps.

4.1.2 Le Tribunal fédéral statue en principe sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), sous réserve des cas prévus à l'art. 105 al. 2 LTF. Le recourant ne peut critiquer la constatation de faits importants pour le jugement de la cause que si ceux-ci ont été établis en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF ou de manière manifestement inexacte (art. 97 al. 1 LTF), c'est-à-dire arbitraire (cf. Message du

28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4135), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause. La violation peut consister en un état de fait incomplet, car l'autorité précédente viole le droit matériel en n'établissant pas tous les faits pertinents pour l'application de celui-ci. L'appréciation des preuves est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, en contradiction avec le dossier, ou contraire au sens de la justice et de l'équité ou lorsque l'autorité ne tient pas compte, sans raison sérieuse, d'un élément propre à modifier la décision, se trompe sur le sens et la portée de celui-ci ou, se fondant sur les éléments recueillis, en tire des constatations insoutenables (ATF 134 V 53 consid. 4.3 p. 62 et les références). Il appartient au recourant de démontrer le caractère arbitraire par une argumentation répondant aux exigences de l'art. 42 al. 2 LTF, respectivement de l'art. 106 al. 2 LTF (ATF 133 II 249 consid. 1.4.3 p. 254 s.).

4.1.3 En l'espèce, le recours ne contient toutefois aucune démonstration du caractère arbitraire de l'état de fait du jugement attaqué. En effet, le recourant n'expose pas en quoi l'appréciation des preuves par le tribunal cantonal est manifestement insoutenable. Son argumentation tend plutôt à substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité précédente. En particulier, l'allégation, selon laquelle c'est le chef de service lui-même qui aurait contribué à la dégradation de l'ambiance de travail par une communication du mois de septembre 2006 au sujet des efforts indispensables pour assurer la pérennité du cabinet, ne repose sur aucun élément concret.

4.2 Par un deuxième moyen, le recourant invoque une application du droit arbitraire et contraire à la bonne foi par la juridiction précédente.

4.2.1 Dans la mesure où il se contente ici également de présenter sa propre appréciation de la situation de fait, on ne saurait se rallier au point de vue de l'intéressé, selon lequel les premiers juges ont violé arbitrairement le droit en tant qu'ils ont admis l'existence de justes motifs de licenciement.

4.2.2 En outre, le recourant reproche au tribunal cantonal d'avoir nié le caractère abusif du licenciement, bien qu'il ait constaté que la Commune de Lausanne n'avait pas cherché à résoudre le problème par une mesure concrète comme la médiation ou le coaching, mais s'était contentée de recueillir les plaintes des collaborateurs du cabinet. De son côté, l'intimée fait valoir que l'intéressé a été clairement informé des insuffisances reprochées et des attentes de l'employeur, de sorte que son entêtement à ne pas y satisfaire rendait inutile toute autre mesure comme un coaching ou une médiation.

4.2.3 Il incombe à l'employeur public, comme à l'employeur privé (art. 328 CO), de protéger et respecter la personnalité du travailleur. Cette obligation comprend notamment le devoir de l'employeur d'agir dans certains cas pour calmer la situation conflictuelle et de ne pas rester inactif. Le point de savoir si et, le cas échéant, quand une réaction est indiquée dépend toutefois largement de l'appréciation du cas concret. Dans le cadre du pou-

voir d'examen limité à l'arbitraire, le Tribunal fédéral n'intervient que lorsque l'attitude de l'employeur apparaît manifestement insoutenable (arrêts 8C\_340/2009 du 24 août 2009 consid. 4.3.2; 1C\_245/2008 du 2 mars 2009 consid. 4.2; 1C\_406/2007 du 16 juillet 2008 consid. 5.2).

En l'occurrence, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant si la Commune de Lausanne a pleinement satisfait à son devoir de protection de la personnalité du travailleur. Etant donné que l'autorité d'engagement dispose d'une liberté d'appréciation dans le choix des mesures de résolution des conflits (arrêt 8C\_340/2009 du 24 août 2009 consid. 4.3.3), le licenciement n'apparaît pas, du moins dans son résultat, comme une violation grave du droit, même en cas de manquement éventuel au devoir de protection de la personnalité de l'employé. Sur le vu des circonstances du cas particulier, le licenciement apparaît bien plutôt comme un moyen approprié pour gérer la situation problématique. En tout cas, on ne saurait qualifier d'arbitraire le point de vue des premiers juges selon lequel le licenciement était justifié au regard de la profonde dégradation de l'ambiance de travail et de ses retombées sur la motivation des collaborateurs et le fonctionnement du groupe O.

#### 4.3

4.3.1 Par un troisième moyen, le recourant fait valoir qu'en s'arrogeant la compétence de réformer la décision de l'intimée en transformant le licenciement avec effet immédiat en licenciement pour justes motifs avec préavis de trois mois, la juridiction cantonale a fait une application arbitraire de l'art. 89 de la loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA/VD; RSV 173.36; en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009) – applicable par analogie au recours devant le tribunal cantonal (art. 99 LPA/VD) – selon lequel l'autorité n'est pas liée par les conclusions des parties (al. 1) et elle peut modifier la décision à l'avantage ou au détriment du recourant (al. 2). A l'appui de son point de vue, l'intéressé invoque deux arrêts du Tribunal fédéral concernant la conversion par le juge civil d'un acte formateur non valable (ATF 135 III 441 et ATF 123 III 86). En outre, il se réfère à un jugement du Tribunal cantonal vaudois GE. 2008.0160 du 13 janvier 2009 consid. 2, dans lequel ledit tribunal s'est abstenu de réformer une décision de la Commune de Lausanne, en renonçant à convertir un licenciement immédiat en licenciement ordinaire.

4.3.2 Dans l'arrêt ATF 135 III 441, le Tribunal fédéral a jugé qu'une résiliation anticipée inefficace d'un contrat de bail fondée sur l'art. 261 al. 2 let. a CO (résiliation du bail lors d'un changement de propriétaire), ne peut pas être convertie par le juge civil en une résiliation ordinaire valable, par application de l'art. 266a al. 2 CO. Il a considéré, en résumé, que celui qui résilie un contrat exerce un droit formateur. En d'autres termes, il fait usage de la faculté conférée par l'ordre juridique à un des cocontractants de modifier unilatéralement, par sa seule manifestation de volonté, la situation juridique de l'autre partie. Ainsi, la notion de droit formateur exclut en principe la possibilité d'une conversion par le juge parce que, d'une part,

celui-ci ne peut pas, en principe, suppléer une volonté qui n'a pas été manifestée et que, d'autre part, il importe d'assurer la sécurité du droit et de protéger le cocontractant contre une situation juridique incertaine. Dans le cas concret, le Tribunal fédéral a relevé que le locataire, pour s'opposer à une résiliation fondée sur l'art. 261 al. 2 let. a CO, est naturellement amené à faire valoir que les conditions d'application de cette disposition ne sont pas réunies et, par voie de conséquence, que le congé est inefficace. En revanche, le locataire n'a pas à envisager un autre congé que celui qui a été donné, c'est-à-dire un congé ordinaire qui implique pour lui d'autres moyens de défense (ATF 135 III 441 consid. 3.3 p. 444 s.).

Dans l'arrêt ATF 123 III 86, le Tribunal fédéral a relevé qu'en matière de contrat de travail, la partie qui apprend l'existence d'un comportement répréhensible de son partenaire contractuel, propre à justifier la cessation immédiate des rapports de travail et qui entend se séparer de son cocontractant pour ce motif, a le choix entre la résiliation ordinaire et la résiliation extraordinaire du contrat; si elle opte pour le premier terme de l'alternative, elle renonce définitivement au droit de résiliation immédiate, du moins en tant qu'il se fonde sur la même circonstance que celle ayant entraîné la résiliation ordinaire du contrat. C'est pourquoi un employeur, qui connaît déjà tous les éléments pouvant fonder un licenciement pour justes motifs mais qui notifie au travailleur un congé ordinaire, renonce définitivement à un licenciement avec effet immédiat à raison des mêmes éléments. Si, postérieurement, il signifie quand même une résiliation extraordinaire, celle-ci n'est pas valable et le juge civil n'a pas à examiner si les conditions d'un licenciement pour justes motifs étaient réunies (ATF 123 III 86 consid. 2 p. 87 s.).

4.3.3 En l'occurrence, le recourant ne peut toutefois déduire de ces arrêts aucun argument à l'appui de sa thèse.

La résiliation des rapports de service d'un fonctionnaire s'opère par la voie d'une décision, qui est un acte administratif. Comme l'acte formateur – qui est l'acte par lequel une personne exerce un droit formateur – l'acte administratif est une manifestation de volonté unilatérale destinée à modifier une situation juridique préexistante (sur les notions de droit et d'acte formateurs, cf. PIERRE TERCIER, *Le droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd. 2004, p. 63 ss n. 253 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, vol. I, 9<sup>e</sup> éd. 2008, p. 19 s. n. 65 ss). La décision administrative et l'exercice d'un droit formateur en droit privé ne s'inscrivent toutefois pas dans un même contexte juridique. Le droit formateur est un *droit subjectif* (WOLFGANG PORTMANN, *Wesen und System der subjektiven Privatrechte*, 1996, p. 199 s.). Son exercice a pour effet de modifier la situation juridique du cocontractant par une simple manifestation unilatérale de volonté. Ce caractère unilatéral exige que le cocontractant ait le droit de connaître de manière absolument claire la situation juridique ainsi modifiée. C'est pourquoi, en principe, l'exercice d'un droit formateur est irrévocable et ne doit pas être soumis à conditions. Le droit formateur ne peut être exercé que

par celui *auquel il appartient*. Le juge ne peut en principe pas suppléer une volonté qui n'a pas été manifestée (ATF 135 III 441 consid. 3.3 p. 444).

Il n'en va pas de même en ce qui concerne la résiliation des rapports de service au moyen d'une décision administrative. Celle-ci ne repose pas sur une manifestation de volonté ni ne découle de l'exercice d'un droit. L'administration n'agit pas en vertu d'un droit qui lui appartient mais en vertu d'une *compétence* qui lui est attribuée par la loi. Certes, cette compétence lui permet – pratiquement comme à une personne privée au moyen d'une manifestation unilatérale de volonté – de lier autrui, mais l'administration est elle-même liée par le droit public («dédoublément de l'impérativité»). L'acte juridique est alors non seulement la source d'effets de droit, mais en même temps l'aboutissement de la procédure administrative et, en cas de recours, le point de départ d'une procédure de contrôle (PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. II, 2<sup>e</sup> éd. 2002, p. 6 s. et 176 s.). Alors que la situation juridique modifiée par l'exercice du droit formateur ne peut être encore une fois modifiée que par les parties, la décision peut l'être par une autre décision, à savoir une décision rendue par une autorité statuant sur un moyen juridictionnel (MOOR, *op.cit.*, p. 178). Etant donné ces différences d'ordre structurel, l'administration ne peut pas être liée par une manifestation de volonté, contrairement à ce que soutient le recourant. On ajoutera que la pratique de certaines autorités cantonales admet la possibilité d'une conversion en pareille hypothèse (voir PETER HÄNNI, *Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz*, 2<sup>e</sup> éd. 2008, p. 589–591). Par ailleurs, le Tribunal fédéral a confirmé, implicitement tout au moins, un jugement du Tribunal administratif fédéral qui allait dans ce sens (arrêt 1C\_277/2008 du 30 juin 2008).

Au surplus, les deux arrêts du Tribunal fédéral invoqués par l'intéressé ne concernent pas le point litigieux en l'occurrence. L'arrêt ATF 135 III 441 traite des possibilités de résiliation du contrat de bail. La résiliation était fondée sur le besoin personnel urgent au sens de l'art. 261 al. 2 let. a CO. En vertu du principe de sécurité du droit, le locataire n'avait pas à envisager que le tribunal se prononçât en faveur d'un autre congé que celui qui lui avait été donné, c'est-à-dire un congé ordinaire qui impliquait pour lui d'autres moyens de défense (une éventuelle annulation du congé sur la base des art. 271 et 271a CO, ainsi, subsidiairement, qu'une prolongation du bail selon les art. 272 ss CO). Au demeurant, l'art. 266a al. 2 CO constitue une réglementation spéciale en cas d'erreur sur le délai ou le terme de congé. Le Tribunal fédéral en a déduit a contrario qu'une conversion n'était pas possible dans d'autres cas (ATF 135 III 441 consid. 3.3 p. 445). Quant à l'arrêt ATF 123 III 86, il concerne bien la résiliation d'un contrat de travail mais il s'agissait de savoir si la partie qui avait opté pour la résiliation ordinaire pouvait revenir sur sa décision et signifier un licenciement immédiat. Le critère qui a été jugé déterminant pour rejeter cette possibilité est le fait qu'en notifiant un congé ordinaire, la partie a fait connaître son point de vue selon lequel l'altération du rapport de confiance

n'était pas telle que seul un licenciement avec effet immédiat fût envisageable. Dans le cas d'espèce, au contraire, il s'agit de trancher le point de savoir si le juge pouvait convertir un licenciement avec effet immédiat en un licenciement pour justes motifs avec préavis de trois mois, lequel est une mesure moins sévère. Dans ces conditions, le critère déterminant dans la cause ATF 123 III 86 ne s'oppose donc pas à la conversion. Cela étant, les deux arrêts du Tribunal fédéral invoqués par l'intéressé ne lui sont d'aucune aide dans le cas particulier.

4.3.4 On ne peut pas non plus considérer qu'en réformant la décision litigieuse, le tribunal cantonal a dérogé à sa jurisprudence exposée dans le jugement GE.2008.0160 du 13 janvier 2009 (qui a fait l'objet de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C\_170/2009 du 25 août 2009). Si, dans cette affaire, le tribunal cantonal s'est abstenu de convertir un licenciement immédiat (non valable) en licenciement ordinaire, c'est simplement parce qu'une procédure de mise en demeure au sens de l'art. 71<sup>bis</sup> RPAC n'avait pas eu lieu.

Pour le reste, le recourant n'expose pas du tout en quoi la juridiction cantonale a appliqué arbitrairement l'art. 89 LPA/VD en réformant la décision de licenciement litigieuse.

Cela étant, le grief dirigé contre la réformation de cette décision se révèle mal fondé.

4.4 Par un quatrième moyen, le recourant invoque une violation du droit à l'égalité de traitement au sens de l'art. 8 al. 1 Cst. Il reproche à la Commune de Lausanne de n'avoir pris aucune mesure concrète pour améliorer la situation le concernant, comme elle l'avait fait en faveur du chef de service.

Les situations du recourant et du chef de service V. ne sont toutefois pas comparables. Comme l'a constaté la juridiction cantonale, le chef de service a connu des difficultés de communication dans une fonction nouvelle pour lui et le coaching a contribué à une meilleure formation dans la conduite d'une équipe de travail. De son côté, le recourant présentait des difficultés de «savoir-être» nuisant au travail en commun et, à défaut d'un conflit déterminé avec certains membres du personnel, il n'existait pas de mesures concrètes permettant de résoudre ce problème de comportement.

Les situations comparées n'étant pas semblables, il ne saurait être question d'inégalité de traitement (cf. ATF 135 V 361 consid. 5.4.1 p. 369 s.; ATF 134 I 23 consid. 9.1 p. 42 s.; ATF 130 I 65 consid. 3.6 p. 70 et les arrêts cités). Ce moyen doit donc lui aussi être rejeté.

4.5 Par un cinquième moyen, le recourant invoque une violation du principe de proportionnalité. Il reproche à l'intimée de l'avoir licencié, alors qu'elle aurait pu améliorer la situation en prenant des mesures moins sévères comme la mise en place d'un coaching ou d'une médiation, ou encore l'autorisation pour l'intéressé de travailler sans assistante personnelle.

Ce reproche apparaît cependant infondé, du moment qu'un licenciement n'apparaît pas comme une mesure disproportionnée au regard de la

gravité de la dégradation du climat de travail résultant du comportement du recourant.

4.6 Par un ultime moyen, le recourant reproche à l'intimée une violation de son droit d'être entendu, en alléguant qu'elle ne l'a pas informé des plaintes exprimées par les différents collaborateurs du cabinet.

Ce grief apparaît cependant mal fondé, dans la mesure où les allégations de l'intéressé reposent sur sa propre interprétation de la situation de fait, laquelle est contredite par les constatations des premiers juges.

# Bundesverwaltungsgericht

*Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 15. Oktober 2010, Doss.-Nr. B-2257/2010 (Aufhebung der Verfügung des SECO vom 12. Februar 2010)*

**Ausnahme vom Verbot der Nachtarbeit, Art. 17 ArG; Bewilligungsgesuch für Inventurarbeiten, Art. 49 ArG.**

**Setzt ein Warenhaus für Inventurarbeiten neben eigenem Personal auch Personal beauftragter Inventurunternehmen ein und werden die Arbeiten in Nachtarbeit ausgeführt, müssen sowohl das Warenhaus als auch die Auftragnehmer über separate Bewilligungen für Nachtarbeit gemäss Art. 17 ArG verfügen. Eine Bewilligung wird an denjenigen Arbeitgeber ausgestellt, dessen Personal die von der beantragten Ausnahme betroffenen Arbeiten ausführt, wozu aber nicht das Personal von Auftragnehmern gehört. Auf deren Gesuch hin (Art. 49 Abs. 1 ArG) hätten diesen direkte Bewilligungen ausgestellt werden müssen (E. 4.2, 4.4.1, 4.4.2).**

**Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit wird bewilligt, sofern sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist (Art. 17 Abs. 2 ArG). Mit Begründungen wie der Belastung des eigenen Personals durch die Inventurarbeiten und deren Vorbereitung oder unzureichende Qualität der Daten wird der Nachweis der technischen oder wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit nicht erbracht (E. 5.2, 5.4.3).**

Sachverhalt:

Mit Schreiben vom 30. Oktober 2008 ersuchte die Beschwerdegegnerin das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO, nachfolgend: Vorinstanz) um Bewilligung für Nachtarbeit im Zeitraum vom 15. März 2009 bis zum 14. März 2011 für Inventurarbeiten in sechs Warenhäusern der Beschwerdegegnerin für das Jahr 2009 (Pilotphase) und sodann ab 2010 für sämtliche 74 Warenhäuser (konzernweite Einführung gestützt auf die Auswertung der Pilotphase). Zur Begründung gab die Beschwerdegegnerin eine «wirtschaftlich unentbehrliche Betriebsweise» an. Aus betrieblicher Sicht gelte es, die gesetzlich möglichen Ladenöffnungszeiten zu nutzen. Das Unternehmen sei aufgrund der gesetzlichen Vorgaben verpflichtet, mindestens einmal im Jahr die Warenbestände bzw. die entsprechenden Warenwerte zu erheben. Der aktuelle Prozess (Inventur an drei Wochenenden im September durch eigenes Personal und Aushilfen) sei veraltet, personalintensiv und aufwendig. Vorgeschlagen wurde eine rollierende Inventur (Februar bis Mai, Montag bis Freitag, zwischen 20 und 03 Uhr) durch ex-

terne Dienstleister unter Einbezug von Spezialisten der Beschwerdegegnerin. Dadurch entfalle u.a. die Mehrfachbelastung des Verkaufspersonals.

Mit Verfügung vom 27. April 2009 erteilte die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin die Bewilligung für Nachtarbeit während maximal 16 Nächten befristet auf den Zeitraum vom 1. März 2009 bis zum 30. September 2011 (Arbeitsbeginn frühestens um 20 Uhr, Arbeitsende spätestens um 03 Uhr, maximale Anzahl Mitarbeitende der externen Dienstleister: 150, maximale Anzahl Mitarbeitende der Beschwerdegegnerin: 30). Die Bewilligung war beschränkt auf sechs bezeichnete Warenhäuser. Am 27. November 2009 ersuchte die Beschwerdegegnerin die Vorinstanz um Erteilung der Nachtarbeitsbewilligung für alle Warenhäuser der Beschwerdegegnerin in der Schweiz zur Durchführung von Inventuren ab 2010. Die Auswertung der Pilotinventuren durch externe Dienstleister sei positiv gewesen. Mit Verfügung vom 10. (französisch sowie italienisch) bzw. 12. Februar 2010 (deutsch) erteilte die Vorinstanz die Bewilligung für Nachtarbeit für den Zeitraum vom 1. Februar 2010 bis zum 31. Januar 2013 für Inventurarbeiten der Beschwerdegegnerin in den Warenhäusern der ganzen Schweiz, unter Auflagen und Bedingungen. Die Bewilligung wurde erteilt für 180 Personen externer Dienstleister sowie 50 Spezialisten der Beschwerdegegnerin, zwischen Februar und Juni, Montag/Dienstag-Nacht bis Freitag/Samstag-Nacht von 08:00–03:00 Uhr, Samstag 08:00–23:00 Uhr, maximale Arbeitszeit 9 Stunden, maximaler Einsatzzeitraum 10 Stunden. Am 15. Februar 2010 unterzeichnete die Beschwerdegegnerin als Auftraggeberin zwei Rahmenverträge für die Durchführung der Inventuren mit den Auftragnehmerinnen X. AG und Y. GmbH.

Mit Eingabe vom 6. April 2010 erhob die Gewerkschaft UNIA (nachfolgend: Beschwerdeführerin) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Bewilligung für Nachtarbeit vom 12. Februar 2010 und beantragt deren Aufhebung. Sie rügt einerseits, die Bewilligung hätte nicht (nur) der Beschwerdegegnerin ausgestellt werden dürfen, sondern den beiden externen Dienstleistern, die Arbeitgeber der betroffenen Arbeitnehmer seien. Andererseits erachtet die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen für die Erteilung einer Nachtarbeitsbewilligung vorliegend als nicht erfüllt. Indem die Vorinstanz eine Bewilligung für regelmässige Nachtarbeit gesamtschweizerisch erteilt habe, setze sich diese zudem über die Praxis der Kantone hinweg, die vorübergehende Nachtarbeit für Inventuren nur selten bewilligen würden. Die Vorinstanz habe es unterlassen, die Kriterien für Dauernachtarbeit ohne Wechsel mit Tagesarbeit zu berücksichtigen und die Bewilligung fälschlicherweise für Nachtarbeit mit Wechsel zur Tagesarbeit erteilt. Aufgrund der formellen Mängel bei der Gesuchseinreichung seien Probleme beim Vollzug bzw. bei der Überwachung der Einhaltung des Arbeitsgesetzes zu erwarten. Überdies würden sich die Löhne der externen (ausländischen) Dienstleister unter den Schweizer Löhnen bewegen (Lohnunterbietung). Ebenfalls problematisch sei die Tat-

sache, dass sich die Angestellten der externen Dienstleister länger als 90 Tage in der Schweiz aufhalten würden.

Aus den Erwägungen:

4.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, vorliegend seien Gesuchsteller und Arbeitgeber nicht identisch. Das Gesuch der Beschwerdegegnerin um Ausnahme vom Verbot der Nachtarbeit erfülle deshalb die formellen Voraussetzungen von Art. 49 Abs. 1 ArG nicht. Die Vorinstanz habe vielmehr zwei Unternehmen die Nachtarbeit bewilligt, ohne dass diese darum ersucht hätten. Der Adressat einer Verfügung für Nachtarbeit könne nur der Gesuchsteller sein. Die Beschwerdeführerin rügt somit, dass die angefochtene Verfügung bereits an einem formellen Mangel leide, weil die Beschwerdegegnerin nicht rechtmässige Adressatin der Verfügung bzw. nicht die rechtmässige Gesuchstellerin sei.

Die Vorinstanz führt dazu aus, das Arbeitsgesetz verlange zwar grundsätzlich, dass die Bewilligung an denjenigen Arbeitgeber auszustellen sei, dessen Personal die von der beantragten Ausnahme betroffenen Arbeiten ausführe, es liege jedoch eine besondere Situation vor. Die externen Mitarbeitenden würden durch Angestellte der Beschwerdegegnerin unterstützt. Daher habe diese auch eine gewisse Verantwortung gegenüber den externen Mitarbeitern. Sie habe sich in gewissem Masse auch dazu bereit erklärt, sicherzustellen, dass die externen Dienstleistungsunternehmen die in der Bewilligung statuierten Bedingungen auch einhielten. Die Tatsache, dass die externen Unternehmen die Bewilligung nicht direkt erhalten hätten, entbinde sie nicht von der Pflicht, die geltende Gesetzgebung einzuhalten. Die Vorinstanz sei der Ansicht gewesen, dass eine zusätzliche Bewilligung für die externen Unternehmen im vorliegenden Fall nicht erforderlich sei, denn es seien in der Bewilligung für die Beschwerdegegnerin Schranken vorgesehen, insbesondere das Ankündigungsobligatorium gegenüber den kantonalen Ausführungsbehörden.

Die Beschwerdegegnerin legt dar, sie habe von der Vorinstanz die Auskunft erhalten, dass nur die Beschwerdegegnerin das Gesuch stellen und Adressatin der Bewilligung sein könne. Art. 49 Abs. 1 ArG schliesse nicht aus, dass anstelle des Arbeitgebers im privatrechtlichen Sinn jene Person das Gesuch stelle, welche die massgeblichen betrieblichen Abläufe kontrolliere. Die betriebliche Situation sei ausschlaggebend, nicht die arbeitsvertragliche Parteistellung. Das Gesuch habe derjenige zu stellen, der den Betrieb führe und die Arbeit dort organisiere. Dies entspreche auch der Rechtsprechung, wonach das konkrete Arbeitsverfahren Ausgangspunkt der Beurteilung sei, ob die erforderliche technische oder wirtschaftliche Unentbehrlichkeit vorliege. Darüber hinaus würden nebst der Beschwerdegegnerin auch die drei bestimmbareren externen Dienstleister durch die Verfügung in die Pflicht genommen. Zudem hätten sich die externen Dienst-

leister auch vertraglich gegenüber der Beschwerdegegnerin zur Einhaltung der Verfügung und ihrer Auflagen verpflichtet und nachträglich auch gegenüber der Vorinstanz und dem Bundesverwaltungsgericht bestätigt. Sollte das Gericht zur Auffassung gelangen, dass die Bewilligung an den jeweiligen privatrechtlichen Arbeitgeber ausgestellt werden müsste, führe dies jedenfalls nicht zur sofortigen Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Die Vorinstanz wäre gegebenenfalls anzuweisen, die angefochtene Verfügung binnen angemessener Frist durch neue Bewilligungen zu ersetzen.

4.1 Eine Verfügung ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird; Verfügungsadressat ist somit derjenige, dessen Rechte und Pflichten durch die Verfügung geregelt werden (vgl. Art. 5 VwVG). Ist eine Verfügung auf Gesuch hin ergangen, ist der Gesuchsteller regelmässig der (primäre) Verfügungsadressat.

4.2 Nach Art. 49 Abs. 1 ArG hat der Arbeitgeber Gesuche für die im Gesetz vorgesehenen Bewilligungen rechtzeitig einzureichen und zu begründen sowie die erforderlichen Unterlagen beizufügen. Art. 49 Abs. 1 regelt in erster Linie Form und Zeitpunkt der Bewilligungsgesuche (BENOÎT BOVAY, a.a.O., Art. 58 Rz. 3). Zu den erforderlichen Unterlagen äussert sich Art. 41 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 (ArGV 1, SR 22.111), wonach das Gesuch u.a. den Betrieb oder den Betriebsteil zu bezeichnen hat, für welchen um die Bewilligung nachgesucht wird (Art. 41 Bst. A ArGV 1). Nach der Legaldefinition von Art. 1 Abs. 2 ArG liegt ein Betrieb dann vor, wenn ein Arbeitgeber dauernd oder vorübergehend einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt, unabhängig davon, ob bestimmte Einrichtungen oder Anlagen vorhanden sind. Das Arbeitsgesetz regelt dagegen nicht, wer Arbeitgeber ist. Die Wegleitung zum Arbeitsgesetz präzisiert lediglich, dass als Arbeitgeber der Träger der Arbeitsorganisation bezeichnet wird und dieser in vielen Fällen mit dem Betriebsinhaber identisch ist (SECO, Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, Bern 2005, S. 001-1 f., abrufbar unter [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch) > Dokumentation > Publikationen und Formulare > Merk- und Informationsblätter > Arbeit [nachfolgend: Wegleitung]; vgl. auch DANIEL SOLTERMANN, Die Nacht aus arbeitsrechtlicher Sicht, Bern 2004, S. 142). Nach dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung ist der Arbeitgeberbegriff des Arbeitsgesetzes in Anlehnung an denjenigen des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) auszulegen. Arbeitgeber im Sinne von Art. 319 OR ist, wer sich in einem privatrechtlichen Vertrag Arbeitsleistungen unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation versprechen lässt (eigene Arbeitsorganisation oder die eines Dritten, beispielsweise beim Personalverleih; vgl. WOLFGANG PORTMANN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Aufl., Basel 2007, N. 43 zu Art. 319 OR). Beim Personalverleih gemäss Arbeitsvermittlungsgesetz

vom 6. Oktober 1989 (AVG, SR 823.11) findet eine gewisse Aufspaltung der Arbeitgeberstellung statt. Der Arbeitgeber stellt den Arbeitnehmer mit dessen Einverständnis für bestimmte Zeit einem Dritten (Einsatzbetrieb) zwecks Arbeitsleistung zur Verfügung. Entscheidend ist dabei, dass der Arbeitgeber die wesentlichen Weisungsrechte über seine Angestellten an den Einsatzbetrieb abtritt. Zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer besteht ein faktisches Vertragsverhältnis. Dem Entleiher steht während der Dauer der Leihe das Recht am Arbeitsergebnis zu. Ferner hat er in dem aus seiner Stellung als Betriebsinhaber folgenden Umfang das Weisungsrecht und die Fürsorgepflicht. Ihm gegenüber unterliegt der Arbeitnehmer der Treuepflicht und einer Haftung in Analogie zu Art. 321e OR. Das Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher bleibt trotz der Leihe bestehen. Der Verleiher hat insbesondere Anspruch auf Arbeitsleistung, die Pflicht zur Lohnzahlung und das Kündigungsrecht (vgl. hierzu Urteil des Bundesgerichts 4C.60/2007 vom 28. Juni 2007 E. 4.1; PORTMANN, a.a.O., N. 23 ff.).

4.3 Soweit die angefochtene Verfügung Arbeitnehmer der Beschwerdegegnerin betrifft, ist diese die korrekte Verfügungsadressatin; die Bewilligung für die 50 Spezialisten, die bei der Beschwerdegegnerin angestellt sind, weitet die gesetzliche Möglichkeit (Überschreitung der Höchstarbeitszeit für Inventuren, vgl. Art. 12 Abs. 1 Bst. C ArG), um Inventuren zu erledigen aus.

4.4 Zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin auch in Bezug auf die 180 Mitarbeitenden externer Dienstleister als Arbeitgeberin gilt und auch für diese das Gesuch stellen konnte.

4.4.1 Die Mitarbeitenden der X. AG und der Y. AG stehen zu diesen in einem Arbeitsverhältnis. Die Beschwerdegegnerin ist Auftraggeberin der X. AG und der Y. AG (vgl. die Rahmenverträge). Nach § 2 Ziff. 2 der Rahmenverträge wird das in Auftrag gegebene Werk vom Auftragnehmer eigenständig organisiert und mit eigenem Personal durchgeführt. Gemäss § 2 Ziff. 4 sind die Arbeitnehmer, welche durch den Auftragnehmer eingesetzt werden, den unmittelbaren Weisungen des Auftraggebers nicht unterworfen (Ausnahmen bei Dringlichkeit). Die Inventuren sollen zwar in den Räumen der Beschwerdegegnerin und an deren Waren stattfinden, doch ändert dies nichts daran, dass die Mitarbeitenden Angestellte der X. AG und der Y. AG sind, zu diesen in einem Subordinationsverhältnis stehen und entsprechend Arbeitnehmerschutz geniessen. Die Beschwerdegegnerin hat gegenüber den 180 Mitarbeitenden der X. AG und der Y. AG keine Arbeitgeberpflichten. Würde die Beschwerdegegnerin beispielsweise den Auftrag kündigen, hätte sie grundsätzlich keine Lohnfortzahlungen an die Angestellten der X. AG und der Y. AG zu leisten. Dass die Inventuren im Auftrag der Beschwerdegegnerin und in deren Räumlichkeiten erfolgen, macht sie gegenüber den 180 Mitarbeitenden der X. AG und der Y. AG noch nicht zur Trägerin der Arbeitsorganisation (vgl. E. 4.2). Zudem bestehen keine Hinweise darauf, dass es sich vorliegend um Personalverleih handeln würde, bei welchem die Arbeitgeberfunktion zwei verschiedenen

Personen zusteht (vgl. E. 4.2. am Ende). Die Vorinstanz räumt denn auch ein, dass das Arbeitsgesetz grundsätzlich verlange, dass die Bewilligung an denjenigen Arbeitgeber ausgestellt werde, dessen Personal die von der beantragten Ausnahme betroffenen Arbeiten ausführen werde. Dies ist auch deshalb der Fall, weil nur der Arbeitgeber, der selber Verfügungsadressat ist, durch die Verfügung beispielsweise mit darin enthaltenen Auflagen zu einem bestimmten Verhalten rechtlich verbindlich angehalten werden kann. Entsprechendes gilt auch in Bezug auf die Gründe für den Widerruf einer Verfügung, könnte sich doch deren Adressat u.a. auf den Standpunkt stellen, er habe keinen (genügenden) Einfluss auf das Verhalten der in der Verfügung angeführten Dritten nehmen können.

In der Konsequenz bedeutet dies, dass für die Bewilligung im Umfang der 180 Mitarbeitenden externer Dienstleister die X. AG und die Y. AG ein Gesuch hätten stellen und entsprechend formelle Verfügungsadressaten hätten sein müssen. Der von der Vorinstanz geltend gemachten Besonderheit der Situation, in der auch 50 Mitarbeitende der Beschwerdegegnerin von der Bewilligung betroffen waren, die die externen Mitarbeitenden unterstützen sollten (vgl. E. 4 zu Beginn), hätte damit Rechnung getragen werden können, dass drei gesonderte Bewilligungen erteilt, aber inhaltlich miteinander verknüpft bzw. voneinander abhängig gemacht und entsprechend im Bundesblatt publiziert worden wären. Falls es sich um vorübergehende Nachtarbeit handeln würde (vgl. E. 4.4.2), wäre dafür eine gewisse Koordination unter den zuständigen kantonalen Behörden Voraussetzung gewesen.

4.4.2 Die Vorinstanz hätte somit die Bewilligung für Nachtarbeit für Mitarbeitende der X. AG und der Y. AG gemäss Art. 49 Abs. 1 ArG, unter Vorbehalt der Bewilligungsvoraussetzungen (Art. 17 ArG), direkt an diese ausstellen müssen. Dies hätte vorausgesetzt, dass die X. AG und die Y. AG vor Vorinstanz zuvor in eigenem Namen ein entsprechendes Gesuch eingereicht hätten. Der Argumentation der Vorinstanz, wonach die Kontrollen durch die kantonalen Vollzugsbehörden stark erschwert würden bzw. die externen Dienstleister als direkte Bewilligungsadressaten über einen Wettbewerbsvorteil verfügen würden, ist nicht nachvollziehbar; die Bewilligung hätte den externen Dienstleistern ohne Weiteres für einen bestimmten Klienten (vorliegend für die Beschwerdegegnerin) und für bestimmte Warenhäuser erteilt werden können.

(...)

4.6 Die angefochtene Verfügung ist nach dem Gesagten insoweit, als sie 180 Mitarbeitende externer Dienstleister betrifft, formell fehlerhaft und wegen dieses Mangels aufzuheben.

Weil die Bewilligung für maximal 50 Arbeitnehmer der Beschwerdegegnerin durch die Vorinstanz mit der Bewilligung für 180 Mitarbeitende externer Dienstleister verknüpft wurde und ohne Bewilligung für die Mitarbeitenden der externen Dienstleister der Beschwerdegegnerin keine Be-

willigung erteilt worden wäre, führt dies zur Aufhebung der gesamten Verfügung.

5.

Die Beschwerde ist im Übrigen auch materiell begründet.

5.1 Nach Art. 10 Abs. 1 ArG gilt die Arbeit von 6 Uhr bis 20 Uhr als Tagesarbeit und die Arbeit von 20 Uhr bis 23 Uhr als Abendarbeit; beides ist bewilligungsfrei. Untersagt ist die Beschäftigung von Arbeitnehmenden ausserhalb der betrieblichen Tages- und Abendarbeit (Nachtarbeit, Art. 16 ArG). Ausnahmen vom Verbot der Nachtarbeit bedürfen einer Bewilligung (Art. 17 Abs. 1 ArG).

5.2 Gemäss Art. 17 Abs. 2 ArG wird dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit bewilligt, sofern sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist. Bei den Begriffen der technischen und wirtschaftlichen Gründe handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die zunächst auf Verordnungsstufe und letztlich durch die Praxis konkretisiert werden (JEAN-FRITZ STÖCKLI/DANIEL SOLTERMANN, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 17, Rz. 4). Nach Art. 28 Abs. 1 ArGV 1 liegt technische Unentbehrlichkeit insbesondere dann vor, wenn ein Arbeitsverfahren oder Arbeiten nicht unterbrochen oder aufgeschoben werden können, weil mit der Unterbrechung oder dem Aufschub erhebliche und unzumutbare Nachteile für die Produktion und das Arbeitsergebnis oder die Betriebseinrichtung verbunden sind (Bst. a); andernfalls die Gesundheit der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen oder die Umgebung des Betriebs gefährdet werden (Bst. b). Wirtschaftliche Unentbehrlichkeit liegt gemäss Art. 28 Abs. 2 ArGV 1 vor, wenn die Unterbrechung eines Arbeitsverfahrens und dessen Wiedereingangssetzung hohe Zusatzkosten verursachen, die ohne die Leistung von Nacht- oder Sonntagsarbeit eine merkbare Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit des Betriebes gegenüber seinen Konkurrenten zur Folge hat oder haben könnte (Bst. a); das angewandte Arbeitsverfahren mit unvermeidlich hohen Investitionskosten verbunden ist, die ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit nicht amortisiert werden können (Bst. b); oder die Konkurrenzfähigkeit gegenüber Ländern mit vergleichbarem sozialen Standard wegen längerer Arbeitszeiten oder anderer Arbeitsbedingungen im Ausland erheblich beeinträchtigt ist und durch die Bewilligung die Beschäftigung mit grosser Wahrscheinlichkeit gesichert wird (Bst. c). Der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit gleichgestellt sind die besonderen Konsumbedürfnisse, deren Befriedigung im öffentlichen Interesse liegt und nicht ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit möglich ist (Art. 28 Abs. 3 ArGV 1). Solche Konsumbedürfnisse sind: täglich notwendige und unentbehrliche Waren oder Dienstleistungen, deren Fehlen von einem Grossteil der Bevölkerung als wesentlicher Mangel empfunden würde (Bst. a); und bei denen das Bedürfnis dauernd oder in der Nacht oder am Sonntag besonders hervortritt (Bst. b).

5.3 Gemäss Art. 28 Abs. 4 ArGV 1 braucht die technische oder wirtschaftliche Unentbehrlichkeit nicht besonders nachgewiesen zu werden, sofern ein Bewilligungsgesuch für Nachtarbeit Arbeiten betrifft, welche im Anhang zur ArGV 1 aufgeführt werden; Inventuren im Detailhandel sind darin nicht erwähnt.

Für die Durchführung von Inventuren besteht nach Art. 12 Abs. 1 Bst. B ArG die Möglichkeit einer ausnahmsweisen Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit (Art. 9 ArG).

(...)

5.4.3 Die Beschwerdegegnerin behauptet zwar das Vorliegen der Bewilligungsvoraussetzungen, hat diese jedoch nicht genügend substantiiert bzw. belegt, auch nicht im Beschwerdeverfahren. Allein damit, dass die Beschwerdegegnerin zur Begründung ihres Gesuchs die «manchmal unzureichende Qualität der Daten» sowie die Belastung des eigenen Personals durch die Inventuren und deren Vorbereitung anführt, ist der Nachweis der technischen und wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit nicht erbracht. Auch der Hinweis, dass eine Inventuraufnahme während der Ladenöffnungszeiten nicht möglich sei bzw. es nicht wirtschaftlich und gegenüber den Kunden unverständlich sei, die Läden zu schliessen, um Inventuren durchzuführen, kann nicht als Nachweis im Sinne von Art. 41 Bst. G ArGV 1 gewertet werden, zumal die Beschwerdegegnerin die Inventuren bisher ohne besondere wirtschaftliche Nachteile mit eigenem Personal und in hinreichender Qualität in der davon im Arbeitsgesetz vorgesehenen Abendarbeit bewältigen konnte. Für die in Frage stehende Bewilligung lag somit kein genügender Nachweis vor, dass es für die Beschwerdeführerin technisch und wirtschaftlich notwendig wäre, die Inventuren ausserhalb der gesetzlichen Möglichkeiten (vgl. Art. 12 Abs. 1 Bst. B ArG) während der Nacht durchzuführen.

Es ist weiter insbesondere darauf hinzuweisen, dass der Ansatzpunkt für die Beurteilung der Unentbehrlichkeit nicht Überlegungen der (wirtschaftlichen) Zweckmässigkeit sein können, sondern einzig die objektiven Erfordernisse des fraglichen Arbeitsverfahrens (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2841/2009 vom 22. Januar 2010 E. 3.3.2, mit Hinweisen; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2C\_748/2009 vom 15. Juli 2010 E. 3.2, mit Hinweisen). Es ist nicht ersichtlich, dass und inwiefern sich die Vorinstanz näher mit den in Art. 28 ArGV 1 festgelegten Kriterien auseinandergesetzt hätte. Im Rahmen der Bewilligungserteilung für Nachtarbeit ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung aber ein strenger Massstab anzuwenden (BGE 131 II 200 E. 6.3 f.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2841/2009 vom 22. Januar 2010 E. 3.3.2). Die vorliegenden Unterlagen sind dürftig und beinhalten nicht genügend Informationen, um eine Ausnahmbewilligung nach Art. 17 ArG zu erteilen. Die Vorinstanz ist ihrer Verpflichtung nach Art. 12 VwVG, von Amtes wegen den rechts-erheblichen Sachverhalt vollständig und richtig zu ermitteln, nur ungenügend nachgekommen. Sie hätte vom Zeitpunkt der Gesuchseinreichung

(27. November 2009) bis zum geplanten Start der Inventuren (Februar 2010) durchaus genügend Zeit gehabt, die notwendigen Unterlagen einzufordern bzw. Präzisierungen von der Beschwerdegegnerin einzuverlangen. Auch wenn es sich teilweise um eine Wiederholung der ersten Bewilligung vom 27. April 2009 handelte, war die Vorinstanz von der Pflicht, den Nachweis der technischen und wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit zu prüfen, nicht entbunden, insbesondere auch deshalb nicht, weil die neuerliche Bewilligung eine Ausdehnung auf sämtliche Geschäftsstellen der Beschwerdegegnerin beinhaltete.

(...)

7.

Zusammengefasst ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung im Umfang, in welchem sie 180 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer externer Dienstleister betrifft, formell fehlerhaft ist, und die Vorinstanz zu Unrecht die Voraussetzungen für die Bewilligung von Nachtarbeit bejaht hat. Damit ist die Beschwerde im Sinne der Erwägungen gutzuheissen, soweit darauf eingetreten werden kann, und die angefochtene Verfügung aufzuheben.

## Kanton Bern

*Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 19. Februar 2010 (Bestätigung des Entscheids des Gerichtspräsidenten des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 19. November 2009)*

**Art. 329c Abs. 1 OR. Eine Entspannungswirkung stellt sich erst bei Ferien von mehrwöchiger Dauer richtig ein. Entscheidend für den Erholungszweck ist daher allein die Zeitspanne, während der keine Arbeit geleistet werden muss. Ob es sich dabei um Fest-, Sonn- oder normale Arbeitstage handelt, spielt keine Rolle. Unerheblich ist ferner, ob die Betriebsferien vorgearbeitet und durch Überzeit kompensiert worden sind. Dem Zweck der Vorschrift ist somit Genüge getan, wenn der Arbeitnehmer an vierzehn aufeinander folgenden Tagen von seiner Arbeitspflicht befreit ist (E. D.4).**

**Ordnet der Arbeitgeber (Zwangs-)Ferien bzw. Freitage kurzfristig und deutlich unter der allgemeinen Ankündigungsfrist von drei Monaten an, verletzt er damit den Grundsatz der rechtzeitigen Mitteilung. Der Arbeitnehmer hat das Recht, den Ferienantritt zu verweigern (E. D.8).**

Sachverhalt:

Der Kläger trat am 15. März 1985 in die Unternehmung der Beklagten ein, wo er bis im Oktober 2006 als Fugenspezialist angestellt war. Im Geschäftsbetrieb der Beklagten wurden von den Mitarbeitern ausgefüllte Stundenrapporte geführt, welche die An- bzw. Abwesenheiten dokumentieren. Das Studentotal ist auf diesen Rapporten jeweilen von der Beklagten ergänzt worden. Ferner erhielten die Mitarbeiter jeden Monat mit der Lohnabrechnung eine Absenzenkontrolle, aus der ersichtlich war, wie viele Ferientage im laufenden Jahr bereits bezogen worden sind bzw. wie viele Ferientage noch verblieben. Zu Beginn des Jahres wurde den Mitarbeitern schliesslich eine Absenzenkontrolle ausgehändigt, welche den Feriensaldo des vergangenen Jahres auswies. Mit Schreiben vom 26. Juni 2006 kündigte die Beklagte dem Kläger per 30. September 2006. Die Kündigung wurde namentlich damit begründet, dass der Kläger Arbeitszeiten nicht eingehalten und den Arbeitsplatz unbegründet verlassen habe sowie den Anweisungen der Vorgesetzten trotz wiederholter Rüge nicht nachgekommen sei, ferner dass der Kläger trotz wiederholter Aufforderung nie bekannt gegeben habe, wie bzw. wann er das bestehende Ferienguthaben durch entsprechende Bezüge zu reduzieren gedenke. Während der Kündigungsfrist wurde der Kläger krank, womit sich die Kündigungsfrist bis Ende Oktober 2006 verlängerte. Mit Schreiben vom 19. September 2006 teilte der Kläger

der Beklagten mit, dass er noch über ein Ferienguthaben von 64 Tagen verfüge und eine Nachforderung für nicht bezogene Ferientage stelle. Die Beklagte wies das Ansinnen nach Abgeltung eines Ferienguthabens zurück.

Am 17. Oktober 2006 belangte der Kläger die Beklagte beim Arbeitsgericht der Stadt Bern. Später erhöhte er den geforderten Betrag auf über Fr. 8000.–, weshalb das Arbeitsgericht seine Zuständigkeit verlor. Der Kläger behauptet ein restanzliches Ferienguthaben, welches von der Beklagten abzugelten sei. Für den Zeitraum von 2000 bis 2006 beziffert er die noch nicht bezogenen Ferien auf 96 Tage. Er macht zur Begründung u.a. geltend, die – durch die Kontrollblätter ausgewiesenen – Abwesenheiten am Arbeitsplatz würden keinen Ferienbezug darstellen. Die Beklagte habe jeweils kurzfristig – immer dann, wenn keine Arbeit zu erledigen gewesen sei – Ferien angeordnet. Dieses Vorgehen sei mit Blick auf Art. 324 OR unzulässig und die entsprechenden Tage zu vergüten.

Aus den Erwägungen:

D.

4.

Erwiesen und mehr oder weniger unbestritten sind die Betriebsferien über den Jahreswechsel. Allerdings hat der Kläger oberinstanzlich eingewendet, Festtage könnten nicht als eigentliche Ferientage gezählt werden. Somit bestreitet er sinngemäss, zwei zusammenhängende Wochen Ferien bezogen zu haben.

Sein Vorbringen geht fehl: Die zusammenhängenden Ferien dienen in erster Linie dem Erholungszweck. Eine Entspannungswirkung stellt sich nämlich erst bei Ferien von mehrwöchiger Dauer richtig ein. Entscheidend für den Erholungszweck ist daher allein die Zeitspanne, während der keine Arbeit geleistet werden muss. Ob es sich dabei um Fest-, Sonn- oder normale Arbeitstage handelt, spielt keine Rolle. Unerheblich ist ferner, ob die Betriebsferien vorgearbeitet und durch Überzeit kompensiert worden sind. Dem Zweck der Vorschrift ist somit Genüge getan, wenn der Arbeitnehmer an vierzehn aufeinander folgenden Tagen von seiner Arbeitspflicht befreit ist.

Das ist hier der Fall. Wie die Vorinstanz überzeugend darlegte, hatte der Kläger jedes Jahr für die Dauer der Betriebsferien über Weihnachten/Neujahr frei. Er musste daher während mindestens zwei Wochen nicht zur Arbeit erscheinen. Somit ergibt sich, dass die Beklagte den vertraglichen Anspruch auf zwei Wochen zusammenhängende Ferien nicht verletzt hat.

(...)

7.

Der Kläger bringt weiter vor, die arbeitsfreien Tage seien jeweils maximal eine Woche im Voraus mitgeteilt worden, weshalb von einem «Ver-

einbaren» keine Rede sein könne. Vielmehr habe die Beklagte diese Tage einseitig angeordnet.

Wie sachverhaltsmässig festgehalten wurde, hat es der Kläger unterlassen, seine Ferienwünsche rechtzeitig anzumelden. Überdies erachtete die Kammer als erwiesen, dass der Kläger trotz mehrmaliger Aufforderung seitens der Beklagten keine oder kaum Ferien beziehen wollte. Daraus folgt, dass die Beklagte auf die Wünsche des Arbeitnehmers hinreichend Rücksicht genommen hat. Sie war demnach frei, den Zeitpunkt der verbleibenden Ferientage des Klägers zu bestimmen und auch ganze oder halbe Ferientage anzuordnen.

8.

Der Arbeitgeber hat indes sein Recht auf Bestimmung der Ferien so rechtzeitig auszuüben, dass dem Arbeitnehmer ausreichend Zeit bleibt, die Gestaltung der Ferien vor auszuplanen. Im Allgemeinen muss die Frist wenigstens drei Monate betragen, was auch für Zwangsferien gilt (REHBINDER, Berner Kommentar, N 11 zu Art. 329c OR).

Die Beklagte bestreitet nicht, dass sie mitunter kurzfristig und deutlich unter der Ankündigungsfrist von drei Monaten Freitage angeordnet hat. Diese Praxis der Beklagten verletzt den Grundsatz der rechtzeitigen Mitteilung und erweist sich demnach als gesetzwidrig. Der Kläger hätte somit ein Recht gehabt, den Ferienantritt zu verweigern (REHBINDER, a.a.O., N 12 zu Art. 329c OR).

9.

Das Widerspruchsrecht muss vom Arbeitnehmer allerdings unverzüglich wahrgenommen werden, ansonsten ist von einem Verzicht resp. von einem Einverständnis auszugehen (REHBINDER, a.a.O., N 10 zu Art. 329c OR).

Der Kläger hat weder behauptet noch ist dargetan, dass er gegen die Praxis der kurzfristigen Ferienanordnung opponiert hätte. Erst im Februar 2006 will er der Beklagten mitgeteilt haben, dass sie seine Ferien «nicht für sich benutzen könne».

Wie die Vorinstanz zutreffend dargelegt, hätte der Kläger aber anhand der Absenzenkontrolle jederzeit die Möglichkeit gehabt zu erkennen, dass die verordneten Freitage jeweils als Ferien verbucht worden sind. Er wäre somit in der Lage gewesen, die Beklagte auf Fehler hinzuweisen, seinem Missfallen über das gewählte Vorgehen Ausdruck zu verleihen und eine Korrektur des Feriensaldos zu verlangen. Dies umso mehr, als Zeugnisaussagen bestätigten, dass der Feriensaldo jeden Monat auf den aktuellen Stand gebracht wurde und allfällige Fehler in der Ferienkontrolle im Büro gemeldet resp. korrigiert werden konnten. Tatsächlich hat sich der Kläger jedoch nie gegen die Praxis der Beklagten zur Wehr gesetzt.

10.

In Übereinstimmung mit den vorinstanzlichen Erwägungen kommt deshalb auch die Kammer zum Schluss, dass der Kläger mit der kurzfristige Anordnung der Ferientage einverstanden war bzw. der Ferienbezug im

gegenseitigen Einverständnis erfolgt ist. Aus diesem Grund kann der Kläger heute nicht mehr einwenden, diese Praxis erweise sich als ungesetzlich.

11.

Ob und wann der Kläger der Beklagten mitgeteilt hat, er sei mit dem kurzfristigen Bezug von Ferientagen nicht mehr einverstanden, wurde beweismässig nicht abgeklärt. Diese Unterlassung hat sich der Kläger selbst zuzuschreiben. Es kann in diesem Zusammenhang auf die Erwägungen des Vorrichters verwiesen werden.

12.

Zusammenfassend ergibt sich deshalb, dass sämtliche ausgewiesenen Freitage des Klägers als Ferienbezüge zu betrachten sind und von seinem Ferienguthaben (25 Tage pro Jahr) abgezogen werden müssen. Für die Berechnung und den daraus resultierenden Saldo kann auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden.

Da der Kläger bis zum ordentlichen Vertragsende vom 31. Oktober 2006 sein gesamtes Ferienguthaben bezogen hatte bzw. dieses sogar einen Minussaldo von rund 12 Tagen aufwies, ist die Klage abzuweisen.

Eingesandt von A. Günther, Gerichtsschreiber

*Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 7. April 2010 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts der Stadt Bern vom 3. Dezember 2009)*

**Persönliche Eigenschaften i.S. von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR. Eine Kündigung ist dann nicht missbräuchlich, wenn wegen des schwierigen Charakters eines Arbeitnehmers eine konfliktgeladene Situation am Arbeitsplatz entstanden ist, die sich schädlich auf die gemeinsame Arbeit auswirkt, und wenn der Arbeitgeber zuvor sämtliche ihm zumutbaren Vorkehren getroffen hat, um den Konflikt zu entschärfen (E. B.2).**

**Aus dem vom Bundesgericht entwickelten Gebot der schonenden Rechtsausübung kann der Arbeitnehmer in einer konfliktgeladenen Situation am Arbeitsplatz unter Umständen ein Recht auf Anhörung vor der Kündigung ableiten (E. B.9).**

Sachverhalt:

Die Nichtigkeitsklägerin hat am 1. Februar 2000 ihre Arbeit als Teilzeitangestellte in der Filiale B. der Nichtigkeitsbeklagten aufgenommen. Ihr Verhalten und ihre Leistungen gaben anfänglich zu keinerlei Beanstandungen Anlass. Dies wird durch zwei Zwischenzeugnisse vom Oktober 2002 sowie vom August 2008 belegt. Im September 2008 wechselte sie in die neue Filiale G. Dort kam es auf Veranlassung der Vorgesetzten am 23. September 2009 zu einem Gespräch, welches Themen wie Teamfähigkeit, Leistungswille, Ausdruck bzw. Verständigung und Einsatzbereiche

zum Inhalt hatte. Am 20. Oktober 2008 erfolgte eine schriftliche Mahnung und am 10. November 2008 eine Verwarnung. Beanstandet wurden unter anderem mangelnde Arbeitsqualität und -quantität, fehlende Kritikfähigkeit, Respektlosigkeiten gegenüber den Vorgesetzten und mangelnde Effizienz beim Einkassieren. Die Nichtigkeitsklägerin wurde aufgefordert, ihr Verhalten zu verbessern, da andernfalls die Kündigung drohe. Am 12. Dezember 2008 kündigte die Nichtigkeitsbeklagte das Arbeitsverhältnis per 31. März 2009 ordentlich.

Mit Eingabe vom 28. April 2009 belangte die Nichtigkeitsklägerin die Nichtigkeitsbeklagte beim Arbeitsgericht der Stadt Bern auf Zahlung eines Fr. 8000.– nicht erreichenden Betrages als Entschädigung für die missbräuchliche Kündigung. Anlässlich der erstinstanzlichen Verhandlung vom 26. November 2009 modifizierte sie ihre Begehren und verlangte nunmehr die Verurteilung der Nichtigkeitsbeklagten zur Zahlung von Fr. 6264.– sowie zur Ausstellung eines berechtigten Arbeitszeugnisses. Mit Entscheid vom 3. Dezember 2009 verurteilte das Arbeitsgericht der Stadt Bern die Nichtigkeitsbeklagte zur partiellen Berichtigung des Arbeitszeugnisses vom 31. März 2009 und wies die Klage soweit weitergehend ab. Die Vorinstanz kam im Wesentlichen zum Schluss, dass Uneinsichtigkeit, mangelhafte Teamfähigkeit, fehlende Kritikfähigkeit und Effizienz sowie Misstrauen und Respektlosigkeiten gegenüber den Vorgesetzten zur Kündigung geführt hätten. Solche Eigenschaften würden das Arbeitsverhältnis beeinträchtigen, weshalb sie als Kündigungsgrund zulässig seien. Eine missbräuchliche Kündigung liege deshalb nicht vor. Im Übrigen sei weder eine Racheündigung nachgewiesen noch würden Anhaltspunkte für das behauptete Mobbing vorliegen. Gegen diesen Entscheid erhob die Nichtigkeitsklägerin Nichtigkeitsklage.

Aus den Erwägungen:

B.

2.

Die Aufzählung in Art. 336 OR konkretisiert das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot und gestaltet dieses mit den für den Arbeitsvertrag geeigneten Rechtsfolgen aus. Der Missbrauch einer Kündigung kann sich nicht nur aus den Kündigungsmotiven, sondern auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Selbst wenn die eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht.

Eine Kündigung ist allerdings dann nicht missbräuchlich, wenn wegen des schwierigen Charakters eines Arbeitnehmers eine konfliktgeladene Situation am Arbeitsplatz entstanden ist, die sich schädlich auf die gemeinsame Arbeit auswirkt, und wenn der Arbeitgeber zuvor sämtliche ihm zumutbaren Vorkehren getroffen hat, um den Konflikt zu entschärfen (zum Ganzen vgl. BGE 132 III 115 ff, m.w.H.).

3.

Die Vorinstanz erwog, die Kündigung sei mit dem Verhalten der Nichtigkeitsklägerin am Arbeitsplatz, namentlich mit ihrem uneinsichtigen, unbeherrschbaren und respektlosen Verhalten begründet worden.

4.

Die befragten Zeugen haben diese Charakterzüge – zumindest für die Zeit nach dem Stellenwechsel – bestätigt. Zu beurteilen ist denn auch einzig die Situation in der Filiale G., weshalb durchaus möglich ist, dass die Nichtigkeitsklägerin in der Filiale B. als weniger «aufmüpfig» wahrgenommen wurde.

Ob man dieses Verhalten als Selbstüberschätzung bezeichnen oder die Nichtigkeitsklägerin als starke und schwierige Persönlichkeit betrachten will, kann dahingestellt bleiben. Auf jeden Fall gehören diese Charakterzüge zu den persönlichen Eigenschaften i.S. von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR und diese Eigenschaften wirkten sich auch auf das Arbeitsverhältnis aus. Anders ist nicht zu erklären, warum bereits drei Wochen nach dem Stellenwechsel mit der Nichtigkeitsklägerin das Gespräch gesucht wurde.

5.

An sich sind Kündigungen wegen persönlicher Eigenschaften verpönt (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR). Sie sind jedoch gerechtfertigt, wenn die Eigenschaft in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht und der Arbeitgeber zumutbare Massnahmen ergriffen hat, um die Situation zu entspannen (vgl. den oben erwähnten BGE 132 III 115 ff; PORTMANN, BSK-OR I, Basel 2007, N 4 zu Art. 336 OR).

Das ist hier der Fall: Die Nichtigkeitsbeklagte ist der Pflicht, Massnahmen zu ergreifen, insoweit nachgekommen, als sie die Situation durch Gespräche, Ermahnungen etc. zu beruhigen versuchte. Entgegenkommenderweise fanden die Gespräche sogar unter Beizug des früheren Vorgesetzten der Nichtigkeitsklägerin statt, welcher offenbar ihr Vertrauen genoss. Zudem wurde der Nichtigkeitsklägerin eine Versetzung in eine andere Filiale angeboten, was sie jedoch ablehnte.

6.

Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz zu Recht den Missbrauchstatbestand von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR verneint. Eine Verletzung klaren Rechts ist nicht auszumachen.

7.

Die Rechtsprechung nimmt eine Rachekündigung an, wenn der Arbeitnehmer Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht und ihm deswegen gekündigt wird (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR). Mit dem Verbot der Rachekündigung wollte der Gesetzgeber die gerichtliche Klärung von Ansprüchen während der Anstellung möglich machen und die Bestrafung durch eine Kündigung verhindern.

Die Nichtigkeitsklägerin nennt diverse Umstände, die zu akzeptieren sie nicht bereit war und gegen welche sie sich zur Wehr setzte.

8.

Hier ist allerdings nicht erwiesen, dass die Nichtigkeitsklägerin die behaupteten Ansprüche vorgetragen hätte, bevor ihr eigenes Verhalten kritisiert worden ist. Aktenkundig ist lediglich, dass sie der an ihrer Person geübten Kritik mit Gegenvorwürfen begegnete. Auf solche Fälle ist das Verbot der Rache Kündigung indes nicht zugeschnitten. Den Stein ins Rollen brachte hier nicht das Geltendmachen von Ansprüchen seitens der Nichtigkeitsklägerin, sondern ihr eigenes Fehlverhalten.

Dass die Vorinstanz in einem solchen Fall eine Rache Kündigung verneinte, ist jedenfalls nicht willkürlich. Auch im Zusammenhang mit Art. 336 Abs. 1 lit. d OR liegt kein Nichtigkeitsgrund vor.

9.

Die in Art. 336 OR explizit aufgeführten Gründe sind nicht abschliessend. Die Missbräuchlichkeit einer Kündigung kann sich vielmehr auch aus Art. 2 ZGB (Treu und Glauben) ergeben. Die Nichtigkeitsklägerin weist an sich zu Recht darauf hin, dass namentlich die Art und Weise wie der Arbeitgeber den Vertrag auflöst, missbräuchlich sein kann (PORTMANN, a.a.O., N 25 zu Art. 336 OR).

Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang das Gebot der schonenden Rechtsausübung entwickelt. Es folgert daraus, dass der Arbeitnehmer ein Recht hat, vor der Kündigung angehört zu werden – vergleichbar mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör im Prozess (BGE 132 III 115 ff; Koller, ZBJV 2008, 342). Ausserdem – so das Bundesgericht weiter – könne ein Rechtsmissbrauch auch bei krassem Missverhältnis der auf dem Spiel stehenden Interessen vorliegen oder dann, wenn der Arbeitgeber seine (unter Umständen erhöhten) Fürsorgepflichten verletzt.

10.

Nichts von alledem trifft auf den vorliegenden Fall zu: Die Nichtigkeitsbeklagte hat die Nichtigkeitsklägerin vor der Kündigung angehört und hat ihr eine Chance gegeben, ihr Verhalten zu ändern. Anders als in BGE 132 III 115 ff besteht bei der 37-jährigen Nichtigkeitsklägerin nach einem zehnjährigen Arbeitsverhältnis auch noch keine erhöhte Fürsorgepflicht. Ihrer (regulären) Fürsorgepflicht ist die Nichtigkeitsbeklagte im Übrigen dadurch nachgekommen, dass sie mit der Nichtigkeitsklägerin das Gespräch gesucht und ihr eine Versetzung angeboten hat. Ferner ist nicht ersichtlich, weshalb hier ein krasse Missverhältnis der Interessen vorliegen sollte, zumal auf Seiten der Nichtigkeitsbeklagten die Kündigungsfreiheit ganz wesentlich ins Gewicht fällt.

(...)

12.

Nach dem Dargelegten erweisen sich sämtliche Rügen der Nichtigkeitsklägerin als unbegründet, was zur Abweisung der Nichtigkeitsklage führt.

Eingesandt von A. Günther, Gerichtsschreiber

**Fügt ein angestellter Anwalt als Erfüllungsgehilfe dem Auftraggeber einen Schaden zu, so haftet der beauftragte Anwalt und Kanzleihinhaber nach Massgabe von Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 101 Abs. 1 OR, wie wenn er selbst gehandelt hätte. Das Verhalten der Hilfsperson wird ihm wie eigenes Verhalten zugerechnet. Wird der Schaden demgegenüber durch einen Substituten verursacht und war die Übertragung des Auftrages an ihn zulässig (befugte Substitution), so haftet der beauftragte Anwalt nach Art. 399 Abs. 2 OR nur für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Substituten (sog. Haftungsprivileg). Vorliegend war von einer konkludenten Ermächtigung zur Substitution auszugehen (E. 31, 40, 48, 49 und 58).**

Sachverhalt:

A. (Kläger 1) hatte einen teilweise selbstverschuldeten Autounfall mit zahlreichen medizinischen Folgeschäden. Zur Wahrung seiner diversen versicherungsrechtlichen Ansprüche beauftragte er das Advokaturbüro von Fürsprecher K. (Beklagter). Die Kläger machen Schadenersatz zufolge mangelhafter Auftragsführung (insb. Nichtvornahme verjährungsunterbrechender Handlungen) geltend.

Das Obergericht des Kantons Bern weist die Klage ab. Es kommt zum Schluss, dass das Mandat in chronologischer Reihenfolge und mit nahtlosen Übergängen durch die im Anwaltsbüro tätigen Anwälte R., S., T. und Z. betreut wurde, wobei es sich bei R. und S. um angestellte Anwälte, bei T. und Z. dagegen um selbständige Anwälte bzw. Partner handelte. Der beklagte Fürsprecher K. führte das Mandat dagegen unbestrittenermassen nie persönlich. Über Wechsel in der Mandatsführung wurde der Kläger 1 jeweils informiert, jedoch nicht um seine Zustimmung gefragt. Da er nicht einen bestimmten Anwalt sondern das Advokaturbüro des Beklagten «als Ganzes» beauftragen wollte und dieses im Zeitpunkt der Mandatierung als Einzelunternehmung organisiert war, handelte es sich um ein Einzelmandat an den Beklagten als Inhaber des Advokaturbüros. Der Wechsel der mandatsführenden Anwälte berührte den Bestand des Mandates nicht; es blieb beim einheitlichen Auftragsverhältnis mit dem Beklagten. Das Auftragsverhältnis endete erst mit dem Weggang von Fürsprecher Z. aus dem Advokaturbüro des Beklagten.

Auszug aus den Erwägungen:

IV.

2.

c) Haftbarkeit des Beklagten für allfällige Sorgfaltspflichtverletzungen der mandatsführenden Anwälte

aa) Unterscheidung zwischen Hilfspersonen und Substituten  
27.

Steht somit fest, dass der Beklagte (alleiniger) Beauftragter des Appellanten war, ist weiter zu prüfen, inwiefern er für allfällige Pflichtverletzungen der bei ihm angestellten Anwälte und der im selben Advokaturbüro als selbständig Erwerbende tätigen Anwälte verantwortlich und haftbar gemacht werden kann.

28.

Der Anwalt hat das Geschäft nach Art. 398 Abs. 3 OR persönlich zu besorgen, es sei denn, er sei zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt, durch die Umstände dazu genötigt oder eine Vertretung werde übungsge-  
mäss als zulässig betrachtet.

29.

Die Zulässigkeit des Beizugs von Hilfspersonen richtet sich gemäss herrschender Lehre nach Art. 68 OR (BK-FELLMANN, Art. 398 N 532, 537; GIOVANNI ANDREA TESTA, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, Diss. Zürich 2001, S. 45 m.w.H.). Demnach ist der Anwalt dann verpflichtet, den Auftrag persönlich auszuführen, wenn es dabei auf seine Persönlichkeit ankommt. FELLMANN präzisiert, dass Art. 68 OR eine Vermutung gegen eine persönliche Leistungspflicht begründe, wenn es bei der Leistung nicht auf die Person des Schuldners ankomme (WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, Bern 2010, zit. «Fellmann, 2010», N 1070). Untergeordnete Aufgaben kann der Beauftragte ohne weiteres auch bei persönlicher Erfüllungspflicht an Erfüllungsgehilfen delegieren, worunter vorab Sekretariatsmitarbeitende zu verstehen sind. Gemäss FELLMANN soll dagegen die Übertragung des Mandats an einen angestellten Anwalt zur selbständigen Führung nur mit Zustimmung des Klienten zulässig sein (FELLMANN, 2010, N 1073).

30.

Eine Ermächtigung zur Substitution i.S. von Art. 398 Abs. 3 OR liegt vor, wenn der Auftraggeber in die Erteilung eines Unterauftrags einwilligt (FELLMANN, 2010, N 1084), wobei die Ermächtigung ausdrücklich erteilt werden oder stillschweigend erfolgen kann (FELLMANN, 2010, N 1087). FELLMANN fordert zudem, dass sich die Ermächtigung auch auf die Einschränkung der Haftung beziehen müsse, falls die Substitution allein im Interesse des Beauftragten erfolge (FELLMANN 2010, N 1086). Der beauftragte Anwalt wird im substituierten Bereich nur von der obligatio faciendi befreit; alle übrigen Pflichten aus dem Mandatsverhältnis, insbesondere die Pflicht zur Rechenschaftsablegung, Herausgabe des Erlangten, Rückgabe eines Vorschusses etc. bleiben bei ihm bestehen (FELLMANN, 2010, N 1102).

31.

Die Unterscheidung zwischen befugter Substitution gemäss Art. 398 Abs. 3 OR und dem Beizug von Hilfspersonen ist von Bedeutung für dem Umfang der Haftung des beauftragten Anwaltes (BK-FELLMANN, Art. 398

OR N 537): Fügt der Erfüllungsgehilfe dem Auftraggeber einen Schaden zu, so haftet der Beauftragte nach Art. 101 Abs. 1 OR, wie wenn er selbst gehandelt hätte. Das Verhalten der Hilfsperson wird ihm wie eigenes Verhalten zugerechnet. Wird der Schaden demgegenüber durch einen Substituten verursacht und war die Übertragung des Auftrages an ihn zulässig, so haftet der Beauftragte nach Art. 399 Abs. 2 OR nur für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Substituten (sog. Haftungsprivileg).

32.

Literatur und Rechtsprechung nehmen die Abgrenzung zwischen Erfüllungsgehilfe und Substitut anhand verschiedener Kriterien vor. Als massgebend wird besonders erachtet, ob der Dritte selbständig handelt und die Leistung ohne Weisung und Aufsicht des Beauftragten erbringt (sog. technische Selbständigkeit). Als weiteres Kriterium für die Annahme eines Substitutionsverhältnisses wird die wirtschaftliche bzw. rechtliche Selbständigkeit des Substituten genannt, welche als erfüllt betrachtet wird, wenn der Substitut zum Beauftragten in keinem Unterordnungsverhältnis steht, d.h. dessen Aufsichts- und Weisungsgewalt auch nicht nur potentiell untersteht. Als entscheidend wird schliesslich erachtet, dass der Substitut völlig in die Verantwortung des Beauftragten einrückt und dessen unmittelbarem Einfluss- und Kontrollbereich faktisch entzogen ist (vgl. zum Ganzen BK-FELLMANN, Art. 398 OR N 538 ff., m.w.H.). Daneben verlangt die Lehre die Vornahme einer Interessenabwägung: Im Sinne einer wertenden Betrachtung soll geprüft werden, ob im konkreten Fall eine auf gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten reduzierte Haftung gerechtfertigt ist. Demnach liege eine Substitution nur vor, wenn der Beauftragte die Erfüllung durch einen wirtschaftlich selbständigen Dritten vornehmen lässt, ohne diesen zu leiten oder zu beaufsichtigen und sich das damit verbundene Haftungsprivileg bei der gegenseitigen Abwägung der Interessen des Auftraggebers und des Beauftragten rechtfertigen lässt bzw. rechtfertigen liesse, wenn die Substitution zulässig wäre. Damit sich das Haftungsprivileg des Erstbeauftragten aber rechtfertigen lasse, habe die Substitution im Interesse des Auftraggebers zu erfolgen. Liege die Substitution dagegen allein im Interesse des Beauftragten, lasse sich das Haftungsprivileg nicht begründen (WALTER FELLMANN, in: Fellmann/Huguenin/Jacobs/Poledna/Schwarz (Hrsg.), Schweizerisches Anwaltsrecht, Bern 1998, zit. «Fellmann, 1998», 213, mit Verweis auf BGE 107 II 245 und 112 II 353 f; FELLMANN, 2010, N 1078 ff), es sei denn, die Ermächtigung zur Substitution beziehe sich auch auf die Einschränkung der Haftung (FELLMANN, 2010, N 1086).

33.

Das Bundesgericht scheint sich dieser Auffassung zur notwendigen Interessenlage in seiner Entscheid 4A\_407/2007 vom 14. März 2008 auch für den Bereich anwaltlicher Tätigkeit angeschlossen zu haben, äusserte sich aber mangels Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung nicht zur konkreten Frage, ob der im gleichen Mandat tätige aber bei

aneinander gereihter Mandatsführung zweite Anwalt und Kanzleikollege als Hilfsperson oder als Substitut des ersten Anwalts zu qualifizieren sei (E. 2.2.–2.4.). Jedenfalls habe die Vorinstanz nicht Art. 9 BV verletzt, indem sie angenommen habe, die Substitution sei aufgrund der Arbeitsauslastung und der kurzen noch zur Verfügung stehenden Zeit bis zum Ablauf der Klagefrist (auch) im Interesse des Beschwerdeführers erfolgt und damit zulässig gewesen (E. 3.2.). Weder aus dem bundesgerichtlichen noch aus dem vorinstanzlichen Entscheid ergibt sich jedoch zudem, ob der Kanzleikollege in jenem Fall als angestellter oder selbständiger Anwalt tätig war (vgl. Entscheid BZ.2007.20 des Kantonsgerichts St. Gallen vom 6. September 2007).

34.

In 4C.336/2001 hatte das Bundesgericht entgegen der Vorinstanz (welche beim Anwalt als Arbeitgeber eine Verletzung der Pflicht zur Überwachung festgestellt hatte) entschieden, ein Anwalt hafte nicht solidarisch mit dem bei ihm angestellten Anwalt, wenn dieser von der Klientin persönlich beauftragt worden sei. Eine Haftung des nicht beauftragten Anwalts, namentlich als Arbeitgeber des beauftragten Anwalts, sei ohne weiteres ausgeschlossen (E. 3.b).

35.

Nach TESTA ist auch ein angestellter Anwalt – trotz bestehendem Arbeitsverhältnis – als Substitut zu qualifizieren, wenn er von seinem Arbeitgeber Mandate zur vollständigen und selbständigen Betreuung erhält. Erbringe der angestellte Anwalt seine Leistung jedoch unter Aufsicht des Arbeitgebers oder werde ein grösseres Mandat in Zusammenarbeit mit einem Partner der Kanzlei betreut, dann sei er als Erfüllungsgehilfe zu behandeln (TESTA, a.a.O., S. 48).

36.

Dagegen geht ein anderer Teil der Lehre davon aus, der im Anstellungsverhältnis beschäftigte Anwalt sei Hilfsperson im Sinne von Art. 101 OR (MICHAEL KULL, Die zivilrechtliche Haftung des Anwalts gegenüber dem Mandanten, der Gegenpartei und dem Dritten, Zürich 2000, S. 97; so auch OTTO KELLERHALS, Die zivilrechtliche Haftung des Rechtsanwalts aus Auftrag, Diss. Bern 1953, S. 140, mit Verweis auf OSER-SCHÖNENBERGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 5, Das Obligationenrecht, 2. Teil, Zürich 1936, Art. 399, S. 1484; MADELEINE-CLAIRE LEWIS, Zivilrechtliche Anwaltshaftpflicht im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Diss. Zürich 1981, S. 38; FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d’avocat, Berne 2009, Rz. 3108; FELLMANN, 2010, N 1082). «Eine Substitution liegt [...] nur vor, wenn der Substitut nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Beauftragten steht. Liegt nämlich ein Arbeitsverhältnis vor, fehlt dem Substituten die für die Substitution charakteristische Selbständigkeit.» (FELLMANN, 2010, N 1082).

bb) Qualifikation der angestellten Anwälte

37.

Wie oben dargestellt, ist sich die Lehre also nicht einig bei der Einordnung der angestellten Anwälte. TESTA will sie als Substituten (mit Haftungsprivileg für den Auftragnehmer) behandeln, wenn sie ihre Mandate vom Arbeitgeber zur vollständigen und selbständigen Betreuung erhalten. KULL und KELLERHALS sowie BOHNET und auch FELLMANN hingegen qualifizieren den angestellten Anwalt bezüglich der Haftungsfrage als Hilfsperson und lassen die strengere Haftung von Art. 101 OR zur Anwendung kommen.

38.

Die Mehrheitsmeinung, insbesondere die Auffassung FELLMANNS (FELLMANN, 1998, S. 213, FELLMANN, 2010, N 1082), überzeugt. Die kanzleiinterne Unterscheidung zwischen Arbeitnehmer und Partner muss sich auch auf die Haftungstragweite auswirken. In diesem Zusammenhang weist die Lehre zu Recht auf das Kriterium der wirtschaftlichen Selbständigkeit hin. Gerade diese ist vorliegend das zentrale Element für den Unterschied zwischen angestelltem Anwalt und Partner. Letzterer ist eben «auf eigene Rechnung» tätig. Überdies sind jüngere Anwälte in der Regel zunächst als Angestellte in einem Advokaturbüro tätig und erhalten Hilfestellungen von den erfahreneren Anwälten. Fälle persönlicher Mandatierung ausgenommen, sind angestellte Anwälte somit als Hilfspersonen des mandatierten Büroinhabers und Arbeitgebers i.S.v. Art. 101 OR zu qualifizieren. Diese Einordnung rechtfertigt sich – trotz der im vorliegenden Fall faktisch selbständigen Fallbearbeitung – aufgrund der potentiellen Aufsichts- und Weisungsbefugnis des Beklagten und der wirtschaftlichen Abhängigkeit der angestellten Anwälte.

39.

Eine vertragliche Haftungsbeschränkung i.S.v. Art. 101 Abs. 2 OR – soweit sie denn anwaltsrechtlich überhaupt zulässig wäre – wurde vom Beklagten weder behauptet noch bewiesen.

40.

Der Beklagte haftet nach dem Gesagten nach Massgabe von Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 101 Abs. 1 OR für allfällige Sorgfaltspflichtverletzungen der als Hilfspersonen zu qualifizierenden Fürsprecher R. und S.

cc) Qualifikation der selbständigen Anwälte

41.

Nach TESTA ist die (befugte) Abgabe eines Mandats durch einen Partner an einen anderen Partner derselben Kanzlei zur Betreuung als Substitution i.S.v. Art. 399 Abs. 1 OR zu betrachten, da der neue Partner dabei die volle Verantwortung übernimmt, ohne dass er der Aufsichts- und Weisungsgewalt des erstbeauftragten Partners untersteht (TESTA, a.a.O., S. 48).

42.

Die Vorinstanz verneinte ohne nähere Begründung jegliche Haftung des Beklagten für allfällige Fehler während der Mandatsführung durch die selbständigen Anwälte T. und Z.

43.

Dies greift zu kurz. Da es sich vorliegend um ein einheitliches, ununterbrochenes Auftragsverhältnis des Klägers 1 mit dem Beklagten handelte, «übernahmen» auch die FS T. und Z. das Mandat indirekt vom Beklagten. Es ist daher zu prüfen, ob diese als selbständige Anwälte im Advokaturbüro des Beklagten tätigen Anwälte als Substituten oder Hilfspersonen des Beklagten zu qualifizieren sind.

44.

Sowohl FS T. als auch der Klägervorteiler erfüllen alle Kriterien eines Substituten: Sie führten das Mandat selbständig, waren der Aufsichts- und Weisungsgewalt des Beklagten (mit Ausnahme des sich aus dem Unterauftrag ergebenden Weisungsbefugnis) auch nicht potentiell unterworfen und insbesondere wirtschaftlich von diesem unabhängig. Sie erfüllen damit die Erfordernisse der technischen und wirtschaftlichen Unabhängigkeit.

45.

Nimmt man die von der Lehre und dem Bundesgericht geforderte Interessenabwägung vor (oben Rz. 32 f.), so ist festzustellen, dass vorliegend die Substitution vor allem im Interesse des Beauftragten erfolgte. Diesem ermöglichte die Übertragung der Mandatsführung auf die selbständigen Anwälte primär die Vergrößerung seines Geschäftsvolumens. Es wurde zudem nicht behauptet, bei FS T. oder dem Klägervorteiler habe es sich um Spezialisten für die zu behandelnden Rechtsfragen gehandelt. Sie wiesen vielmehr eine mit derjenigen des Beklagten vergleichbare Qualifikation auf. Die Übertragung der Mandatsführung erfolgte also auch in dieser Hinsicht nicht primär im Interesse des Auftraggebers, d.h. des Klägers 1. Jedoch war es dem Kläger 1 gleichgültig, welcher der im Büro des Beklagten tätigen Anwälte sein Mandat führte. Dabei erscheint es als eher zufällige Begebenheit, dass die Mandatsführung einmal auf angestellte Anwälte und ein andermal auf selbständige Partner übertragen wurde. Nachdem der Kläger 1 nicht wusste, wie das Advokaturbüro des Beklagten organisiert war bzw. welche Anwälte selbständig und welche angestellt waren, hätte es sich dabei auch immer um selbständige Partner handeln können, welche sämtliche Kriterien für die Qualifikation als Substituten aufgewiesen hätten. Es war dem Kläger 1 insofern gleichgültig, in welchem vertraglichen Verhältnis die mandatsführenden Anwälte zum Beklagten standen. Damit kümmerte ihn aber auch deren rechtliche Qualifikation als Substituten oder eben Hilfspersonen nicht. Die Ermächtigung zur Substitution (vgl. nachstehend Rz. 47 ff.) beinhaltet somit auch das Einverständnis zu einem allfälligen Haftungsprivileg. Dieser Umstand ist in die wertende Betrachtung der Interessenlage betreffend die Substitution mit einzubeziehen,

weshalb vorliegend die Qualifikation der Anwälte T. und Z. als Substituten nicht am fehlenden Substitutions-Interesse des Klägers 1 scheitert.

46.

Die als selbständige Anwälte im Advokaturbüro des Beklagten tätigen FS T. und FS Z. sind demnach als Substituten i.S.v. Art. 398 Abs. 3 bzw. Art. 399 OR zu qualifizieren.

dd) Ermächtigung zur Substitution

47.

Wie bereits dargelegt, ist der Beauftragte zur Substitution nur befugt, wenn er vom Auftraggeber dazu ermächtigt wurde, durch die Umstände dazu genötigt ist, oder wenn eine Vertretung Übungsgemäss als zulässig betrachtet wird (Art. 398 Abs. 3 OR). Dass er zur Substitution befugt war hat der Beauftragte zu beweisen (BK-FELLMANN, Art. 399 OR N 66 f.). Ob die Zustimmung des Klienten auch bei der Übertragung des Mandats an einen angestellten Anwalt zur selbständigen Führung notwendig ist (vgl. oben Rz. 29) kann hier offen gelassen werden, da diese Voraussetzung ohnehin erfüllt wäre:

48.

Dem Kläger 1 wurden die Wechsel der mandatsführenden Anwälte jeweils angezeigt. Dagegen hat er nicht remonstriert. Es war ihm vielmehr gleichgültig, wer sein Mandat führte. Es ist deshalb vorliegend ohne weiteres von einer konkludenten Ermächtigung zur Substitution (und damit auch zur Übertragung an Erfüllungsgehilfen) auszugehen.

49.

Bei befugter Substitution profitiert der Beauftragte vom Haftungsprivileg gemäss Art. 399 Abs. 2 OR. Der Beklagte haftet somit vorliegend nur für gehörige Auswahl und Instruktion der selbständigen Anwälte T. und Z.

50.

Selbst wenn das Advokaturbüro des Beklagten mit dem Eintritt selbständiger Partner zu Kollektivgesellschaft geworden sein sollte, wie dies der Klägervertreter durch seinen Hinweis auf BGE 124 III 363 offenbar andeuten will, ändert sich daran nichts. Daraus folgt nämlich keine automatische Vertragsübernahme des bisherigen Einzelmandats durch die Kollektivgesellschaft, bzw. keine Umwandlung des Einzelmandats in ein Gesamtmandat der Kollektivgesellschaft, welche zu einer Haftungsbeschränkung nach Art. 568 Abs. 3 OR führen würde.

ee) Sorgfaltsmassstab bei den curae in eligendo et instruendo

(...)

56.

Eine Verletzung der erforderlichen Sorgfalt bei Auswahl und Instruktion wird von den Klägern nicht behauptet und ist auch nicht dargetan. Bei FS T. und Z. handelte es sich um erfahrene Anwälte, welche die gleiche Qualifikation wie der beauftragte Beklagte aufwiesen. Dementsprechend war nur eine minimale Instruktion von Nöten. Dieser Pflicht kam der Beklagte nach, indem der jeweilige Vorgänger seinen Nachfolger über die

Mandatsführung informierte. Zudem wurde auch der Kläger 1 über die Wechsel informiert.

57.

Es liegt nach dem Gesagten keine Verletzung der cura in eligendo oder instruendo vor. Der Beklagte haftet demnach nicht für eine allfällige unsorgfältige Mandatsführung durch die selbständigen Anwälte T. und Z.

d) Fazit

58.

Der Beklagte ist passivlegitimiert. Er haftet für allfällige Sorgfaltspflichtverletzungen der angestellten Anwälte R. und S. nach Massgabe von Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 101 Abs. 1 OR wie für seine eigenen. Für allfällige Fehler in der Mandatsführung durch die selbständigen Anwälte T. und Z. haftet der Beklagte nicht, da er zufolge befugter Substitution in den Genuss des Haftungsprivilegs nach Art. 399 Abs. 2 OR kommt und eine Verletzung der notwendigen Sorgfalt bei der Auswahl und Instruktion der selbständigen Anwälte nicht dargetan ist.

# Kanton Basel-Stadt

*Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 22. April 2010*

**Art. 346 Abs. 2 lit. b OR; § 216 Abs. 2 aZPO BS. Das Scheitern der Lernperson bei der Lehrabschlussprüfung muss mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit abzusehen sein, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Die Kündigung gegenüber einer 21-jährigen Dentalassistentin in Ausbildung war gerechtfertigt. Sie hatte sehr schlechte Schulleistungen, weil sie im Unterricht nicht ausreichend mitarbeitete, diesen störte oder auffällig viel unentschuldigt fehlte. Zudem beherrschte sie die deutsche Sprache nur ungenügend. Es fehlte ihr auch jedes Interesse sowie die Eignung für naturwissenschaftliche Fächer. Trotz Prozessverlust der lernenden Person wurden die ausserordentlichen Kosten im Sinne eines Billigkeitsentscheides aufgrund ihrer im Vergleich zur Lehrperson deutlich schwächeren finanziellen Verhältnisse wettgeschlagen.**

Sachverhalt:

B., die am 1. August 1989 geboren war, trat am 1. August 2009 eine dreijährige Lehre bis 31. Juli 2012 als Dentalassistentin beim Zahnarzt E. an. Die Parteien vereinbarten im ersten Lehrjahr einen Lohn von Fr. 500.–, im zweiten Lehrjahr von Fr. 850.– und im dritten Lehrjahr von Fr. 1200.– pro Monat. Der Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis am 21. Januar 2010 per 31. Januar 2010. In seiner schriftlichen Begründung gab er an, dass B. unentschuldigt vom Arbeitsplatz ferngeblieben sei sowie mangelhafte Schulleistungen aufweise. Er lege Wert auf die Feststellung, dass die Auflösung des Lehrvertrages in Absprache mit der Schulleitung der M. sowie dem Amt für Berufsbildung des Erziehungsdepartements Basel-Stadt erfolgt sei.

Mit Klage vom 10. Februar 2010 verlangte B. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung von E. zur Zahlung von Fr. 28 600.–, wovon Fr. 27 600.– als Schadenersatz und Fr. 1000.– als Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Das Gericht wies am 22. April 2010 die Klage ab und schlug die ausserordentlichen Kosten wett, wobei es Folgendes in Erwägung zog.

Aus den Erwägungen:

1.

Nach Art. 344 OR verpflichten sich durch den Lehrvertrag einerseits der Arbeitgeber, die lernende Person für eine bestimmte Berufstätigkeit

fachgemäss auszubilden, und andererseits die lernende Person, zu diesem Zweck Arbeit im Dienst des Arbeitgebers zu leisten. Nach Art. 345 Abs. 1 OR hat die lernende Person alles zu tun, um das Lernziel zu erreichen. Nach Art. 346 OR kann das Lehrverhältnis während der Probezeit jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden. Aus wichtigen Gründen im Sinne von Art. 337 OR kann das Lehrverhältnis namentlich fristlos aufgelöst werden, wenn die lernende Person nicht über die für die Bildung unentbehrlichen körperlichen oder geistigen Anlagen verfügt. Die lernende Person und gegebenenfalls deren gesetzliche Vertretung sind vorgängig anzuhören (Art. 346 Abs. 2 lit. b OR). Zudem hat der Arbeitgeber umgehend die kantonale Behörde und gegebenenfalls die Berufsfachschule darüber zu benachrichtigen (Art. 14 Abs. 4 Berufsbildungsgesetz, BBG). Während die Anhörung der Lehrperson als Gültigkeitsvoraussetzung anzusehen ist, trifft dies nicht auf diese Benachrichtigung zu (Kantonsgericht Fribourg, JAR 1999, S. 343 E. 4b). Da Art. 346 OR keine abschliessende Aufzählung der Gründe für eine fristlose Kündigung enthält, gilt die Rechtsprechung darüber, was als wichtiger Grund nach Art. 337 OR anzusehen ist, auch im Lehrverhältnis. Ferner bestimmen sich die Folgen einer fristlosen Kündigung ebenfalls nach Art. 337b bis 337d OR.

2.

Falls sichere Anzeichen dafür bestehen, dass die Lernperson über die zur Ausbildung unentbehrlichen körperlichen oder geistigen Anlagen nicht verfügt, so haben die Parteien nicht nur das Recht, sondern sogar die Pflicht, den Lehrvertrag vorzeitig aus wichtigem Grund aufzulösen. Dabei müssen sie dieser Pflicht allerdings frühzeitig nachkommen. Zudem darf nicht jeder Leistungsabfall des Lehrlings zum Anlass genommen werden, das Lehrverhältnis vorzeitig zu beenden. Vielmehr muss das Scheitern der Lernperson bei der Lehrabschlussprüfung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit abzusehen sein. Bei einem bloss zeitweiligen Leistungsabfall hat der Lehrmeister vielmehr auf die Jugendlichkeit der Lernperson und ihre spannungsgeladene Lebensphase Rücksicht zu nehmen und sie verstärkt zu betreuen (zum Ganzen: THOMAS DUFNER, Die vorzeitige Auflösung des Lehrvertrages, Dissertation Fribourg 1988, S. 160). Die Pflicht zur Auflösung des Lehrvertrages ergibt sich sowohl aufgrund der Interessen der lernenden Person als auch jener des Lehrmeisters. Der Lehrling soll davor bewahrt werden, eine Ausbildung weiterzuführen, die er nicht bewältigen und erfolgreich abschliessen kann. Er soll vielmehr in die Lage versetzt werden, eine auf seine Fähigkeiten zugeschnittene Ausbildung zu suchen und zu absolvieren. Der Lehrmeister andererseits hat ein Interesse daran sowie eine Verantwortung dafür, dass für einen bestimmten Beruf nicht geeignete Personen von der betreffenden Ausbildung ferngehalten werden.

2a. Gemäss Semesterzeugnis vom 22. Januar 2010 der Berufsfachschule für Dentalassistentinnen beider Basel M. wurden der Klägerin folgende Noten erteilt: Physik 1,5, Chemie 2,5, allgemeine und spezielle Ana-

tomie/Physiologie 2,5, allgemeine Berufskunde 2, Englisch 2,5, Allgemeinbildung Sprache/Kommunikation 3,5 und Allgemeinbildung Gesellschaft 4. Zudem wurde vermerkt, dass die Schülerin vier entschuldigte Absenzen und zehn unentschuldigte Absenzen aufweise. Mit Schreiben vom 20. April 2010 bestätigte die M. gegenüber dem Lehrmeister «unsere grosse Sorge, dass Ihre Lernende im ersten Semester derart katastrophale Leistungen gezeigt hat, dass wir ein erfolgreiches Abschliessen dieser Berufslehre leider als praktisch unmöglich ansehen.» Ausserdem habe sie zehn unentschuldigte Absenzen zählen müssen. Die Mitarbeit im Unterricht sei als ungenügend bezeichnet worden.

2b. Der Grund für die schlechten Noten bestand zu einem Teil darin, dass B. aufgrund der unbestrittenen Feststellungen der Schule im Unterricht nur ungenügend mitarbeitete und auch im Unterricht auffällig viel unentschuldigt fehlte. Zudem teilte die Berufsfachschule der Klägerin am 5. November 2009 mit, dass sie gemäss Angaben des Fachlehrers I. am 3. November 2009 im Fach Anatomie den Unterricht erheblich gestört habe. Trotz mehrfacher Verwarnung habe sie im Unterricht geschwätzt. Sie ermahne sie deshalb gemäss § 8 der Disziplinarverordnung des Regierungsrates unter gleichzeitiger Benachrichtigung des Lehrmeisters, in Zukunft jegliches Stören des Unterrichts zu unterlassen. Zudem wurde sie darauf hingewiesen, dass sie zu Beginn der Fachschulausbildung einen Schülerinnenvertrag unterzeichnet habe, worin sie sich zu korrektem Verhalten im Unterricht verpflichtet habe. Es ergab sich daraus, dass B. offensichtlich nur wenig Interesse am Unterricht hatte und entsprechend ungenügend motiviert die Ausbildung verfolgte. Dies konnte nicht mit einem noch jugendlichen Alter der Klägerin erklärt werden, weil sie damals bereits nicht nur volljährig, sondern schon im 21. Altersjahr stand. Ein vergleichbares Verhalten zeigte B. teilweise auch im Lehrbetrieb, weil sie verschiedentlich zu spät zur Arbeit erschien. Als Grund gab sie Verspätungen im Zugs- und Busverkehr an. Allerdings hatte sich diese Situation nach Ermahnungen durch den Arbeitgeber insofern gebessert, als B. im Falle von Verspätungen jeweils Bestätigungen des Transportunternehmens dem Arbeitgeber vorlegte. Ferner blieb B. im Januar 2010 einen Tag länger der Arbeit krankheitshalber fern, als sie aufgrund der Arztzeugnisse berechtigt war. B. erklärte zunächst vor Gericht, es habe sich dabei um ein Versehen ihrerseits gehandelt, um danach aber zu behaupten, sie sei auch am betreffenden Tag immer noch arbeitsunfähig gewesen.

2c. Zudem hatten die schlechten Schulleistungen ihren Grund auch darin, dass B. offensichtlich die für die Ausbildung erforderlichen Voraussetzungen nicht mitbrachte. Dazu gehören das Beherrschen der deutschen Sprache sowie Interesse und Eignung für naturwissenschaftliche Fächer. Mit Schreiben vom 17. November 2009 wurde E. durch die Berufsfachschule darüber in Kenntnis gesetzt, dass B. nur über ungenügende Deutschkenntnisse verfüge, so dass ein erfolgreiches Absolvieren der Berufslehre in Frage gestellt, mindestens aber deutlich erschwert sein werde.

Die Schule habe aus diesem Grund gemäss Art. 22 Ziff. 4 BBG Stützkurse organisiert, an denen B. teilnehmen müsse. Ob B. an diesen Kursen tatsächlich teilgenommen hatte, war nicht erstellt. Ferner ergab sich aus dem Semesterzeugnis und dem Bericht der Berufsfachschule, dass B. nicht nur ungenügende Leistungen erbrachte, sondern grosse Schwierigkeiten mit den naturwissenschaftlichen Fächern hatte. Diese Fächer bilden ein Schwergewicht in der Ausbildung zur Dentalassistentin. Da B. in Physik, Chemie, Anatomie und Physiologie sowie in der allgemeinen Berufskunde nicht nur ungenügende, sondern durchgehend schlechte Leistungen zeigte, musste darin eine mangelnde Eignung für diese Wissensgebiete erblickt werden. Erschwerend fiel dabei ins Gewicht, dass diese schlechten Leistungen bereits im ersten Schulsemester auftraten. Hinzu kamen auch schlechte oder nur gerade genügende Noten in den übrigen zählbaren Fächern. Unter diesen Umständen war es nachvollziehbar, dass der Berufsschule die schulischen Leistungen der Klägerin grosse Sorgen bereiteten. Diese Leistungen seien derart katastrophal, dass aus der Sicht der Lehrer ein erfolgreiches Abschliessen dieser Berufslehre als praktisch unmöglich angesehen werde. Bei dieser Ausgangslage bestand für den Arbeitgeber nicht nur das Recht, sondern vielmehr auch die Pflicht, das Lehrverhältnis vorzeitig zu beenden. Vom Arbeitgeber konnte nicht erwartet werden, dass er versucht hätte, durch Leistungsvereinbarungen mit der Klägerin doch noch die Situation zu verbessern. Da B. im ersten Semester zehn unentschuldigte Absenzen in der Schule aufwies, konnte er auch nicht ohne weiteres mit einer Verbesserung ihrer Leistungsbereitschaft rechnen. Aus diesen Erwägungen wurde die Klage als unbegründet angesehen und abgewiesen.

§ 216 Abs. 2 aZPO BS erlaubt bei der Kostenverteilung die Berücksichtigung von Billigkeitsgründen. Aufgrund seiner markant besseren finanziellen Verhältnisse wurde dem Lehrmeister, der sich durch einen Rechtsvertreter unterstützen liess, keine Parteientschädigung zugesprochen, sondern es wurden die ausserordentlichen Kosten wettgeschlagen.

Eingesandt von F. Emmel, Gerichtsschreiber

*Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 2. Dezember 2010*

**Art. 322; 322d; 330a OR. Ob eine Gewinnbeteiligung als Lohn oder Gratifikation zu behandeln ist, hängt davon ab, ob und wie viel Ermessen der Arbeitgeberin dabei zukommt. Aus dem Umstand, dass eine Personalverantwortliche Kenntnis davon hat, dass die Arbeitgeberin ihr Ermessen bei der Festlegung der Gewinnbeteiligung für andere Angestellte vertragswidrig ausübt, kann nicht auf eine stillschweigende Vertragsänderung ihr gegenüber geschlossen werden. Zu den Voraussetzungen für eine Zulassung von rechtswidrig erlangten**

**Beweismitteln im Zivilprozess. Eine einmalige Verletzung der Herausgabepflicht bezüglich eines Berechnungsblattes am Ende des Arbeitsverhältnisses durch eine Personalverantwortliche, um das vertragswidrige Verhalten der Arbeitgeberin bei der Berechnung der Gewinnbeteiligungen zu beweisen, berechtigt die Arbeitgeberin nicht dazu, das der Arbeitnehmerin vorher im Arbeitszeugnis als «stets korrekt» attestierte Verhalten zu korrigieren.**

Sachverhalt:

X. trat am 1. Januar 2004 als Personalleiterin bei der Bank Y. ein. Im Arbeitsvertrag wurde ein Gehalt von Fr. 131 520.– zuzüglich Fr. 8000.– Pauschalspesen vereinbart. Zudem wurde bestimmt, dass sie an einem Gewinnbeteiligungssystem partizipiere. Die Kündigungsfrist betrug sechs Monate. Zudem war bestimmt, dass die jeweils gültigen internen Reglemente, Weisungen und Arbeitsanweisungen sowie die Bestimmungen der Vereinbarung über die Anstellungsbedingungen einen integrierenden Vertragsbestandteil bildeten. Im Personalhandbuch wurden Ziele und Zweck des «Management by objectives» (MbO) umschrieben. Es hiess darin, die Bank Y. wolle damit das Vertrauensverhältnis zwischen Vorgesetzten und Mitarbeitern fördern. Ein offener Dialog solle das gegenseitige Verständnis weiter ausbauen, das beiderseitige Vertrauen stärken. Es werde der Beitrag jedes einzelnen Mitarbeiters an die Ziele der Bank Y. spezifiziert. Die gemeinsame Zielvereinbarung trage wesentlich zum Erfolg der Bank Y. bei. Deren vielversprechende Zukunft müsse vereint angepackt werden, was zur Stärkung und Anerkennung der Bank nach Aussen führen werde. Deshalb beteilige die Bank Y. alle Mitarbeiter innerhalb des gleichen Gewinnbeteiligungssystems am Geschäftsergebnis. Dadurch werde das unternehmerische Denken, die Identifikation und Loyalität der Mitarbeiter gefördert. Zu diesem Zweck wolle die Bank Y. die erbrachten Leistungen honorieren und gemeinsam die Ziele für die Zukunft festlegen. Zusammen mit einem marktgerechten Gehaltssystem und einem einheitlichen, transparenten und leistungsbezogenen Gewinnbeteiligungssystem schaffe die Bank Y. die Umgebung für herausragende Leistungen. Danach wurden die Bestandteile der Gewinnbeteiligung aufgeführt. Die Gewinnbeteiligung honoriere die Leistung des Einzelnen und der Gruppe. Mit dem einheitlichen und transparenten Gewinnbeteiligungssystem sei die zur Auszahlung gelangende Summe für den Mitarbeiter nachvollziehbar. Das Gewinnbeteiligungssystem habe drei Komponenten: das curriculum vitae, die ständigen Ziele, worunter die Arbeitsleistung, das Arbeitsverhalten, die Kooperation/Teambeitrag und das Führungsverhalten fallen, sowie die Jahresziele. Die Gewichtung und Bewertung der Zielerreichung erfolge aufgrund eines Punktesystems. Dieses unterschied zwischen maximal erreichbaren und erreichten Punkten. Die maximal erreichbaren Punkte richteten sich nach dem Gehalt des Inhabers der Funktion. Sie würden an der Zielvereinbarung

festgelegt und die erreichten Punkte an der Schlussbesprechung besprochen. Bezüglich der Berechnung der Gewinnbeteiligung wurde ausgeführt, der zur Verteilung stehende Betrag werde nach einem festgelegten Mechanismus berechnet und durch die Geschäftsleitung bekannt gegeben. Diese Summe werde durch die Anzahl Punkte aller Mitarbeiter dividiert. Daraus ergebe sich der Wert pro erreichtem Punkt. Die Auszahlung der Gewinnbeteiligung erfolge im April des Folgejahres. Falls ein Mitarbeiter im ersten Semester, d.h. bis 30. Juni eintrete, bestehe Anspruch auf die Hälfte der Gewinnbeteiligung. Eintritte im zweiten Semester erhielten im ersten Jahr keine Gewinnbeteiligung. Unter dem Titel Behandlung spezieller Arbeitsverhältnisse sowie Veränderungen von Arbeitsverhältnissen während eines Jahres wurden drei verschiedene Konstellationen geregelt. Im einem ersten Punkt bezüglich der Mitarbeiter mit befristeten Arbeitsverträgen und Mitarbeitern im Stundenlohn, im zweiten Punkt bezüglich Funktionsänderungen während eines Jahres und im dritten Punkt bezüglich Kündigungen von Seiten des Mitarbeiters. Dieser letzte Punkt lautete wie folgt: «Tritt ein Mitarbeiter im ersten Semester aus, hat er keinen Anspruch auf eine Gewinnbeteiligung des laufenden Jahres. Bei Austritten in der zweiten Jahreshälfte liegt es im Ermessen der Geschäftsleitung, ausserhalb der vorliegenden Regelungen einen Anteil am mutmasslichen Geschäftsergebnis zu sprechen.»

X. war als Personalleiterin mit den Punkteberechnungen für die Gewinnbeteiligung aller Mitarbeiter beauftragt. Zudem hatte sie auch Kenntnis der berechneten Gewinnbeteiligungen sowie der ausbezahlten Gewinnbeteiligungen. Die Gewinnbeteiligungsberechnung für das Jahr 2009 ergab für X. einen Betrag von Fr. 9738.73 brutto. Nachdem X. das Arbeitsverhältnis im Januar 2010 auf Ende Juli 2010 gekündigt hatte, bezahlte ihr die Bank Y. jedoch die errechnete Gewinnbeteiligung nicht aus.

Mit Klage vom 27. September 2010 beantragte X. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der Bank Y. zur Zahlung von Fr. 9738.– brutto nebst Zins. Das Gericht hiess die Klage mit Urteil vom 2. Dezember 2010 vollumfänglich gut, wobei es Folgendes in Erwägung zog.

Aus den Erwägungen:

1.

Die Beklagte brachte vor, dass X. das betreffende Berechnungsblatt am Ende des Arbeitsverhältnisses entwendet habe. Allerdings verband sie damit nicht die Forderung, das Berechnungsblatt dürfe im Prozess nicht verwendet werden. Davon abgesehen hätte das Berechnungsblatt ohnehin im Prozess Verwendung gefunden. Falls sich in einem Strafprozess die Frage nach dem Umgang von rechtswidrig erlangten Beweismitteln stellt, so ist zunächst zu untersuchen, ob das Beweismittel auch auf legalem Wege hätte beigebracht werden können. Wäre dies der Fall, so würde sich die

Verwertbarkeit des Beweismittels aufgrund einer Güterabwägung bestimmen. Sofern die im Rahmen der Beweismittelbeschaffung verletzten Rechtsgüter weniger stark als das Interesse an einer Wahrheitsfindung und Rechtsdurchsetzung zu gewichten wären, so wären die rechtswidrig erlangten Beweismittel verwertbar (BGE 131 I 272 E 4.1.2). In einem Zivilprozess findet letztlich nur diese Güterabwägung statt. Dabei gilt, dass Beweise grundsätzlich nicht verwertbar sind, die unter Verletzung der persönlichen Integrität, durch Drohung oder Gewaltanwendung erlangt wurden. Hingegen ist eine Verwendung eher möglich, wenn die Beschaffung durch die Verletzung von Rechtsgütern geschah, die allein das Vermögen schützen, wie dies beim Diebstahl einer Urkunde der Fall wäre (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2008, 2. 261). Vorliegend ergab die rechtliche Analyse des Sachverhalts, dass sich die Bank Y. in deutlichem Widerspruch zu ihren vertraglichen Pflichten verhielt, so dass X. befürchten musste, die Bank Y. würde ihr die ihr zustehende Gewinnbeteiligung mit allen Mitteln vorenthalten. Unter diesen Umständen konnte die allfällige Verletzung ihrer Herausgabepflicht kein Verwertungsverbot bezüglich der Gewinnbeteiligungsberechnung begründen.

2a. Ferner stellte sich die Frage nach der rechtlichen Qualifikation der strittigen Gewinnbeteiligung. Eine Gewinnbeteiligung der Arbeitnehmerin ist dann als Lohn zu betrachten, wenn der Arbeitgeberin keinerlei Ermessen bei der Frage, ob und wie viel auszubezahlen ist, zusteht. Hingegen stellt die Gewinnbeteiligung eine Gratifikation (Art. 322d OR) in dem Umfange dar, als die Arbeitgeberin nach ihrem Ermessen die Gewinnbeteiligung bestimmen darf. Das Gewinnbeteiligungssystem der Bank Y. sah vor, dass sie einen bestimmten Betrag als Gesamtgewinnbeteiligung, die unter alle Mitarbeiter zu verteilen war, festlegen konnte. Darin war Ermessen der Bank Y. zu erblicken. Die Berechnung der Gewinnbeteiligung der einzelnen Mitarbeiterin basierte auf einem Punktesystem. Die Punkte wurden aufgrund des curriculum vitae, der ständigen Ziele sowie der Jahresziele vergeben. Während bezüglich des Lebenslaufs eine genau bestimmte Punktezahl, die vergeben wurde, festgelegt war, wurde bezüglich der ständigen Ziele sowie der Jahresziele lediglich der maximale Anteil an der Gesamtpunktzahl festgelegt, der für die ständigen Ziele 80% und für die Jahresziele 20% betrug. Die ständigen Ziele setzten sich weitgehend aus weichen Faktoren wie Arbeitsleistung, Arbeitsverhalten, Kooperation und Teambeitrag sowie Führungsverhalten zusammen. Die Jahresziele hingegen massen sich an den Jahreszielen, die an den Zielvereinbarungsgesprächen bestimmt wurden und dabei objektiv messbar waren. Es ergab sich daraus, dass der Bank Y. bei der Punktevergabe ebenfalls ein weites Ermessen zustand. Ferner war bestimmt, dass der zur Verteilung stehende Betrag durch die Anzahl Punkte aller Mitarbeiter zu dividieren war, woraus sich der Wert pro erreichten Punkt ergab. Hinsichtlich dieser Berechnung hatte die Bank Y. keinerlei Ermessen.

Gemäss dem Personalhandbuch waren ferner noch die Frage des Eintritts des Mitarbeiters während des Jahres, die Behandlung spezieller Arbeitsverhältnisse und die Veränderungen des Arbeitsverhältnisses während des Jahres zu beachten: Eine Mitarbeiterin, die im ersten Semester kündigt, habe keinen Anspruch auf die Gewinnbeteiligung des laufenden Jahres. Bei Austritt in der zweiten Jahreshälfte stehe es im Ermessen der Geschäftsleitung, ob der betreffenden Mitarbeiterin ausserhalb der vorliegenden Regelung ein Anteil am mutmasslichen Geschäftsergebnis zuzusprechen sei.

2b. Vorliegend wollte die Bank Y. der Forderung der Klägerin entgegenhalten, dass sie, weil sie seit ihrer Anstellung die Berechnung sowie die damit nicht übereinstimmende Auszahlung der Gewinnbeteiligungen aller Mitarbeiter [kannte], auch über dieses von ihr zusätzlich ausgeübte Ermessen informiert gewesen sei. Allerdings stand fest, dass die Bank Y. hingegen der Klägerin jeweils die gemäss Personalhandbuch errechnete Gewinnbeteiligung ausbezahlt hatte. Damit hatte sie sich gegenüber der Klägerin jeweils vertragsgemäss verhalten. X. musste daher bezüglich ihres eigenen Arbeitsverhältnisses nicht damit rechnen, dass die Bank Y. die Gewinnbeteiligung in Abweichung des Arbeitsvertrages festlegen und auszahlen würde. Ein von der Bank Y. bei anderen Arbeitnehmern bei der Festlegung der Gewinnbeteiligung möglicherweise vertragswidrig ausgeübtes Ermessen konnte daher im Verhältnis zur Klägerin nicht zum stillschweigend akzeptierten Vertragsinhalt geworden sein.

2c. Die Bank Y. enthielt der Klägerin die Gewinnbeteiligung für das Jahr 2009 nur deshalb vor, weil diese das Arbeitsverhältnis im Januar 2010 auf Ende Juli 2010 gekündigt hatte. Eine Kündigung, die nach dem Ende eines Bemessungsjahres für die Gewinnbeteiligung ausgesprochen wird, war jedoch kein von der Bank Y. im Arbeitsvertrag und Personalhandbuch vorbehaltener Ausnahmegrund. In Ziffer 4.3 des Personalhandbuchs war lediglich die Kündigung einer Mitarbeiterin im laufenden Jahr als Ausschluss beziehungsweise Kürzungsgrund nach Ermessen der Geschäftsleitung aufgeführt. Damit verhielt sich die Bank Y. vertragswidrig, so dass der Klägerin die berechnete Gewinnbeteiligung zustand. Eine Kürzung oder Wegfall der Gewinnbeteiligung wäre nur zulässig gewesen, wenn im Arbeitsvertrag selber oder im Personalhandbuch ein entsprechender Vorbehalt vorhanden gewesen wäre. Davon abgesehen hätte sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein solcher Vorbehalt nur auf eine Gratifikation, nicht jedoch auf Lohn beziehen können.

Die Bank Y. verlangte ferner, dass X. das ihr ausgestellte Arbeitszeugnis zurückgebe. Sie habe darin der Klägerin ein stets korrektes Verhalten bescheinigt. Da X. die Gewinnbeteiligungsberechnung nicht zurückgegeben und damit entwendet habe, habe sie ihr Vertrauen missbraucht. Daher sei die erwähnte Aussage im Arbeitszeugnis nicht mehr korrekt. Es trifft zu, dass eine Arbeitnehmerin am Ende des Arbeitsverhältnisses alle Geschäftsunterlagen der Arbeitgeberin wieder herauszugeben hat (vgl.

Art. 321b OR). X. hatte zweifellos diese Herausgabepflicht bezüglich des Gewinnbeteiligungsberechnungsblatts verletzt. Diese Verletzung war darin gerechtfertigt, dass X., nachdem sich die Bank Y. vertragswidrig verhalten hatte, damit rechnen musste, sie werde ihren Gewinnbeteiligungsanspruch nicht oder nur erschwert durchsetzen können. Damit handelte sie in berechtigter Selbsthilfe (Art. 52 Abs. 3 OR). Doch selbst, wenn die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt wären, wäre die Mitnahme jedenfalls nachvollziehbar und verständlich gewesen, nachdem sich die Bank Y. ihr gegenüber vertragswidrig verhalten hatte. Unter diesen Umständen wäre das Verhalten der Klägerin zwar nicht korrekt, aber mit Blick auf das seit dem 1. Januar 2004 bestehende Arbeitsverhältnis ein Einzelfall. Der Ausdruck «stets korrekt» in einem Arbeitszeugnis lässt durchaus zu, dass die Arbeitnehmerin sich einmalig und unter besonderen Umständen nicht korrekt verhalten hat. Deshalb bestand kein Anspruch der Bank Y. darauf, das Arbeitszeugnis in diesem Punkt zu korrigieren. Die Widerklage war in diesem Punkt abzuweisen. X. wurde jedoch bei ihrer Bereitschaft behaftet, weder Drittpersonen Einsicht in die Gewinnbeteiligungsberechnung zu gewähren noch dieses Blatt herauszugeben.

Eingesandt von F. Emmel, Gerichtsschreiber

*Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 20. Dezember 2010*

**Art. 319, 335d, 335g Abs. 1, 336 Abs. 1, 336a, 336b OR.** Eine Beraterin, die die ihr auftragene Betreuung eines Kunden oder eines Projektes aus wichtigem Grund mit einer Frist von drei Tagen kündigen konnte, in der Gestaltung ihrer Arbeitszeit grundsätzlich frei und auch nicht an einen festen Arbeitsort gebunden war, arbeitete nicht in einem Arbeitsverhältnis. Daran änderte auch ihre Pflicht zum detaillierten Zeitnachweis, die Möglichkeit, bei Bedarf für die Erledigung der Beratungsaufträge das erforderliche EDV-Equipment kostenlos beim Unternehmen, für das sie arbeitete, auszuleihen sowie die Vereinbarung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbotes nichts.

Die zeitliche Staffelung von Kündigungen ist eine Umgehung der Vorschriften über die Massenentlassung, wenn die Arbeitgeberin damit keine arbeitsmarktpolitischen Ziele verfolgt. Dies war der Fall, als eine Arbeitgeberin, obwohl sie wusste, dass sie einem Arbeitnehmer wie auch anderen Mitarbeitern kündigen würde, mit dieser Kündigung zuwartete, um damit nicht in die 30tägige Frist zu fallen. Solange eine Arbeitgeberin bei einer Massenentlassung die Anzeige beim kantonalen Arbeitsamt unterlässt, kann die dadurch ausgelöste 30-tägige gesetzliche Kündigungsfrist nicht endigen mit der Konsequenz, dass dem Gekündigten die Möglichkeit, gegen eine missbräuchliche Kündigung Einsprache zu erheben und danach auf Entschädigung zu klagen, er-

## **halten bleibt. Zusprechung eines Monatslohns als Entschädigung des gekündigten Arbeitnehmers bei einer missbräuchlichen Massenentlassung.**

Sachverhalt:

H. trat am 1. Januar 2009 als Projektleiter Vertrieb und Key Account Manager bei der I. AG ein. Als Salär war ein Monatslohn von Fr. 4675.00 brutto zuzüglich des 13. Monatslohns sowie eine feste Prämie für das Jahr 2009 von Fr. 15 000.– vereinbart. Bereits im Jahr 2008 stellte die Arbeitgeberin fest, dass sie wirtschaftliche Schwierigkeiten hatte. Anfangs 2009 verstärkten sich diese Schwierigkeiten. In einer Geschäftsleitungssitzung im März 2009 beschloss sie daher, Sparmassnahmen einzuleiten. In einer Geschäftsleitungssitzung im April 2009 beschloss sie, verschiedenen Mitarbeitern zu kündigen. Am 14. Mai 2009 kündigte sie acht Mitarbeitern und am 26. Mai 2009 dem Arbeitnehmer H. Dem Mitarbeiter R. wurden diese Kündigungen bekannt und er rief im Mai 2009 den Geschäftsführer G. an und fragte ihn wegen seiner Zukunft. Dieser Mitarbeiter hatte einen unbefristeten Praktikumsvertrag. Er sollte im August seine Prüfungen ablegen. Falls er die Prüfungen erfolgreich bestehen sollte, war die Arbeitgeberin gemäss Arbeitsvertrag bereit, mit ihm einen Beratungsvertrag einzugehen. Beim betreffenden Telefongespräch erläuterte die I. AG dem Arbeitnehmer R., dass sein Arbeitsverhältnis am Ende seines Studiums nicht in ein reguläres Arbeitsverhältnis überführt werden könne. Der Mitarbeiter R. gab auf Zeugenbefragung an, dass ihm damals die Kündigung angekündigt worden sei. Gleichzeitig sprach er jedoch auch davon, dass die Arbeitgeberin damals bereits gekündigt habe. Eine schriftliche Kündigung seines Arbeitsverhältnisses erfolgte jedoch erst am 2. Juli 2009. Ferner kündigte die Arbeitgeberin zwei Mitarbeiterinnen, die sie in einem Beratungsvertrag angestellt hatte.

Mit Klage vom 12. April 2010 verlangte H. die Verurteilung der I. AG unter anderem zur Zahlung von Fr. 13 650.– als Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung nach Art. 336a OR. Der Kläger machte geltend, die Beklagte habe die Vorschriften über die Massenentlassung nicht eingehalten. Daher habe das Arbeitsverhältnis noch nicht geendet. Wegen Nichteinhaltung der Massenentlassungsvorschriften verlange er eine Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung von zwei Monatslöhnen. Die Beklagte berief sich darauf, dass die Vorschriften über die Massenentlassung nicht zur Anwendung gelangten, weil sie nur neun Mitarbeitern in einem Zeitraum von 30 Tagen gekündigt habe. Zudem habe H. weder eine Einsprache gegen die Kündigung erhoben noch seine Klage in 180 Tagen seit Beendigung des Arbeitsverhältnisses Ende August eingereicht. Das Gewerbliche Schiedsgericht verurteilte am 20. Dezember 2010 die I. AG zur Zahlung eines Monatslohnes von Fr. 6314.60 netto als Entschädigung nach Art. 336a OR, wobei es Folgendes in Erwägung zog.

Aus den Erwägungen:

1.

Nach Art. 335d OR gelten als Massenentlassung Kündigungen, die eine Arbeitgeberin innert 30 Tagen in einem Betrieb aus Gründen ausspricht, die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen und von denen mindestens 10 Arbeitnehmer in Betrieben betroffen werden, die in der Regel mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmer beschäftigen. Beabsichtigt die Arbeitgeberin, eine Massenentlassung vorzunehmen, so hat sie die Arbeitnehmersvertretung oder, falls eine solche fehlt, die Arbeitnehmer zu konsultieren (Art. 335f Abs. 1 OR). Sie gibt ihnen mindestens die Möglichkeit, Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigungen vermieden oder ihre Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können (Abs. 2). Sie muss der Arbeitnehmersvertretung bzw. den Arbeitnehmern alle zweckdienlichen Auskünfte erteilen und ihnen auf jeden Fall schriftlich Folgendes mitteilen: die Gründe der Massenentlassung, die Zahl der Angestellten, denen gekündigt werden soll, die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer und den Zeitraum, in dem die Kündigungen ausgesprochen werden sollen. Dabei stellt sie dem kantonalen Arbeitsamt eine Kopie dieser Mitteilung zu (Absätze 2 und 3). Nach Art. 335g Abs. 1 OR hat die Arbeitgeberin dem kantonalen Arbeitsamt jede beabsichtigte Massenentlassung schriftlich anzuzeigen und der Arbeitnehmersvertretung bzw. den Arbeitnehmern eine Kopie dieser Anzeige zuzustellen. Diese Anzeige muss die Ergebnisse der Konsultation der Arbeitnehmersvertretung und alle zweckdienlichen Angaben über die beabsichtigte Massenentlassung enthalten (Abs. 2). Falls ein Arbeitsverhältnis im Rahmen einer Massenentlassung gekündigt worden ist, so endet es 30 Tage nach der Anzeige der beabsichtigten Massenentlassung an das kantonale Arbeitsamt, ausser wenn die Kündigung nach den vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen auf einen späteren Termin wirksam wird (Abs. 4).

2.

Nach Art. 336 Abs. 2 ist eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber missbräuchlich, wenn sie im Rahmen einer Massenentlassung ausgesprochen wird, ohne dass die Arbeitnehmersvertretung bzw. die Arbeitnehmer konsultiert wurden. Die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, hat der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten, die vom Richter unter Würdigung aller Umstände festgesetzt wird, aber im Falle einer missbräuchlichen Massenentlassung den Betrag nicht übersteigen darf, der dem Lohn des Arbeitnehmers für zwei Monate entspricht (Art. 336a OR). Wer eine solche Entschädigung geltend machen will, muss gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist bei der kündigenden Partei schriftlich Einsprache erheben. Ist die Einsprache gültig erfolgt und einigen sich die Parteien nicht über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, so kann die Partei, der gekündigt wurde,

ihren Anspruch auf Entschädigung geltend machen. Falls sie innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht vor Gericht klagt, ist der Anspruch verwirkt (Art. 336b OR).

3a. Die Arbeitgeberin I. AG hat Sitz in Basel und beschäftigt von hier aus ca. 40 Personen. Als Massenentlassung gelten damit Kündigungen, die die I. AG gegenüber mindestens 10 Mitarbeitern in einem Zeitraum von 30 Tagen ausspricht. Vorliegend stand fest, dass die Beklagte acht Kündigungen am 14. Mai 2009 sowie eine am 26. Mai 2009 vornahm. Strittig waren drei weitere Kündigungen. Zwei davon erfolgten am 20. Mai 2009, eine weitere am 2. Juli 2009. Bezüglich der ersten zwei Kündigungen war zu untersuchen, ob es sich damals um die Kündigungen von Arbeitsverträgen handelte. Entscheidend für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages ist die persönliche, betriebliche und wirtschaftliche Subordination, das heisst, das Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers von der Arbeitgeberin. Abzuklären war, ob die arbeitende Person in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist, weisungsgebunden und für ihren Lebensunterhalt auf einen arbeitsvertraglichen Lohn angewiesen ist. Hinweise darauf sind ein zugewiesener Arbeitsplatz in den Räumlichkeiten des Vertragspartners, vorgeschriebene Arbeitszeiten, Ausrüstung mit Arbeitsgeräten und Material des Vertragspartners, die Pflicht zum Empfang und zur Befolgung von Weisungen und Instruktionen, die den Gang und die Gestaltung der Arbeit unmittelbar beeinflussen, eine umfassende Rechenschaftspflicht sowie die Kontrolle durch den Vertragspartner. Hinweise auf ein Arbeitsverhältnis geben auch die Vereinbarung von Ferien.

3b. Die Arbeitsverträge mit den beiden fraglichen Mitarbeiterinnen waren mit Beratungsvertrag überschrieben, was jedoch nach Art. 18 OR für deren Inhalt und Bewertung nicht entscheidend war. Vereinbart wurde zwischen den Parteien, dass die Beraterin die Betreuung eines angenommenen Kunden, eines Projektes oder einer Einzelanfrage aus wichtigem Grund mit einer Frist von drei Tagen kündigen könne. Die Beraterin war in der Gestaltung ihrer Arbeitszeit grundsätzlich frei, musste jedoch die in der Kundenberatung übliche Rücksicht auf Kundenbedürfnisse und die Einhaltung von Fristen und Terminen nehmen. Die Beraterin war zudem nicht an einen festen Arbeitsort gebunden, sondern entschied frei darüber, wo bzw. von wo aus sie die Beratung durchführte, insbesondere ob sie in einem eigenen Büro, im Büro der Arbeitgeberin in Berlin oder an anderen Standorten oder vor Ort beim Kunden ihre Beratungen durchführte. Sie verpflichtete sich jedoch dazu, sich bei der Auswahl des Tätigkeitsortes von sachdienlichen Kriterien leiten zu lassen. Zudem war vorgesehen, dass die Beraterin für ihr Honorar, das in Euro zu bestimmten Beträgen festgelegt war, sowie für die Kommunikationspauschale für Laptop und Mobiltelefon der I. AG monatlich Rechnung stellte.

Alle diese Merkmale sprachen dafür, dass es sich vorliegend nicht um Arbeitsverhältnisse handelte. Hinweise auf Arbeitsverträge gaben hingegen der Zeitnachweis über die Beratungsstunden und Beratungstage ein-

schliesslich der Zeit für Sonderaufgaben und Projekte, die die Beraterin in einer Zeittabelle mit Angabe von Kunden, Gegenstand der Tätigkeit, Datum und aufgewandter Zeit zu erfassen hatte. Ferner war vorgesehen, dass die Beraterin auf Anfrage und bei Bedarf für die Erledigung der Beratungsaufträge das erforderliche EDV-Equipment inkl. Präsentationstechnik kostenlos leihweise zur Verfügung gestellt erhalte. Ausserdem wurde mit der Beraterin eine Konkurrenzklausel vereinbart. Die Beraterin verpflichtete sich, während und nach Ablauf des Vertrages keine Kunden der I. AG auf eigene Rechnung zu beraten und während der Laufzeit des Vertrages nicht für Organisationen tätig zu sein, welche vergleichbar mit der I. AG kleine und mittelständische Betriebe beraten. Eine solche Konkurrenzklausel war allerdings sowohl mit einem Arbeitsvertrag als auch mit einem Auftrag vereinbar. Insgesamt wurde davon ausgegangen, dass die Elemente, die für eine Qualifikation der beiden Beraterverträge als Aufträge sprachen, stärker zu gewichten waren. Damit fielen die Kündigungen der beiden Verträge für die Frage, ob eine Massenentlassung vorlag, ausser Betracht.

4a. Zu untersuchen blieb damit die Kündigung betreffend den Mitarbeiter R. Die Arbeitgeberin sprach diese Kündigung am 2. Juli 2009 und damit ausserhalb der 30 Tage gemäss Art. 335d OR aus, die am 14. Mai 2009 begonnen hatte. Auf die Frage, wann die Beklagte sich zu dieser Kündigung entschlossen habe, gab sie in der Hauptverhandlung an, der Beschluss Herrn R. zu kündigen, sei erst nach Aussprache der ersten neun Kündigungen gefallen. Es stand fest, dass R. die Beklagte, nachdem die ersten acht Kündigungen bekannt geworden waren, noch im Mai auf seine berufliche Zukunft bei der I. AG ansprach. Er bekam damals zur Antwort, dass sein laufender Arbeitsvertrag nicht in einen Juniorberatervertrag werde umgewandelt werden können. R. gab als Zeuge an, dass ihm damals die Kündigung angekündigt worden bzw. diese bereits ausgesprochen worden sei. Anlässlich der Hauptverhandlung räumte die Beklagte ein, dass sie R. erst später gekündigt habe, um nicht unter die Vorschriften über die Massenentlassung zu fallen. Man habe sich vorgängig juristisch beraten lassen. Als Grund für die Fortführung des Arbeitsverhältnisses mit R. gab sie an, man habe den Praktikumsvertrag einhalten wollen. Gleichzeitig räumte sie jedoch ein, dass R. sie am 5. Juni 2009 telefonisch um Kündigung des Arbeitsverhältnisses gebeten habe, was sie abgelehnt habe. Als Grund dafür gab sie wiederum an, sie habe den Arbeitsvertrag einhalten wollen. Auffällig war, dass die Beklagte jedoch am 2. Juli 2009 das Arbeitsverhältnis dennoch auf den 31. August 2009 kündigte. Da der Mitarbeiter R. lediglich ein Einkommen von EUR 800.– pro Monat hatte, konnte durch dessen Kündigung kein besonderer Spareffekt verbunden gewesen sein. Vielmehr wollte die Beklagte offensichtlich die Vorschriften der Massenentlassung nicht zur Anwendung bringen müssen.

4b. Es ist durchaus zulässig, dass ein Arbeitgeber Kündigungen gestaffelt ausspricht, um die Anforderungen des Massenentlassungsverfah-

rens nicht erfüllen zu müssen. Eine solche Staffelnung ist grundsätzlich zulässig und mit Rücksicht auf die Belastung des lokalen Arbeitsmarktes auch erwünscht. Vorbehalten bleiben aber Gesetzesumgehungen. Eine solche liegt vor, wenn die Arbeitgeberin eine Staffelnung ohne betrieblichen Sinn oder arbeitsmarktpolitische Zielsetzung nur deshalb vornimmt, um nicht unter die Vorschriften über die Massentlassung zu fallen. In diesem Fall hat sie mit der Anwendung der Massentlassungsvorschriften zu rechnen (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2006, Art. 335d OR N 9). Der letzte Fall war vorliegend gegeben. Die Kündigung des Mitarbeiters R. erfolgte lediglich am 2. Juli, um die Massentlassungsvorschriften nicht einhalten zu müssen. Es ergab sich bereits aus dem Telefongespräch im Mai 2009, dass die Beklagte nicht zur Weiterführung des Arbeitsverhältnisses des Mitarbeiters R. bereit war. Mit der Kündigung gegenüber dem Mitarbeiter R. war auch kein Kostenfaktor verbunden, der für die Gesundung der Firma in Betracht fallen konnte. Zudem verfolgte die Arbeitgeberin auch keine arbeitsmarktpolitischen Ziele, indem sie die Kündigung erst im Juli 2009 aussprach. Damit hätte sie die Vorschriften über die Massentlassung einhalten müssen.

Dies bedeutete, dass das Arbeitsverhältnis mit H. zwar gekündigt war, aber aufgrund der fehlenden Konsultation der Angestellten und insbesondere der fehlenden Anzeige an das Arbeitsamt noch nicht als beendet angesehen werden konnte. Damit war die Frist für den Kläger, nach Art. 336e OR Einsprache zu erheben sowie innert 180 Tagen seit Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Gericht auf diese Entschädigung zu klagen, nicht abgelaufen. Mit der Klage hat H. zum Ausdruck gebracht, dass er mit dieser Kündigung nicht einverstanden war. Im Verlaufe des Verfahrens hat er auch gegenüber der Arbeitgeberin seine Bereitschaft, die Arbeit wieder aufzunehmen erklärt. Die Arbeitgeberin hat darauf nicht reagiert. Daraufhin stand ihm der Weg frei, die Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung in Folge Nichtkonsultation der Mitarbeiter gemäss Art. 335f OR einzuklagen. Die Entschädigung wurde bei einem Maximum von zwei Monatslöhnen auf einen Monatslohn festgesetzt. Berücksichtigt wurde dabei auch, dass das Arbeitsverhältnis bloss neun Monate gedauert hat. Andererseits hat die Beklagte durch ihr Verhalten klar zum Ausdruck gegeben, dass sie zwingende gesetzliche Vorschriften zu umgehen versuchte, was verwerflich ist. Zur Berechnung des Urteilsbetrages wurde auf den Lohn von Fr. 4675.00 zuzüglich des 13. Monatslohns abgestellt. Zudem wurde die anteilmässige Prämie für einen Monat, ausgehend von Fr. 15 000.– pro Jahr, hinzugerechnet.

Eingesandt von F. Emmel, Gerichtsschreiber

## Kanton Freiburg

*Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, II<sup>e</sup> Cour d'appel civil, Arrêt du 8 mars 2010 (Rejet du recours interjeté contre le jugement de la Chambre des prud'hommes de la Broye du 25 juin 2009)*

**Art. 337c CO. Sauf disposition contractuelle contraire, la faillite de l'employeur ne met pas fin automatiquement au contrat de travail. L'administration de la masse en faillite doit donc décider si elle entend reprendre le contrat ou non. Dans le premier cas, l'employé a droit à son salaire à titre de dette de la masse. Dans le second cas, il s'agit d'une résiliation immédiate injustifiée à l'initiative de l'administration qui agit à la place de l'employeur; le travailleur a alors droit, à titre de dette dans la masse, à son salaire jusqu'au terme du délai de congé ou jusqu'au terme du contrat de durée déterminée, ainsi qu'à une indemnité pour résiliation immédiate injustifiée (c. 2).**

Extraits des faits:

T. a travaillé pour le compte de E. Sàrl dès le 1<sup>er</sup> février 2007, en qualité de maçon payé à l'heure. Le 21 janvier 2009, la faillite de E. Sàrl a été prononcée. Le 16 février 2009, l'Office cantonal des faillites a résilié avec effet immédiat le contrat de travail de T. Le jugement de faillite ayant été annulé en appel par arrêt du 24 février 2009, T. a écrit à E. Sàrl le 11 mars 2009 pour l'informer qu'il restait à disposition pour travailler et finir normalement son délai de congé. Statuant par jugement du 25 juin 2009 sur l'action en paiement introduite par T. le 1<sup>er</sup> mai 2009, action à laquelle Unia Caisse de chômage est intervenue par déclaration du 11 juin 2009, la Chambre des prud'hommes de la Broye (ci-après: la Chambre) a condamné E. Sàrl à payer diverses sommes à Unia et à T. Par acte du 5 septembre 2009, E. Sàrl a recouru en appel contre ce jugement.

Extraits des considérants:

2.

a) La Chambre a retenu en substance qu'en raison de la révocation de la faillite de E. Sàrl en appel, qui avait eu des effets *ex tunc*, il convenait de considérer que le contrat de travail avec T. n'avait jamais été résilié et qu'il continuait à produire ses effets ; dès lors, l'employé ayant établi avoir offert ses services qui ont été refusés par la société, elle a estimé que T. avait droit à son salaire pendant le délai de congé de 2 mois, soit jusqu'à fin avril 2009, et au 13<sup>ème</sup> salaire y relatif.

E. Sàrl conteste à la fois que la révocation de sa faillite ait eu pour effet de rétablir automatiquement les rapports de travail avec l'intimé, que l'Office cantonal des faillites avait résiliés, et qu'elle-même ait refusé les services de son ancien employé pendant le délai de congé, qui ne lui ont de plus, selon elle, pas été offerts valablement et sérieusement.

b) Sauf disposition contractuelle contraire, la faillite de l'employeur ne met pas fin automatiquement au contrat de travail (ATF n. p. du 5 octobre 2006, 4C.239/2006, consid. 2.1; WYLER, *Droit du travail*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2008, p. 527; MARKARIAN, *La continuation des activités du travailleur après la déclaration de faillite de l'employeur: dettes dans la masse ou dettes de la masse?*, in WYLER (édit.), *Panorama en droit du travail*, Berne 2009, p. 767 ss, p. 776; AUBERT, *L'employeur insolvable*, in *Le droit du travail en pratique*, Volume 7, Journée 1992 du droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1994, p. 105 ss, p. 116). L'administration de la masse en faillite doit donc décider si elle entend reprendre le contrat ou non. Dans le premier cas, l'employé a droit à son salaire à titre de dette de la masse (ATF n. p. précité, consid. 2.2). Dans le second cas, la prestation de travail prend fin avec effet immédiat, à l'initiative de l'administration qui agit à la place de l'employeur (AUBERT, loc. cit., p. 116), et il s'agit d'une résiliation immédiate injustifiée (ATF 53 III 208, JdT 1928 I 172; ATF n. p. précité, consid. 2.1; AUBERT, loc. cit.; MARKARIAN, op.cit., p. 776) dans laquelle le refus de la prestation de travail est définitif, et non d'un simple cas de demeure de l'employeur (AUBERT, loc. cit.); le travailleur a alors droit, à titre de dette dans la masse (ATF n. p. précité, consid. 2.2), à son salaire jusqu'au terme du délai de congé ou jusqu'au terme du contrat de durée déterminée (art. 337c al. 1 CO; AUBERT, loc. cit.; MARKARIAN, op.cit., p. 778), ainsi qu'à une indemnité pour résiliation immédiate injustifiée (art. 337c al. 3 CO; MARKARIAN, op.cit., p. 778).

c) En l'espèce, au vu de ce qui précède, le raisonnement de la Chambre est erroné : en effet, la résiliation du contrat de travail de T. par l'Office cantonal des faillites le 16 février 2009 – alors que la faillite de E. Sàrl avait été prononcée et qu'un recours en appel était pendant – était un acte juridique indépendant du prononcé de faillite, par lequel la masse a exprimé sa volonté de ne pas reprendre ce contrat ; en conséquence, la révocation de la faillite le 11 mars 2009 n'a pas pu avoir pour effet de rétablir automatiquement le contrat de travail et il est faux de considérer que celui-ci n'a jamais été résilié et qu'il continue à produire ses effets. Toutefois, dès lors qu'il faut retenir dans un tel cas que le contrat a fait l'objet d'une résiliation immédiate injustifiée et que l'employé a droit au minimum à son salaire jusqu'au terme du délai de congé, le résultat auquel les premiers juges sont parvenus est néanmoins correct. Le fait que la faillite de E. Sàrl ait été révoquée n'y change rien, puisque la créance de salaire de T. est une dette dans la masse, qui à ce titre doit être exécutée au moyen du produit de réalisation des biens de la faillite, respectivement par la société elle-même si celle-ci continue à exister.

Dès lors, dans la mesure où la recourante ne conteste pas en soi le calcul effectué par la Chambre, ni la subrogation de la caisse de chômage qui a établi avoir versé des prestations pour la période du 19 février au 30 avril 2009, le jugement attaqué doit être confirmé par substitution de motifs.

Pour le surplus, les premiers juges n'avaient pas à examiner si T. avait régulièrement offert sa prestation de travail pendant le délai de congé: en effet, on a vu que si la masse renonce à reprendre le contrat, le refus de la prestation de travail est définitif et ne constitue pas une simple demeure de l'employeur. Il n'est donc pas nécessaire ni pertinent de déterminer si l'employé a correctement offert ses services. Au demeurant, la Cour relève que l'intimé a établi avoir envoyé le 11 mars 2009 un courrier à son employeur pour l'informer qu'il restait à disposition pour finir son délai de congé ; de son côté, E. Sàrl s'est contentée de contester l'offre régulière de travail, sans toutefois être en mesure de prouver ses allégations.

Arrêt communiqué par F. Baumann, greffier au Tribunal cantonal du canton de Fribourg.

*Kantonsgericht Freiburg, Urteil vom 14. Juni 2010 (Bestätigung des Urteils der Vizepräsidentin der Gewerbekammer vom 9. Dezember 2009)*

**Verlässt die Arbeitnehmerin die Arbeitsstelle fristlos, hat der Arbeitgeber gemäss Art. 337d Abs. 1 OR Anspruch auf eine Entschädigung, die einem Viertel des Lohnes für einen Monat entspricht, ohne dass er den genauen Umfang des entstandenen Schadens nachweisen muss. Allerdings muss er zumindest behaupten, dass ihm ein Schaden entstanden ist (E. 2.a).**

Sachverhalt:

Mit schriftlichem Arbeitsvertrag vom 3. Juli 2009 stellte M. (Klägerin), Restaurant T., S. (Beklagte) auf unbestimmte Zeit als Servicefachangestellte an. Vertragsbeginn war der 2. Juli 2009. Abgemacht waren ein Bruttolohn von Fr. 3950.–, eine Probezeit von drei Monaten mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen während der Probezeit und einem Monat nach Ablauf der Probezeit sowie eine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 44 Stunden. Am 29. September 2009 fand eine Informationssitzung der Angestellten des Restaurants T. statt, an der auch S. teilnahm. Was dabei zwischen ihr und M. genau besprochen wurde, ist nicht erstellt. Am Abend des 1. Oktober 2009 teilte S. der Klägerin mündlich mit, dass sie nicht mehr kommen werde, und verliess den Arbeitsort. Mit Schreiben vom 6. Oktober 2009 reichte S. eine schriftliche Kündigung per 1. Oktober 2009 nach. Mit Schreiben vom 9. Oktober 2009 forderte die

Klägerin S. sinngemäss auf, ihre Arbeit wieder aufzunehmen, was diese aber nicht tat.

Am 26. Oktober 2009 reichte M. beim Präsidenten der Gewerkekammer des Sensebezirks Klage ein mit dem Begehren, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr einen Betrag von Fr. 7900.– brutto bzw. Fr. 6179.50 netto, entsprechend zwei Monatslöhnen, zu bezahlen, da ihrer Ansicht nach das Arbeitsverhältnis erst per Ende November 2009 hätte gekündigt werden können. In ihrer Antwort vom 14. November 2009 schloss S. sinngemäss auf Abweisung der Klage und erhob Widerklage im Umfang von Fr. 3567.– brutto für den Septemberlohn, welchen sie nicht erhalten habe, zuzüglich einer Vergütung für Überstunden und nicht bezogene Ferientage. Mit Urteil vom 9. Dezember 2009 verurteilte die Vizepräsidentin der Gewerkekammer S., M. den Betrag von Fr. 987.50 zu bezahlen, und wies die Klage im Übrigen ab. Die Gewerkschaft Syna reichte am 11. Februar 2010 für S. Berufung ein. Sie schliesst auf Aufhebung der «Konventionalstrafe».

Aus den Erwägungen:

2.

Die Vorinstanz erwog in ihrem sorgfältig begründeten Urteil, die Beklagte habe ihre Arbeitsstelle bei der Klägerin am 2. Juli 2009 angetreten. Damit habe die dreimonatige Probezeit am 2. Oktober 2009 geendet. Es sei erstellt, dass die Kündigung am 1. Oktober 2009 mündlich erfolgt sei. Damit hätte die Beklagte noch sieben Tage, das heisst bis zum 8. Oktober 2009, arbeiten müssen. Dies habe sie aber nicht getan, sondern bereits am 1. Oktober 2009 eine andere (Vollzeit-)Stelle als Serviceangestellte angetreten. Die Klägerin habe deshalb gestützt auf Art. 337d OR Anspruch auf eine Entschädigung in der Höhe von einem Viertel des Monatslohns, das heisst Fr. 987.50. Bezüglich der Widerklage erwog die Vorinstanz insbesondere, der Septemberlohn sei inzwischen ausbezahlt worden, die Beklagte habe keine Überstunden geleistet, und nicht bezogene Ferien- und Ruhetage seien mit Minusstunden zu kompensieren.

a) In einer ersten Rüge bringt die Beklagte vor, die Klägerin habe den Beweis nicht erbracht, dass ihr ein effektiver Schaden entstanden ist, welche die Konventionalstrafe von einem Viertel des Monatslohns rechtfertige; der Klägerin sei überhaupt kein Schaden entstanden. Die Beklagte übersieht, dass der Arbeitgeber im vereinfachten Verfahren nach Art. 337d Abs. 1 OR einen Anspruch in der Höhe eines Viertels eines Monatslohns hat, ohne dass er den genauen Umfang des entstandenen Schadens nachweisen muss; allerdings muss er zumindest behaupten, dass ihm ein Schaden entstanden ist (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 6. Aufl., Zürich 2006, N. 4 und 7 zu Art. 337d OR). Dieser Pflicht ist die Klägerin offensichtlich nachgekommen. Soweit die Beklagte vorbringen sollte, der Richter hätte den Schaden in Anwendung von Art. 337d

Abs. 2 OR herabsetzen sollen, so ist sie darauf hinzuweisen, dass in diesem Fall sie die Beweislast trägt, dieser aber nicht nachgekommen ist.

b) Die Beklagte bringt vor, sie habe in der Teamsitzung vom 29. September bestätigt, dass sie die Stelle kündigt. Dies sei von allen Anwesenden gehört worden. Diese seien aber nicht befragt worden. Die Beklagte rügt somit eine ungenügende oder willkürliche Sachverhaltsfeststellung. Die Frage, ob die Vorinstanz weitere Personen hätte befragen müssen, kann offen bleiben. Denn selbst wenn erstellt wäre, dass die Beklagte am 29. September 2009 gekündigt hätte, so hätte sie während der siebentägigen Kündigungsfrist – das heisst bis zum 6. Oktober 2009 – weiter arbeiten müssen. Es ist aber unzweifelhaft erstellt, dass sie ihre Stelle am 1. Oktober 2009 endgültig verlassen hat und an diesem Tag bereits bei einem anderen Arbeitgeber zu 100% arbeitete. Selbst unter Berücksichtigung der ihr bis zum 4. Oktober 2009 gewährten Ferien hat die Beklagte somit ihre Stelle fristlos verlassen, und die Anwendung von Art. 337d OR ist gerechtfertigt.

Eingesandt von F. Baumann, Gerichtsschreiber

*Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, II<sup>e</sup> Cour d'appel civil, Arrêt du 3 septembre 2010 (Admission partielle du recours interjeté contre le jugement de la Chambre des prud'hommes du Lac du 6 janvier 2010)*

**Art. 337 CO. Lorsqu'un congé ordinaire a déjà été signifié, on doit se montrer encore plus réservé quant à l'admission de justes motifs fondant un congé avec effet immédiat donné ultérieurement (c. 3.a).**

**L'art. 337c al. 3 CO est une «Kann-Vorschrift», de sorte que le montant de l'indemnité peut être réduit, voire supprimé, lorsque le comportement du travailleur a donné lieu au licenciement (c. 4.b).**

Extraits des faits:

T. a été engagé le 1<sup>er</sup> septembre 2004 par E. SA, en tant que collaborateur de production à l'atelier de transformation de volaille à X., moyennant un salaire brut de 3600 francs par mois. En janvier 2008, son salaire brut s'élevait à 3875 francs par mois. Par lettre datée du 31 décembre 2007, T. a résilié son contrat de travail avec effet au 31 mars 2008. Par lettre recommandée du 4 février 2008, E. SA a résilié avec effet immédiat le contrat de travail de T. Elle lui a reproché d'avoir eu le 1<sup>er</sup> février 2008 un comportement violent à l'encontre de son supérieur, R., lors d'une dispute en raison, notamment, de son arrivée tardive au travail ce jour-là.

Le 12 juin 2009, T. a ouvert action en paiement contre E. SA pour un montant total de 19 391 fr. 85, soit les salaires des mois de février (dès le 5 février) et mars 2008 ainsi que la part du 13<sup>ème</sup> salaire y afférente, les allocations familiales, une indemnité de vacances et deux salaires mensuels

bruts à titre d'indemnité pour résiliation injustifiée. Par jugement du 6 janvier 2010, la Chambre des prud'hommes du Lac (ci-après: la Chambre) a rejeté l'action en paiement de T., en considérant que la résiliation immédiate de son contrat de travail était justifiée. T. a recouru contre ce jugement par mémoire du 8 février 2010.

Extraits des considérants:

3.

Le recourant s'en prend également à l'admission, par les premiers juges, de l'existence de justes motifs de licenciement immédiat. Du point de vue factuel, il leur reproche d'avoir considéré comme établi qu'il aurait bousculé violemment son supérieur R. et aurait eu l'intention de le frapper s'ils avaient été seuls; à cet égard, il soutient en substance que la déposition du témoin M., qui n'était pas présent lors des faits, ne saurait avoir un poids particulier, contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges, et précise que tout ce qui résulte des déclarations du seul (outre R.) témoin oculaire N. est que lui-même a poussé un peu son supérieur en raison de son énervement, avant que N. l'emmène à la cantine pour qu'il se calme. Au niveau de l'application du droit, T. fait valoir que, compte tenu des circonstances particulières, notamment des mauvaises conditions de travail au sein de E. SA, l'incident du 1<sup>er</sup> février 2008 ne saurait être considéré comme une faute grave pouvant justifier un licenciement immédiat, d'autant que celui-ci n'a été précédé d'aucun avertissement préalable et a été prononcé trois jours après les faits, soit tardivement.

a) Selon l'art. 337 al. 1 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs. L'art. 337 al. 2 CO précise que sont notamment considérées comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail. Un juste motif est donc un fait propre à détruire la confiance qu'impliquent dans leur essence les rapports de travail ou à l'ébranler de telle façon que la poursuite du travail ne peut plus être exigée de celui qui a donné le congé (WYLER, Droit du travail, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2008, p. 489 s.).

De jurisprudence constante, la résiliation immédiate pour justes motifs est une mesure exceptionnelle et ultime (*ultima ratio*) qui doit être admise de manière restrictive (ATF 130 III 213, JdT 2004 I 223; JAR 2000 p. 245). Les délais de congé en droit suisse étant courts, l'employeur est tenu en principe de les respecter, la résiliation abrupte ne pouvant intervenir que dans des situations clairement caractérisées ayant entraîné une perte du rapport de confiance telle que, selon les règles de la bonne foi, il ne peut être exigé de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (ATF 130 III 28 consid. 4.1; ATF 116 II 145, JdT 1990 I 578; VENTURI-ZEN-RUFFINEN, La résiliation pour justes motifs du contrat de

durée, SJ 2008 II p. 1 ss, 13). La gravité objective du motif de licenciement ne suffit pas: il faut encore que le motif invoqué rende effectivement la continuation du contrat insupportable pour la partie qui résilie (exigence de gravité subjective; ATF n. p. du 26 juin 2006, 4C.154/2006, consid. 2.2; ATF 130 III 28 consid. 4.1). La gravité subjective fait défaut si la partie qui résilie le contrat pour justes motifs a tardé à le faire (c'est-à-dire a attendu plus longtemps qu'un bref délai de réflexion [ATF 127 III 318] pouvant en général durer deux à trois jours ouvrables, parfois un peu plus [ATF 130 III 28 consid. 4.4]), poursuit les rapports de travail nonobstant des faits connus propres à fonder la résiliation du contrat pour justes motifs, a opté, lors de la survenance de justes motifs, pour une résiliation ordinaire ou pour une autre mesure moins sévère, ou encore lorsque la partie qui résilie le contrat contrevient aux règles de la bonne foi (sur ces questions, cf. VENTURI-ZEN-RUFFINEN, op.cit. p. 17–21). Savoir s'il y a gravité suffisante dans un cas donné est une question d'appréciation (ATF 127 III 153 consid. 1c). Dans tous les cas, le juge apprécie ainsi librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 *in initio* CO). Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). Précisons que lorsqu'un congé ordinaire a déjà été signifié, on doit se montrer encore plus réservé quant à l'admission de justes motifs fondant un congé avec effet immédiat donné ultérieurement (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le contrat de travail code annoté, 2<sup>ème</sup> éd., Lausanne 2010, n. 1.5 ad art. 337, et les références citées); en outre, plus la durée du contrat restant à courir après la signification du congé ordinaire est courte, plus il est possible d'exiger de l'employeur la continuation jusqu'à la fin ordinaire des rapports de travail (arrêt du Tribunal fédéral du 18 décembre 1996, *in* SARB 1999 p. 419).

Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat. Un tel manquement suppose que l'employé ait violé soit l'une de ses obligations au travail, soit son devoir de fidélité. Pour apprécier la gravité de la violation reprochée à l'employé, il faut se référer à des critères objectifs. A cet effet, le juge prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et les responsabilités du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements (ATF 130 III 28 consid. 4.1). Ainsi, le comportement réprimé doit atteindre une certaine intensité, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce (ATF n. p. du 16 décembre 2005, 4C.331/2005; CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, Zurich 2009, p. 566).

Si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 130 précité). Ce dernier doit être explicite et clairement mentionner la sanction du licenciement immédiat en cas de nouveau manquement (WYLER, op.cit., p. 490).

La jurisprudence a notamment souligné que, lorsqu'un employé porte sérieusement atteinte aux droits de la personnalité de l'un de ses collègues,

il viole gravement une des obligations découlant du contrat de travail (art. 321a CO), de sorte qu'une résiliation immédiate au sens de l'art. 337 CO peut s'imposer (ATF 127 III 351 consid. 4b/dd et les références citées). Ainsi, une altercation brutale, au cours de laquelle un travailleur qui avait déjà reçu un avertissement en raison de comportements irrespectueux envers ses collègues moleste l'un d'entre eux (menace de coup avec une chaussure et verre d'eau à la figure lors d'une dispute animée en présence d'autres personnes), constitue une situation de licenciement immédiat (ATF n. p. du 27 octobre 2006, 4C.247/2006); il en va de même du cas où un employé menace son supérieur hiérarchique avec un cutter (ATF n. p. du 14 février 2008, 4A\_486/2007) ou l'un de ses collègues de lui «faire la peau» (ATF 127 III 351, JdT 2001 I 369), mais en revanche pas de celui où, au cours d'une altercation sur un chantier de construction, un travailleur passe la main par la vitre baissée et tire violemment les cheveux d'un collègue, avant d'extirper celui-ci hors de l'habitable, la main toujours empoignée à sa chevelure (arrêt n. p. du 16 décembre 2005, 4C.331/2005).

Enfin, la preuve des faits constitutifs d'un juste motif de résiliation immédiate incombe à la partie qui a signifié le congé conformément à l'art. 8 CC (ATF n. p. du 9 mars 2007, 4C.400/2006, consid. 3.1).

b) En l'espèce, après avoir examiné les déclarations de T. et celles des témoins R. (avec qui le recourant s'est disputé le 1<sup>er</sup> février 2008), N. (collègue qui s'est interposé), ainsi que S. et M. (supérieurs ayant eu avec le recourant l'entretien du 4 février 2008 suite auquel celui-là a été licencié avec effet immédiat), la Chambre a tenu les faits suivants pour établis : *«(...) malgré les dénégations du demandeur, deux témoins, soit S. et M., l'ont entendu – lors de la séance du 4 février 2008 – reconnaître avoir violemment bousculé son chef le 1<sup>er</sup> février 2008 et avoir eu l'intention de le gifler, si une tierce personne, à savoir N., n'était pas intervenu pour l'éloigner. A ce sujet, il sied de relever que le témoignage de M. a un poids tout particulier, dès lors que ce dernier ne travaille plus pour la défenderesse et qu'il n'a aucun intérêt à présenter une version des faits qui soit plus favorable à cette dernière. Il n'a pas été établi que la réaction de T. aurait été justifiée ou provoquée par les gestes ou propos de son supérieur. Par ailleurs, N. a vu le demandeur pousser son supérieur et constaté que T. était en colère. Il a dû s'interposer pour empêcher que la bousculade ne continue. Quant à R., il a lui aussi fait état de ce que le demandeur l'avait bousculé plusieurs fois jusqu'à ce qu'il se trouve acculé au mur. Il a confirmé que N. était intervenu et avait ceinturé le demandeur. Il ressort de ce qui précède que la défenderesse a établi que le demandeur s'en était pris à son chef direct en le bousculant violemment. (...) Un tel acte est déjà grave en lui-même. Il l'est d'autant plus qu'il s'est produit dans les locaux de la défenderesse, à savoir une boucherie là où se trouvent des couteaux à profusion et où il serait facile d'en saisir un».*

c) Entendu le 8 septembre 2009, N. a déclaré ce qui suit : *«Je me souviens encore de l'épisode du 1<sup>er</sup> février 2008. J'ai vu M. T. toucher M. R. Il*

*l'a poussé. Les deux protagonistes se trouvaient derrière moi. (...) Il n'y avait pas de bruit. En me retournant, j'ai vu M. T. pousser M. R. Je suis alors intervenu entre les deux. J'ignore ce qui s'est passé avant. J'ai vu que le demandeur était en colère. J'ai pris le demandeur pour l'emmener à la cantine. Lorsque je me suis interposé, j'ai dit à M. T. «Laisse I». Je me trouvais alors face à face du demandeur. Je lui ai ensuite dit: «viens allons à la cantine». J'ignore ce qui se serait produit si je n'étais pas intervenu. M. T. m'a écouté, nous sommes allés à la cantine. Je lui ai dit de se calmer. (...) Avant que je n'intervienne, je n'ai rien entendu. J'ignore ce qui s'est passé et dit. (...) Il peut y avoir des couteaux dans les parages. Ce jour-là, je n'ai pas prêté attention à la présence de couteaux. (...) Le demandeur est quelqu'un de calme qui ne parle pas beaucoup. C'est la première fois que j'ai vu le demandeur fâché».*

Quant à R., principal intéressé, il a été auditionné le 27 octobre 2009 et a déclaré ce qui suit: *«S'agissant de l'épisode du 1<sup>er</sup> février 2008, le demandeur n'était pas là à 6 h lors du début du travail. Il est arrivé à 6 h 30. Il s'est équipé, est passé devant moi et a voulu prendre son poste de travail sans rien me dire, ce que je n'ai pas accepté. Je lui ai demandé comment il pensait s'organiser jusqu'à la fin de son emploi (allait-il s'organiser à lui tout seul). Il s'est fâché, m'a bousculé plusieurs fois jusqu'à ce que je me trouve acculé au mur qui se trouvait à 1 m 50 du point de départ de notre discussion initiale. Je me suis laissé faire. Je n'ai pas répondu. M. N. est intervenu. Il a ceinturé le demandeur et l'a éloigné. J'ai dit à M. N. d'accompagner le demandeur jusqu'à la sortie. Je ne me souviens pas que le demandeur ait utilisé un langage menaçant. Il n'avait pas de couteaux en mains. Néanmoins (...) il y a des couteaux dans un endroit proche de là».*

Il résulte de ces déclarations que, s'il est établi – et par ailleurs incontesté – que T. s'est énervé contre son chef R. le 1<sup>er</sup> février 2008 et l'a bousculé à plusieurs reprises jusqu'à ce que celui-ci se retrouve contre le mur à une distance de 1 m 50 du point de départ, avant que N. ne s'interpose, aucun des témoins n'a affirmé que le recourant aurait fait preuve de violence envers son supérieur. Certes, le fait de bousculer ce dernier à plusieurs reprises était pour le moins inconvenant et déplacé, et un tel geste revêt une brusquerie certaine; toutefois, cela ne signifie pas encore que T. aurait poussé «violemment» son supérieur, contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges. De plus, aucun des témoins, pas même le principal concerné, n'a déclaré que le recourant aurait crié ou employé des mots menaçants, ni qu'il aurait fait un geste pour s'emparer d'un couteau qui pourrait avoir été disponible à quelque distance. En outre, l'audition des témoins S. et M., qui au demeurant n'étaient pas présents lors de l'altercation, ne permet pas d'aboutir à une autre conclusion, dans la mesure où ceux-là ont simplement indiqué que T., lors d'un entretien qui a eu lieu le 4 février 2008, a reconnu avoir bousculé R., ce qui n'est pas litigieux. Certes, ces témoins ont aussi déclaré que le recourant aurait alors

admis qu'il aurait frappé R. en l'absence de témoins, soit s'il avait été seul avec lui. Toutefois, quand bien même il serait établi que telle aurait été l'intention de T., ce que celui-ci conteste, il faut bien constater que personne n'a jamais soutenu que le recourant aurait effectivement frappé son supérieur; or, ce qui compte est ce qui s'est réellement passé, et non ce qui a éventuellement traversé l'esprit de l'un ou l'autre des protagonistes. Dès lors, le grief du recourant relatif au poids particulier accordé au témoignage de M. est superflu, dans la mesure où il est de toute manière établi que T. n'a pas frappé R.

d) Vu ce qui précède, les critiques du recourant relatives à l'établissement des faits qui se sont déroulés le 1<sup>er</sup> février 2008 sont fondées. Les faits déterminants sont dès lors que T., qui est arrivé en retard à son travail ce jour-là et s'est fait réprimander par son supérieur R., s'est énervé et a bousculé à plusieurs reprises celui-ci sur une distance de 1 m 50 environ, avant que son collègue N. n'intervienne pour tenter de le calmer et l'emmener à la cantine.

Un tel comportement était certes discourtois et irrespectueux, mais dans la mesure où c'était la première fois qu'il se produisait – du moins la défenderesse n'a-t-elle jamais allégué que ce ne serait pas le cas – il ne saurait justifier en droit un licenciement immédiat, sans un avertissement préalable, vu la jurisprudence rappelée ci-dessus (notamment ATF n. p. du 27 octobre 2006, 4C.247/2006, et du 16 décembre 2005, 4C.331/2005). En effet, une résiliation immédiate nécessite une faute grave de l'employé, dénotant une certaine intensité, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce; or, *in casu*, quand bien même il est compréhensible que R., comme il l'a déclaré, se soit senti agressé et mal en raison de cet incident, celui-ci ne revêtait pas objectivement une gravité particulière, en l'absence de cris comme de paroles ou gestes menaçants de la part de T. Il aurait dès lors fallu que ce dernier, préalablement à son licenciement, se voit notifier un avertissement sérieux, l'enjoignant à ne plus adopter ce genre d'attitude sous peine d'être renvoyé immédiatement. Cette conclusion s'impose d'autant plus en l'espèce que le recourant avait déjà remis sa démission pour le 31 mars 2008, soit un terme se situant deux mois après les événements du 1<sup>er</sup> février 2008, et qu'il faut dans un tel cas se montrer particulièrement restrictif dans l'admission de justes motifs de licenciement immédiat (*supra*, ch. 3a).

En conséquence, E. SA n'ayant pas apporté la preuve de l'existence de justes motifs de résiliation immédiate du contrat de travail qui la liait à T., c'est à tort que les premiers juges ont admis, en droit, le caractère justifié de ce licenciement sans délai. Il s'ensuit l'admission du recours sur ce point et l'annulation du jugement attaqué, sans qu'il soit nécessaire d'examiner encore les autres griefs du recourant relatifs à l'application du droit.

4.

a) Selon l'art. 337c al. 1 CO, si l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné, si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé. Selon la jurisprudence (ATF 128 III 271), l'employé a droit, en sus de son salaire, au paiement d'une indemnité pour vacances non prises lorsque le contrat aurait normalement pu prendre fin dans un délai n'excédant pas deux à trois mois.

En l'espèce, on a vu (*supra*, ch. 3d) que, sans résiliation immédiate, le contrat de travail de T. aurait pris fin le 31 mars 2008, soit un peu moins de deux mois après le licenciement sans délai prononcé le 4 février 2008. En conséquence, le recourant a droit au paiement des montants suivants:

- le solde de son salaire du mois de février 2008, soit 3505 fr. 95 brut (3875 francs moins 369 fr. 05 déjà perçus),
- son salaire de mars 2008, soit 3875 francs brut,
- le solde du 13<sup>ème</sup> salaire *pro rata temporis* pour trois mois, soit 615 fr. 10 brut [968 fr. 75 ( $\frac{1}{4} \times 3875$  francs) moins 353 fr. 65 déjà perçus] et

- une indemnité brute de 674 fr. 40 pour les vacances non prises [cf. FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op.cit., n. 1.2 ad art. 329d: le recourant ayant droit à 5 semaines de vacances par année, le salaire afférent aux vacances correspond à 10,64% du salaire annuel brut ( $13 \times 3875$  francs, soit 50 375 francs), à savoir 5359 fr. 90 pour l'année ou 1340 francs pour trois mois; le recourant ayant déjà perçu 536 fr. 55, il aurait droit au solde, c'est-à-dire 803 fr. 45, mais il n'est pas possible d'aller au-delà de ses conclusions (art. 4 al. 1 CPC)].

Le montant brut total dû par E. SA à T. au titre de l'art. 337c al. 1 CO s'élève dès lors à 8670 fr. 45. Il encore faut ajouter à cette somme les allocations familiales, que l'employeur est tenu de verser avant de se les faire rembourser par la caisse d'allocations familiales à laquelle il est affilié (art. 6 RAFC, RSF 836.11); le recourant a droit à cet égard à un montant de 1431 fr. 40 [ $2 \times (230 + 250 + 290)$  francs] moins 108 fr. 60 déjà perçus].

Conformément à l'art. 104 al. 1 CO, un intérêt moratoire au taux de 5% l'an sera dû sur ces montants dès le 4 février 2008, jour de la résiliation immédiate injustifiée, les créances du recourant étant échues ce jour-là.

b) Le recourant réclame encore une indemnité pour résiliation injustifiée d'un montant de 9290 francs, soit deux salaires mensuels bruts, allocations familiales incluses.

Aux termes de l'art. 337c al. 3 CO, le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances, parmi lesquelles figurent notamment la situation sociale et économique des deux parties, la gravité de l'atteinte à la personnalité de la partie congédiée, l'intensité et la durée des relations de travail antérieures au congé, la manière dont celui-ci a été donné, ainsi que la faute concomitante du travailleur (ATF n. p. du 3 sep-

tembre 2002, 4C.127/2002, consid. 5.1); cette indemnité ne pourra toutefois pas dépasser le montant correspondant à six mois de salaire. Une partie de la doctrine (VON KAENEL, Die Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung nach Art. 337c Abs. 3 OR, thèse, Berne 1996, p. 69; CR CO I-AUBERT, art. 337c N 16) estime que le juge n'est pas tenu de par la loi d'octroyer l'indemnité prévue par l'art. 337c al. 3 CO. De son côté, le Tribunal fédéral, après avoir laissé la question ouverte tout en laissant entrevoir qu'il trancherait vraisemblablement dans le sens préconisé par VON KAENEL (ATF n. p. du 16 août 2001, 4C.137/2000, consid. 4), a finalement décidé que le versement d'une telle indemnité constitue la règle, mais suppose un comportement fautif de l'employeur ou en tout cas des circonstances qui lui sont imputables (ATF précité du 3 septembre 2002). Quoi qu'il en soit, l'art. 337c al. 3 CO demeure néanmoins une «*Kann-Vorschrift*» (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op.cit., n. 3.9 ad art. 337c), de sorte que le montant de l'indemnité peut être réduit, voire supprimé, lorsque le comportement du travailleur a donné lieu au licenciement (ATF 121 III 64 consid. 3c).

En l'espèce, il résulte des faits tenus pour établis (*supra*, ch. 3d) que le licenciement immédiat de T. reposait sur un comportement fautif de ce dernier. Certes, ce comportement n'atteint pas une intensité suffisante pour constituer un juste motif de résiliation immédiate du contrat de travail, mais il n'en demeure pas moins qu'il doit, de l'avis de la Cour, avoir pour conséquence de dispenser E. SA de verser une indemnité à son ancien employé: en effet, la défenderesse ne saurait se voir imputer, dans le cadre de la détermination du droit du demandeur à une indemnité pour résiliation immédiate injustifiée, sa réaction – certes excessive – à une attitude discourtoise et irrespectueuse de son employé, dont les droits de la personnalité ont été atteints par le licenciement avant tout en raison de son propre comportement fautif, ce d'une manière qui n'était de plus pas particulièrement grave. Cette conclusion s'impose d'autant plus en l'espèce que le recourant avait lui-même préalablement démissionné de son poste pour le 31 mars 2008; dès lors, la condamnation de l'intimée à lui verser les salaires qui lui sont dus pour la fin du délai de congé suffit à le placer dans la situation qui aurait été la sienne s'il avait terminé normalement son activité au service de E. SA, étant précisé qu'à aucun moment T. n'a allégué que son licenciement immédiat de chez l'intimée aurait préterité sa carrière professionnelle ultérieure.

Dans ces conditions, le recours de T. sera rejeté en ce qui concerne le paiement d'une indemnité pour résiliation injustifiée.

Arrêt communiqué par F. Baumann, greffier au Tribunal cantonal du canton de Fribourg.

## Kanton Genf

*Cour d'appel des prud'hommes de Genève, Arrêt du 4 février 2010 (Rejet de l'appel interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes de Genève du 11 juin 2009)*

*Par arrêt du 22 juin 2010, le Tribunal fédéral a rejeté le recours en matière civile interjeté par l'employée contre l'arrêt cantonal (TF, cause 4A\_158/2010).*

**Art. 336 CO.** La personnalité (traits de caractère) du travailleur ne saurait jamais constituer une faute du travailleur; elle peut néanmoins avoir une incidence négative sur l'exécution du travail en groupe, et de ce fait, fonder un licenciement qui n'est pas abusif. En revanche, un comportement inadéquat, dès lors qu'il procède d'un choix, peut s'avérer fautif et justifier un licenciement, sans même qu'il ne nuise notablement au travail en équipe (c. 2.6).

**Art. 328 CO.** L'employeur doit prendre les mesures que l'on peut attendre de lui pour désamorcer un conflit sur le lieu de travail avant de procéder éventuellement au licenciement des employés concernés (c. 3.1). Point n'est cependant nécessaire que le travailleur licencié ait été la seule source du conflit, voire fautif ou le seul fautif dans l'affaire. Si l'origine du conflit doit être imputée à plusieurs personnes, il convient, lors du choix des mesures, de tenir compte de la part de responsabilité de chacun des protagonistes (c. 3.3).

L'employeur doit examiner la possibilité d'une mutation de l'employé «à caractère difficile» et «source de conflits» dans un autre département, magasin ou unité de travail de l'entreprise (c. 5.1.2). Il est cependant clair que l'attitude de l'employeur variera en fonction de la taille de l'entreprise. Dans une petite ou moyenne entreprise, les relations de travail sont souvent si étroites qu'une résiliation est la seule solution envisageable. Dans une grande entreprise, par contre, le congé ne sera prononcé que si des mesures «plus légères» ne suffisent pas (c. 5.2.1).

**Art. 2 al. 2 CC, art. 49 CO.** La manière dont le travailleur se voit communiquer et exécuter sa libération immédiate de la place de travail peut fonder le grief de l'exercice abusif d'un droit, voire justifier une prétention pour tort moral (c. 6.1.2). Toutefois, une attitude incorrecte, marquée d'impolitesse, indigne d'un employeur ordonné, ne justifie pas encore l'allocation d'une indemnité (c. 6.1.3).

Extraits des faits:

T., née en 1957, a été engagée, le 29 août 2002, en qualité de vendeuse-serveuse par E. Sàrl, dont les associés gérants sont les époux E. T. a été affectée au magasin de X. Elle y effectuait un horaire allant de 6 h 30 à 14 h 00. L'épouse E. ne se rendait pas souvent au magasin de X.; elle laissait l'équipe qui y travaillait s'autogérer, et elle exerçait son contrôle essentiellement sur la base de contacts téléphoniques; notamment avec T., le magasin fonctionnait bien. T., dotée d'une personnalité forte, a pris la tête de l'équipe, ce qui convenait à la direction; toutefois, aucune des employées ne se voyait investie par l'employeur comme responsable du magasin ou chef d'équipe. Le travail de T. était excellent et apprécié. A partir de 2005, T. a rencontré des difficultés relationnelles avec certaines de ses collègues, ayant donné lieu, à plusieurs reprises, à des conflits, nécessitant l'intervention de son employeur.

Le vendredi 29 août 2008, les époux E. se sont présentés, à 13 h 30, au magasin de X. Ils ont convié T. dans un coin du tea-room et lui ont notifié son licenciement pour fin novembre 2008, avec libération immédiate de la place de travail. L'épouse E. a fait assister L., auxiliaire dans le magasin, à cet entretien, pour qu'elle leur serve de témoin que le congé aura été notifié avant la fin du mois; elle lui également donné à lire la lettre de congé, puis la remise à l'intéressée. T., surprise et choquée, a tenté de comprendre et a demandé les raisons de son licenciement; l'épouse E., prise par le temps – elle devait assister à un enterrement – n'a pas voulu s'attarder; elle a prié T. de prendre ses affaires et de s'en aller. L'original de la lettre de congé, datée du 27 août 2008, avait déjà été expédié, en recommandé, la veille, soit le 28 août 2008. Elle avait la teneur suivante: *«Madame, Le comportement inacceptable que vous avez eu envers deux de vos collègues de travail nous conduit à nous passer de vos services avec effet immédiat. Le salaire des deux mois de préavis, le solde de vacances et la part de 13<sup>ème</sup> salaire vous seront versés début septembre.»* Par courrier du 20 octobre 2008, T. a formé opposition au congé.

Par acte déposé au Greffe de la Juridiction des Prud'hommes en date du 2 janvier 2009, T. a assigné E. Sàrl en paiement de fr. 22 132,50, avec intérêts, à titre d'indemnité pour licenciement abusif et tort moral. Par jugement du 11 juin 2009, le Tribunal a rejeté la demande en paiement de T. En date du 10 juillet 2009, T. a formé appel contre ce jugement.

Extraits des considérants:

2.

2.1. L'appelante considère le licenciement dont elle a fait l'objet était abusif au sens de l'art. 336 al. 1 CO et de la jurisprudence du Tribunal fédéral y afférente. A ce propos, elle se prévaut, en particulier, de l'ATF 4C.253/2001 du 18 décembre 2001.

2.2. L'art. 336 al. 1 let. a CO qualifie d'abusif le congé donné pour une *raison inhérente à la personnalité du travailleur*, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un *préjudice grave au travail dans l'entreprise*.

2.3. Par «travail dans l'entreprise» au sens de l'art. 336 al. 1 let. a in fine CO il faut comprendre la collaboration entre les travailleurs, l'atmosphère générale du lieu de travail (mot clé lors des débats du parlement: «Betriebsklima»; cf. ZOSS, La résiliation abusive du contrat de travail, Lausanne, 1997, p. 180; HUMBERT, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Winterthur, 1991, p. 71).

2.4. Cette disposition vise le congé fondé par exemple sur la race, la nationalité, l'âge, le statut familial, l'orientation sexuelle, les antécédents judiciaires ou la maladie (MESSAGE, FF, 1984 II 622). La doctrine et certaines jurisprudences cantonales y ont ajouté, entre autre, les traits de caractère, telle une personnalité forte ou difficile du travailleur (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 1996, N. 16 ad art. 336 CO; REHBINDER, Berner Kommentar, 1992, N. 84 ad art. 336 CO).

2.5. S'il est établi qu'une situation conflictuelle sur le lieu de travail due au «caractère difficile» d'un travailleur, nuit notablement au travail en commun dans l'entreprise, le congé n'est pas abusif (ATF 4C.253/2001 du 18.12.2001, *infirmières* = JAR 2002 p. 210 et commenté par BLESİ, «Missbräuchlichkeit einer Kündigung wegen unterlassener Fürsorge», in: ARV/DTA 2002 p. 17; 132 III 115 cons. 2.2, *chauffagistes*; 127 III 86 cons. 2b; 125 III 70 cons. 2c).

2.6. D'une façon générale, la *personnalité* (traits de caractère) du travailleur ne saurait jamais constituer une faute du travailleur; elle peut néanmoins avoir une incidence négative sur l'exécution du travail en groupe, et de ce fait, fonder un licenciement qui n'est pas abusif (personenbedingte Kündigung); en revanche, un *comportement* inadéquat, dès lors qu'il procède d'un choix, peut s'avérer fautif et justifier un licenciement, sans même qu'il nuise notablement au travail en équipe (verhaltensbedingte Kündigung) (cf. STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Zurich, 2006, N. 5 ad art. 336 CO; STAHLHACKE/PREIS/VOSSEN, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, Munich, 2005, p. 480; ASCHEID/PREIS/SCHMIDT, Kündigungsrecht, Munich, 2007, p. 253 et p. 308).

### 3.

3.1. Toutefois, avant de procéder au licenciement, l'employeur doit prendre les mesures que l'on peut attendre de lui pour désamorcer le conflit (ATF 132 III 115 cons. 2.2; 125 III 70 cons. 2c p. 74; 4A\_64/2009 du 23.3.2009 cons. 3.1; 4A\_259/207 du 8.11.2007 cons. 4.1; 4C.73/2006 du 22.12.2006 cons. 1.3; 4C.46/2006 du 12.4.2006 cons. 3.1 *infirmières*; 4C.189/2003 du 23.9.2003 cons. 5, *infirmières* = JAR 2004 p. 314; 4C.253/2001 du 18.12.2002 cons. 2c; TC GR, JAR 2009 p. 545; WYLER, Droit du travail, Berne, 2<sup>e</sup> éd., 2008, p. 536; ZOSS, op.cit. p. 181; STAEHELIN, op.cit. N. 17 ad art. 336 CO).

3.2. Cette exigence repose sur l'art. 328 al. 1 CO selon lequel l'employeur a le devoir de protéger et de respecter, dans les rapports de travail (REHBINDER, op.cit., N. 4 ad art. 328 CO; 132 III 115 cons. 2.2). L'abus réside dans le fait que l'employeur exploite la propre violation de ses devoirs contractuels (cf. ATF 132 III 115 cons. 2.2; 125 III 70 cons. 2.a. p. 73; 4C.189/2003 du 23.9.2003 cons. 5.1; cf. BAG allemand, 2 AZR 234/04 du 2.6.2005 in: www.bundesarbeitsgericht.de.) En effet, après avoir laissé une situation conflictuelle s'envenimer parmi ses salariés sans prendre les mesures adéquates pour l'atténuer, contrairement à l'art. 328 al. 1 CO, celui-ci se prévaut du fait que l'ambiance est devenue préjudiciable au travail dans l'entreprise, pour licencier le salarié apparaissant, en raison de son «caractère difficile», comme un fauteur de troubles (ATF 4C.19/2003 du 23.9.2003 cons. 5.1). La question de savoir si l'employeur a pris les mesures nécessaires pour désamorcer le conflit avant d'en arriver à la résiliation relève du droit, car elle revient à examiner si l'employeur s'est conformé aux devoirs que lui impose l'art. 328 CO.

3.3. Point n'est cependant nécessaire que le travailleur licencié ait été la seule source du conflit, voire fautif ou le seul fautif dans l'affaire. Si l'origine du conflit doit être imputée à plusieurs personnes, il convient, lors du choix des mesures, de tenir compte de la part de responsabilité de chacun des protagonistes (cf. Allemagne: BAG, 2 AZR 240/01 du 10.10.2002 = BAGE, 103, p. 100, 107; France: Cass. soc. 27.11.2001 in: Dalloz, 2002. IR 255 = Revue de jurisprudence sociale RJS 2002 p. 135, No. 153). Il en va de même d'un éventuel comportement objectivement inadéquat.

3.4. Enfin, dans la pesée, il convient de tenir compte du caractère exogène ou endogène du conflit par rapport à l'entreprise. Si des difficultés opposent deux travailleurs par rapport à leur vécu extra-professionnel, l'employeur est plus libre dans le choix de la personne à sacrifier que lorsque ce litige a pris sa source dans un problème lié au travail.

3.5. Un conflit interpersonnel, provoquant la détérioration du climat de travail, peut notamment tenir à la *forte personnalité* d'une ou plusieurs des personnes protagonistes, et/ou découler d'une *répartition peu claire, voire absente, des compétences* respectives (cf. ArGer ZH JAR 2008 p. 543). Ce conflit peut également avoir été provoqué par des *malveillances* délibérées et constantes, visant une personne déterminée dans l'unité de travail (mobbing).

3.6. Il appartient au travailleur d'apporter la preuve du caractère abusif du licenciement (art. 8 CC; ATF 123 III 246), au besoin sur la base d'un faisceau d'indices convergents (ATF 4C.404/2005 du 10.3.2006 cons. 3.2; 4C.237/2006 du 24.11.2006 cons. 3 = JAR 2007 p. 355). Le simple fait que la motivation du congé donnée par l'employeur soit inexacte ou incomplète ne fait pas encore naître la présomption que le congé soit abusif; il appartient au juge de déterminer, sur le vu des éléments réunis, le motif réel du licenciement (ATF 121 II 60; STREIFF/VON KAENEL, op.cit., N. 16 ad art. 336 CO p. 695 *infra*).

4.

4.1. En l'espèce, il ressort des enquêtes que l'appelante a incontestablement une forte personnalité; soucieuse d'un travail impeccable, elle a tendance à vouloir diriger, à vouloir s'occuper de tout, à vouloir imprimer sa vision des choses. Ces traits – parce que traits de caractère il y a – ne sauraient lui être reprochés comme *fautes*. Ce d'autant moins que l'intimée s'en était longtemps accommodée. Il n'est dès lors pas que question que la Cour adhère à la thèse de la «méchanceté» (délibérée) de l'appelante envers ses collègues de travail.

4.2. Ceci dit, il est constant que sa personnalité forte à joué à l'appelante, à plusieurs reprises, de mauvais tours; ce sentant investie – à tort – d'être *la* responsable du magasin, l'appelante avait tendance à se mêler de questions qui ne la regardait pas, à contrôler et corriger autrui, à faire rapport sur des imperfections constatées, bref, à sur-interpréter son obligation de fidélité à l'employeur (art. 321a CO) – ce qui du coup a généré des conflits interpersonnels. Elle en faisait trop, ce qui lui a valu des avertissements en 2005 et 2006, mais également un fort sentiment d'avoir été incomprise par la «patronne».

4.3. S'agissant de ce trait de caractère, point n'est besoin dès lors, pour la solution du présent litige, d'examiner les responsabilités pour les incidents de l'époque 2005-2006.

4.4. Qu'en est-il maintenant des incidents du 19 au 22 août 2008?

4.4.1. Deux incidents se sont produits; le premier a opposé D. à «la nouvelle», A. A l'évidence, l'appelante, qui n'y a pas assisté, ne saurait y être pour quelque chose. Et elle n'a pas encore eu l'occasion de s'apercevoir que «la nouvelle» était dotée, comme elle-même, d'une forte personnalité et que celle-ci, selon ses propres mots, ne se laissait pas «impressionner» et avait, elle aussi «dépassé l'âge de la récréation».

4.4.2. Ensuite, l'on ne saurait pas non plus voir une violation de ses obligations contractuelles dans le fait que l'appelante ait cru bon de conseiller à R., de ne pas s'occuper du différend opposant D. à A.

4.4.3. Cela étant, la démarche de l'appelante – à nouveau du type corriger, contrôler – a été, à l'évidence, très mal ressentie par R., 68 ans, doyenne du magasin, au point de provoquer la rupture d'une amitié, vécue au travail et durant les vacances partagées ensemble. L'intéressée a dû se sentir humiliée. Une réaction était à prévoir.

4.4.4. Certes, la forme de la réaction de R., survenue le lendemain de ce «conseil», n'a pas manqué de théâtralité: à savoir offrir, devant témoins, des roses jaunes – dans un référentiel sémantique latin où les fleurs ont un langage: jalousie, rupture, abandon – et à accompagner ce geste de mots forts: «Ecoute, T., c'est la fin de notre amitié». Cette offre de fleurs et ces mots – loin de constituer une «offre de paix» comme le soutient l'intimée – ressemblaient à un affront et confinaient à une provocation.

4.4.5. Ce geste de R. n'excuse pas le geste de l'appelante qui s'en est suivi: le jet à la poubelle des fleurs offertes. Dans une petite unité de pro-

duction, composée exclusivement de *travailleuses*, un tel geste, fût-il provoqué, est impardonnable, car il officialise, bien plus que des fleurs ou des mots, la consommation d'une *rupture relationnelle*; il dénote, entre femmes, une violence psychologique particulière, et montre, de surcroît, la perte de contrôle sur soi. L'intelligence émotionnelle eût commandé d'accepter l'affront subi – surtout quand on a donné soi-même des leçons.

4.4.6. Il n'a pas été allégué, ni établi, que le geste de R. aurait procédé d'une cabale organisée par l'employeur. L'on ne verrait d'ailleurs pas les raisons qui eussent pu le conduire à une manœuvre de ce type, aux seules fins de pousser l'appelante à la faute. Il n'a pas davantage été affirmé, voire établi, que l'appelante aurait fait les frais d'un *mobbing* de la part de R. ou de A.

4.4.7. L'intimée aurait-elle dû se résoudre, dès 2005 ou 2006, à désigner clairement une employée comme responsable officielle du magasin? Et de désigner l'appelante? Peut-être aurait-ce contribué à faire accepter, par les autres employées, l'ascendant naturel de l'appelante. Mais, cela n'eût pas été certain. Le pronostic n'était pas favorable. L'incident du 21 août 2008 dénote une singularité suffisamment forte pour ne pas être absorbée, voire excusée, par un contexte structurel.

4.4.8. En ce sens, l'appelante assume la responsabilité, certes non exclusive, mais néanmoins *prédominante*, de la mauvaise ambiance de travail survenue au magasin de X. à partir du 21 août 2008.

4.4.9. Dès lors, le maintien de l'appelante à ce point de vente de l'intimée devenait intenable. La bonne marche du service y était, d'une manière notable, affectée et cette considération appelait une mesure d'éloignement de la personne responsable du trouble.

5.

5.1. L'appelante fait grief au Tribunal d'avoir méconnu la jurisprudence du Tribunal fédéral qui demande, en cas de conflit interpersonnel, à ce que l'employeur entreprenne les mesures que l'on peut attendre de lui pour désamorcer le conflit, avant de procéder à un licenciement (cf. ATF 4C.253/2001 du 18.12.2001 et ultérieurs, cités *supra*).

5.1.1. En font partie l'obligation, pour l'employeur, de convoquer les protagonistes, de les entendre ensemble, d'instruire le problème apparu, de tenter de résoudre le conflit, au besoin en adressant aux protagonistes des avertissements (cf. ATF 132 III 115 cons. 2.2.).

5.1.2. L'on y range, en règle générale, l'obligation, pour l'employeur, d'examiner la possibilité d'une mutation de l'employée «à caractère difficile» et «source de conflits» dans un autre département, magasin ou unité de travail de l'entreprise (cf. STAEHELIN, op.cit., N. 17 ad art. 336 CO; WYLER, op.cit. p. 537).

5.2. Il est exact que le Tribunal n'a pas examiné ces règles posées par la jurisprudence. La Cour ne les méconnaît pas, mais considère qu'elles ne sont pas à appliquer sans qu'il soit tenu compte des circonstances particulières du cas d'espèce.

5.2.1. Ainsi, il est clair que le résultat des mesures à prendre peut et doit varier selon la taille de l'entreprise. Dans une petite ou moyenne entreprise, les relations de travail sont souvent si étroites qu'une résiliation est la seule solution envisageable. Dans une grande entreprise, par contre, ce congé, assurément, ne pourra être prononcé que si des mesures «plus légères» ne suffisent pas (cf. ZOISS, op.cit., p. 181; MEIER/OEHMKE, «Die neuen Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts zum Kündigungsschutz»: in: plädoyer, 1988/5-6, p. 46).

5.2.2. De même, il n'y a pas lieu d'exiger de l'employeur qu'il réitère des mises en garde, reconvoque le collaborateur d'emblée identifié comme «récidiviste»; lorsqu'il s'avère qu'un trait de caractère, bien plus qu'un comportement délibéré du travailleur «fauteur de troubles» *erga omnes* est en jeu; il n'a pas à multiplier les admonestations et mises en garde; elles ne serviraient à rien (cf. ATF 4C.237/2006 du 24.11.2006 cons. 4. 2 = JAR 2007 355; WYLER, op.cit. p. 537; BLESİ, op.cit. p. 20)

5.3. En l'occurrence, l'intimée a, en effet, omis de procéder à une tentative de désamorcer le conflit interpersonnel survenu entre l'appelante et son ex-amie, et entre l'appelante et «la nouvelle», avant de procéder au licenciement de l'appelante.

5.3.1. Compte tenu des traits de caractère de l'appelante, des difficultés relationnelles déjà survenues, à d'autres occasions, et des mises en garde prodiguées à plusieurs reprises, il n'était pas nécessaire que l'intimée répète les gestes d'apaisement des tensions.

5.3.2. D'ailleurs, ils n'eussent fait sens, dès lors que les protagonistes du «camp adverse», à savoir R. et A., ont clairement signifié à l'intimée leur intention de ne plus vouloir collaborer avec l'appelante, voire de démissionner. L'intimée était ainsi exposée à un congé-pression potentiel. («Druckkündigung») – ce qui de l'avis des auteurs justifie que l'employeur se sépare de la personne à l'origine du trouble (STREIFF/VON KAENEL, op.cit., N. 5 ad art. 336 CO p. 678 supra).

5.3.3. Dès lors l'intimée n'avait pas d'autre choix que de licencier l'une des employées, afin de rétablir une ambiance de travail supportable dans son magasin de X. et de préserver les autres collaborateurs.

5.3.4. Aurait-on affaire à un *licenciement fusible* – répondant à une *pure convenance personnelle* de l'employeur (cf. ATF 131 III 535)? La réponse est non. Le fait que l'intimée ait choisi de se séparer de prime abord de l'appelante procédait à l'évidence d'une *réflexion d'employeur et d'entrepreneur* défendable (business judgment rule), et non pas d'un motif moralement répréhensible. Du moins, l'existence d'un motif abusif au sens de l'art. 336 al. 1 CO n'a pu être établie.

5.3.5. Du reste, D., à l'origine de l'incident du 19 août 2008 – et par-tant, si l'on veut, de l'incident subséquent du 21 août 2008 – a elle aussi été licenciée peu de temps après l'appelante. Quant à R., ses rapports de travail se sont terminés fin novembre 2009. L'intimée donnait ainsi à

comprendre que l'assainissement de la situation ne visait pas seulement, et arbitrairement, une seule des personnes impliquées.

5.4. Enfin, il n'a pas été allégué ni établi que cette fois-ci aussi, l'intimée eût été en mesure d'assigner à l'appelante – comme à l'époque à M<sup>me</sup> M. – une place de travail dans un autre magasin de l'entreprise.

6.

6.1. L'appelante voit encore un abus dans la manière dont l'intimée a procédé à son licenciement.

6.1.1. A teneur de la jurisprudence du Tribunal fédéral, il faut que l'employeur qui exerce son droit de licencier s'y prenne avec des égards pour la personnalité du travailleur (art. 328 al. 1 CO). La manière choquante entourant un licenciement peut constituer une violation de l'art. 2 al. 2 CC, et partant, fonder le droit à une indemnité au sens des l'art. 336 ss CO (132 II 115 cons. 2.2 = JdT 2006 I 152 = JAR 2006 p. 389; 125 III 70 cons. 2b; 118 II 157 cons. 4b/cc; 4C.261/2004 du 3.11.2004 cons. 1.2 et 4C.259/2004 du 11.11.2004, cons. 1.2; WYLER, op.cit., p. 535; GEISER/MÜLLER, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Berne, 2009, p. 217).

6.1.2. En particulier, la *manière* dont le travailleur se voit *communiquer et exécuter* sa libération immédiate de la place de travail peut fonder le grief de l'exercice abusif d'un droit (art. 2 al. 2 CC), voire justifier une prétention pour tort moral (art. 49 CO; cf. ATF 4C.259/2004 du 11.11.2004; *licenciement «encadré»*).

6.1.3. Toutefois, une attitude incorrecte, marquée d'impolitesse, indigne d'un employeur ordonné, ne justifie pas encore l'allocation d'une indemnité. Il n'appartient pas à l'ordre juridique de vouloir sanctionner des comportements dépourvus de courtoisie et de politesse – tout le moins pas lorsque ces comportements n'atteignent pas la gravité requise pour qu'on puisse parler d'atteinte à la personnalité du travailleur (ATF 132 III 115 cons. 2.3; 131 III 535 cons. 4.2 p. 539; ATF 4C.234/2001 du 10.12.2002 cons. 3 non publié in: ATF 128 III 129, mais publié in SJ 2002 I 289).

6.2. En l'espèce, il eût été indiqué que l'intimée notifie à l'appelante son licenciement d'une manière plus adéquate; qu'elle la fasse venir dans ses bureaux et lui signifie la mesure en présence d'un Chef du personnel et non dans un coin du tea-room, en présence d'une auxiliaire, de 30 ans la cadette de l'intéressée. Il n'était pas non plus nécessaire qu'elle donnât la lettre de congé à lire à cette auxiliaire pour disposer d'un témoin du licenciement.

6.2.1. A ce propos, l'appelante a soutenu, d'ailleurs pour la première fois en appel, que le témoin L. aurait été priée, et aurait effectivement lu, *de vive voix*, la lettre de licenciement. Or, il ne ressort pas de la déposition de ce témoin devant le Tribunal qu'elle aurait lu ce document de *vive voix*.

6.2.2. Quant aux propos prêtés à E., associée-gérante de l'intimée (i.e. «la patronne»), à savoir «prends ton cheni et fous le camp», il convient d'observer ce qui suit.

6.2.3. Il est certes exact que le témoin L., l'auxiliaire qui avait assisté au licenciement, a, selon ses propres termes, «pu utiliser» ces termes — et ce au moment de relater, ultérieurement, au téléphone, ce renvoi à D. Le témoin n'a pas affirmé que c'était «la patronne» qui aurait effectivement eu ces mots à la bouche; il a pu recourir lui-même à ces mots pour donner du corps à l'émotion créée par ce licenciement qu'elle estimait choquant. En comparaison personnelle, l'épouse E. a du reste contesté avoir eu ces mots, et déclaré avoir dit à l'appelante de prendre ses affaires et de partir.

6.3. Dès lors, la Cour n'est pas convaincue que les propos incriminés par l'appelante aient effectivement été tenus.

Arrêt communiqué par M<sup>e</sup> W. Gloor, avocat, Genève.

*Cour d'appel des prud'hommes de Genève, Arrêt du 9 avril 2010 (Admission de l'appel interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes de Genève du 28 mai 2009)*

*Par arrêt du 10 juin 2010, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours en matière civile interjeté par l'employeur contre l'arrêt cantonal (TF, cause 4A\_273/2010).*

**Compétence *ratione materiae*.** Lorsque l'examen de la compétence du tribunal se recoupe avec celui du bien-fondé de la demande (i.e. la question de l'existence ou non d'un contrat de travail), prévaut alors la théorie de la double pertinence. Selon celle-ci, l'existence des faits justifiant à la fois la compétence et les prétentions au fond, s'ils sont contestés, seront présumés réalisés pour l'examen de la compétence et ils ne devront être prouvés qu'au moment où le juge statuera sur le fond de la demande (c. 1.3.1).

**Art. 319 CO.** L'élément caractéristique du contrat de travail, qui permet de le différencier en particulier du contrat de mandat, est le rapport de subordination juridique qui place le prestataire de service dans la dépendance du donneur d'ordre sous l'angle personnel, organisationnel et temporel. Plus récemment, le Tribunal fédéral a également tenu compte de la dépendance économique du travailleur (c. 2.4). Bien que les médecins soient réputés accomplir une activité dite libérale, rien ne s'oppose à ce qu'ils exercent leur profession dans le cadre d'un contrat de travail (c. 2.6). En l'espèce, force est de conclure à l'existence d'un contrat de travail, mais d'un contrat réunissant des éléments du job sharing, du travail à l'appel et du télétravail (c. 3.1).

Extraits des faits:

T. de nationalité suisse, né en 1960, domicilié à Genève, docteur en médecine, spécialiste FMH (rhumatologie), a postulé, en été 2001, pour un

poste de *médecin régulateur* auprès de E. SA, succursale de Genève. Lors des pourparlers, en septembre 2001, T. a reçu une sorte de cahier des charges, intitulé «Charte de qualité des médecins de zone». A l'exception de ce cahier des charges, les parties n'ont pas donné à leur accord la forme écrite. Les rapports de collaboration ont commencé le 1<sup>er</sup> janvier 2002. Début 2008, T. a demandé à B., la nouvelle directrice, la «régularisation» de sa situation; il a réclamé être reconnu comme salarié de l'entreprise. B. a rejeté cette requête. Par courrier du 4 mars 2008, remis en mains propres, E. SA Genève a fait savoir à T. ce qui suit: «Résiliation du contrat de médecin-conseil (mandat externe)», et «nous mettons fin à notre collaboration avec effet immédiat». Par un courrier subséquent du 8 mars 2008, E. SA encore précisé que «la fin des nos relations contractuelles est à notre initiative». Par courrier recommandé du 25 avril 2008, T. a affirmé l'existence d'un contrat de travail, réclamé le respect d'un délai de congé, formé opposition au congé jugé abusif et abrupt, offert ses services, demandé paiement du salaire-préavis, des 13<sup>èmes</sup> mois de salaire (depuis 2002), des vacances «jamais accordées», et le versement des cotisations LPP – «jamais versées» à l'institution de prévoyance professionnelle à laquelle E. SA était affiliée. Par courrier du 26 juin 2008, E. SA Genève a rejeté ces prétentions, considérant que l'intéressé était mandataire, non pas salarié.

Par acte du 21 novembre 2009 adressé à la Juridiction des prud'hommes de Genève, T. a assigné E. SA, succursale de Genève, en paiement de divers montants. Dans son mémoire de réponse, E. SA a d'emblée excipé de l'incompétence *ratione materiae* de la Juridiction des prud'hommes, et subsidiairement, conclu au déboutement au fond du demandeur. Par jugement du 28 mai 2009, le Tribunal des prud'hommes a déclaré irrecevable la demande de T. Le Tribunal a considéré en substance que les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail au sens des articles 319 ss CO, et partant, qu'il n'avait pas la compétence matérielle pour examiner ce litige. Par mémoire du 2 juillet 2009, T. a formé appel contre le jugement du Tribunal.

Extraits des considérants:

### 1. Questions préalables

1.3. La présente cause revêt à l'évidence une internationalité, notamment parce que l'intimée a son siège social en Belgique (cf. ATF SJ 1995 p. 57 cons. 4a; ATF 4A\_559/2008 du 12.3.2009 cons. 2.1). Dès lors, il incombe au juge de vérifier d'office, et en fonction de la loi du for, sa compétence internationale et le droit applicable (ATF 118 II 83 cons. 2b p. 85 133 III 323 cons. 2.1).

1.3.1. Lorsque l'examen de la compétence du tribunal se recoupe avec celui du bien-fondé de la demande (i.e. la question de l'existence ou non d'un contrat de travail), prévaut alors la théorie de la double pertinence. Selon celle-ci, l'existence des faits justifiant à la fois la compétence et

les prétentions au fond, s'ils sont contestés, seront présumés réalisés pour l'examen de la compétence et ils ne devront être prouvés qu'au moment où le juge statuera sur le fond de la demande (ATF 131 III 153 cons. 5.1.; 122 II 249 cons. 3b/bb p. 252). Autrement dit: à ce stade de la procédure, le juge s'appuie sur les allégués du demandeur; ce dernier affirme l'existence d'un contrat de travail.

1.3.2. La Suisse et la Belgique sont parties à la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CLug, RS 0.275.11).

1.3.3. A teneur de son article 5 «le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attiré dans un autre Etat contractant, al. 1 en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée; en matière de contrat individuel de travail, ce lieu est celui où le travailleur accomplit habituellement son travail, et, si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, ce lieu est celui où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur».

1.3.4. Par ailleurs, l'art. 5 al. 5 CLug ajoute encore que «s'il s'agit d'une contestation relative à l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, [le défendeur peut être attiré] devant le tribunal du lieu de leur situation» (cf. MARTZ, *Die inländische Zweigniederlassung einer ausländischen Unternehmung nach schweizerischem IPRG*, thèse Berne, 1995, p. 116).

1.3.5. D'une façon générale, l'art. 5 al. 1 CLug consacre le for du lieu d'exécution. En matière de rapports de travail, il n'est pas nécessaire que le travailleur ait effectué son travail dans l'établissement de l'employeur: il suffit qu'il ait presté *pour* cet établissement, fût-ce à partir de son domicile ou d'un tiers endroit (VALLONI, *Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Lugano und Brüsseler-Uebereinkommen*, Zurich, 1998, p. 313; arrêt CJCE du 26.5.1982, aff. 133/81, Rec. 1982 p. 1981 *Ivenel*). Quant à l'art. 5 al. 5 CLug, le for alternatif de la succursale s'offre également pour le travailleur (JOHNER, *Die direkte Zuständigkeit der Schweiz bei internationalen Arbeitsverhältnissen*, Bâle, 1995, p. 100).

1.4. S'agissant du droit applicable, l'examen se fait, là-aussi, en fonction de la théorie de la double pertinence. Pour déterminer le droit applicable le droit appelé à donner la qualification de rapports contractuels – le juge s'appuiera sur les allégués du demandeur à l'action. Ce dernier affirme l'existence d'un contrat de travail.

1.4.1. A teneur de l'art. 121. al. 1 LDIP, le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail.

1.4.2. En l'espèce, l'appelant a déployé l'activité habituelle – alléguée comme activité salariée – en Suisse. C'est donc le droit suisse qui s'applique et qui détermine la qualification des rapports contractuels.

1.4.3. Du reste, les parties on expressément déclaré, en appel, vouloir voir tranché leur différend à la lumière du droit suisse ce qui équivalait à une élection de droit (art. 5 al. 1<sup>er</sup> et LDIP) licite (art. 121 al. 3 LDIP).

(...)

2.

2.1. A teneur de l'article 1<sup>er</sup> alinéa 1<sup>er</sup> let. a de la Loi sur la juridiction des prud'hommes (LJP RS/GE/E 3 10), la Juridiction des prud'hommes est compétente à raison de la matière pour connaître des contestations entre employeurs et salariés pour tout ce qui concerne leurs rapports découlant d'un contrat de travail au sens de l'article 319 CO. Elle a la compétence de statuer sur sa compétence (*Kompetenz-Kompetenz*).

2.1.1. La qualification des rapports contractuels, seul objet du présent débat, s'effectue certes à la lumière de l'art. 319 CO – norme de droit fédéral (et de la doctrine et jurisprudence y afférentes) – mais elle s'insère, par conséquent, dans la question d'application d'une, norme de droit cantonal (ATF 128 III 76 cons. 1 a p. 80; ATF 4A\_329/2008 du 11.11.2008 cons. 1) Le Tribunal fédéral n'exerçant son contrôle dans ce cas que limité à l'arbitraire dans l'application du droit cantonal (art. 9 Cst. féd), la Cour se doit de procéder avec soin.

2.2. Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixe d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1 CO). Les éléments caractéristiques de ce contrat sont donc a) une prestation de travail, b) un rapport de subordination, c) un élément de durée et d) une rémunération (cf. ATF 4A\_553/2008 cons. 4 du 9.2.2009; AUBERT, Commentaire romand, Bâle, 2003, N. 1 *ad* art. 319 CO; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, Lausanne, 2004, N. 1. *ad* art. 319 CO; AL-KOURAICHI, Les critères juridiques du contrat de travail, Thèse, Genève, 1968, p. 91 ss).

2.3. Le droit du contrat de travail est flexible à plusieurs égards: il autorise les parties à convenir de temps de travail très souples. Il autorise le travail à temps partiel (art. 319 al. 2 CO), le travail sur appel – travail fourni en fonction des besoins de l'entreprise [KAPOVAZ]) couplé ou non à un service de piquet, qui, dans un tel système, doit être rémunéré (ATF 124 III 249 cons. 3, VON KAENEL, «Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers» in: ARV/DTA, 2009 p. 1 ss); il leur permet de convenir d'un lieu de travail autre que l'entreprise (p. ex. contrat de travail à domicile, art. 351 CO; WALDNER, Die Heimarbeit aus rechtlicher und historischer Sicht, Bâle, 1994; contrat d'engagement des voyageurs de commerce, art. 347 CO, contrat de télétravail; SANER, Telearbeit: Organisationsformen – Rechtsformen Zurich, 1992; PULVER, Aspects juridiques du télétravail, Neuchâtel, 2000), voire à répartir un même poste sur plusieurs personnes – libres à elles de se répartir leurs tâches et temps de mise à contribution (contrat de «jobsharing»; cf. ATF 122 V 169; FUTTERKNECHT, Job Sharing, Thèse, Berne 1985, *passim*).

2.4. L'élément caractéristique du contrat de travail, qui permet de le différencier en particulier du contrat de mandat, est le rapport de subordination juridique qui place le prestataire de service dans la dépendance du donneur d'ordre sous l'angle *personnel, organisationnel et temporel* (ATF 121 I 259 cons. 3 b = SJ 1996 93; 107 II 430 cons. 1; 95 I 21 cons. 5b). Plus récemment, le Tribunal fédéral a également tenu compte de la dépendance économique du travailleur (cf. ATF 4A\_553/2008 du 9.2.2009 cons. 4.2; 4C.276/2006 du 25.1.2007 cons. 4.3. en se référant à STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 1996, N. 27 ad art. 319 CO; REHBINDER, Berner Kommentar, 1985, N. 42 ad art. 319 CO; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Zurich, 2006, N. 6 ad art. 319 CO; HARDER, Freie Mitarbeit und ähnliche Formen freier Zusammenarbeit, Berne, 2000, p. 80; cf. déjà ATF 4C.460/1995 du 24.2.1997 cons. 2a in: JAR 1998 p. 104).

2.5. Pour savoir s'il y a un rapport de dépendance, caractéristique du contrat de travail, il convient d'examiner l'ensemble des circonstances et indices concrets.

2.5.1. Du point de vue *personnel*: le prestataire de service devait-il fournir le travail personnellement ou pouvait déléguer ses tâches à un tiers?

2.5.1.1. Le travailleur doit – sauf exception (p.ex. concierge + épouse) – effectuer son travail personnellement. Le mandataire à la différence du travailleur – peut, dès lors qu'il travaille à son compte, s'entourer de collaborateurs, d'auxiliaires, voire, choisir un sous-mandataire (art. 398 al. 3 CO; FELLMANN, Berner Kommentar, 1992, N. 115 ad art. 394 et Nos. 525 ss ad art. 398 CO). Ne milite pas contre des rapports de travail le fait que le prestataire de service partage le poste avec un collègue de travail, dès lors que le donneur d'ordre a fixé lui-même ce système, déléguant l'organisation des horaires de mise à contribution aux partageants eux-mêmes, tout en les rémunérant individuellement (cf. «Job Sharing», ATF 122 V 169).

2.5.2. Du point de vue *organisationnel*: le prestataire de service était-il intégré dans l'entreprise du donneur d'ordre, inséré dans une structure hiérarchique (organigramme)? Recevait-il des directives et instructions contraignantes (art. 321d CO) déterminant l'accomplissement de son travail? Devait-il fidélité et obéissance (art. 321a CO)? Pouvait-il – à l'instar d'un mandataire – refuser des mandats, refuser tâches et dossiers?

2.5.2.1. Tant le travailleur que le mandataire sont tenus de déférer à des instructions (art. 321d, 397 al. 1<sup>er</sup> CO; FELLMANN, *op.cit.*, N. 114 et N. 309 ad art. 394 et N. 8 ad art. 397 CO).

2.5.2.2. Pour la différenciation, tout dépend de l'étendue de l'obligation d'y déférer et du coût économique d'un refus de s'y plier (cf. ATF 4C. 276/2006 du 25.1.2007 cons. 4.3.1; 4A\_553/2008 du 9.2.2009 cons. 4.1; GERBER, Die Scheinselbständigkeit im Rahmen des Einzelarbeitsvertrages, thèse St. Gall, Berne, 2002 p. 125 ss). En principe les instructions et directives données à un mandataire sont moins détaillées, et moins contraignantes que celles données à un travailleur. Ensuite, le

mandataire est libre – non seulement juridiquement, mais aussi économiquement – de mettre fin, en tout temps (art. 404 al. 1<sup>er</sup> CO), à un mandat qui ne lui convient pas; le travailleur, certes, peut lui-aussi mettre fin au contrat, mais il doit respecter un préavis (art. 335 CO), et les conséquences de ce choix sont autrement, car économiquement, plus lourdes que pour un indépendant: le premier perd un emploi, à plein temps ou à temps partiel, l'autre un mandat parmi d'autres. Le mandataire se consolera avec le reste de sa clientèle.

2.5.2.3. Cela étant, point n'est besoin – pour retenir un contrat de travail – que le donneur d'ordre émette à l'intention du prestataire de service des instructions relevant de son art ou de son métier («Fachanweisungen»). Un médecin-chirurgien, avocat ou ingénieur peut être salarié tout en n'ayant pas à se laisser imposer, par les services administratifs de l'Hôpital, de l'Etude ou du Bureau la manière dont il opère, plaide ou calcule.

2.5.2.4. L'intégration organisationnelle dans l'entreprise («betriebliche Eingliederung») ne suppose point la présence physique du prestataire dans les locaux de production du donneur d'ordre. Il peut, si tel a été la convention des parties et que la nature des services le permet, fournir son travail en voyageant, en se déplaçant, prêter à partir de son domicile ou à partir de n'importe quel endroit (ATF 4C.276/2006 du 25.1.2007 cons. 4.4.1; H 9/05 du 27.4.2005) – les moyens de communication modernes (IT) le rendent possible (RHEINHEIMER, *Arbeitsrechtliche Fragen nationaler und internationaler Telearbeit in der Europäischen Union*, Berne, Lang, 2003, passim; METZGER, *Rechtliche Aspekte und Perspektiven der Telemedizin*, Bâle, 2010, p. 15 ss cf. Cass. soc. Arrêt No. 1427 du 31.5.2006 X c/ *société SCC in*: [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)).

2.5.2.5. L'intégration organisationnelle ne suppose pas non plus que le prestataire ne soit pas libre dans «l'organisation de son travail»: les parties peuvent convenir que le travail [ou résultat] demandé soit rendu dans tel ou tel délai – libre au prestataire de déterminer quand concrètement il choisit de prêter (management by objectives; ATF 4C.276/2006 du 25.1.2007 cons. 4.4.2).

2.5.3. Du point de vue *temporel*: la mise à disposition, par le prestataire de service, d'un temps déterminé (par jour, semaine ou mois) au service d'un donneur d'ordre – temps d'obéissance («fremdbestimmte Zeit») – est une autre caractéristique du contrat de travail.

2.5.4. Qui mettait les outils de travail à disposition et qui assumait les frais liés à l'exécution du travail? En principe, est caractéristique du contrat de travail le fait que le prestataire de service reçoive du donneur d'ordre les outils de travail et se voit défrayé, *ex lege*, pour les frais liés à l'exécution de son travail (cf. art. 327, 327a CO). Le mandataire assume en principe seul ses frais de production.

2.5.5. Le prestataire de service était-il lié par une clause d'exclusivité? En règle générale, la présence d'une clause d'exclusivité dénote la

présence d'un contrat de travail, et la clause ne fait que rappeler une vérité de La Palice: le travailleur ne saurait servir deux employeurs qui se concurrencent (cf. art. 321 a CO; cf. aussi les art. 340a–c CO). Le mandataire, peut, sous réserve d'un conflit d'intérêts, accepter des mandats d'acteurs économiques de la même branche économique et qui se concurrencent sur le marché.

2.5.6. Le travailleur, à la différence du mandataire, entre et se trouve dans un lien de dépendance économique avec le donneur d'ordre: une fois le salaire convenu, il n'a plus de prise sur la valorisation de ses produits et services; en particulier, il ne participe pas, ou alors seulement partiellement, aux résultats de l'entreprise, n'assume pas de risque d'entreprendre, et n'insère pas son activité dans un projet entrepreneurial personnel (ATF 4C.276/2006 du 25.1.2007 cons. 4.6.1; HARDER, *op.cit.* p. 132 s.; FELLMANN; *op.cit.*, N. 310 *ad* art. 394 CO).

2.5.6.1. En particulier, il n'a pas la maîtrise des produits qu'il crée et des services qu'il rend: lorsqu'il intervient avec ces derniers sur le marché, il le fait drapé dans des couleurs, et avec les cartes de visites, adresses e-mail de son donneur d'ordre, bref, il le fait au nom et pour le compte de son donneur d'ordre, en tant qu'auxiliaire (art. 101 CO) dans l'exécution des obligations contractuelles de ce dernier (ATF 4A\_404/2009 cons. 4 du 22.10.2009, cas d'un «Legal Counsel»).

2.5.7. Constitue enfin un ultime indice – mais simplement indice – la qualification du rapport contractuel fait par les autorités de la sécurité sociale (AVS) et fiscales, étant rappelé que la décision de ces autorités ne lie pas le juge prud'homal dans sa propre appréciation – et vice versa (cf. ATF 121 I 259 = SJ 1996 p. 93 cons. 3c; 122 V 169 cons. 6a; MUNOZ, «Droit du contrat de travail et droit des assurances sociales» *in*: Droit privé et assurances sociales, Enseignement de 3<sup>e</sup> cycle de droit 1989, Fribourg, 1989, p. 74).

2.5.7.1. Pour le juge administratif (sécurité sociale, fiscalité), l'élément décisif est la mesure de l'indépendance personnelle et économique de l'intéressé dans l'accomplissement de sa tâche. Exerce une activité dépendante celui qui s'engage pour une durée déterminée ou indéterminée à fournir des prestations contre rémunération en se soumettant aux instructions de son employeur. Est indépendant, celui qui exerce son activité selon sa propre organisation librement choisie – reconnaissable de l'extérieur – et à ses propres risques et profits, et qui a engagé des fonds propres dans son affaire (fiscalité: ATF 2A.40/2006 du 17.4.2007 cons. 6.3; ATF 121 I 259 = SJ 1996 p. 93 cons. 3c; 2P.235/2003 du 5.4.2004 = RDAF 2004 II p. 274; HÖHN, Steuerrecht, Berne, 1993, 3<sup>e</sup> éd., p. 199 et 219; OBERSON, Droit fiscal suisse, Bâle, 2<sup>e</sup> éd., § 7 n<sup>o</sup> 26 ss p. 88; sécurité sociale: ATF 122 V 169 cons. 3c; 119 V 163 cons. 2 b; et ATF 110 V 72 cons. 4 a (*ad* art. 5 al. 2 LAVS; KÄSER, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2<sup>e</sup> éd., Berne, 2007, p. 115; GÄCHTER, «Die Abgrenzung von selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit» *in*: Richli, éd,

Aktuelle Fragen des Sozialversicherungs- und Migrationsrechts aus der Sicht der KMU, Zurich, 2009, p. 10 ss).

2.6. Les médecins sont réputés exercer une activité dite libérale – toutefois, rien ne s’oppose à ce qu’ils exercent leur profession dans le cadre d’un contrat de travail – que ce soit, par exemple, dans un hôpital public (rapports de service relevant du droit public), dans une clinique privée, dans un cabinet d’autres médecins, ou dans ou pour une structure mise en place par un assureur social ou privé.

2.6.1. Ainsi, il a été jugé qu’un médecin associé comme *médecin de garde* (nocturne) à un cabinet exploité sous forme d’une société anonyme, remplissait les conditions d’un travailleur au sens de l’art. 319 CO, dès lors qu’il devait suivre les directives du cabinet, touchait un pourcentage sur le chiffre d’affaires et n’avait pas le droit de facturer les patients «comme cela aurait normalement dû être le cas pour un médecin indépendant» (Genève, Cour mixte des prud’hommes, JAR 1987, p. 88).

2.6.2. Il a également été jugé qu’un médecin, recruté par un service d’urgence privée, chargé d’assurer une permanence avec des praticiens collègues, de se rendre régulièrement, et sur appel, au chevet des patients appelants, facturant les honoraires sur papier à en-tête de la société, avait, bien que relativement libre dans l’organisation du temps de travail, le statut de salarié (ATF 4C.64/2006 du 28.6.2006, n sur un arrêt CAPH).

2.6.3. Enfin, la Cour de cassation (Chambre sociale) française, a considéré qu’un médecin chargé de contrôler, pour une mutuelle, à partir de son cabinet privé, et aux moyens IT mis à disposition par cette dernière, les questionnaires médicaux des bénéficiaires de prêts et d’examiner les dossiers en cas de sinistre, et qui devait rendre son avis dans un délai imparti, avait le statut de salarié (Cass.soc. arrêt n° 08-44194 D du 29.9.2009, X. c/ *Union mutualiste logement* ([www.net-iris.fr](http://www.net-iris.fr))).

2.7. D’une façon générale, les collaborateurs de *call-centers*, chargés d’assurer une permanence de renseignement de 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7, se voient reconnaître le statut de travailleurs, non pas de mandataires, peu importe qu’ils déploient cette activité sur une plate-forme unique ou de manière décentralisée, à partir de bureaux satellites ou à partir de leurs domiciles (ATF 132 III 172; 122 V 169; LAG Berlin, jugement 13 Ta 7626/03 du 6.5.2003 *in*: [www.juraforum.de](http://www.juraforum.de); ROBERT, Le télétravail à domicile, Bruxelles, 2005, p. 26).

2.7.1. Cette approche a été étendue, en Suisse, aux médecins participant à un site de consultation on-line sur internet (télé-médecine), exploité par une société anonyme, et qui donnent leurs conseils à distance, de façon décentralisée, sous le logo de la société, et ce par le biais d’un *software* mis à leur disposition. Ils sont traités comme salariés (cf. METZGER, *op.cit.* p. 263 ss. évoquant le cas de *Medgate SA*).

2.8. Dès lors que les éléments caractéristiques d’un contrat de travail au sens de l’article 319 CO sont réunis, la qualification de la nature juridique des rapports contractuels est soustraite à la libre disposition des parties

(cf. art. 320; 341 al. 1<sup>er</sup> CO; ATF 4C.220/2003 du 28.10.2003 cons. 2.3; ATF 4C.216/1994 du 21.5.1995, cons. 1 d; 113 II 264 cons. 2a; 95 II 126 cons. 4; 84 II 493 cons. 2; JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, 1980, N. 226 ad art. 18 CO; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 7 ad art. 320 CO; GERBER, *op.cit.* P. 215).

3.

3.1. En l'espèce, force est de conclure à l'existence d'un contrat de travail, mais d'un contrat réunissant des éléments du *job sharing*, du travail à l'appel et du télétravail.

3.1.1. Le contenu de ce rapport contractuel se trouve énoncé dans la Charte de qualité du 24 août 2001 que le Dr. H., Directeur médical international d'A., a remis à l'appelant lors des pourparlers en automne 2001, à Genève.

3.2. L'appelant se trouvait dans un rapport de subordination juridique: il rendait ses services dans un lien de dépendance personnel, organisationnel et temporel.

3.2.1. L'appelant devait exécuter son travail personnellement, il n'avait pas le droit – à la différence de son prédécesseur, le Dr. Z. – de déléguer ses tâches à un tiers confrère.

3.2.1.1. Le fait qu'il a pu se partager le travail – i.e. la permanence de 24 heures sur 24, 7 jours sur 7, avec le Dr. K. – n'y change rien: ce dernier était, lui-aussi, au service de l'intimée, et le partage du poste de travail s'effectuait dans le cadre d'un *job sharing* voulu par l'intimée.

3.2.2. L'appelant a effectué ses prestations, dans le cadre d'un cahier des charges, remis lors de son engagement, et sous les directives de l'intimée (i.e. du directeur de sa plate-forme, O.), dénotant une intégration claire dans la structure mise en place par l'intimée:

- Il n'avait pas le droit de refuser ou de choisir les dossiers;
- Il devait suivre les directives et instructions du directeur de la succursale;
- Il devait rendre ses avis dans un délai de 2 heures dès leur communication;
- Il devait se tenir constamment – i.e. 24 heures sur 24 – à disposition («ruffbereit») lorsque c'était sa semaine de permanence;
- Il devait travailler avec les outils mis à dispositions par l'intimée, entre autres: rendre ses avis dans les applications informatiques (logiciels) mis à disposition par l'intimée;
- Il devait régulièrement rendre compte de son activité, participer à des réunions d'information (autant que ses activités ailleurs le lui permettaient, il est vrai);
- Il devait se présenter, dans ses contacts avec les tiers (patients, confrères), comme médecin de l'intimée (cf. logos, cartes de visite);
- Il faisait partie de l'organigramme de la succursale de l'intimée, et était hiérarchiquement subordonné à son directeur respectivement, à la cheffe de la plate-forme des chargés d'assistance;

- Il ne facturait pas les patients dont il devait consulter le dossier et émarginait de la liste des salariés de l'entreprise;
- Il n'assumait aucun risque d'entreprendre, aucun risque d'encaissement; et n'encourait aucune responsabilité directe envers les patients objets du rapatriement;
- Il n'émettait que des recommandations et, en marge de la déontologie d'un médecin, n'avait aucune prise directe sur une décision de rapatriement: celle-ci étant du seul ressort du directeur de la succursale, non médecin;
- Il se voyait défrayer pour les frais engagés dans l'exécution de son travail; les outils de travail étaient mis à sa disposition, et les abonnements et frais de connexion pris en charge par l'intimée;
- Il était lié par une clause d'exclusivité, c'est-à-dire n'avait pas le droit de collaborer simultanément avec un concurrent, ou de monter une propre structure, offrant le même service sur le marché que l'intimée;
- Il faisait partie du personnel de la succursale – du moins dans la perception de la plupart des membres de la plate-forme, et dans la perception de la maison-mère (à Paris) qui le rendait éligible, en tant que «salarié A.» d'un programme d'attribution gratuite d'actions A.;
- Il était – sur décision topique de la caisse de compensation – affilié à l'AVS, et avec effet rétroactif au 1.1.2002, comme salarié de l'intimée.

3.3. L'appelant se trouvait également dans un lien de dépendance économique avec l'intimée:

- Il n'avait aucune maîtrise sur la valorisation du travail effectué, respectivement des services rendus;
- Il touchait une rémunération de fr. 4000.– par mois pour une mise à contribution – certes *alléguée*, mais à teneur de dépositions testimoniales, parfaitement plausible – de 4,33 X 22 H/sem, ce qui paraît fort modeste, compte tenu de la facturation horaire que pratiquerait un médecin indépendant à Genève (entre fr. 220.– à fr. 300.–);
- Il touchait un montant, ses services étant payés, pour une mise à contribution moyenne mensuelle alléguée de 4,33 X 22 H/sem, de fr. 4000.–.

3.4. Dans un premier moyen, l'appelant considère que le «Charte de qualité» du 24 août 2001 ne faisait pas partie du nexus contractuel – le Dr. H. n'ayant pas eu qualité pour parler et négocier en son nom à elle.

3.4.1. Le détenteur d'une succursale répond non seulement des actes juridiques des personnes dûment inscrites au Registre du commerce du lieu de l'établissement de la succursale, mais également des actes d'autres personnes dont il s'est servi dans l'exécution de ses obligations: il répond ainsi notamment des actes juridiques de personnes de la société-mère que la filiale a mandatée pour la conclusion d'un contrat négocié et passé pour sa succursale (GAUCH, *Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht*, Zurich, 1974, p. 365).

3.4.2. Lors de ces pourparlers, le Dr. H. est intervenu pour le compte de l'intimée. Ce fait découle d'abord du contexte factuel, puis du fait de

l'apparence créée, autrement dit, en vertu du principe de la confiance (art. 18 al. 2 CO). Son action correspond à celle d'un auxiliaire (art. 101 CO) de l'intimée; partant, le document qu'il a remis à l'appelant engage l'intimée et fait partie intégrante du nexus contractuel.

3.5. L'intimée objecte ensuite que l'appelant aurait été «libre dans l'organisation de son travail» – indice clair de l'absence d'un contrat de travail. Ce moyen est dénué de fondement.

3.5.1. L'appelant – on l'a vu – a travaillé, dans le cadre d'un job sharing voulu et mis en place par l'intimée. La liberté d'organiser le travail dans le cadre d'un tel arrangement triangulaire n'exclut pas un contrat de travail. Par ailleurs, les plannings devaient être communiqués d'avance à la plate-forme de l'intimée.

3.5.2. L'appelant, il est vrai, travaillait en outre, comme médecin salarié, auprès d'un tiers (Clinique Y à BE), respectivement, et dans une moindre mesure, exploitait encore son propre Cabinet à Genève. Mais ces activités-là ont été expressément souhaitées par l'intimée: l'appelant était tenu, en vertu du contrat de médecin régulateur, de tout faire pour rester en contact avec la pratique.

3.5.3. Tout au plus pourrait-on se poser la question de savoir si un travailleur peut, pour un même temps, travailler au service de deux employeurs différents. En effet, à teneur de la doctrine et jurisprudence, une activité accessoire ne doit pas entrer en collision – *temporelle* ou *matérielle* avec l'activité principale (cf. BRÄNDLI, *Arbeitsvertrag und Nebenbeschäftigung*, thèse Zurich, 2000, p. 65 ss; FRANKE, *Arbeits- und sozialrechtliche Fragen von Zweitarbeitsverhältnissen*, Berne, thèse Freiburg i. Br., 2003, p. 19 ss; Bundesarbeitsgericht, 19.6.1959 –1 AZR 565/57, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Doppelarbeitsverhältnis).

3.5.3.1. La question n'a pas besoin d'être tranchée en l'espèce, dès lors que le tiers employeur, i.e. la Clinique Y. ne semble pas avoir pris ombrage du fait que l'appelant collaborait – pendant ses heures de travail à la Clinique – également avec l'intimée, par connexion IT.

3.6. L'intimée objecte encore que la volonté réelle (art. 18 al. 1<sup>er</sup> CO) des parties auraient été de conclure un contrat de mandat – preuve en serait que l'appelant aurait omis de protester contre son statut de mandataire.

3.6.1. Ce moyen, à supposer qu'il repose sur un allégué exact, n'aurait pas de pertinence en l'espèce: en effet, et on l'a vu, dès lors que les conditions d'un contrat de travail sont remplies, les parties ne sont plus libres dans la qualification juridique de leurs rapports contractuels. Par ailleurs, l'appelant s'est rapidement mis à réclamer une requalification de son statut en médecin salarié.

(...)

4.

4.1. Vu ce qui précède, le jugement sera annulé et la cause renvoyée au Tribunal pour instruction au fond.

Arrêt communiqué par M<sup>e</sup> W. Gloor, avocat, Genève.

*Cour d'appel des prud'hommes de Genève, Arrêt du 6 mai 2010 (Rejet de l'appel interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes de Genève du 30 novembre 2009)*

**Art. 357 CO. A certaines conditions, la jurisprudence admet qu'un contrat de travail puisse prévoir un salaire inférieur au salaire fixe minimum d'une convention collective de travail (principe de la clause la plus favorable/«Günstigkeitsvergleich»). Il faut, d'une part, l'existence d'un accord clair entre les parties et, d'autre part, que le salaire inférieur au salaire fixe minimum de la CCT soit compensé par des prestations relevant du même domaine, par exemple une provision sur chiffre d'affaires débouchant sur un résultat salarial global équivalant au salaire minimum selon la CCT (c. 3.3.1).**

**13<sup>ème</sup> salaire. La mention: «Salaire brut: fr. 3500.– x 12» peut, de bonne foi, être interprétée par le travailleur comme une clause lui assurant un salaire mensuel brut de fr. 3500.– x 12, sans que ledit montant n'englobe une part d'un 13<sup>ème</sup> salaire (c. 4.3.1). D'ailleurs, l'employeur qui omet de spécifier clairement la part du 13<sup>ème</sup> salaire sur le bulletin de paie du mois de décembre (ou, en cas de versement par tranches mensuelles, sur les fiches de paie mensuelle), court le risque, faute d'avoir pu prouver son allégué d'avoir payé le 13<sup>ème</sup>, à devoir le payer une seconde fois (c. 4.3.4).**

Extraits des faits:

T. a été engagée, le 4 juin 2007, E. Sàrl en qualité de «crêpière polyvalente». E. Sàrl a pour associé gérant M. Z., avec signature individuelle; l'épouse de ce dernier, M<sup>me</sup> Z., en est associée. A teneur de leur contrat de travail écrit, les parties sont convenues d'un «salaire brut de fr. 3500.– x 12», d'un délai de congé d'un mois (pour la fin d'un mois), d'une durée de travail de 42 heures par semaine, et de 4 semaines de vacances par an. Les rapports de travail ont commencé le 11 juin 2007. T. venait de sortir d'une période de chômage; elle n'avait pas de qualification particulière dans le domaine de la restauration. Son français actif était à l'époque, par ailleurs, insuffisant. Aussi, M. Z. a-t-il décidé, de solliciter pour cette employée des allocations d'initiation au travail (AIT), prévues par l'art. 65 de la loi sur l'assurance-chômage (LACI, RS 837.0). Du 11 juin 2007 au 10 décembre 2007, E. Sàrl a reçu de la caisse de chômage de T. des AIT contre présentation des avis de débit bancaires afférents aux salaires versés à cette dernière.

Par acte déposé au Greffe de la Juridiction des Prud'hommes en date du 2 janvier 2009, T. a assigné E. Sàrl en paiement de fr. 3460.– à titre de «13<sup>ème</sup> salaire», et ce avec intérêts. Le 28 avril 2009, E. Sàrl a licencié T., pour motifs économiques, et ce moyennant préavis d'un mois pour fin mai 2009. L'intéressée a été libérée de la place de travail à compter du 15 mai

2009. T. a reçu son salaire mensuel de fr. 3600.– jusqu’au 31 mai 2009. Par virement du 6 juillet 2009, E. Sàrl lui a encore fait parvenir un montant de fr. 600.– à titre de «solde 13<sup>ème</sup> salaire». Par jugement du 30 novembre 2009, le Tribunal a condamné E. Sàrl à payer à T. la somme brute de fr. 3467.10, sous déduction de la somme nette de fr. 600.–, plus intérêts moratoires. Par acte du 21 décembre 2009, E. Sàrl a formé appel et conclu à l’annulation du jugement entrepris.

Extraits des considérants:

3.

3.1. La matière relève du secteur de l’hôtellerie et de la restauration. Celle-ci était régie, jusqu’à fin 2009, par la Convention collective nationale de travail pour les hôtels restaurants et cafés (CCNT 98), et, à Genève, en complément, par l’Accord salarial genevois dans le secteur de l’hôtellerie-restauration du 31 janvier 2006 (RS/GE/J 1 50.20).

3.1.1. A teneur des art. 356 et ss. CO, les clauses normatives d’une convention collective n’ont en principe d’effet qu’envers les employeurs et travailleurs qu’elles lient, c’est-à-dire les employeurs qui sont personnellement parties à une CCT d’entreprise, les employeurs et travailleurs qui sont membres d’une association contractante, ou encore les employeurs et les travailleurs qui ont déclaré se soumettre à la convention au sens de l’art. 356 b CO.

3.1.2. La convention collective de travail peut toutefois être étendue au tiers en vertu de la loi fédérale permettant d’étendre le champ d’application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956 LECCT; RS 221.215.311), auquel cas ses clauses normatives s’appliquent également aux employeurs et travailleurs auxquels elle est étendue.

3.2. La CCNT 98 pour les hôtels, restaurants et cafés (ci-après CCNT) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1998 pour les contrats de travail conclu dès cette date (art. 3 al. 1 CCNT). Par arrêtés d’extension successifs, le Conseil fédéral a étendu le champ d’application à tous les acteurs de cette branche, en vertu de l’art. 1 LECCT, et ce à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1999, et, pour la dernière fois, le 1<sup>er</sup> janvier 2008 avec effet jusqu’au 31 décembre 2011.

3.2.1. A teneur de l’art. 1 al. 1, la CCNT s’applique à tous les employeurs et collaborateurs qui exercent une activité dans un établissement de l’hôtellerie ou de la restauration. Son notamment concernés tous les prestataires de services d’hôtelleries et de restauration accessibles à tout un chacun contre rémunération. Les crêperies sont également concernées, ce point n’est, du reste, pas contesté.

3.2.2. La CCNT réserve aux associations contractantes le droit de fixer des salaires minimum plus élevés que ne le fait la convention nationale. A Genève, les partenaires sociaux de la branche ont usé de cette faculté et conclu, le 31 janvier 2006, un Accord salarial fixant, entre autres, pour les

collaborateurs sans qualification, un salaire minimum de fr. 3400.– brut par mois, pour un plein temps (42 h/sem). Elles ont sollicité l'extension de cet accord à tous les acteurs du secteur de l'hôtellerie-restauration. Par arrêté du 17 janvier 2007, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2007, le Conseil d'Etat, vu l'art. 7 al. 2 LECCT, a étendu l'Accord salarial genevois à toute la branche (RS/GE J. 1.50.19).

3.3. Sauf disposition contraire de la convention collective, les clauses relatives à la conclusion au contenu et à l'extinction des contrats individuels de travail ont, pour la durée de la convention, un effet direct et impératif envers les employeurs et les travailleurs qu'elles lient (art. 357 al. 1 CO). En tant qu'ils dérogent à des clauses impératives, les accords entre employeurs et travailleurs liés par la convention sont nuls et remplacés par ces clauses; toutefois, les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables (art. 357 al. 2 CO) (cf. SCHMID, in: Andermatt/Bianchi/Bruchez et alii (éd), *Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht*, Bâle, 2009, N. 23 ad art. 357 CO).

3.3.1. A certaines conditions, la jurisprudence admet qu'un contrat de travail puisse prévoir un salaire inférieur au salaire fixe minimum d'une convention collective de travail (principe de la clause la plus favorable/«Günstigkeitsvergleich»; ATF 134 III 399). Cela suppose deux choses: a) l'existence d'un accord clair entre les parties et b) le salaire inférieur au salaire fixe minimum CCT est compensé par des prestations, relevant du même domaine (comparaison non pas globale «Globalvergleich», mais domaine par domaine, «Einzelvergleich») – telle une provision sur chiffre d'affaires débouchant sur un résultat salarial global équivalant au salaire minimum selon la CCT (ATF 134 II 399; SCHMID, op.cit., p. 26–28 ad art. 357 CO).

3.4. Dans la branche de l'hôtellerie-restauration, les textes applicables (CCNT 98, Accord salarial genevois) dans la période considérée (2006–2010) prévoient un salaire mensuel de base minimum de fr. 3400.– pour un employé non qualifié; travaillant à plein temps. L'art. 12 CCNT prévoit, en sus de ce salaire mensuel de base, le versement d'un 13<sup>ème</sup> salaire, et par tranches croissantes, en fonction de l'ancienneté du travailleur. Ainsi, ce dernier a droit à un 13<sup>ème</sup> salaire dans les proportions suivantes: 50% du salaire mensuel brut, dès le 7<sup>ème</sup> mois de travail, 75% du salaire mensuel brut, dès la 2<sup>ème</sup> année de travail, et à 100% du salaire mensuel brut, dès le 3<sup>ème</sup> année de travail.

3.4.1. A teneur du Commentaire paritaire (édition 2007) ad art. 12 CCNT 98 «le 13<sup>ème</sup> salaire peut être payé périodiquement, à savoir annuellement, semestriellement, à la fin de la saison ou mensuellement. Toutefois, au moment du paiement, le 13<sup>ème</sup> salaire doit être explicitement mentionné sur le décompte de salaire. Cela est notamment indispensable en cas de paiement du 13<sup>ème</sup> salaire chaque mois» (op.cit., p. 28; cf. aussi *Gastro-Suisse*, Guide du droit du travail pour l'hôtellerie et la restauration, Zurich, 2010, commentaire ad art. 12 CCNT 2010, p. 58).

4.

4.1. Les parties sont en désaccord quant à leur volonté réelle au moment de la conclusion du contrat: l'appelante soutient que la mention «Salaire brut fr. 3500.– x 12» s'entendait «13<sup>ème</sup> mois inclus». En première instance, elle avait soutenu que le Service AIT de l'ORP (soit le fonctionnaire X.) avait abondé dans ce sens; et elle produit, dans son chargé, à titre de preuve, la formule SECO de l'AIT où, dans le pavé encadré à la deuxième page, ledit, fonctionnaire aurait apposé, de sa main, la mention «inclus» sous la rubrique «13<sup>ème</sup> salaire». L'intimée pour sa part soutient que les parties sont convenues d'un salaire mensuel brut de fr. 3500.– x 12, comme indiqué dans leur contrat de travail du 4 juin 2007.

4.2. Pour déterminer le contenu d'un contrat de travail, il y a lieu de rechercher d'abord la la réelle et commune intention des parties (art. 18 al. 1 CO; ATF 131 III 606 c. 4.1; 122 III 106 c. 5). Si une telle intention ne peut pas être établie, il faut alors tenter de découvrir le sens que les parties pouvaient et devaient donner, raisonnablement, de bonne foi et en application du principe de la confiance, à leur manifestation de volonté réciproque, qu'il s'agisse de déclarations ou d'attitudes, ceci en fonction de l'ensemble des circonstances (ATF 130 III 417 c. 3.2; 126 III 444 c. 1b). Le moment décisif pour cette analyse se situe lors de la conclusion du contrat. Les événements ultérieurs peuvent constituer un indice de la volonté réelle des parties (ATF 129 III 675 c. 2.3).

4.3. En l'espèce, la Cour n'a pu déceler une volonté réelle et commune des parties pour ce qui est de la question de savoir si le montant de fr. 3500.– s'entendait «13<sup>ème</sup> inclus ou non». Il est même probable que l'appelante, par le biais de M. Z., avait d'emblée l'idée en tête de voir «inclus» dans ces fr. 3500.– la part. du 13<sup>ème</sup> salaire, mais que, pour des raisons relevant de la stratégie d'embauche, il n'ait pas daigné expliciter sa volonté réelle lors de la conclusion du contrat. Il convient donc de recourir à l'interprétation de ce contrat selon le principe de la confiance (art. 18 al. 1 CO): comment le destinataire de cette manifestation de volonté «Salaire brut: fr. 3500.– x 12» pouvait-il en interpréter le sens, de bonne foi?

4.3.1. A cet égard, force est d'admettre que l'intimée pouvait de bonne foi partir de l'idée avoir affaire à un contrat de travail lui assurant un salaire mensuel brut de fr. 3500.– x 12, sans que ledit montant n'englobe une part d'un 13<sup>ème</sup> salaire.

4.3.2. En effet, le texte du contrat de travail du 4 juin 2007 est clair et ne contient aucun indice à l'appui de la thèse de l'appelante. S'y ajoute le fait qu'ultérieurement, l'intimée ne s'est jamais vu remettre des fiches de salaire, et encore moins des fiches de salaires précisant que le salaire mensuel brut n'était que de fr. 3400.–, et que le différentiel de fr. 100.– (à partir du 1.1.2009: fr. 200.–) intervenait à titre de 13<sup>ème</sup> salaire, ou, plus précisément, à titre «d'acompte sur 13<sup>ème</sup>».

4.3.3. L'appelante, eût-elle voulu donner corps à son intention de voir intégrer la part du 13<sup>ème</sup> dans le salaire brut mensuel de l'intimée, aurait dû

spécifier la chose a) dans le contrat de travail, et b) ainsi que sur les fiches de paie (cf. le Commentaire paritaire CCNT 98 ad art. 12 CCNT, *cité supra*), et c) remettre effectivement régulièrement les fiches de paie à l'intimée.

4.3.4. D'une façon générale, l'employeur qui omet de spécifier clairement la part du 13<sup>ème</sup> salaire sur le bulletin de paie du mois de décembre (ou, en cas de versement par tranches mensuelles, sur les fiches de paie mensuelle), court le risque que sa thèse de l'inclusion du 13<sup>ème</sup> salaire soit battue en brèche; et il s'expose, faute d'avoir pu prouver son allégué d'avoir payé le 13<sup>ème</sup>, à devoir le payer une seconde fois (cf. CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, Zurich, 2009, p. 109–110; ATF 4C.301/2001 du 21.2.2002 c. 4).

4.3.5. L'appelante, en faisant citer comme témoin M. X., fonctionnaire OCE/ORP, a tenté de faire valoir, comme *nexus* contractuel, ce qu'il aurait déclaré au Service AIT, ou ce que ce que ce fonctionnaire lui aurait déclaré, voire aurait annoté à la main dans le pavé encadré de la feuille SECO, sous rubrique «13<sup>ème</sup> salaire».

4.3.6. Mal lui a pris: Premièrement: dans un contrat entre A et B, seule fait foi la teneur de l'échange de volontés entre A et B (art. 1 CO) – il importe peu ce que A a, par ailleurs, pu convenir, en croyant péjorer la situation, avec un tiers – en l'espèce un service de l'Etat. Deuxièmement, le témoin X. a formellement nié avoir été à l'origine de la mention manuscrite «inclus» sous la rubrique «13<sup>ème</sup> salaire» et précisé ne pas être intervenu dans la fixation du salaire entre les parties. Troisièmement, la formule SECO du Service AIT ne constitue pas un avenant ou complément au contrat de travail des parties du 4 juin 2007; c'est un document qui précise les conditions d'octroi des AIT et qui détermine, à ce propos, les obligations et incombances légales (art. 65 LACI, art. 90 OACI) de l'employeur, bénéficiaire économique des AIT, vis-à-vis du Service AIT. La question de savoir qui a apposé la mention «inclus» sous la rubrique «13<sup>ème</sup> salaire» dans le pavé encadré de ladite formule SECO peut dès lors rester indécise; la Cour est cependant convaincue, sur le vu de la déposition du témoin X., que l'auteur de cette mention était l'appelante, représentée par la plume de M. Z.

4.4. A supposer, arguendo, que les parties aient effectivement convenu, comme le soutient l'appelante, d'inclure la part du 13<sup>ème</sup> dans le salaire mensuel de fr. 3500.– (à compter du 1.1.2009: dans le salaire mensuel de fr. 3600.–), force serait de retenir que la volonté des parties se heurterait à deux dispositions impératives au moins: a) au salaire minimum CCNT 98/Accord salarial genevois étendu, à savoir au montant fr. 3400.– brut par mois, et b) au principe, implicitement contenu à l'art. 12 CCNT, que le 13<sup>ème</sup> salaire, peu importe qu'il soit versé d'une traite à la fin de l'année, ou par tranches mensuelles, vient toujours en sus du salaire mensuel de base.

4.5.1. La thèse de l'inclusion du 13<sup>ème</sup> dans le salaire mensuel de fr. 3500.– ne résiste déjà pas à l'examen, pour un motif d'ordre logique, car

mathématique: le 13<sup>ème</sup> représente  $1/12^{\text{ème}}$  d'un salaire annuel, soit donc le 8,33% d'une paie mensuelle de base. Or, le 8,33% de fr. 3500.– correspond à fr. 291.55; la différence de fr. 100.– entre fr. 3400.– (salaire minimum CCNT 98/Accord salarial genevois étendu) et fr. 3500.– (salaire contractuel) ne suffit donc pas pour «inclure» la prétendue part du 13<sup>ème</sup> mois. La situation est la même si l'on se reporte au 1<sup>er</sup> janvier 2009, date à laquelle le salaire a été porté à fr. 3600.–. La différence entre fr. 3400.– et fr. 3600.– ne suffit, ici, non plus à inclure les fr. 300.– dû au titre de part du 13<sup>ème</sup> mois ( $8,33\% \times \text{fr. } 3600.–$ ).

4.5.2. La raison d'être du 13<sup>ème</sup> salaire, tel que le professe implicitement l'art. 12 CCNT 98, est qu'il s'ajoute au salaire de base (fixe ou variable) mensuel du travailleur. Le Commentaire paritaire (op.cit., p. 28) ne laisse planer, à ce sujet aucun doute: il précise qu'au moment du paiement, le 13<sup>ème</sup> doit être explicitement mentionné sur le décompte de salaire, notamment lorsque son paiement intervient par tranches mensuelles.

4.5.3. La manière de faire de l'appelante, fort astucieuse au demeurant, dût-elle être approuvée, reviendrait à éroder le principe du caractère impératif du salaire minimum CCNT/Accord salarial genevois étendu, de fr. 3400.– brut par mois pour un collaborateur non qualifié.

Arrêt communiqué par M<sup>e</sup> W. Gloor, avocat, Genève.

*Cour d'appel des prud'hommes de Genève, Arrêt du 9 août 2010 (Rejet de l'appel interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes de Genève du 4 janvier 2010)*

**Art. 336 CO. Le licenciement d'un employé parce qu'il est le conjoint ou le partenaire de vie d'une personne physique peut constituer un licenciement abusif car il est donné pour une raison inhérente à la personnalité du travailleur au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO, respectivement en raison de l'exercice d'un droit constitutionnel au sens de l'art. 336 al. 1 let. b CO (c. 2.2.5).**

**Art. 330b CO. Bien que l'obligation d'informer, à charge de l'employeur, ait été conçue en première ligne comme un instrument contre le dumping salarial et social lors de l'engagement de main-d'œuvre étrangère, son champ d'application s'étend à tous les contrats de travail (c. 2.2.8).**

**Licenciement économique. En principe, il n'incombe pas au juge prud'homal de substituer sa propre appréciation d'une situation économique de l'entreprise, ou de ses besoins, à celle de l'employeur (c. 2.3.4.1). Sous l'angle de l'art. 336 CO, il lui incombe toutefois d'examiner si un licenciement, présenté comme licenciement économique, repose en effet sur un tel motif ou s'il ne s'agit que d'un motif prétexte. Pour échapper au grief d'arbitraire, le but poursuivi par la mesure de licenciement doit s'insérer dans un discours économique**

**raisonnable et cohérent (c. 2.3.4.2). Lorsque la succursale constitue une entité économique autonome il y a lieu de prendre pour cadre de référence, pour examiner le caractère justifié d'un licenciement économique, la situation économique de la succursale, de préférence à celle de la société en tant que telle (c. 2.3.4.3).**

**Licenciement préventif. L'employeur n'a pas à attendre la survenance concrète de difficultés économiques avant de licencier; il peut licencier à titre *préventif* – il suffit qu'il anticipe, mais pour des motifs plausibles, des difficultés liées à l'exploitation de l'entreprise (succursale) ou aux conditions du marché (c. 2.3.4.4).**

Extraits des faits:

T. a été engagé, le 2 juin 2008, en qualité de superviseur et d'enseignant, section multimédia-films, par la succursale de X. de la E. AG, dont le siège social se trouve à Z. Il a été engagé sur recommandation de sa partenaire de vie, S., à l'époque elle-même déjà coordinatrice et enseignante à la même succursale de X. de E. AG. Les parties sont convenues d'un horaire variable, déterminé en fonction des besoins de l'école; l'accord prévoyait en outre un tarif de fr. 25.–/h. pour la supervision des étudiants, et de fr. 50.–/h. pour les cours. Deux jours de supervision par semaine (2 x 8 h.) étaient garantis. Le nombre d'heures de cours pouvaient varier de 0 à 18 h. par semaine. Il appartenait à l'employé de présenter à l'employeur, à intervalles réguliers, un décompte d'heures effectuées, ventilé selon type de prestation (supervision, cours). Les parties n'ont pas donné au contrat de travail la forme écrite. Fin décembre-début janvier 2009, T. s'est vu proposer le poste de coordinateur de la section film/multimédias, et ce à partir du 1<sup>er</sup> février 2009. Il devait, par ailleurs continuer à donner des cours. Le tarif horaire pour le travail de coordinateur a été fixé à fr. 30.–, et le tarif horaire pour les cours porté à fr. 60.–. L'intéressé a accepté cette nomination.

En date du 29 janvier 2009, E. AG, par la plume de W., directeur de la succursale, a licenciée S., compagne de T. Par courrier recommandé du 6 mars 2009, T. a demandé à W. un contrat de travail écrit, comportant les modifications convenues ainsi qu'un cahier des charges, et les bulletins de paie, jamais reçus depuis son entrée au service; il a renouvelé cette demande par un e-mail du 11 mars 2009. Par demande du 21 mars 2009, S. a assigné E. AG, succursale de Carouge, en paiement de fr. 10 506.–, sous divers titres, notamment pour vacances non prises. En date du 23 mars 2009, W. a convoqué T. et, après avoir évoqué la situation de la succursale, lui a notifié son licenciement pour fin avril 2009, sans libération durant le préavis. Il lui a confirmé cette décision par courrier du même jour. En date du 27 mars 2009, T. a demandé à son employeur de lui communiquer par écrit les motifs de son licenciement. N'ayant pas reçu de réponse, T. a relancé E. AG par un second courrier du 17 avril 2009 et formé opposition

au congé. Par courrier recommandé du 1<sup>er</sup> mai 2009, rédigé en allemand, E. AG, par la plume de W., a fait parvenir à T. la motivation suivante: «*Die Kündigung erfolgte aus rein wirtschaftlich finanziellen Gründen*» (trad.: le congé est dû à des motifs purement économiques et financiers).

Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes en date du 21 juillet 2009, T. a assigné E. AG en paiement de fr. 19 930.75 net, soit de 6 x fr. 3321.79, à titre d'indemnité pour licenciement abusif. Par jugement du 4 janvier 2010, le Tribunal a débouté le demandeur de ses conclusions. Le Tribunal a considéré, en substance, que, dès lors que l'allégué, selon lequel la succursale aurait essuyé une perte de fr. 130 000.– (entre janvier et août 2009) n'avait pas été contesté, la preuve d'un licenciement pour motifs économiques était établie. Par ailleurs, les refus de l'employé d'exécuter certaines tâches ont également influé sur la décision de l'employeur de le licencier. Enfin, le demandeur n'a nullement établi que son licenciement était intervenu en raison de ses revendications ou en raison du litige opposant sa compagne à son employeur. Par acte du 8 février 2010, T. a formé appel contre le jugement du Tribunal.

Extraits des considérants:

2.

2.1. L'appelant expose avec force conviction avoir fait l'objet d'un congé-représailles au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO. Il souligne avoir été le compagnon de S., et expose, en outre, avoir fait valoir de bonne foi des prétentions découlant du contrat de travail. Il conteste le réel et sérieux des difficultés économiques alléguées par l'intimée.

2.1.1. Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. En droit suisse du travail, la liberté de résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le *congé abusif* (art. 336 ss CO: ATF 132 III 115 cons. 2.1. p. 116; 131 III 535 cons. 4.1. p. 537 s).

2.1.2. La liste des cas d'abus est énumérée, de manière non exhaustive, à l'art. 336 CO.

2.1.3. Est notamment abusif le congé donné par l'employeur parce que le travailleur exerce un droit constitutionnel, à moins que l'exercice de ce droit ne viole une obligation résultant du contrat de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (art. 336 al. 1 let. b CO).

2.1.4. Est abusif aussi le congé donné par l'employeur parce que le travailleur fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail (art. 336 al. 1 let. d CO).

2.1.5. En revanche, un licenciement pour motif *économique* – pourvu qu'il soit le motif réel – n'est pas abusif (ATF 133 III 512 cons. 6.2).

2.1.5.1. Le juge se montrera circonspect: à vrai dire, tout licenciement répond, en dernier lieu, à une réflexion économique de l'employeur. (cf. BACON, *Le licenciement pour motifs économiques*, Lausanne, 1984, p. 57). La thèse d'un licenciement économique ne saurait cacher des cas d'abus et corroder ainsi le dispositif protecteur de l'art. 336 CO. Elle ne doit pas non plus couvrir l'instrumentalisation de la société employeuse par un organe ou cadre aux fins d'assouvir une vengeance personnelle.

2.1.6. Pour qu'un congé soit abusif, il doit exister un lien de causalité entre le motif illicite et le licenciement. Il faut donc que le motif ait joué un rôle déterminant dans la décision de l'employeur de résilier le contrat, cette décision pouvant par ailleurs reposer sur plusieurs motifs.

2.1.7. Lorsque plusieurs motifs de congé entrent en jeu et que l'un d'entre eux n'est pas digne de protection, il convient de déterminer, si, sans ce motif illicite, le contrat aurait tout de même été résilié (ATF 11.11.1993 *in*: SJ 1995 p. 798; ATF 4.3.1991 *in*: plädoyer 4/1991 p. 62; TC FR 19.1.1998 *in*: RFJ 1998 p. 68); en d'autres termes, le juge doit examiner lequel des motifs en concours était le motif prédominant et déterminant pour la décision de licencier (ATF 4C.262 du 4.11.2003 cons. 3; 4P.205/2000 du 6.3.2001 *in*: ARV/DTA 2001 p. 46 = JAR 2002 p. 238; ZOISS, *La résiliation abusive du contrat de travail*, Lausanne, 1997, p. 265; STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, Zurich, 2006, N. 20 *ad* art. 336 CO).

2.1.8. La question de savoir quel est le motif principal de la résiliation est une question de fait, non de droit (ATF SJ 1999 p. 799; SUBILIA/DUC, *Droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd., Lausanne, 2010, p. 550).

2.1.9. En application de l'art. 8 CC, c'est en principe au travailleur qui a reçu son congé de démontrer que celui-ci est abusif (ATF 123 III 246 cons. 4 b).

2.1.9.1. Toutefois, en ce domaine, la jurisprudence a tenu compte des difficultés qu'il pouvait y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de l'employeur à donner le congé. Selon le Tribunal fédéral, le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque le travailleur parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de «preuve par indices».

2.1.9.2. De son côté, l'employeur ne peut rester inactif; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF 130 III 699 cons. 4.1 p. 703; ATF 4C.262/2003 du 4.11.2003 cons. 3.2; 4C.121/2001 du 16.10.2001 cons. 3b; 4C.271/1992 du 30.6.1992 *in*: SJ 1993 p. 360 cons. 3a).

2.1.9.3. Si, dans un tel cas de figure, le motif allégué par l'employeur est d'ordre économique, il lui incombera d'établir que ce motif *justifiait* le licenciement. Lors de son examen du motif économique, le juge s'inspirera des critères dégagés par les jurisprudences afférentes au congé-modi-

fication, et au licenciement d'un représentant élu des travailleurs (art. 336 al. 2 let. b CO). La mesure doit s'avérer plausible et défendable.

2.1.10. Le caractère abusif ou non d'un licenciement s'apprécie au moment où celui est signifié (ATF 4C.282/2006 du 1.3.2007 cons. 4.3).

2.2.

2.2.1. En l'espèce, l'appelant parvient, par un ensemble d'*indices troublants*, à faire apparaître comme *non réel* le motif économique avancé par l'employeur à l'appui de sa décision de licenciement.

2.2.2. En effet, il y a coïncidence temporelle entre le moment – le 23 mars 2009 – de la notification à l'intimée (i.e. à W., chef de succursale de X.), de la demande prud'homale de S., compagne de l'appelant, et le congé donné à ce dernier. De l'aveu même de W., l'appelant s'est vu notifier son congé immédiatement après que lui, W., ait lui-même reçu l'assignation en justice de S.

2.2.3. Cela étant, l'on voit mal que cette coïncidence temporelle participe d'un acte de l'appelant consistant à faire valoir de bonne foi une prétention découlant du contrat de travail au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO.

2.2.4. Ce à quoi l'appelant – respectivement son excellent conseil – semble se référer en réalité, c'est à l'art. 336 al. 1 let. a et b CO. L'appelant soutient *implicitement* avoir été licencié, de prime abord, parce qu'il était le partenaire de vie de S., avec laquelle W., selon ses propres déclarations, était «en guerre» depuis plusieurs mois et qu'il a fini par licencier fin janvier 2009 pour fin février 2009.

2.2.5. Il est incontestable que le fait d'être le conjoint ou partenaire de vie d'une personne physique constitue une *raison inhérente à la personnalité* du travailleur au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO, respectivement l'exercice d'un droit constitutionnel au sens de l'art. 336 al. 1 let. b CO. Cet état respectivement ce lien, a priori, ne portaient pas préjudice, et encore moins un préjudice grave, sur un point essentiel dans l'entreprise. L'analyse eût été différente, assurément, si la compagne de l'appelant, ex-employée, avait rejoint une entreprise concurrente ou se fût apprêtée à le faire (cf. ATF 4C.72/2002 du 22.4.2002 in: ARV/DTA 2002 p. 148 confirmant CAPH GE 20.11.2001 in: JAR 2002 p. 244).

2.2.6. Ensuite, l'appelant se prévaut du fait qu'il venait, par écrit, et à répétitions reprises, de demander à l'intimée (i.e. W.) la remise d'un contrat écrit ainsi que la délivrance de fiches de paies.

2.2.7. En effet, l'art. 330b CO dispose: al. 1: «l'employeur doit informer le travailleur par écrit, au plus tard un mois après le début du rapport de travail, sur les points suivants: a. le nom des parties, b. la date du début des rapports de travail, c. la fonction du travailleur, d. le salaire et les éventuels suppléments salariaux et e. la durée hebdomadaire du travail». al. 2: «Lorsque des éléments faisant l'objet de l'information écrite obligatoire au sens de l'al. 1 sont modifiés durant le rapport de travail, les modi-

fications doivent être communiquées par écrit au travailleur, au plus tard un mois après qu'elles ont pris effet».

2.2.8. Bien que cette obligation ait été conçue en première ligne comme un instrument contre le dumping salarial et social lors de l'engagement de main-d'œuvre étrangère, son champ d'application s'étend à tous les contrat de travail (PORTMANN, Die Informationspflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 330b OR, *in*: ARV/DTA 2007 1 ss).

2.2.9. Par ailleurs, à teneur de l'art. 323 b al. 1 2<sup>ème</sup> phrase, l'employeur doit remettre au travailleur, mois par mois, un décompte (i.e. bulletin de salaire). Il s'agit-là d'une norme impérative (STREIFF/VON KAENEL, *op.cit.*, N. 2 ad art. 323b CO).

2.2.10. En faisant valoir des droits découlant de l'art. 330b CO, respectivement de l'art. 323b al. 1 2<sup>ème</sup> phrase CO, l'appelant a incontestablement fait valoir des «prétentions découlant du contrat de travail» au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO.

2.2.11. La question de savoir si l'appelant a fait valoir ces prétentions «*de bonne foi*» comme l'exige encore l'art. 336 al. 1 let. d CO peut rester ouverte pour les raisons qui suivent.

### 2.3.

2.3.1. Face aux indices d'abus apportés par l'appelant, le Tribunal ne pouvait simplement s'en tenir aux allégations de l'employeur, sans lui imposer d'apporter, ne fût-ce qu'un début de preuve de ses dires. La critique de l'appelant s'avère, sur ce point, clairement fondée. Par ailleurs, le Tribunal a également méconnu que, sur le vu de la valeur litigieuse, il lui eût fallu appliquer la maxime d'enquête (cf. art. 343 al. 4 CO).

2.3.2. La Cour a acheminé l'employeur, c'est-à-dire l'intimée, à prouver, autant que faire se pouvait, ses allégations d'un congé donné pour motifs économiques. Celui-ci a activement collaboré à l'établissement des faits.

2.3.3. A l'issue de l'examen approfondi des pièces produites et des explications reçues et protocolées en audience, la Cour d'appel parvient aux constatations suivantes:

– La situation économique de l'intimée – siège de Z. et succursale de X. pris ensemble – en 2008 et 2009 n'avait rien d'alarmant. Les résultats financiers pour l'année 2009 étaient quasiment identiques à ceux de l'année 2008; les deux exercices ont dégagé un bénéfice brut, permettant de rentabiliser correctement le capital investi, et ce tant au niveau de la société en tant que telle qu'au niveau de la succursale de X.

– Le nombre d'élèves de la succursale de X., toutes sections confondues, n'a pas subi de changements notables; à *la fin* de chaque exercice, il s'élevait, *grosso modo*, à environ 80 élèves. Les fluctuations en cours d'année étaient fréquentes.

– Il y a eu un sensible et inhabituel recul des inscriptions, notamment dans la section films/multimédia, en février-mars 2009, où une classe

n'a pu être ouverte faute d'inscriptions suffisantes, mais ce recul a été compensé par de nouvelles inscriptions dès septembre 2009.

– W., installé comme nouveau directeur de succursale avec effet au 1<sup>er</sup> février 2009, a, en février et mars 2009, par précaution, anticipé un recul durable du nombre d'inscriptions et choisi de compenser la diminution escomptée des recettes par la compression des coûts, notamment salariaux. Après avoir tenté, dans un premier temps, d'imposer des baisses de salaires – notamment dans le cas de S., avec effet au 1<sup>er</sup> février 2009 – il a opté pour le licenciement *préventif* de plusieurs collaborateurs moyennant préavis, cinq au total, dont l'appelant (licencié le 23.3.2009 pour fin avril 2009).

2.3.4. A ce propos, plusieurs questions se posent: a) le juge doit-il substituer sa propre appréciation «économique» à celle de l'employeur-entrepreneur? b) quel est le cadre de référence pour juger du bien-fondé d'un licenciement économique – l'entreprise («Unternehmen») ou la succursale/unité de production («Zweigstelle»/«Betrieb») voire le l'atelier/le département («Abteilung»? c) le licenciement économique dit *préventif* est-il admissible sous l'angle de l'art. 336 CO?

2.3.4.1. En principe, il n'incombe pas au juge prud'homal de substituer sa propre appréciation d'une situation économique de l'entreprise, ou de ses besoins, à celle de l'employeur (GEISER, *Die Änderungskündigung im Lichte der neuesten bundesgerichtlichen Rechtssprechung*, in: recht, 1998 p. 79; GRASS, *Business Judgment Rule*, Zurich, 1998, passim). Ce n'est pas le juge qui pilote l'entreprise, et il n'a pas à s'ériger en arbitre d'un choix d'entrepreneur.

2.3.4.2. Sous l'angle de l'art. 336 CO, il lui incombe toutefois d'examiner si un licenciement, présenté comme licenciement économique, repose en effet sur un tel motif ou s'il ne s'agit que d'un motif prétexte. Les chiffres présentés par l'employeur, à cet égard, n'ont pas à être examinés en détail – le juge prud'homal n'est pas le juge de faillite – ils donnent cependant l'arrière-plan de la décision de licencier. C'est avant tout l'argumentaire économique présenté à l'appui du licenciement qui doit être examiné quant à sa plausibilité («nachvollziehbar»). Ainsi, pour échapper au grief d'arbitraire, le but poursuivi par la mesure de licenciement doit s'insérer dans un discours économique raisonnable et cohérent (ATF JAR 1996 p. 198; ATF 4C.121/2001 du 16.10.2001 in: ARV/DTA 2002 p. 85; STREIFF/VON KAENEL, N. 14 *ad* art. 336 CO p. 692 et *ibid.* N. 16 p. 696; GRASS, *op.cit.*, p. 129).

2.3.4.3. Lorsque la succursale constitue une entité économique autonome il y a lieu de prendre pour cadre de référence, pour examiner le caractère justifié d'un licenciement économique, la situation économique de la succursale, de préférence à celle de la société en tant que telle. L'autonomie de la succursale se manifeste entre autres, par une certaine indépendance économique sur le marché, par les pouvoirs internes et externes de sa direction et son degré de liberté de décider; et par l'existence

d'un relevé des résultats séparés (cf. ATF 117 II 84; 108 II 122; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Zurich, 2009 p. 185; GAUCH, Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht, Zurich, 1974, p. 143 ss). L'on serait plus hésitant à ne prendre en considération que la situation d'un service ou d'un département de la succursale. Toutefois, cet examen plus affiné se justifie lorsqu'une mutation de l'employé dans un autre service paraît impossible.

2.3.4.4. L'employeur doit-il attendre la survenance concrète de difficultés économiques avant de licencier? Le Tribunal fédéral donne à cette question une réponse claire: l'employeur n'a pas à attendre de telles difficultés avant de licencier; il peut licencier à titre *préventif* – il suffit qu'il anticipe, mais pour des motifs plausibles, des difficultés liées à l'exploitation de l'entreprise (succursale) ou aux conditions du marché (ATF 133 III 512 cons. 6.3; cf. pour un licenciement *préventif* dans un cas d'une employée concubine de l'ex-employé passé à la concurrence: ATF 4C.72/2002 du 22.4.2002 = ARV/DTA 2002 p. 148; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le contrat de travail Code annoté, 2<sup>e</sup> éd., Lausanne, 2010, N. 1.24 ad art. 336 CO).

#### 2.4.

2.4.1. *En l'espèce*, les constatations de fait et l'appréciation des preuves conduisent la Cour à la conviction que le motif prépondérant et déterminant du congé donné à l'appelant procède d'un *motif économique*.

2.4.2. En effet, sur le vu de l'évolution insatisfaisante des inscriptions – notamment pour la section film/multimédia, en février-mars 2009, W., fraîchement nommé directeur de la succursale, a anticipé des difficultés pour la succursale, et partant, décidé de réduire les coûts salariaux par des licenciements.

2.4.3. L'intimée, ce faisant, a donc procédé à un *licenciement préventif* pour raisons économiques. Ce motif, on l'a vu, est reçu en droit. D'autres licenciements au cours du premier semestre 2009 – y compris celui de la compagne de l'appelant – ont été motivés par la même considération.

2.4.4. L'on ajoutera un fait de notoriété publique: la période d'octobre 2008 à septembre 2009 était caractérisée par la *crise financière*; les banques ont resserré les crédits, les entreprises se sont mises à réduire leurs coûts, anticipant un fléchissement important de la demande solvable, et partant, une diminution sévère des recettes. Dans ces conditions, W., à la tête d'une école qui ne dispense pas un service de première nécessité, c'est-à-dire un service à faible élasticité-demande, pouvait raisonnablement interpréter un recul dans les inscriptions d'élèves comme signe avant-coureur d'un problème plus que simplement passager, nécessitant une réduction de la voilure.

2.4.5. Le discours «économique» de l'intimée à l'appui des mesures prises n'a pas varié; il paraît cohérent et s'insère dans une réflexion entrepreneuriale défendable. La mesure prise n'était pas un prétexte pour se débarrasser à bon compte d'un collaborateur.

2.4.6. Le fait qu'à la fin de l'année 2009, les résultats de la succursale, se fussent révélés, *ex post*, tout à fait satisfaisants, ne présentant guère d'écarts par rapport aux résultats de fin 2008, ne rend pas la mesure critiquée moralement répréhensible, et partant, abusive.

2.4.7. Sans doute, et l'intimée, par la bouche de W., semble l'admettre elle-même: le licenciement de l'appelant était également dû au fait que sa compagne, licenciée fin janvier 2009, s'était lancée dans une «guerre» contre la succursale et venait de l'assigner en justice. Mais le fait que l'appelant était partenaire de vie de S. n'était pas le motif principal et déterminant de son licenciement. Preuve en est aussi le fait qu'il s'est vu délivrer un certificat de travail excellent.

2.4.8. Enfin, s'il est incontestable que l'appelant a fait valoir, entre le 1<sup>er</sup> février et le 23 mars 2009, des prétentions découlant du contrat de travail (et de la loi), et qu'il est probable que l'intimée ait pu, par cette «agitation» sans doute liée à la situation réservée à S., se sentir harcelée et concevoir une irritation, le motif prépondérant du licenciement de l'appelant, était ici aussi, le motif *économique* et non pas un motif de vengeance. Un indice dans ce sens est, en outre, le fait que l'intimée a résilié, juste après les licenciements de S. et de son partenaire de vie (i.e. l'appelant) les contrats d'autres collaborateurs. Et le fait que la place qu'avait occupée l'appelant n'a pas été repourvue par une personne fraîchement engagée, mais par le directeur de la succursale lui-même.

2.5. Vu ce qui précède, la Cour confirmera donc le jugement entrepris, et ce par substitution de motifs.

Arrêt communiqué par M<sup>e</sup> W. Gloor, avocat, Genève.

*Cour d'appel des prud'hommes de Genève, Arrêt du 25 novembre 2010  
(Admission partielle de l'appel interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes de Genève du 17 mai 2010)*

**Art. 335 CO. En droit suisse, un contrat de travail peut aussi être résilié par fax, voire par e-mail (c. 1.4.3). Lorsque la manifestation de volonté est émise par voie électronique (e-mail/e-mail attachment), elle est réputée reçue par le destinataire au moment où elle parvient dans sa messagerie électronique, peu importe à quel moment ce dernier la consulte (c. 1.4.5).**

**Art. 337d CO. Il y a abandon d'emploi lorsque le travailleur quitte son poste abruptement sans justes motifs. L'application de cette disposition présuppose un refus conscient, intentionnel et définitif du travailleur d'entrer en service ou de poursuivre l'exécution du travail confié (c. 2.1.1). A l'instar du licenciement immédiat, l'abandon d'emploi met un terme de *facto et de iure* aux rapports de travail, sans que l'employeur doive encore notifier au salarié une résiliation immédiate de son contrat (c. 2.1.3).**

**Travail temporaire. L'entreprise utilisatrice doit être considérée comme l'auxiliaire (art. 101 CO) et représentante (art. 32 CO) de l'agence temporaire dans l'exécution des rapports de travail (c. 2.3.5). Certificat médical. La formulation, *ex post*, d'un motif justifiant l'absence du travail, totalement différent du motif articulé lors de l'annonce de l'absence enlève toute crédibilité quant au prétendu empêchement (c. 2.4.4).**

Extraits des faits:

T. a été engagé, le 18 février 2009, en qualité de gestionnaire en ressources humaines, par E. Sàrl, société spécialisée dans le travail temporaire et le placement fixe. La société a pour pratique de faire signer à ses employés intérimaires un *contrat-cadre de travail*, et, au début de chaque mission auprès d'une entreprise cliente, un *contrat de mission*. Les conditions générales de travail fixées dans le contrat-cadre entraient en vigueur à l'occasion de chaque mission confiée et acceptée par l'intérimaire. L'employé était libre d'accepter ou de refuser une mission; s'il l'acceptait, il était tenu de la mener à bien jusqu'à son terme. E. Sàrl, succursale de Z., a engagé T. pour lui confier une mission de durée déterminée, en qualité d'Assistant Ressources Humaines, auprès du Service du personnel de R. SA, à X. A teneur du contrat du 18 février 2009, la mission de T. auprès de R. SA était de durée déterminée: elle commençait le 23 février 2009 et prenait fin le 31 mars 2009. L'horaire était stipulé «selon mission», c'est-à-dire en fonction des besoins de l'entreprise utilisatrice. Le salaire de base s'élevait à fr. 35.07 par heure; s'y ajoutèrent, fr. 0.80 /H, soit 2,27% au titre de jours fériés, fr. 3.82/H, soit 10,65% au titre d'indemnité pour cinq semaines de vacances; et de fr. 3.31/H, soit 8,33% au titre de 13<sup>ème</sup> salaire. Le salaire brut total par heure s'élevait ainsi à fr. 43.–. Chez E. Sàrl, la supérieure hiérarchique de T. était M<sup>me</sup> B., conseillère en personnel auprès de la succursale E. à G. Il était convenu que chez R. SA, T. devait rapporter, pour tout ce qui concernait l'exécution concrète de sa mission, à M<sup>me</sup> S., Directrice RH. A l'issue du premier contrat de mission chez R. SA (23.2.–31.3.2009), T. s'est vu confier, par E. Sàrl, auprès de la même entreprise cliente, et aux conditions inchangées (même fonction, même traitement), un deuxième contrat de mission de durée déterminée, et ce du 1<sup>er</sup> avril 2009 au 30 avril 2009, puis un troisième, pour la durée déterminée du 1<sup>er</sup> mai au 29 mai 2009 (vendredi précédant Pentecôte). Enfin, le mardi 2 juin 2009, il s'est vu confier une quatrième mission – toujours chez R. SA, et toutes choses égales par ailleurs – pour la durée déterminée du 2 juin 2009 au vendredi 12 juin 2009.

Le lundi 8 juin 2009, la Douane suisse a complété son dispositif de contrôle à l'entrée de la Zone internationale (secteur entreprises), par la mise en place d'un portique de sécurité, destiné à la détection d'armes et d'explosifs. Tous les salariés et clients des sociétés situées dans cette zone

devaient y passer. Le mardi 9 juin 2009, au matin, T. a attiré l'attention des douaniers du fait que son passage à travers le portique donnant accès à la Zone internationale avait déclenché l'alarme. Sur ce, il a dû se prêter à une fouille corporelle (palpation). Les agents n'ont rien trouvé. Cependant, T. a émis de vives protestations; un des douaniers a alors également haussé le ton et lui a annoncé que la prochaine fois il lui ferait «enlever le ceinturon». T. a très mal ressenti la chose, et, se sentant menacé, a fait part de l'incident à M<sup>me</sup> S.

Le soir du 9 juin 2009, de retour à son domicile, T. a adressé à M<sup>me</sup> S., à 22 H 40, l'e-mail suivant: «Bonjour [...], *Suite à notre conversation d'hier [recte: aujourd'hui, mardi 9 juin 2010], après mûre réflexion et pour éviter un désagréable incident, je ne pourrai pas venir aujourd'hui [recte: demain, mercredi 10 juin 2010]. Pour la suite, je te laisse me dire quand le bon sens reprend le dessus. Comme je te l'ai affirmé hier également, je reste à ta disposition pour tout ce qui concerne les salaires de juin et les boucléments ([travail à Y?]). Ou tout autre sujet dont tu aurais besoin d'aide. Je te souhaite une bonne journée*». T. s'imaginait pouvoir effectuer son travail pour les journées restantes de sa mission (mercredi 10.6. au vendredi 12.6.2009) à partir du site de R. SA à Y.. Il ne voulait plus avoir affaire au douanier qui, estimait-il, l'avait menacé et humilié. Par e-mail réponse du 9 juin 2009, 22H48, M<sup>me</sup> S. a adressé à T. les lignes suivantes: «*Salut [...]. Je ne peux rien faire contre ces contrôles, car nous devons tous y passer. Comme tu as un contrat jusqu'à vendredi, je te prie de tenir tes engagements. J'espère même que tu puisses rester au moins jusqu'à la fin du mois, car sinon je vais me trouver dans une situation plus que difficile. J'espère donc que tu viennes demain. Bonne soirée, Brigitte*».

T. ne s'est pas rendu à son travail le mercredi 10 juin 2009. Il était décidé à ne plus effectuer son travail à X. pour les trois jours restant de sa mission (appréciation des preuves). Constatant cette absence, M<sup>me</sup> S. en a informé M<sup>me</sup> B., son interlocutrice chez E. Sàrl; elle lui a fait part de l'intention de T. de s'absenter jusqu'à la fin de sa mission, suite à un problème avec le contrôle douanier à l'entrée de la Zone internationale de l'Aéroport. Par e-mail du 10 juin 2009, 16H16, le conseil de E. Sàrl a transmis à T. copie scannée d'un courrier recommandé daté et expédié le même jour, contenant, notamment, les lignes suivantes:

*«Votre mission pour E. auprès de R. Fin des rapports de travail suite à votre abandon d'emploi*

*Monsieur, J'ai l'honneur de vous informer que je suis consulté par E. Sàrl, succursale de Genève, au sujet de l'exécution de la mission citée en marge qui vous avait été confiée. Il apparaît que vous avez adopté un comportement excessif dans les bureaux de R. durant la journée d'hier et que vous ne vous êtes pas présenté aujourd'hui sur votre lieu de travail, ceci sans aucune excuse. E. Sàrl considère que vous avez ainsi abandonné votre emploi d'une manière injustifiée et que le contrat de travail qui vous lie est de ce fait résilié dès ce jour par votre faute (...)*».

Par e-mail du 10 juin 2009, 21H50, T. a adressé à M<sup>me</sup> S. les lignes suivantes: «*Salut [...], Je suis désolé par ce qui arrive. Je tiens toujours mes engagements mais d'après moi, la situation a changé. Ce n'est pas celle que j'ai acceptée en signant mon contrat avec E. La situation actuelle m'est totalement insupportable. Je te réitère ce que je te disais hier quant à ma totale disponibilité pour faire les salaires et bouclements, peut-être depuis Y., car c'est sur Internet. Même les samedis. Je t'envoie les badges demain, car dans l'éventualité de Y. je n'en aurais pas besoin. J'espère que nous trouverons une solution*». Les 11 et 12 juin 2009 (jeudi et vendredi), T. n'est pas retourné travailler. Il a touché son salaire jusqu'au 9 juin 2009.

Par acte du 31 octobre 2009, T. a assigné E. Sàrl en paiement, avec intérêts, de fr. 2371.– brut, à titre de salaire pour la période du 10 au 20 juin 2009, et de fr. 42 678.– net à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié. Il a également conclu à ce que E. Sàrl soit condamnée à lui délivrer un certificat de travail contenant les dates des débuts et fins des quatre contrats de mission. Par jugement du 17 mai 2010, le Tribunal des prud'hommes a rejeté la demande en paiement de T. Il a cependant condamné la défenderesse à faire parvenir au demandeur un certificat de travail conforme au considérant 6 du jugement. Par mémoire du 25 juin 2010, T. a formé appel contre ledit jugement.

Extraits des considérants:

1.

1.4. Sauf disposition contraire de la loi, le contrat de travail n'est soumis à aucune forme spéciale. (art. 320 al. 1 et 2 CO).

1.4.1. Les parties peuvent cependant réserver la forme écrite, et ce non seulement pour acter leur accord initial, mais pour toute modification du contrat, et, d'une façon générale, pour toute manifestation de volonté concernant le contenu ou le sort du contrat de travail (cf. art. 16 CO).

1.4.2. En l'absence d'une convention réservant la forme écrite, chaque partie peut communiquer au sujet du contrat, ou exercer des droits formateurs qui en découlent, dans la forme qui lui paraît appropriée. Ainsi, une partie peut mettre fin aux rapports de travail, par voie écrite, orale ou simplement par comportement concluant (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Zurich, 2006, N. 8 *ad* art. 335 CO p. 596).

1.4.3. En droit suisse – à la différence du droit allemand (cf. § 623 BGB) – un contrat de travail peut aussi être résilié par fax, voire par e-mail (KG GR JAR 2007 p. 453; STREIFF/VON KAENEL, N. 8 *ad* art. 335 CO p. 599).

1.4.4. La résiliation des rapports de travail, qu'elle intervienne par voie orale, écrite ou par comportement concluant, constitue une manifestation de volonté *sujette à réception*; elle déploie ses effets au moment où elle parvient dans la sphère de puissance du destinataire (KRAMER, Berner

Kommentar, 1986, N. 87–88 *ad* art. 1 CO; KG SZ JAR 2002 235). Ainsi, une lettre parvient au destinataire au moment où elle est mise dans sa boîte aux lettres – non pas au moment où celui-ci daigne l’ouvrir (KRAMER, N. 88 *ad* art. 1 CO).

1.4.5. Par analogie, lorsque la manifestation de volonté est émise par voie électronique (e-mail/e-mail attachment), elle est réputée reçue par le destinataire au moment où elle parvient dans sa messagerie électronique (STREIFF/VON KAENEL, N. 8 *ad* art. 335 CO p. 597), peu importe à quel moment ce dernier la consulte. Du reste, à la différence d’une boîte aux lettres, une messagerie électronique peut être levée à partir de n’importe quel endroit, il suffit que son détenteur dispose d’un ordinateur qui donne accès à Internet.

2.

2.1. La question centrale du litige a trait à l’existence ou non d’un abandon d’emploi au sens de l’art. 337d CO.

2.1.1. Il y a abandon d’emploi selon l’art. 337d CO lorsque le travailleur quitte son poste abruptement sans justes motifs. L’application de cette disposition présuppose un *refus conscient, intentionnel et définitif* du travailleur d’entrer en service ou de poursuivre l’exécution du travail confié (ATF 121 V 277 cons. 3a; ATF JAR 2000 p. 227 = SARB 2000 p. 937; 4C.303/2005 du 1.12.2005 cons. 2.2.1; 4C.155/2005 du 6.7.2005 cons. 2.1.; 4C.370/2001 du 13.3.2002, cons. 2a).

2.1.2. Le fardeau de la preuve que le travailleur a rompu le contrat avec effet immédiat incombe à l’employeur, puisqu’il s’agit d’un fait dont il entend faire découler un droit (art. 8 CC; TPH GE JAR 1991 p. 402). Par contre, la preuve que l’absence du poste de travail était justifiée, incombe au travailleur (SUBILIA/DUC, Droit du travail, Lausanne, 2010, N. 4 *ad* art. 337 d CO; STAEHELIN, ZÜRCHER KOMMENTAR, N. 18 *ad* art. 337 d CO).

2.1.3. L’art. 337 d CO constitue la contre-partie de l’art. 337 c CO qui sanctionne la rupture immédiate injustifiée du contrat par l’employeur. A l’instar du licenciement immédiat, l’abandon d’emploi met un terme *de facto et de iure* aux rapports de travail (STAEHELIN, N. 6 *ad* art. 337 d CO; ATF 121 V 277 cons. 3a), sans que l’employeur doive encore notifier au salarié une résiliation immédiate de son contrat (VENTURI-ZEN-RUFFINEN, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, Zurich, 2007, p. 219 N. 617; BRÜHWILER, Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Berne, 1996, N. 1 *ad* art. 337d CO).

2.1.4. L’abandon d’emploi – qui doit être fautif – peut résulter d’une manifestation de volonté expresse (orale/écrite) du salarié (cf. ATF 4C.303/2005 du 1.12.2005, cons. 2.2.1).

2.1.5. Toutefois, en règle générale, l’abandon d’emploi découle d’un comportement adopté par l’intéressé et qu’il convient d’interpréter selon les principes dégagés en rapport avec l’interprétation de contrats (art. 18 CO); ces principes s’appliquent également à l’interprétation de manifesta-

tions de volonté unilatérale (WINIGER, Commentaire romand, Bâle, 2003, N. 57 *ad* art. 18 CO; VIONNET, L'exercice des droits formateurs, Zurich, 2008, p. 182).

2.1.6. Ainsi, dans cette hypothèse, le juge s'efforcera, dans un premier temps, de déterminer la volonté réelle que le travailleur a voulu exprimer par son comportement (interprétation subjective). S'il n'y parvient pas, il se demandera, si, compte tenu de toutes les circonstances, le destinataire du message, i.e. l'employeur ou son représentant pouvait, objectivement et de bonne foi, comprendre que le salarié entendait quitter définitivement son emploi (interprétation objective/normative; principe de la confiance) (cf. ATF 4C.303/2005 du 1.12.2005 cons. 2.2.1); il tiendra compte des circonstances qui l'ont précédée ou accompagnée, à l'exclusion des événements postérieurs (ATF 133 III 61; 131 III 606; 131 III 377 = JdT 2005 I 612).

2.1.7. Le salarié est engagé pour travailler (art. 319 al. 1 et art. 321 CO). S'il se dispense de remplir cette obligation, il doit prévenir son employeur – ou, dans le cas du travail intérimaire – l'entreprise de travail temporaire *ainsi* que l'entreprise où il est envoyé en mission. L'employeur peut donc légitimement s'attendre à ce que le travailleur qui quitte abruptement son emploi (ou décide de ne plus venir travailler le lendemain) l'informe spontanément de ses intentions. Le salarié qui ne satisfait pas à cette obligation ne saurait présumer que l'employeur continue de le considérer comme intéressé à conserver son emploi (ATF 4C.303/2005 du 1.12.2005 cons. 2.2.1; cf. aussi CAPH GE JAR 2008 376).

2.1.8. En règle générale, une absence injustifiée de courte durée (quelques jours) ne permet pas de conclure, de bonne foi, que le travailleur entende rompre les rapports de travail par abandon d'emploi. L'employeur peut cependant y voir un manquement au devoir de fidélité de nature à justifier un licenciement immédiat, au besoin, après avertissement, soit en le mettant en demeure de reprendre immédiatement le travail, ou, cas échéant, de présenter un certificat médical (ATF 108 II 301 cons. 3b; 4C.360/2001 du 14.3.2002 cons. 2a; 4C.303/2005 du 1.12.2005 cons. 2.2.1.; ATF JAR 1996 233).

2.1.9. Néanmoins, lorsque la volonté du travailleur de rompre le contrat ne laisse point de doute, procède d'une communication claire et précède son absence, objet du grief patronal, une mise en demeure n'est plus nécessaire; il y a alors *rupture anticipée* du contrat (art. 97 CO; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, Bd. II, 9<sup>e</sup> éd., Zurich, 2008 N. 2651).

2.1.10. Dans un tel cas de figure, le travailleur est malvenu de se raviser par la suite, d'évoquer une absence justifiée due à une maladie en produisant un certificat médical rétroactif (GSG BS JAR 1983 p. 118; SCHÖNENBERGER, Das Erschleichen der Lohnfortzahlung unter Berufung auf Krankheit, Berne, 2001, p. 117).

2.2. En l'espèce, la Cour est convaincue que l'appelant était animé, le soir du 9 juin 2009, d'une volonté de rompre le contrat et de ne pas poursuivre sa mission.

2.2.1. En effet, la teneur de son e-mail à S. (RH de R. SA) du 9 juin 2009, 22 H 40 ne laisse guère de doute à ce propos. L'appelant y annonce qu'il ne viendra pas au travail le 10 juin 2009, «pour éviter un désagréable incident» (sous-entendu: à la Douane). Puis, il ajoute qu'il laisse à elle, S., le soin de lui dire «*quand le bon sens reprend le dessus*». Or, le problème posé par le contrôle de sécurité à la Douane s'avérant être un problème durable, il était donc d'emblée clair pour l'appelant qu'il ne recevrait pas de sitôt une «bonne nouvelle», et certainement pas avant la fin de sa mission chez R. SA, le vendredi 12 juin 2009.

2.2.2. S'agissant de la thèse, formulée après coup, d'une décision prise «sous le coup de l'émotion», elle n'est pas crédible, car clairement contredite par le texte même de son e-mail: il précise avoir pris sa décision «*après mure réflexion*».

2.2.3. Quant à l'offre consistant à effectuer son travail de comptabilité salariale sur un autre site de R. SA à Genève, il convient de relever qu'il n'appartient pas au travailleur de dicter à l'employeur (ou, *in casu* à l'entreprise utilisatrice) l'endroit où il serait disposé à effectuer ses prestations. Cette offre n'était du reste pas acceptable, car impraticable – les dossiers se trouvant dans les bureaux de R. SA à X., et non pas sur le site de production d'une autre succursale à Y. L'appelant – ayant lui-même une longue expérience en matière de ressources humaines – ne pouvait ignorer que sa mission devait être effectuée chez R. SA à X., et ne pouvait pas se faire ailleurs, à distance, à partir d'un autre site de R. SA.

2.2.4. Enfin, l'absence annoncée pour le lendemain n'était justifiée, ni par une incapacité de travail survenue le 9 juin 2009, ni par un autre cas d'empêchement. Le contrôle de sécurité accru mis en place par la Douane suisse à l'entrée de la Zone internationale de l'Aéroport est le fait du Prince, et non pas le fait de l'intimée, respectivement de l'entreprise utilisatrice. Tout le monde devait s'y plier. S'agissant de la «prise de bec» que l'appelant semble avoir eu avec un des douaniers, le matin du 9 juin 2009, il ne saurait vouloir en attribuer la responsabilité à l'entreprise utilisatrice ou encore, à l'intimée – pour fonder, par exemple, une demeure d'acceptation au sens de l'art. 324 CO. Quant aux émotions générées par le contrôle et la manière dont il se serait déroulé, elles ne paraissent pas avoir été telles qu'elles aient provoqué une incapacité de travail. Ayant, selon ses propres dires, effectué son service militaire, une fouille corporelle effectuée de façon licite par un agent ès fonction, ne pouvait pas le choquer à ce point. Ni pouvait-il s'étonner que l'altercation avec un des douaniers lui aura valu, à l'avenir, mais tout au plus, une attention soutenue.

2.2.5. Tout porte à penser que, pour l'appelant, le véritable motif du refus de poursuivre et terminer la mission chez R. SA a été un sentiment de frustration généré par la précarité de son statut d'intérimaire à contrats en

chaîne. Il en était déjà au quatrième contrat de mission, exécuté auprès de la même entreprise utilisatrice, dans la même fonction et aux mêmes conditions. Il semble avoir attendu un engagement direct par R. SA, ou, à tout le moins, être mis au bénéfice d'un contrat de durée indéterminée par l'intimée, conformément à l'art. 3.1 *in fine* du Contrat-cadre.

2.3. A supposer que la volonté réelle de l'appelant, le soir du 9 juin 2009, ne puisse pas être déterminée, il conviendrait de faire abstraction de ce qu'il a pu, ou pas, vouloir communiquer, et d'interpréter son message à S. selon le principe de la confiance (art. 18 CO).

2.3.1. Compte tenu des circonstances, cette dernière – et partant l'entreprise utilisatrice et l'intimée – pouvaient et devaient comprendre de bonne foi que le message contenu dans l'e-mail de l'appelant du soir du 9 juin 2009 valait refus de terminer la mission, et partant, rupture du contrat de travail.

2.3.2. L'appelant était clair et précisait avoir *mûrement réfléchi*. Il avait annoncé ne pas vouloir venir travailler le lendemain, et, par l'offre d'effectuer son travail à partir du site de Y., avait donné à comprendre qu'il ne viendra pas non plus à X. pour les deux jours restants de sa mission (jeudi 11 et vendredi 12.6.2009).

2.3.3. La justification formulée, implicitement, à l'appui de cette décision du soir du 9 juin 2009 était trop tirée par les cheveux pour valoir motif d'empêchement légitime. Aucune incapacité de travail n'était alléguée; aucune force majeure non plus. Le problème que l'appelant dit avoir rencontré à la Douane suisse ne concernait pas R. SA, ni l'intimée, et ne leur était donc pas imputable. S., par e-mail réponse immédiat – le 9 juin 2009 à 22 H 48 – a tenté de raisonner l'appelant et de lui faire changer d'avis, en vain. Ce message valait sommation à l'appelant de respecter ses engagements. Une nouvelle mise en demeure n'était dès lors plus nécessaire.

2.3.4. Force est donc de retenir un refus *conscient, intentionnel et définitif* de poursuivre les rapports de travail.

2.3.5. Cette manifestation de volonté, communiquée par e-mail à S., le 9 juin 2009 à 22 H 40, est réputée parvenue le soir même encore à l'intimée. Certes, l'appelant a choisi, dans un premier temps, de ne communiquer sa détermination qu'à l'entreprise utilisatrice, mais cette dernière doit être considérée, comme l'auxiliaire et représentante de l'intimée dans l'exécution des rapports de travail (art. 101 CO, art. 32 CO). Par ailleurs, l'appelant a confirmé sa décision à l'intimée directement, le lendemain, soit le 10 juin 2009, à 10 H 30, lors de l'entretien téléphonique qu'il a eu avec B.

2.3.6. Sur ce, l'intimée s'est contentée d'adresser à l'appelant une *prise d'acte* de son abandon d'emploi. Elle l'a fait par le biais de l'e-mail (et pièce jointe) de son conseil du 10 juin 2009, à 16 H 16. L'appelant, qui avait immédiatement ouvert ce message électronique (et la lettre de son conseil annexée), s'est abstenu de protester contre l'analyse faite par

l'intimée dans ce message. Pourtant, à l'âge de l'informatique, il aurait eu tout le loisir de réagir, et dissiper, par un e-mail réponse au conseil de l'intimée, un éventuel malentendu.

2.3.7. L'appelant aurait peut-être encore pu corriger les choses le soir du 10 juin 2009, dans son e-mail de 21 H 50 à S. Or, il n'y évoque ni le courrier email du conseil de l'intimée de 16H16 – dont il avait immédiatement, pris connaissance, et dont la teneur était claire – ni un problème de santé. Il s'est limité à offrir, à nouveau, ses prestations pour les deux jours restants de sa mission à partir du site R. SA de Y.

2.4. Dès lors, force est de conclure, en droit, que les rapports de travail ont pris fin le soir du 9 juin 2009, à 22 H 40, et ce à l'initiative de l'appelant.

2.4.1. Par conséquent, il n'est plus nécessaire d'examiner si, comme l'appelant le soutient, l'e-mail patronal du 10 juin 2009 16 H 16 valait notification d'un licenciement immédiat, et injustifié de surcroît. Ce 10 juin 2009, il n'y avait plus rien à résilier.

2.4.2. Point n'est besoin non plus de déterminer si l'appelant se trouvait, comme il l'a fait certifier par un médecin le 11 juin 2009, en incapacité de travail à compter du 10 juin 2009.

2.4.3. La Cour relève, néanmoins *obiter*, ceci: l'appelant, eût-il été, comme il l'a fait certifier par la suite, en *incapacité de travail* dès le mercredi 10 juin 2009, il n'aurait probablement pas offert, par un e-mail à S. du soir de ce même jour, «sa totale disponibilité» pour effectuer son travail, dès le lendemain, et ce, à partir du site de Y. – distant pour lui, cycliste, de 4 km de son domicile.

2.4.4. Par ailleurs, la formulation, *ex post*, d'un motif justifiant l'absence du travail, *totalemment différent* du motif articulé lors de l'annonce de l'absence («Nachschieben von Abwesenheitsgründen») enlève toute crédibilité quant au prétendu empêchement du 10 juin 2009.

2.4.5. Enfin, il n'y a pas lieu non plus de contrôler si l'on a affaire, en l'espèce, à des contrats de travail en chaîne sans motif fondé (cf. ATF JAR 2000 105), ou si, s'agissant d'une entreprise de travail temporaire, cette pratique est – sauf accord contraire – usuelle et justifiée (ATF 119 V 46 cons. 2b = SJ 1993 p. 509; 117 V 248; ATAF 2009 No. 15 p. 190), et si, cas échéant, il fallait requalifier la succession de contrats en un seul rapport de travail de durée indéterminée, résiliable moyennant préavis contractuel.

2.4.6. Il en découle logiquement que les conclusions prises par l'appelant, respectivement, prises, par subrogation légale (art. 29 al. 2 LACI) par la caisse de chômage intervenante, en paiement d'un salaire durant le préavis du 10 juin au 20 juin 2009 s'avèrent infondées. L'appelant sera également débouté de ses conclusions en paiement d'une indemnité pour licenciement immédiat injustifié au sens de l'art. 337c al. 3 CO.

3.

3.1. L'appelant soutient que les rapports de travail ont pris fin, non pas par abandon d'emploi, mais par suite d'un *licenciement immédiat* – dans son analyse, l'e-mail que le conseil de l'intimée lui a envoyé 10 juin 2009 à 16 H 16 devant être interprété comme notification d'un licenciement immédiat.

3.2. A supposer que cette thèse de l'appelant soit fondée, force serait de retenir – à l'instar du Tribunal – que ledit licenciement immédiat eût été justifié. En effet, le fait de refuser d'exécuter, sans motif justifié, le travail, pour une journée entière, et d'assortir la reprise de conditions, tout aussi infondées, quant au lieu où ce travail pourrait être effectué, constitue une violation grave de l'obligation de fidélité (art. 321a CO), et partant, du contrat de travail.

4.

4.1. L'appelant demande – comme il l'a fait devant le Tribunal – à ce que la Cour ordonne à l'intimée de corriger les débuts et fins de mission qui figurent dans le certificat de travail. Le Tribunal a ordonné, entre autres, que l'employeur (i.e. la demanderesse/intimée) remette à l'employé (i.e. le demandeur/appelant) un certificat de travail complet, mentionnant les dates des débuts et fins de différentes missions, étant précisé que la dernière mission, de l'avis du Tribunal, se terminait le 10 juin 2009.

4.1.1. L'intimée a déféré à cette injonction, mais en évoquant cinq missions, au lieu de quatre, elle a erré. Sur ce point, la critique de l'appelant est fondée. Toutefois, la date de fin du 4<sup>ème</sup> contrat sera, non pas comme l'appelant le réclame, la date du 12 juin 2009, mais, comme le Tribunal l'a indiqué, c'est-à-dire la date du 10 juin 2009. La Cour parvient, dans son analyse à la date du 9 juin 2009, mais elle ne peut pas l'imposer, vu que la date du 10 juin 2009 n'a pas été contestée par l'intimée, et partant, vu l'interdiction de la *reformatio in pejus*.

4.1.2. La Cour condamnera donc l'intimée à corriger le certificat de travail à nouveau, et d'indiquer les quatre missions suivantes:

1<sup>er</sup> contrat: 23 février 2009 au 31 mars 2009;

2<sup>ème</sup> contrat: 1<sup>er</sup> avril 2009 au 30 avril 2009;

3<sup>ème</sup> contrat: 1<sup>er</sup> mai 2009 au 29 mai 2009;

4<sup>ème</sup> contrat: 2 juin 2009 au 10 juin 2009.

Arrêt communiqué par M<sup>e</sup> W. Gloor, avocat, Genève.

## Kanton Graubünden

*Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 23. Februar 2010 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Plessur vom 23. Juni 2009)*

**Bestand zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer, die in einem Konkubinatsverhältnis lebten, die stillschweigende Übereinkunft, dass einerseits der Arbeitnehmer seinen Arbeitsaufwand nicht kontrolliert und später einen allfälligen Mehraufwand nicht geltend macht und andererseits die Arbeitgeberin nicht Buch führt über Vergünstigungen und Auslagen, welche sie ihm zugute kommen liess bzw. finanzierte, ist unter den gegebenen Umständen die nachträgliche Einforderung von Ferien- und Feiertagsansprüchen offenkundig rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB), weil dies im Widerspruch zum früheren Verhalten des Arbeitnehmers steht und die Arbeitgeberin in ihren berechtigten Erwartungen ihm gegenüber enttäuscht wird (E. 2/b/cc).**

Aus den Erwägungen:

1.

a. Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet zunächst die Restlohnforderung von X. für die Sommersaison 2007. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz kann davon ausgegangen werden, dass der Berufungskläger in der erwähnten Saison Arbeiten im Hotel A. verrichtete, deren Leistung gemäss Art. 320 Abs. 2 OR nur gegen Lohn zu erwarten war. Das Zustandekommen eines mündlichen bzw. konkludenten Arbeitsvertrages für die Sommersaison 2007 wird von Y. in der Berufungsantwort denn auch nicht mehr in Frage gestellt. Als umstritten erweist sich hingegen die Frage, welchen Lohn der Berufungskläger für seine Tätigkeit zu Gute hat.

(...)

b/cc. Dem vorinstanzlichen Schluss, der Kläger habe weder nachweisen können, dass der gleiche Lohn wie in den Vorjahren vereinbart gewesen sei, noch, dass er im Sommer 2007 mehr als blosser Gelegenheits- und Aushilfsarbeit geleistet habe, und der daraus gezogenen Konsequenz, die Mehrlohnforderung abzuweisen, kann unter diesen Umständen ohne weiteres gefolgt werden.

2.

a. Darüber hinaus sind vorliegend die vom Berufungskläger erhobenen Ansprüche betreffend Ferien- und Feiertagsentschädigungen zu beurteilen. Die Vorinstanz wies diese Begehren wegen offenbaren Rechtsmissbrauchs ab. Nach Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz. Rechtsmissbräuchlich ist unter anderem die

Rechtsausübung, die ohne schützenswertes Interesse erfolgt oder zu einem krassen Missverhältnis berechtigter Interessen führen würde. Ebenso kann allgemein gesagt werden, dass die Geltendmachung eines Rechts missbräuchlich ist, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäuscht (BGE 129 III 493 ff., 497 f., E. 5.1, mit weiteren Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts vom 8. April 2009, 4A\_66/2009, E. 1.1).

b/aa. Vorliegend kann die Frage des Rechtsmissbrauchs nicht völlig losgelöst vom Konkubinatsverhältnis, welches die Parteien während beinahe der ganzen Dauer des Arbeitsverhältnisses verband, betrachtet werden. So war die Stellung des Berufungsklägers im Betrieb nicht die eines normalen Angestellten; das Subordinationsverhältnis war durch die persönliche Beziehung zur Geschäftsinhaberin viel weniger ausgeprägt. Nach aussen entstand aufgrund des Benehmens der Parteien eher der Eindruck einer Teilhaberschaft, aus welcher sich für den Berufungskläger etliche Vorrechte und Vergünstigungen ergaben. Dies kommt in verschiedenen Zeugnisaussagen zum Ausdruck. X. konnte unbestrittenermassen unentgeltlich im Hotel A. wohnen; die Berufungsbeklagte kam für seinen Unterhalt auf (Zeuginnen D. und E.). Der Zeuge B. gab an, eigentlich habe der Berufungskläger aus dem Betrieb gelebt. Gemäss dem Zeugen F. konnte er im Restaurant konsumieren, was er wollte, sich mit Zigaretten bedienen, mit Kollegen auf Kosten des Hauses Wein trinken, das Auto der Berufungsbeklagten benutzen sowie seine Mutter und die Tante im Hotel übernachten lassen. Zwischenhinein konnte er zum Skifahren gehen (Zeugen C. und G.) und erhielt dafür gemäss Aussage des Zeugen F. von der Berufungsbeklagten Geld zugesteckt. Mehrere Zeugen konnten bestätigen, dass Y. sämtliche Auslagen für den Kläger grundsätzlich auch dann bezahlte, wenn sie sich im Wohnwagen im Tessin aufhielten (Zeuginnen H. und D.). Ebenso finanzierte die Genannte ihrem Partner Ferien in der Karibik, in Portugal und in Österreich (Zeugen D., I. und B.).

bb. Ein Teil dieser Vergünstigungen steht ohne Zweifel nicht in direktem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, sondern ausschliesslich mit der persönlichen Beziehung zwischen den Parteien. Dies betrifft insbesondere die Zeit während den Ferien bzw. in den Zwischensaisons. Es ist der Berufungsbeklagten unbenommen, ihrem Partner Ferien und Lebensunterhalt zu bezahlen, ohne dass ihm daraus grundsätzlich die Verpflichtung erwachsen würde, auf Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis mit ihr zu verzichten. Zu berücksichtigen ist andererseits aber auch, dass die erwähnten Vergünstigungen und geldwerten Freiheiten des Berufungsklägers in erheblichem Umfang unmittelbar im Arbeitsverhältnis zum Ausdruck kamen. Es handelte sich dabei um Vorrechte, die andere Angestellte nicht hatten, die dem Berufungskläger nur dank des Konkubinatsverhältnisses zu Y. zuteil wurden und die sichtbarer Ausdruck des auf der persönlichen Beziehung beruhenden Vertrauensverhältnisses waren. Dies gilt auch für den Verzicht, eine Arbeitszeitkontrolle zu führen. Zwar trifft es zweifellos

zu, dass die Arbeitgeberin dafür zu sorgen hat, dass eine derartige Kontrolle geführt wird. Bei allen anderen Angestellten hat Y. das denn auch durchgesetzt. Der Berufungskläger hat sich gemäss der Zeugin E. indes geweigert, eine Arbeitszeitkontrolle zu führen, weil er dies nicht als notwendig erachtete.

cc. Aus dem sich ergebenden Gesamtbild der privaten und geschäftlichen Beziehung zwischen den Parteien kann nun mit Fug der Schluss gezogen werden, dass unter den Parteien die stillschweigende Übereinkunft bestand, dass einerseits der Berufungskläger seinen Arbeitsaufwand nicht kontrolliert und später einen allfälligen Mehraufwand nicht geltend macht und andererseits die Berufungsbeklagte nicht Buch führt über Vergünstigungen und Auslagen, welche sie dem Berufungskläger zugute kommen liess bzw. finanzierte. So wurde ein Gleichgewicht geschaffen, bei dem der Letztgenannte auf jeden Fall nicht zu kurz kam. Verschiedene Zeugen sagten denn auch aus, X. habe sich nie über zu wenig Lohn und Freizeit beklagt (Zeugen B., F. und K.). Damit stimmt auch überein, dass der Berufungskläger bis anhin, insbesondere nach den jeweiligen Saisonschlüssen oder nach der Kündigung im Jahr 2006, gegenüber Y. nie irgendwelche Entschädigungsforderungen für Ferien- und Feiertagsansprüche gestellt hatte. Alle diese Gründe zusammen führen zum Schluss, dass die nachträgliche Einforderung von Ferien- und Feiertagsansprüchen unter den gegebenen Umständen offenkundig rechtsmissbräuchlich ist, weil dies im Widerspruch zum früheren Verhalten des Berufungsklägers steht und Y. in ihren berechtigten Erwartungen gegenüber X. enttäuscht wird. Das vorinstanzliche Urteil ist somit auch in diesem Punkt zu schützen, ohne dass auf die Berechnung der Ferien- und Feiertagsansprüche im Einzelnen eingegangen werden müsste.

*Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 18. Mai 2010 (Aufhebung des Urteils des Bezirksgerichts Maloja vom 13. Januar 2010)*

**Eine bedingte Kündigung ist zulässig, wenn der Eintritt der Bedingung einzig von der die Kündigung empfangenden Partei abhängt (E. 2.c).**

**Der Ausspruch einer Kündigung als fristlos (Art. 337 Abs. 1 OR) muss unmissverständlich sein. Muss der Arbeitgeber an der Endgültigkeit der Entscheidung des Arbeitnehmers zweifeln, weil dieser offensichtlich unter dem Einfluss von Wut oder Aufregung gehandelt hat, so muss er ihm eine Frist zur Wiederaufnahme der Arbeit ansetzen (E. 1 und 3.a).**

**Bei Verlassen der Arbeitsstelle (Art. 337d OR) ist eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses erst dann anzunehmen, wenn der Arbeitgeber nach dem Vertrauensprinzip aus dem Verhalten des Arbeit-**

**nehmers schliessen darf, dass dieser das Arbeitsverhältnis definitiv auflösen will. Übergibt ihm der Arbeitnehmer noch gleichentags ein Arzzeugnis, muss der Arbeitgeber vernünftigerweise an der Kündigung Zweifel haben (E. 4).**

Sachverhalt:

X. trat am 1. November 2007 eine Stelle als Möbel-Monteur bei der Y. AG an. Am 22. Oktober 2008 kündigte die Y. AG das Arbeitsverhältnis auf den 31. Mai 2009, weil sie beabsichtigte, ihre Geschäftstätigkeit einzustellen. Anfangs Dezember 2008 erlitt X. einen Unfall und war bis Ende Jahr arbeitsunfähig. Am Vormittag des 30. Januar 2009 sollte X. Boutique-Gestelle im Ladenlokal aufstellen, was er nach der Darstellung des Geschäftsleiters B. hingegen nicht getan habe; der Angestellte habe sich vielmehr um Entsorgungen gekümmert und sei darauf ins Büro gegangen, um Stundenblätter zu studieren. Von C. zur Rede gestellt, habe er wutentbrannt erklärt, er werde gemobbt und habe jetzt genug, er werde noch am gleichen Nachmittag einen neuen Arbeitsvertrag unterzeichnen und am nächsten Montag die neue Stelle antreten. C. habe den Vorfall über Mittag ihrem Ehemann erzählt, der sich den Ablauf von D. habe bestätigen lassen. B. habe den Arbeiter darauf ins Büro zitiert, wo dieser gebrüllt, die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bestätigt und darauf die Türe zugeschlagen habe; darauf habe er sich entfernt, ohne sich abzumelden. X. stelle die Sache so dar, dass er am fraglichen Freitagmorgen gegen 11.30 Uhr zu C. und D. gesagt habe, falls sich die Situation nicht verbessere, werde er einen neuen Arbeitsvertrag unterzeichnen und die Stelle sofort verlassen. Er habe sich dann am Nachmittag zu Frau Dr. E. in ärztliche Behandlung begeben. Diese stellte tatsächlich ein Arzzeugnis aus, durch welches sie X. ab dem 30. Januar bis 11. Februar 2009 hundertprozentige Arbeitsunfähigkeit attestierte. Die Ehefrau von X. faxte das Arzzeugnis noch am gleichen Nachmittag der Arbeitgeberin. Am 5. Februar 2009 schrieb F., der Liquidator der Y. AG, namens der Arbeitgeberin X., man akzeptiere die am 30. Januar 2009 bei C. in Gegenwart von D. ausgesprochene sofortige Kündigung, bei welcher er (X.) wiederholt darauf hingewiesen habe, er werde gleichentags bei einem neuen Arbeitgeber unterschreiben und dort am Montag, 2. Februar 2009, beginnen. Man bestätige die Kündigung, betrachte folglich das zugestellte Arzzeugnis als gegenstandslos und behalte sich vor, die zuviel bezogenen Ferien und Freitage in Rechnung zu stellen. X. hielt mit Schreiben vom 6. Februar 2009 fest, dass für ihn der Vertrag bis zum 31. Mai 2009 weiterlaufe. B. führte im Schreiben vom 9. Februar 2009 aus, dass man das Arbeitsverhältnis als aufgelöst betrachte und sich die Rückforderung zuviel bezahlter Löhne vorbehalte. Mit Schreiben vom 19. Februar 2009 führte die G. Rechtsschutz-Versicherung im Namen von X. aus, es sei unbestritten, dass ihr Mandant infolge des schlechten Arbeitsklimas im Affekt geäussert habe, dass er, «sollte sich die

Situation nicht verbessern, einen neuen Arbeitsvertrag unterzeichnen und die Arbeitsstelle sofort verlassen werde». Das Vorliegen einer fristlosen Kündigung werde bestritten. Nach seiner krankheitsbedingten Abwesenheit sei X. denn auch am 13. Februar bereit gewesen, seine Arbeit wieder aufzunehmen. Er sei jedoch umgehend wieder nach Hause geschickt worden mit der Begründung, dass der Arbeitsvertrag gekündigt sei. Da dies jedoch nicht zutreffe, liege ein sogenannter Annahmeverzug seitens der Arbeitgeberin vor, weshalb man die sofortige Mitteilung erwarte, wann X. seine Arbeit wieder aufnehmen könne. Die Y. AG beharrte in ihrer Antwort vom 24. Februar auf ihrem Standpunkt und hielt fest, nachdem sie von einem bereits aufgelösten Vertragsverhältnis ausgehe, könne X. weder freigestellt noch aufgefordert werden, die Arbeit wieder aufzunehmen.

Das Bezirksgericht Maloja wies mit Urteil vom 13. Januar 2010 die Klage von X. ab.

Aus den Erwägungen:

1.

(...) Der Ausspruch einer Kündigung als fristlos muss unmissverständlich sein (BSK OR I-PORTMANN, Art. 337 OR N. 6 und 15). TOBLER ET AL. (Arbeitsrecht, N. 1.44 zu Art. 337 OR) führen dazu aus, die fristlose Kündigung sei eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie müsse in klarer, unmissverständlicher Weise ausgesprochen werden, wobei die Begriffe «Entlassung» oder «Kündigung» nicht unbedingt verwendet werden müssten. Im Zweifel sei die Erklärung wie bei der ordentlichen Kündigung gegen den Erklärenden auszulegen. Sie fahren fort, die Erklärung müsse bedingungslos erfolgen; eine Ausnahme könne nur dann gemacht werden, wenn der Eintritt der Bedingung einzig von der die Kündigung empfangenden Partei abhängt. Erklärt der Arbeitnehmer die fristlose Kündigung und sieht er danach ein, im Unrecht zu sein, und will er daher auf seinen Entschluss zurückkommen, ist dies unbeachtlich. Die fristlose Kündigung wurde mit der Erklärung rechtswirksam, so dass darauf nicht mehr zurückgekommen werden kann, das heisst der Arbeitgeber hat in einem solchen Fall keine Beschäftigungspflicht (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage, N. 12 und 21 zu Art. 337 OR).

(...)

2.

c) X. behauptet in der Prozesseingabe, er habe C. und D. gesagt, er werde einen neuen Arbeitsvertrag unterzeichnen und die Stelle sofort verlassen, falls sich die Situation nicht verbessern sollte. Wenn es sich so verhielte, läge eine bedingte Kündigung vor, was nach den oben unter Ziff. 1 gemachten Ausführungen zulässig ist, sofern der Eintritt der Bedingung einzig von der die Kündigung empfangenden Partei abhängt. Der Kläger konnte diese von ihm behauptete Bedingung jedoch nicht unter Beweis stellen. So erwähnt keiner der Zeugen, der Kläger habe seine Aus-

sage mit einer solchen Bedingung verknüpft. Es ist somit davon auszugehen, dass die Ankündigung des Klägers bezüglich Vertragsunterzeichnung und Antritt einer neuen Arbeitsstelle bedingungslos erfolgte. Entgegen der vom klägerischen Anwalt in seinem vor erster Instanz vorgetragenen Plädoyer vertretenen Auffassung ist es demnach aufgrund des Beweisergebnisses nicht unklar geblieben, was der Kläger am 30. Januar 2009 zu C. gesagt hat. Wie sich aus den weiter unten stehenden Ausführungen ergibt (2.e), kann die Frage jedoch letztlich offen bleiben.

(...)

e) Das Bezirksgericht hat sich auf den Standpunkt gestellt, es könne keine Rede davon sein, dass der Kläger seine Aussage, wonach er einen neuen Arbeitsvertrag unterzeichnen und schon am folgenden Montag die neue Stelle antreten werde, «im Affekt» beziehungsweise «unter dem Einfluss von Wut und Aufregung» gemacht habe und begründete dies nicht nur damit, dass die entsprechende Aussage gegenüber drei Zeugen gemacht worden sei (was nach dem oben Gesagten nicht zutrifft), sondern auch mit dem zeitlichen Auseinanderfallen der drei Äusserungen. Auch in dieser Beziehung vermag das Kantonsgericht den vorinstanzlichen Überlegungen nicht zu folgen. Die Begegnungen des Klägers mit C. kurz vor Mittag und jene mit B. um etwa 13.30 Uhr und gleich anschliessend mit D. lagen nicht so weit auseinander, dass davon ausgegangen werden könnte, X. hätte sich in der Zwischenzeit wieder längst beruhigt. Sein Verhalten beweist gerade das Gegenteil und offenbar sah sich – wohl aufgrund seines Gemütszustandes – auch die Ehefrau des Klägers veranlasst, gegen 13.30 Uhr mit C. ein Telefongespräch zu führen. Das lässt ebenfalls darauf schliessen, dass sich der Kläger über Mittag nicht beruhigt, sondern seine Ehefrau über das Vorgefallene informiert hat. Kaum traf er nach dem Mittag mit seinem Chef zusammen, geriet er wieder ausser sich und begann wieder zu schreien. All dies deutet darauf hin, dass die gegenüber den drei Zeugen gemachten Äusserungen auf eine einheitliche, über die Mittagszeit hinaus anhaltende heftige Gemütsregung zurückzuführen war, so dass nicht gesagt werden kann, es habe sich um drei von einander getrennte Wutausbrüche gehandelt, zwischen welchen sich der Kläger jeweils wieder gefasst hatte. Es kann angesichts dieser Beweislage somit entgegen der Auffassung der Vorinstanz als erstellt gelten, dass sich der Kläger zur fraglichen Zeit bezüglich aller drei Zeugen in einer heftigen Gemütsbewegung befand.

3.

a) Befand sich der Kläger im Zeitpunkt seiner Aussage in einer für die Angesprochenen klar erkennbaren heftigen Gemütsbewegung, so konnten diese beziehungsweise die Arbeitgeberin entgegen der im erstinstanzlichen Urteil vertretenen Meinung auch nicht davon ausgehen, der Kläger habe aufgrund seiner Äusserungen das Arbeitsverhältnis absichtlich und definitiv fristlos kündigen wollen. Die Arbeitgeberin musste sich bewusst sein, dass sie die von X. in diesem Zustand gemachten Äusserungen nicht

für bare Münze nehmen durfte, und sie hätte folglich auf die Sache zurückkommen müssen, sobald sie annehmen konnte, der Arbeitnehmer habe sich beruhigt und sei wieder zu einem vernünftigen Gespräch fähig. In der Literatur wird denn auch klar der Standpunkt vertreten, wenn der Arbeitgeber an der Endgültigkeit der Entscheidung des Arbeitnehmers zweifeln müsse, weil dieser beispielsweise offensichtlich unter dem Einfluss von Wut oder Aufregung gehandelt habe, so müsse er dem Arbeitnehmer eine Frist zur Wiederaufnahme der Arbeit ansetzen (TOBLER ET AL., Arbeitsrecht, Lausanne 2006, S. 357, Ziff. 1.1 zu Art. 337d OR).

(...)

c) Das Kantonsgericht gelangt aufgrund des Gesagten zum Schluss, dass sich eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 337 OR entgegen den Ausführungen der Vorinstanz allein aufgrund der Äusserungen gegenüber den beiden Zeugen C. und D. nicht begründen lässt, da diese unter dem Einfluss von Wut und in heftiger Gemütsregung erfolgt sind.

4.

(...) Das hier noch zu prüfende fristlose Verlassen der Arbeitsstelle liegt vor, wenn der Arbeitnehmer nach Antritt der Stelle ohne Angabe von Verhinderungsgründen die Arbeit zu Beginn des Arbeitstages oder nach erlaubter Pause nicht aufnimmt oder die Arbeitsstelle während der Arbeit verlässt. Eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist aber in diesen Fällen erst anzunehmen, wenn der Arbeitgeber nach dem Vertrauensprinzip aus dem Verhalten des Arbeitnehmers schliessen darf, dass dieser das Arbeitsverhältnis definitiv auflösen will (Zürcher Kommentar, STAEHELIN/VISCHER, N. 3 zu Art. 337d OR). Die Anwendung von Art. 337d OR setzt Klarheit darüber voraus, dass der Arbeitnehmer entschieden hat, der Arbeit definitiv fernzubleiben. Muss der Arbeitgeber daran vernünftigerweise Zweifel haben, so hat er den Arbeitnehmer zu mahnen und zur Wiederaufnahme der Arbeit aufzufordern (BSK OR I-PORTMANN, Art. 337d N 1).

Das Bundesgericht führte im Urteil 4C.339/2006 unter der Erwägung 2.1 aus, fristloses Verlassen der Arbeitsstelle im Sinne von Art. 337d OR setze voraus, dass der Arbeitnehmer die weitere Erbringung seiner Arbeitsleistung bewusst, absichtlich und endgültig verweigere. Liege diesbezüglich keine eindeutige Erklärung des Arbeitnehmers vor, so sei darauf abzustellen, ob der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der gesamten Umstände nach dem Vertrauensgrundsatz davon habe ausgehen dürfen, der Arbeitnehmer habe die Arbeitsstelle definitiv verlassen. Man könnte sich vorliegend, wie dies die Vorinstanz offenbar getan hat, auf den Standpunkt stellen, der Kläger habe durch seine Äusserungen gegenüber der Zeugin C. und dem Zeugen D. eine eindeutige Erklärung abgegeben, so dass vorliegend der Vertrauensgrundsatz gar nicht mehr zur Anwendung kommen könne. Diese Sichtweise ist aus den nachstehend angeführten Gründen aufgrund der herrschenden Lehre und Rechtsprechung nicht haltbar.

STREIFF/VON KAENEL (a.a.O., S. 790) weisen darauf hin, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung streng ist. Sie erwähnen das bereits oben zitierte Urteil vom 7. Dezember 1999 (JAR 2000, S. 227), wo der Fall eines Zahntechnikers behandelt wird, welcher nach einer heftigen Auseinandersetzung mit dem Arbeitgeber im grossen Zorn unvermittelt den Arbeitsplatz verliess, seine persönlichen Sachen packte und deklarierte, er komme nicht mehr, kurz darauf jedoch mit einem Arztzeugnis zurückkehrte und die Schlüssel abgab. Das Bundesgericht führte aus, angesichts der durch eine heftige Auseinandersetzung verursachten Erregung, des Zorns und der Wut könne man vernünftigerweise nicht annehmen, dass man es mit einer definitiven Entscheidung des Klägers zu tun habe, seine Arbeit nicht wieder aufzunehmen. Der Arbeitgeber hätte diesbezüglich auf alle Fälle Zweifel haben müssen, zumal der Kläger ihm gleichentags ein Arztzeugnis übergeben habe, in welchem vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert worden sei. Unter diesen Umständen hätte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer formell auffordern müssen, seine Arbeitsstelle nach der Wiedererlangung seiner Arbeitsfähigkeit wieder aufzunehmen. Ein solches Vorgehen hätte alle Zweifel über die Ernsthaftigkeit der in der Hitze der Auseinandersetzung ausgesprochenen Kündigung beseitigen können.

Der diesem Urteil zugrundeliegende Fall ist mit dem im vorliegenden Verfahren zu beurteilenden weitgehend identisch. Auch hier befand sich der Kläger wegen einer Auseinandersetzung mit seinen Vorgesetzten in heftiger Erregung, und auch in diesem Fall schickte die Ehefrau X., nachdem ihr Ehemann seinen Arbeitsplatz am frühen Nachmittag verlassen hatte, der Arbeitgeberin noch am gleichen Tag per Fax ein Arztzeugnis, in welchem dem Kläger vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert wurde. Wenn die Beklagte, die unbestrittenermassen noch am selben Abend von diesem Dokument Kenntnis genommen hatte, geltend macht, aus diesem Zeugnis sei der Grund der Arbeitsunfähigkeit nicht hervorgegangen, hilft ihr dies nicht. Wenn das für sie von Bedeutung gewesen wäre, hätte es an ihr gelegen, nachzufragen; dies zu tun, hätte sich im Übrigen auch aufgrund der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin gegenüber dem Arbeitnehmer aufgedrängt. Wenn die Beklagte angesichts dieser Sachlage dem Kläger am 5. Februar 2009 schrieb, sie fasse seine Äusserungen vom 30. Januar 2009 als fristlose Kündigung auf, konnte sie aufgrund der zum damaligen Zeitpunkt vorgelegenen Gesamtumstände eine derartige Überzeugung nach Treu und Glauben gar nicht haben. Das Kantonsgericht gelangt damit zum Schluss, dass die Arbeitgeberin unter den gegebenen Umständen nach dem Vertrauensprinzip nicht von einer fristlosen Kündigung des Arbeitsplatzes durch Verlassen der Arbeitsstelle ausgehen durfte. Verhält es sich aber so und war der Kläger willens, seine Arbeit nach dem Wiedererlangen seiner Arbeitsfähigkeit wieder aufzunehmen, ist davon auszugehen, dass das Arbeitsverhältnis grundsätzlich bis zum 31. Mai 2009, auf welches Datum die Y. AG ihren Mitarbeitern infolge Verkaufs des Betriebes bereits am 22. Oktober 2008 gekündigt hatte, andauerte. Es bleibt somit zu prüfen,

welche Lohnansprüche der Kläger aufgrund dieser Situation noch erheben kann.

(...)

Demnach wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen und die Ziffern 1 und 3 des angefochtenen Urteils werden aufgehoben.

2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 13 798.– zuzüglich 5% Zins seit dem 1. Juni 2009 zu bezahlen.

*Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 1. Juni 2010 (Aufhebung des Urteils des Bezirksgerichts A. vom 17. Februar 2010)*

**Hat die Arbeitnehmerin gemäss Weisung des Arbeitgebers den Ferienbezug mit ihrem Vorgesetzten zu vereinbaren, bedeutet dies nicht, dass es alleinige Sache der Arbeitnehmerin ist, für den Bezug ihrer Ferien besorgt zu sein, und sich der Vorgesetzte um den Ferienbezug überhaupt nicht zu kümmern braucht. Der Ferienanspruch der Arbeitnehmerin ist eine Konkretisierung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Um diese Fürsorgepflicht kommt er nicht umhin, selbst wenn die Parteien abweichend von Art. 329c Abs. 2 OR die Festsetzung der Ferien durch Vereinbarung bestimmen (E. 5.b).**

**Einer Weisung, die übertragenen Ferientage bis Mitte des nächsten Jahres zu beziehen, kommt keine Bedeutung zu. Diese arbeitsvertragliche Regelung vermag weder eine Verwirkung noch eine Verjährung nicht bezogener Ferien herbeizuführen. Die fünfjährige Verjährungsfrist von Art. 128 Ziff. 3 OR beginnt mit der Fälligkeit, welche bei vierwöchigem Ferienanspruch nach Ablauf der 48. Jahreswoche, bei fünf Wochen Ferienanspruch nach Ablauf der 47. Jahreswoche beginnt (E. 5.d).**

Sachverhalt:

Am 30. Dezember 1996 schlossen die Y. und X. einen ersten, befristeten Arbeitsvertrag ab. Am 28. Mai 1997 wurde dieser Vertrag mit Wirkung ab 1. Juni 1997 durch einen solchen von unbestimmter Dauer ersetzt, wobei unter Beibehaltung der übrigen Lohnbestandteile ein monatliches Grundgehalt von Fr. 1859.30 vereinbart und die Kündigungsfrist auf einen Monat verlängert wurde. Es wurde festgehalten, die Arbeitsleistung habe regelmässig zu erfolgen und der Arbeitseinsatz während der einzelnen Wochentage erfolge in Absprache mit dem Vorgesetzten. Schliesslich kam es am 28. Juni 2004 zu einem weiteren Vertragsabschluss. Der neue Vertrag hatte Gültigkeit ab dem 1. August 2004 und sah ein monatliches Brutto Gehalt von Fr. 1493.80 vor, basierend auf einer monatlichen Arbeitsleistung von 77 Stunden; die Kündigungsfrist blieb unverändert. Bezüglich der

Ferien wurde auf das Reglement «Allgemeine Anstellungsbedingungen» der Y. verwiesen. Am 30. Juni 2003 schrieb die Y. der Angestellten, anlässlich einer Kontrolle habe festgestellt werden müssen, dass die Reinigung nicht ihren Vorstellungen entspreche. In einem Schreiben an die Angestellte vom 10. Februar 2009 bedauerte die Y., erneut mitteilen zu müssen, dass die Reinigungsarbeiten in den Räumen des Regionalsitzes A. nicht befriedigend seien. Mit Schreiben vom 27. April 2009 teilte die Y. der Arbeitnehmerin mit, man bedaure feststellen zu müssen, dass die Reinigungsarbeiten trotz mehrfacher Beanstandungen nicht zur Zufriedenheit ausgeführt würden. Das Arbeitsverhältnis werde daher auf den 31. Mai 2009 aufgelöst, wobei der letzte Arbeitstag unter Anrechnung des Ferienthabens von 21 Tagen am 29. April 2009 stattfinde. X. liess am 30. April 2009 durch Rechtsanwalt D. antworten, sie akzeptiere die Kündigung nicht und stelle ihre Arbeitskraft weiterhin im vertraglichen Rahmen zur Verfügung. Die Parteien beharrten in der Folge auf ihren Standpunkten.

Mit Urteil vom 17. Februar 2010 wies das Bezirksgericht das klägerische Begehren von X. auf Zahlung von Fr. 17 503.60 durch die Beklagte ab.

Aus den Erwägungen:

5.

b) Nach Art. 329c Abs. 2 OR bestimmt der Arbeitgeber den Zeitpunkt der Ferien und nimmt dabei auf die Wünsche des Arbeitnehmers soweit Rücksicht, als dies mit den Interessen des Betriebes oder Haushaltes vereinbar ist. Die Vorinstanz hält zutreffend fest, dass im Arbeitsvertrag vom 28./30. Juni 2004 mit Bezug auf die Ferien auf das Reglement «Allgemeine Anstellungsbedingungen der Y.» verwiesen werde, womit diese integrierender Bestandteil des Arbeitsvertrages geworden seien. Wenn das Bezirksgericht dann aber weiterfährt, in diesem Reglement sei die folgende Regelung enthalten und sie die in diesem Dokument als Ziffer 4.2 enthaltene Aufzählung über den Ferienbezug zitiert, so ist diese Sachverhaltsfeststellung willkürlich. Beim fraglichen Aktenstück kann es sich nämlich nicht um das im Arbeitsvertrag vom Juni 2004 erwähnte Reglement handeln, trägt dieses doch das Datum des 20. August 2007 mit Gültigkeit ab 1. September 2007 und es ersetzte eine Weisung vom 1. Dezember 2004. Es ist also offenkundig, dass diese Weisung auf die frühere Zeit, das heisst ab 2004, gar keine Wirkung entfalten konnte. Die durch das neue Papier ersetzte Weisung vom 1. Dezember 2004 liegt sodann nicht im Recht, und auch die im Arbeitsvertrag erwähnten Allgemeinen Anstellungsbedingungen (ABB) wurden von der Beklagten nicht eingelegt. Wenn somit die Beklagte und mit ihr die Vorinstanz aus den ab 1. September 2007 gültigen Weisungen ableiten, dass es sehr wohl der Klägerin obgelegen habe, für den Bezug ihrer Ferien besorgt zu sein und dies mit ihren Vorgesetzten abzusprechen und dass sie sich aus dieser Verpflichtung nicht mit dem

Argument habe befreien können, das entsprechende Reglement nicht gekannt zu haben, so verkennen sie, dass diese Weisung jedenfalls für die Zeit von 2004 bis zum 31. August 2007 noch gar keine Gültigkeit hatte. Insoweit wird demnach der Klägerin gestützt auf diese Weisung zu Unrecht eine Verpflichtung auferlegt. Für den Bestand einer solchen Verpflichtung ist die Beklagte beweispflichtig, da sie daraus für sich entsprechende Rechte ableitet. Diesen Beweis hat sie jedoch nicht erbracht, da keine Urkunde im Recht liegt, welche den Ferienbezug entsprechend der Ziffer 4.2 der Weisung regelt.

Die Ausführungen der Vorinstanz über die Verpflichtungen der Klägerin hinsichtlich des Ferienbezugs sind noch in einem weiteren Punkt zu beanstanden. Das Bezirksgericht stellt sich gestützt auf die Ziffer 2 der Weisung 4.2 für den Ferienbezug auf den Standpunkt, es wäre Sache der Klägerin gewesen, für den Bezug ihrer Ferien besorgt zu sein und dies mit ihren Vorgesetzten abzusprechen. Eine solche Auslegung der fraglichen Ziffer 2 geht nach Auffassung des Kantonsgerichts zu weit. Sollte der Wortlaut dieser Bestimmung tatsächlich eine solche einseitige Verpflichtung stipulieren, wäre dies wohl rechtswidrig. Wie oben erwähnt, bestimmt gemäss Art. 329c Abs. 2 OR der Arbeitgeber den Zeitpunkt der Ferien; er nimmt dabei auf die Wünsche des Arbeitnehmers soweit Rücksicht, als dies mit den Interessen des Betriebes oder Haushaltes vereinbar ist. Dabei ist die Festsetzung der Ferien durch den Arbeitgeber dispositives Recht. Häufig wird der Zeitpunkt der Ferien vom Arbeitgeber und vom Arbeitnehmer in gegenseitigem Einverständnis festgelegt (Zürcher Kommentar, STAEHELIN, Art. 329c OR N. 12). In diesem Sinne wurde auch vorliegend durch die Weisung vom 20. August 2007 Gebrauch gemacht, indem festgehalten wurde, der Mitarbeiter habe den Ferienbezug mit dem Vorgesetzten zu vereinbaren. Das bedeutet, dass Mitarbeiter und Vorgesetzter den Ferienbezug miteinander besprechen; beide haben also eine Mitwirkungspflicht. Sollte der Mitarbeiter – wie dies die Beklagte und die Vorinstanz anzunehmen scheinen – diesbezüglich «vorleistungspflichtig» sein, so bedeutet dies nun aber nicht, dass mangels entsprechender Vorleistungspflicht die Beklagte sich bezüglich Ferienbezug seiner Arbeitnehmerin überhaupt nicht zu kümmern braucht. Der Ferienanspruch des Arbeitnehmers ist eine Konkretisierung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Um diese Fürsorgepflicht kommt er nicht umhin, selbst wenn die Parteien abweichend von Art. 329c Abs. 2 OR die Festsetzung der Ferien durch Vereinbarung bestimmen. Gegenteiliges bei zu vereinbarem Ferienbezug lässt sich in der Literatur denn auch nicht finden. Schliesslich gilt es in diesem Zusammenhang auch zu beachten, dass der Ferienanspruch selbst mangels Geltendmachung des Arbeitnehmers während seiner Anstellungszeit nicht einfach verwirkt. Es gilt – worauf noch zurückzukommen sein wird – vielmehr die fünfjährige Verjährungsfrist. Soweit die Vorinstanz den Anspruch der Klägerin auf eine Ferienentschädigung mit dem Hinweis

auf die Weisung vom 20. August 2007 zu den ABB abgelehnt hat, vermag ihr das Kantonsgericht nach dem Gesagten nicht zu folgen.

c) Das Bezirksgericht A. führte weiter aus, als Raumpflegerin und mangels Betriebsferien der Y. habe die Klägerin keine Anwesenheitspflichten zu bestimmten Zeiten gehabt, so dass sie über erhebliche Freiheiten bezüglich der Bestimmung des Zeitpunktes und der Dauer ihrer Ferien verfügt habe, wie dies beim Reinigungspersonal naturgemäss häufig der Fall sei. Habe aber der Arbeitnehmer eine erhebliche Freiheit, den Ferienbezug selbst zu bestimmen, so treffe ihn die Beweislast dafür, dass er keine Ferien habe beziehen können. Dieser ihr somit obliegende Beweis habe die Klägerin nicht zu erbringen vermocht. Mit dieser Begründung folgte die Vorinstanz der von der Beklagten vertretenen Meinung, welche diese schon in der Prozesseingabe vorbrachte und die ihre Rechtsvertreterin anlässlich der Hauptverhandlung unter Hinweis auf einen von STREIFF/VON KAENEL (Arbeitsvertrag, 6. Auflage, Zürich 2006, Art. 329c OR N. 7) erwähnten, in SAE 1997 S. 42 ff. publizierten Entscheid des Cour d'appel de Genève zu begründen versuchte. Die Beklagte liess ausführen, die Funktion der Klägerin als Raumpflegerin habe keine Anwesenheitspflichten zu bestimmten Zeiten erfordert, und es habe auch in der Entscheidungsfreiheit von X. gelegen, ob sie einzelne Tage oder wochenweise Ferien beziehen wollte. In Bestätigung dieser Praxis habe die Beklagte während des bestehenden Arbeitsverhältnisses denn auch keine Forderung auf nicht bezogene Ferien seitens der Arbeitnehmerin erhalten und es habe die Klägerin auch nicht bewiesen, dass sie eine solche Forderung erhoben habe.

Diese Behauptungen und Begründung der Beklagten und der Vorinstanz sind in verschiedener Hinsicht nicht haltbar. Das Ferienrecht steht jedem Arbeitnehmer zu, auch jenem, der Teilzeitarbeit leistet. Der Ferienanspruch bedingt die Zuweisung einer arbeitsfreien Periode an den Arbeitnehmer (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 5 zu Art. 329a OR). Ist bei Teilzeit gleich zu verfahren wie bei Vollzeit, so bedeutet dies auch, dass auch beim Teilzeitbeschäftigten entsprechend Art. 329c Abs. 1 OR mindestens zwei Wochen Ferien zusammenhängen müssen. Entgegenzutreten ist sodann auch der Behauptung der Vorinstanz und der Beklagten, die Klägerin habe keine Anwesenheitspflicht zu bestimmten Zeiten gehabt, so dass sie bezüglich Zeitpunkt und Dauer der Ferien über erhebliche Freiheiten verfügt habe. Es mag wohl zutreffen, dass der Klägerin nicht vorgeschrieben wurde, zu welcher Uhrzeit sie jeweils die Reinigung vorzunehmen habe. Immerhin dürfte sie auch diesbezüglich kaum über erhebliche Entscheidungsfreiheit verfügt haben, ist es doch üblich, dass diese Arbeiten ausserhalb der Bürozeiten zu tätigen sind, also in der Regel gegen Abend. Aufschlussreich sind in diesem Zusammenhang der im Arbeitsvertrag festgelegte Arbeitseinsatz und das Leistungsverzeichnis. Nach dem Arbeitsvertrag hatte die Arbeitsleistung regelmässig zu erfolgen. Der Arbeitseinsatz während der einzelnen Wochen sollte in Absprache mit dem Vorgesetzten regelmässig erfolgen und pro Monat 77 Stunden betragen. Dem Leistungs-

verzeichnis ist sodann zu entnehmen, in welchen Leistungsintervallen die einzelnen Reinigungsarbeiten vorzunehmen waren. Dabei waren mehrere Arbeiten täglich, andere jeden zweiten Tag usw. vorzunehmen. Aus dieser Regelung ist ersichtlich, dass die Klägerin ihre Ferien keineswegs beliebig, das heisst ohne Absprache mit dem Vorgesetzten beziehen konnte, da ja bei ihrer Abwesenheit – insbesondere für die zwei Wochen zusammenhängender Ferien – eine Ersatzkraft gefunden und eingesetzt werden musste, ansonsten die Räumlichkeiten während dieser Zeit ungereinigt geblieben wären. Das Kantonsgericht ist daher der Auffassung, dass der Klägerin keine erhebliche Freiheit zustand, den Ferienbezug selbst zu bestimmen. Damit trifft aber nicht sie die Beweislast, dass sie keine Ferien beziehen konnte. Der diesbezüglichen Hinweis auf STREIFF/VON KAENEL erscheint nicht stichhaltig. Die Autoren können sich bezüglich der Umkehr der Beweislast übrigens allein auf einen Entscheid aus dem Kanton Genf abstützen (a.a.O., N 7 in fine zu Art. 329c OR), der in tatsächlicher Hinsicht anders gelegen und folglich nicht geeignet ist, im zu beurteilenden Fall die Klägerin für beweispflichtig zu erklären. Grundsätzlich gilt, dass eine Umkehr der Beweislast nur mit grosser Zurückhaltung vorzunehmen ist. Die Entscheidungsfreiheit von X. war nach Auffassung des Kantonsgerichts aber nicht derart erheblich, dass sich eine solche Umkehr der Beweislast rechtfertigen liesse. Der gegenteilige Entscheid der Vorinstanz, der Klägerin den Nachweis für die nicht bezogenen Ferien aufzuerlegen, hält demnach einer näheren Prüfung nicht stand. Der Nachweis obliegt aus den dargelegten Gründen vielmehr der beklagten Arbeitgeberin.

d) Das Bezirksgericht führte aus, nachdem die Klägerin den ihr obliegenden Beweis dafür, dass sie die ihr zustehenden Ferien nicht habe beziehen können, nicht zu erbringen vermocht habe, sei ihre Forderung abzuweisen, ohne dass geklärt werden müsste, ob allenfalls nicht bezogene Ferientage zu einem bestimmten Zeitpunkt verfallen seien oder nicht. Damit verkennt die Vorinstanz, dass sich die Frage nach dem «Verfall» der Ferien gar nicht stellt beziehungsweise dass sich die Beantwortung dieser Frage aufgrund der Lehre klar ergibt. Nach den Kommentatoren (vgl. Zürcher Kommentar, N. 6 zu Art. 329c OR; STREIFF/VON KAENEL, N. 4 zu Art. 329c OR) tritt bei Nichtbezug der Ferien keine Verwirkung ein; es gilt vielmehr die fünfjährige Verjährungsfrist von Art. 128 Ziff. 3 OR. Diese beginnt mit der Fälligkeit, welche bei vierwöchigem Ferienanspruch nach Ablauf von 48 Wochen, bei fünf Wochen Ferienanspruch somit nach Ablauf der 47. Jahreswoche beginnt. Für den Restanspruch «Ferien» 2004 von rund zwei Wochen begann die fünfjährige Verjährungsfrist somit Mitte Dezember 2004 zu laufen, und sie endete demnach im Dezember 2009. Die Klage wurde am 7. Mai 2009 und damit vor Ablauf der Verjährungsfrist erhoben, und bezüglich der nicht bezogenen Ferien für die folgenden Jahre ist demnach die Verjährung umso weniger eingetreten. Die Regelungen bezüglich der Verjährung können auch nicht durch einen Arbeitsvertrag abgeändert werden, da sie offenkundig zwingendes Recht sind. Sie können

jedenfalls nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden. Dem Umstand, dass gemäss den Weisungen vom 20. August 2007 die übertragenen Ferientage bis Mitte des nächsten Jahres zu beziehen sind, kommt demnach keine Bedeutung zu. Diese arbeitsvertragliche Regelung vermag weder eine Verwirkung noch eine Verjährung nicht bezogener Ferien herbeizuführen. Mit dem Zürcher Obergericht könnte man sich zusätzlich auf den Standpunkt stellen, dass im vorliegenden Fall die Verjährung mangels Anordnung der Ferien überhaupt nicht zu laufen begonnen hat (vgl. Hinweis bei STREIFF/VON KAENEL, S. 432 Abs. 1 unten).

6.

(...)

e) (...) Wie oben festgestellt wurde, verdiente X. ohne Berücksichtigung des dreizehnten Monatslohns am Schluss des Arbeitsverhältnisses Fr. 1594.30 pro Monat. Ausgehend von den im schweizerischen Durchschnitt pro Monat anfallenden 21,75 Arbeitstagen (STREIFF/VON KAENEL, N. 12 zu Art. 321c OR) ergibt dies Fr. 73.30 pro Tag, was für die 80 Ferientage, die der Klägerin zu entschädigen sind, einen Betrag von Fr. 5864.– ergibt. Dabei handelt es sich um den Bruttolohn, von dem die monatlichen Sozialversicherungsbeiträge (AHV/IV, ALV, NBUV) abzuziehen sind, wobei mangels konkreter Angaben in den Akten ein üblicher Abzug von 6,5% vorgenommen wird; es resultiert damit ein Guthaben der Klägerin von Fr. 5482.85, welcher Betrag ihr in teilweiser Guttheissung der Klage zuzusprechen ist.

*Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 8. Juni 2010 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Prättigau/Davos vom 18. Februar 2010)*

**Verlässt ein Küchengehilfe, dessen Arbeitszeit in der Silvesternacht von 16:00 Uhr bis 1:30 Uhr angesetzt war, um 1:30 Uhr den Arbeitsplatz ohne die Bereitschaft zur Leistung von Überstunden, obwohl er darauf aufmerksam gemacht worden war, dass er in dieser Nacht erst dann den Arbeitsplatz verlassen dürfe, sobald er alles sauber aufgeräumt habe, lässt er somit trotz der hohen Anforderungen an die Hygiene in Restaurantküchen das Geschirr ungewaschen zurück, bildet dieses Ereignis bereits für sich allein einen wichtigen Grund zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäss Art. 337 Abs. 1 OR. Darüber hinaus war der Arbeitnehmer bereits rechtsgenügend verwahrt worden (E. 2.d und 3.b).**

Sachverhalt:

Am 17. November 2008 schlossen die Y., vertreten durch Z., als Arbeitgeberin, sowie X., als Arbeitnehmer, einen befristeten Arbeitsvertrag. Der Beginn des Arbeitsverhältnisses wurde auf den 2. Dezember 2008 und

dessen Ende auf Mitte April 2009 festgelegt. Der Arbeitnehmer wurde in der Funktion als Küchen- und Officehilfe angestellt. Unter Punkt 4 des befristeten Arbeitsvertrages wurde bezüglich Kündigungsfrist/-termin die Variante angekreuzt, wonach der Vertrag für die Dauer des Arbeitsverhältnisses unkündbar sei. Der Bruttomonatslohn betrug Fr. 2970.00. Mit Schreiben vom 1. Januar 2009 kündigte die Y. X. fristlos. Begründet wurde die fristlose Kündigung damit, dass X. trotz mehrmaliger mündlicher Aufforderungen und Verweise durch den Küchenchef A. und die Direktion seinen Arbeitseinsatz nicht gesteigert, mehrmals seine Aufgaben nicht erfüllt und sich den Kleidervorschriften nicht angepasst habe. Nachdem er nun auch noch an Silvester in der Nacht seinen Arbeitsplatz im grössten Trubel und ohne aufzuräumen verlassen habe, müsse man ihm per sofort die Kündigung aussprechen.

X. beschritt den Rechtsweg. Mit Urteil vom 18. Februar 2010 wies das Bezirksgericht die Klage des X. gegen Y. ab.

Aus den Erwägungen:

2.

a) Gegenstand der vorliegenden Berufung bildet die Frage, ob die von der Y. ausgesprochene fristlose Kündigung zu Recht erfolgt ist. Unmittelbarer Anlass für die fristlose Kündigung war gemäss Kündigungsschreiben vom 1. Januar 2009 der Vorfall in der Silvesternacht, als der Berufungskläger entgegen den Anweisungen der Arbeitgeberin seinen Arbeitsplatz um 1.30 Uhr verliess. Allerdings wurde dieses Ereignis nicht isoliert als Kündigungsgrund angegeben, sondern in Kombination mit einer Anhäufung von Verfehlungen seitens des Berufungsklägers. Der Berufungskläger bringt dagegen vor, beim Vorfall vom Neujahrstag 2009 sei von einer erstmaligen Verfehlung dieser Art auszugehen. Die von der Beklagten behaupteten früheren Verweise würden andersartige Bagatellvorfälle betreffen. Der Kläger sei noch nie wegen vorzeitigem Verlassen des Arbeitsplatzes verwarnt worden. Die angeblichen mündlichen Verwarnungen seien daher nicht geeignet, die Anforderungen an den wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR zu reduzieren. Andererseits vermöge das eigenmächtige Verlassen des Arbeitsplatzes am Neujahrstag 2009 allein diesen hohen Anforderungen nicht zu genügen.

(...)

d) Im Urteil des Bezirksgerichtes Prättigau/Davos wird ausgeführt, die Weigerung des Klägers, am Neujahrstag Überstunden zu leisten, sei der Tropfen gewesen, der das Fass zum Überlaufen gebracht habe. Die Beklagte macht in ihrem Plädoyer anlässlich der mündlichen Verhandlung vor Kantonsgericht in Bezug auf diesen Vorfall geltend, X. sei gemäss Einsatzplan von 16.30 Uhr bis 1.30 Uhr eingeteilt gewesen. Diesem Dienstplan entsprechend habe er auch seinen Arbeitseinsatz verrichtet. Der Berufungskläger bestreitet demnach nicht, seinen Arbeitsplatz um

1.30 Uhr verlassen zu haben. Dem Dienstplan für die Woche 1 des Jahres 2009 kann entnommen werden, dass X. am 31. Dezember 2008 für einen Einsatz von 16.00 Uhr bis 1.30 Uhr vorgesehen war. Auf dem Dienstplan wurde im Weiteren vermerkt, dass Änderungen vorbehalten bleiben und diese durch A. gemacht werden. In Ziffer 7 des befristeten Arbeitsvertrags wird sodann aufgeführt, der Mitarbeiter sei im Rahmen des Zumutbaren verpflichtet, notwendige Überstunden zu leisten. Anlässlich der Zeugen- einvernahme vom 9. Dezember 2009 vor dem Bezirksgericht Prättigau/ Davos gab A. zu Protokoll, dem Kläger sei bereits bei der Anstellung erklärt worden, dass er zwischen Weihnachten und Neujahr länger werde arbeiten müssen. Erstmals hätte der Kläger am 31. Dezember 2008 länger arbeiten müssen, das heisst, er hätte dort bleiben müssen, bis die ganze Arbeit erledigt sei. Er sei darauf aufmerksam gemacht worden, dass er in dieser Nacht erst dann den Arbeitsplatz verlassen könne, wenn alles sauber aufgeräumt sei und er sich dann bei den Mitarbeitern abgemeldet habe. Es sei ihm auch zugestanden worden, wegen der Überstunden zwischendurch Pausen zu machen. Im Übrigen sei ihm für diese Nacht ein Personalzimmer zur Verfügung gestellt worden. Aufgrund dieser Ausführungen steht fest, dass X. durchaus bekannt war, dass er in der Silvesternacht länger zu arbeiten hatte, zumindest solange, bis alles aufgeräumt war. Der Einwand des Berufungsklägers, er habe entsprechend dem Dienstplan gearbeitet, kann folglich nicht gehört werden. Die Anweisung zur Leistung von Überstunden erfolgte erwiesenermassen in klarer und unmissverständlicher Form. Die Überstundenarbeit wurde vom Arbeitgeber ausdrücklich angeordnet, was im Übrigen nicht einmal ausdrücklich nötig gewesen wäre, da die Notwendigkeit für den Arbeitnehmer erkennbar war. X. arbeitete bereits seit einem Monat im Betrieb und verfügte zu diesem Zeitpunkt bereits über erste Erfahrungen im Gastgewerbe. Es konnte ihm mithin nicht entgangen sein, dass es in einem kleinen Betrieb, wie im Hotel der Beklagten, während Zeiten mit hohem Arbeitsanfall durchaus vorkommen kann, Überstunden leisten zu müssen. Dies insbesondere in Zeiten mit hohem Arbeitsanfall, wozu die Ferienzeit über Weihnachten/Neujahr zweifellos gehört. Die Überstunden in der Silvesternacht waren aus betrieblicher Sicht offensichtlich notwendig und sind im Gastgewerbe durchaus üblich. Auch sind keine Gründe ersichtlich, inwiefern die Leistung von Überstunden dem Arbeitnehmer nicht zumutbar gewesen wäre, zumal bereits im Arbeitsvertrag darauf hingewiesen wurde. Die Überstundenarbeit war demzufolge einerseits notwendig und andererseits auch ohne Weiteres zumutbar. Indem sich der Kläger in der Silvesternacht ohne ein Wort vom Arbeitsplatz entfernt hatte, hat er klare Weisungen der Arbeitgeberin missachtet. Dies ist umso gravierender, als es sich bei der Silvesternacht zweifellos um einen sehr wichtigen Anlass in der Hotellerie eines Touristenorts handelt, zumal während Weihnachten/Neujahr ein grosser Teil des Umsatzes erwirtschaftet wird. So führte die Beklagte glaubhaft aus, dass in dieser Nacht das Restaurant und die Bar berstend voll gewesen sei, was vom

Kläger nicht bestritten wurde. Es ist unabdinglich, dass sich ein Arbeitgeber in solchen Situationen auf seine Arbeitnehmer verlassen kann. Dessen ungeachtet verliess der Kläger mitten in der herrschenden Hektik den Arbeitsplatz und überliess die ihm zugewiesene Arbeit den übrigen Mitarbeitern. Damit versties er nicht nur gegen klare arbeitsvertragliche Pflichten und Anweisungen seines Arbeitgebers, sondern er verhielt sich überdies äusserst unkollegial. Insbesondere in einem kleinen Betrieb mit nur wenigen Mitarbeitern fällt dies besonders ins Gewicht, zumal ein gutes Betriebsklima massgebend zum Betriebserfolg beiträgt und jeder Mitarbeiter eine gewisse Verantwortung zu tragen hat. Das Verhalten des Klägers ist auch unter Berücksichtigung der hohen Anforderungen an die Hygiene in Restaurantküchen inakzeptabel. Die Arbeitgeberin muss sich in Anbetracht entsprechender Kontrollen und allfälligen zu erwartenden Massnahmen im Falle eines Verstosses gegen die geltenden Vorschriften auch in dieser Hinsicht auf ihr Küchenpersonal verlassen können. Erst recht liegt es nicht im Ermessen des Arbeitnehmers, darüber zu entscheiden, ob das dreckige Geschirr – wie es der Berufungskläger in seinem Plädoyer vorbringt – auch am nächsten Tag hätte erledigt werden können. Es versteht sich somit von selbst, dass durch diesen gravierenden Vorfall die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zerstört zumindest aber tiefgreifend erschüttert wurde, so dass der Arbeitgeberin eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten war. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der noch verbleibenden Dauer bis zum Ablauf des befristeten Arbeitsverhältnisses. Je kürzer die Bindung an das Arbeitsverhältnis, desto weniger wird man den Rückgriff auf die fristlose Entlassung zulassen (vgl. STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 16 zu Art. 337; REHBINDER, a.a.O., N 2 zu Art. 337). Vorliegend hatte der Arbeitnehmer einen befristeten Arbeitsvertrag bis Mitte April 2009 unterzeichnet. Er hätte mithin noch weitere 3½ Monate weiterbeschäftigt werden müssen. Dies während der in der Region Davos/Klosters umsatzstarken Wintermonate, in welchen sich die Vorgesetzten auf jeden Mitarbeiter voll und ganz verlassen können müssen. Vorliegend war ein gedeihliches Zusammenarbeiten auf Grund der gesamten Umstände und dem zerstörten Vertrauensverhältnis nicht mehr gewährleistet. Dass dem Arbeitnehmer am 1. Januar 2009, mithin inmitten der Feiertage, die fristlose Kündigung ausgesprochen wurde, bestätigt, dass die gesamte Situation untragbar gewesen sein muss und schwerwiegende Gründe zu dieser Konsequenz geführt haben. Die fristlose Entlassung zu diesem Zeitpunkt, wo für die Gastbetriebe Hochsaison ist und der Umstand, dass sich der Verlust eines Mitarbeiters zu diesem Zeitpunkt in einem kleinen Betrieb erheblich auswirkt, zeigen deutlich, dass das gegenseitige Vertrauen auch tatsächlich zerstört war, und die fristlose Entlassung der einzige Ausweg dargestellt haben muss.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass das Ereignis in der Silvesternacht bereits für sich allein einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR darstellt, sodass eine Weiterbeschäftigung bis zum

Ablauf des befristeten Arbeitsverhältnisses der Arbeitgeberin nicht zugemutet werden konnte, und die fristlose Kündigung demnach allein aufgrund dieses Ereignisses als gerechtfertigt zu qualifizieren ist.

3.

b) (...) Zusammenfassend ist somit davon auszugehen, dass der Kläger bereits rechtsgenügend verwarnet worden war. Selbst wenn – entgegen vorstehenden Ausführungen – das Ereignis in der Neujahrsnacht für sich alleine nicht ausreichen würde, die fristlose Kündigung zu rechtfertigen, wäre somit mindestens im Zusammenhang mit den nachgewiesenen Verwarnungen die fristlose Entlassung als gerechtfertigt zu erachten.

*Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 31. August 2010 (teilweise Aufhebung des Urteils des Bezirksgerichts Hinterrhein vom 22. September 2009)*

**Erst Monate später ausgestellte Arztzeugnisse sind nicht beweisbildend. In diesem Zusammenhang darf und soll der Richter der Erfahrungstatsache Rechnung tragen, dass Hausärzte mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen (E. 2.b.cc).**

**Eine neuerliche Arbeitsunfähigkeit löst keine fortzusetzende Sperrfrist aus, wenn sie in die Zeitspanne zwischen dem durch die Sperrfrist der ersten Arbeitsunfähigkeit hinausgeschobenen Kündigungstermin und den Endtermin gemäss Art. 336c Abs. 3 OR fällt. Der Arbeitnehmer hat die ihm zustehende Kündigungsfrist ungeschmälert bezogen und die Verlängerung nach Absatz 3 dient nur noch dazu, den Anschluss an die üblichen Stellenwechseltermine sicherzustellen (E. 2.c).**

Sachverhalt:

X. war bei der Y. ab April 2006 im Monatslohn und ab 15. März 2007 im Stundenlohn als Maurer angestellt. Mit Schreiben vom 17. Oktober 2007 kündigte die Y. das Arbeitsverhältnis auf den 31. Dezember 2007. Am 3. Dezember 2007 erkrankte X. und wurde von Dr. med. B. zu 100% arbeitsunfähig geschrieben. Die entsprechende Krankentag-Kontrolle wurde am 28. Dezember 2007 der ÖKK Kranken- und Unfallversicherung AG (im nachfolgenden: ÖKK) gestellt. Am 21. Dezember 2007 schrieb Dr. med. B. X. wieder zu 100% arbeitsfähig. Nach Angaben des Arbeitnehmers soll er aber bereits vor den Festtagen erneut gesundheitliche Probleme gehabt haben, weshalb er den Stellvertreter von Dr. med. B., prakt. med. A., aufgesucht habe. Der Besuch bei prakt. med. A. erfolgte am 24. Dezember 2007, wie der Krankentag-Kontrolle der ÖKK zu entnehmen ist. Ein weiterer Arztbesuch erfolgte offenbar am 28. Dezember 2007. Die Felder betreffend Grad der Arbeitsunfähigkeit blieben leer. Weder wurde

eine Arbeitsunfähigkeit noch eine Arbeitsfähigkeit bescheinigt. In der Zeit vom 19. Dezember 2007 bis zum 21. Januar 2008 hatte die Y. Bauferien. Am 22. Januar 2008 wurde X. wieder eine Arbeitsunfähigkeit von 100% attestiert. Am 29. Januar 2008 unterschrieb X. das Formular der ÖKK für den Übertritt in die Einzeltaggeldversicherung. Bei der Frage, ob bei Austritt aus der Firma eine Arbeitsunfähigkeit bestand, wurde das Feld «Nein» angekreuzt. Bei der Frage, ob er gegenwärtig arbeitsfähig sei, wurde «Ja» angekreuzt und handschriftlich «P.S. voraussichtlich bis 1. Feb. 08» ergänzt. Die Y. erfuhr nach ihren Ausführungen erst am 28. Februar 2008 von einer weiter bestehenden Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, nachdem ihr die Arbeitslosenkasse Graubünden ein Arzzeugnis zugesandt hatte, worin prakt. med. A. dem Arbeitnehmer vom 3. Dezember 2007 bis auf weiteres eine Arbeitsunfähigkeit attestierte. Die Arbeitslosenkasse Graubünden forderte die Arbeitgeberin in diesem Schreiben auf, den Arbeitnehmer umgehend bei der ÖKK als Krankentaggeldversicherung anzumelden. Die ÖKK stellte sich in der Folge auf den Standpunkt, sie habe den Fall auf den 21. Dezember 2007 abgeschlossen. Auch die Arbeitgeberin bestreitet, dass X. nach dem 21. Dezember 2007 nochmals arbeitsunfähig gewesen sei, weshalb das Arbeitsverhältnis am 31. Januar 2008 beendet worden sei. X. vertritt hingegen die Ansicht, dass sich die Kündigungsfrist wegen der weiter bestehenden Arbeitsunfähigkeit auf Ende März 2008 erstreckt habe.

X. meldete in der Folge die Streitsache am 6. Februar 2009 beim Kreisamt Rheinwald zur Vermittlung an. Das Bezirksgericht Hinterrhein wies das klägerische Begehren auf Zahlung von Fr. 14 753.30 mit Urteil vom 22. September 2009 ab.

Aus den Erwägungen:

2.

Es ist vorliegend unbestritten, dass die Y. am 17. Oktober 2007 das Arbeitsverhältnis mit X. auf den 31. Dezember 2007 gekündigt hat. Am 3. Dezember 2007 erkrankte der Arbeitnehmer und wurde von seinem Arzt arbeitsunfähig geschrieben. Dadurch wurde der Endtermin des Arbeitsverhältnisses hinausgeschoben. Strittig ist zwischen den Parteien, ob eine Arbeitsunfähigkeit auch nach dem 20. Dezember 2007 nachgewiesen ist, und bis zu welchem Endtermin das Arbeitsverhältnis erstreckt wurde.

a) Die Beklagte hält dafür, dass eine Arbeitsunfähigkeit nur bis zum 20. Dezember 2007 belegt sei, womit das Arbeitsverhältnis am 31. Januar 2008 geendet habe. Der Kläger dagegen ist der Ansicht, er sei zwar am 21. Dezember 2007 vom Arzt wieder zu 100% arbeitsfähig geschrieben worden, habe aber darauf einen Rückfall erlitten und sei ab dem 24. Dezember 2007 bis zum 27. März 2008 wieder voll arbeitsunfähig gewesen. Das Arbeitsverhältnis habe daher bis Ende März 2008 gedauert. Die Vorinstanz hat entschieden, dass eine Arbeitsunfähigkeit für den Zeit-

raum vom 21. Dezember 2007 bis zum 21. Januar 2008 nicht nachgewiesen sei, und darum das Arbeitsverhältnis auf den 31. Januar 2008 geendet habe.

b) Der Kläger hat den Beweis dafür zu erbringen, dass eine Arbeitsunfähigkeit nach dem 20. Dezember 2007 bestanden hat. Der Beweis ist in der Regel mittels Arztzeugnis zu erbringen, wobei eine Berufung auf andere Beweismittel möglich ist (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. A., Zürich 2006, Art. 336c OR N 8 mit Verweis auf Art. 324a/b OR N 12 und weitere Hinweise; WOLFGANG PORTMANN, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 324a OR N 24). Auch einem Arztzeugnis kommt allerdings kein absoluter Beweiswert zu (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4P.101/2005 vom 9. Juni 2005, E. 6). Immerhin ist darauf abzustellen, solange keine begründeten Zweifel an dessen Richtigkeit bestehen. Zweifelt der Arbeitgeber ein Arztzeugnis an, kann er vom Arbeitnehmer verlangen, sich bei einem Vertrauensarzt untersuchen zu lassen (Urteil des Obergerichts Luzern vom 25. April 2006 [publ. in: JAR 2007, S. 463, E. 2.3]; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, a.a.O., Art. 324a/b OR, N 12; WOLFGANG PORTMANN, in: Basler Kommentar, a.a.O., Art. 324a OR N 25). Vorliegend will der Kläger den Beweis seiner Arbeitsunfähigkeit für die Zeit ab 21. Dezember 2007 unter Berufung auf folgende Beweismittel erbringen:

- Krankentag-Kontrolle ÖKK
- Ärztliches Zeugnis A. vom 23. Februar 2008
- Ärztliches Zeugnis Dr. B. vom 16. September 2008
- (...)

Die Arbeitsunfähigkeit ist aufgrund dieser Beweismittel nicht ausgewiesen, und zwar aus folgenden Gründen:

(...)

bb) Mit dem Arztzeugnis von prak. med. A. vom 23. Februar 2008 bescheinigt dieser am 23. Februar 2008 rückwirkend ab dem 3. Dezember 2007 bis auf weiteres eine 100% Arbeitsunfähigkeit. Gleichzeitig gibt er an, der Patient stehe seit 3. Dezember 2007 bei ihm in Behandlung. Dieses Zeugnis widerspricht der Krankentag-Kontrolle und zu grossen Teilen auch dem übrigen Aktenmaterial. So hat der Arzt A. am 29. Januar 2008, also rund einen Monat zuvor, zu Händen der Y. ein Arztzeugnis ausgestellt, mit welchem er eine Arbeitsunfähigkeit erst ab dem 22. Januar 2008 bescheinigt. Das Zeugnis vom 23. Februar 2008 widerspricht auch bezüglich der Angabe, seit wann X. bei A. in Behandlung stand, den übrigen Akten. Diesbezüglich sind die Sachdarstellungen und Bescheinigungen ohnehin völlig widersprüchlich. Gemäss Sachdarstellung des Klägers in den Rechtsschriften, der Krankentag-Kontrolle und dem ärztlichen Zeugnis vom 17. Dezember 2007 war der Kläger anfänglich, das heisst vom 3. Dezember bis 21. Januar 2008, in Behandlung bei Dr. B. und erst am 24. Dezember 2008 erstmals bei A. Im vorinstanzlichen Plädoyer des Klägers und in der schriftlichen Auskunft der beiden Ärzte wird demgegen-

über behauptet, der Kläger sei zuerst von A. behandelt worden. Es ist somit völlig unklar geblieben, ob A. überhaupt eine Arbeitsunfähigkeit in der Zeitspanne vom 3. Dezember bis 23. Dezember 2007 aufgrund eigener Untersuchungen bestätigen kann. Dies gilt umso mehr, als es sich beim besagten Zeugnis um eine blossе Bestätigung ohne Angabe von Gründen handelt, die überdies rückwirkend ausgestellt wurde (vgl. Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung [ZBL] 2004, S. 680, E. 3, BGE 125 V 351). Aus all diesen Gründen erachtet die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts das Arztzeugnis vom 23. Februar 2008 als nicht beweiskräftig.

cc) Im Arztzeugnis vom 16. September 2008 bestätigt Dr. B., dass der Patient vom 3. Dezember 2007 bis zum 27. März 2008 wegen rezidivierender akuter Infektionserkrankungen sowie anderer Erkrankungsbilder in Behandlung gewesen sei. Die Arbeitsunfähigkeit zu 100% habe vom 3. Dezember 2007 bis zum 21. Dezember 2007 bestanden. Am 24. Dezember 2007 habe X. A. wegen Infektrezidiva aufgesucht. Deshalb sei von einer erneuten Arbeitsunfähigkeit von 100% ab dem 24. Dezember 2007 bis zum 27. März 2008 auszugehen. Dieses Zeugnis wurde rund 8 Monate nach der strittigen Zeitspanne ausgestellt. Schon deshalb ist die Beweistauglichkeit äusserst zweifelhaft. Arztzeugnisse, die erst Monate später ausgestellt werden, sind nicht beweisbildend (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, a.a.O., Art. 324 a/b OR, N 12, S. 284; WOLFGANG PORTMANN, Basler Kommentar, a.a.O., Art. 324a OR, N 25; Urteil des gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt vom 2. September 1982, in Bericht über die Rechtsprechung, S. 13 f., [publ. in: JAR 1983, S. 118]; Bernische Verwaltungsrechtsprechung [BVR], 2007, S. 544; ZBL 2004, S. 680). Das Zeugnis wurde rückwirkend zu einem Zeitpunkt erstellt, als bereits Streit darüber bestand, ob die ÖKK noch Leistungen zu erbringen hat. In diesem Zusammenhang darf und soll der Richter der Erfahrungstatsache Rechnung tragen, dass Hausärzte mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen (BGE 125 V 351). Das Arztzeugnis vom 16. September 2008 widerspricht sodann zu grossen Teilen dem übrigen Aktenmaterial, so beispielsweise der Krankentag-Kontrolle sowie den Bestätigungen vom 28. Januar 2008 und vom 29. Februar 2008, mit welchen eine erneute Arbeitsunfähigkeit erst wieder ab dem 22. respektive 24. Januar 2008 bescheinigt wird. Zusammenfassend ist daher auch dieses Zeugnis nicht dazu geeignet, den erforderlichen Beweis für eine durchgehende Erkrankung vom 3. Dezember 2007 bis zum 27. März 2008 zu erbringen.

(...)

ff) Eine Gesamtwürdigung des Beweisergebnisses führt zum Schluss, dass der Kläger mit den angerufenen Beweismitteln eine Arbeitsunfähigkeit im Zeitraum vom 21. Dezember 2007 bis 21. Januar 2008 nicht rechtsgenügend nachzuweisen vermag. (...)

c) Wie bereits ausgeführt, hat die Y. am 17. Oktober 2007 das Arbeitsverhältnis mit X. auf den 31. Dezember 2007 gekündigt. Durch die erste Erkrankung des Arbeitnehmers im Zeitraum vom 3. Dezember 2007 bis 20. Dezember 2007 wurde die Kündigungsfrist unterbrochen. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Arbeitsvertrag vom 15. März 2007 enthält keine eigenen Bestimmungen zur Kündigung während bestimmter Sperrfristen, sondern verweist in Ziff. 5 auf die Bestimmungen des für allgemein gültig erklärten Landesmantelvertrages für das Schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV) in ihrer jeweils zeitlich gültigen Fassung, vorliegend auf den LMV 2006 des Schweizerischen Baumeisterverbandes. Art. 21 Abs. 3 LMV bestimmt, dass der Ablauf der Kündigungsfrist nach Art. 336c Abs. 2 OR im ersten Dienstjahr während längstens 30 Tagen im zweiten bis und mit fünften Dienstjahr während längstens 90 Tagen unterbrochen wird, falls der Arbeitnehmende während der Kündigungsfrist erkrankt. Fällt der Endtermin nicht mit dem Ende der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, so verlängert sich dieser bis zum nächstfolgenden Monatsende. Ferner gelten gemäss Art. 80 LMV 2006 die Bestimmungen des OR, soweit sich im LMV keine Bestimmungen finden. Gemäss Art. 336c Abs. 2 OR ist die Kündigung, die während einer Sperrfrist erklärt wird, nichtig; ist dagegen die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt. Die Kündigungsfrist wurde vorliegend somit vom 3. Dezember 2007 bis zum 20. Dezember 2007, somit für 18 Tage unterbrochen und endete am 3. Januar 2008. Da das Ende dieser fortgesetzten Kündigungsfrist nicht mit dem gemäss Art. 19 LMV vorgesehenen Endtermin (Monatsende) zusammenfiel, verlängerte sich das Arbeitsverhältnis bis zum nächstfolgenden Monatsende, demnach bis zum 31. Januar 2008 (Art. 21 Abs. 3 LMV). Die erneute Arbeitsunfähigkeit ab dem 22. Januar 2008 bis zum 27. März 2008 hatte keine weitere Unterbrechung der laufenden Kündigungsfrist zur Folge. Sie fiel in die Zeitspanne zwischen Ende der Kündigungsfrist und hinausgeschobenem Endtermin gemäss Art. 21 Abs. 3 LMV respektive Art. 336 Abs. 3 OR und ist nicht mehr zu berücksichtigen, zumal der Arbeitnehmer die ihm zustehende Kündigungsfrist ungeschmälert bezogen hat (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, a.a.O., Art. 336c OR, N 4 mit weiteren Hinweisen). Die Verlängerung nach Art. 336c Abs. 3 OR beziehungsweise Art. 21 Abs. 3 LMV dient nur noch dazu, den Anschluss an die üblichen Stellenwechseltermine sicherzustellen. Somit steht fest, dass das fragliche Arbeitsverhältnis bis zum 31. Januar 2008 gedauert hat.

3.

Hat das Arbeitsverhältnis nach dem Gesagten bis zum 31. Januar 2008 gedauert, so ist zu prüfen, ob sämtliche Lohnzahlungen bis zu diesem Zeitpunkt erbracht wurden.

(...)

5.

a) Ist die Arbeitgeberin demnach noch verpflichtet, Krankentaggeld für die Zeit vom 22. Januar bis Ende Januar 2008 zu leisten, so errechnet sich die Forderung des Klägers wie folgt: Die ÖKK errechnete ein massgebendes Taggeld von Fr. 169.19, das vom Kläger anerkannt wurde. Zu entschädigen sind 10 Tage, und zwar vom 22. Januar bis 31. Januar 2008, was einen Betrag von insgesamt Fr. 1353.50 ( $10 \times 169.19 \times 0.8$ ) ergibt.

b) Im Ergebnis ist die Berufung teilweise gutzuheissen und die Ziffern 1 und 2 Abs. 3 des angefochtenen Urteils sind aufzuheben. Die Klage ist teilweise gutzuheissen und die Beklagte und Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Kläger und Berufungskläger einen Betrag von Fr. 1353.50 nebst Zins zu 5% seit dem 1. Februar 2008 zu bezahlen.

*Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 21. September 2010 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Landquart vom 7. Oktober 2009)*

**Bezog sich der örtliche Geltungsbereich des Konkurrenzverbots auf die deutschsprachigen Kantone der Schweiz, betreute der Aussendienstmitarbeiter tatsächlich aber nur den Raum Graubünden und das Rheintal, kann er daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Ein allgemeiner Grundsatz, wonach der örtliche Geltungsbereich eines nachwirkenden Konkurrenzverbots gemäss Art. 340 OR nicht über das Tätigkeitsgebiet des Arbeitnehmers hinausgehen dürfe, existiert nicht. Massgebend ist der Wirkungsbereich der besonderen Kenntnisse, die der Arbeitnehmer erwarb. Geht dieser über das Tätigkeitsgebiet des Arbeitnehmers hinaus, kann das Konkurrenzverbot weitergehen (E. 4.a).**

Sachverhalt:

Die Y. handelt mit technischen Gummiwaren und anderen Produkten für Industrie, Bau und Gewerbe. X. war von Oktober 2006 bis Ende September 2008 bei der Y. als Verkaufsberater im Aussendienst tätig. Er arbeitete in der Abteilung Technik und war dabei insbesondere für den Verkauf von Förderbändern und den dazugehörigen Teilen zuständig. Manchmal arbeitete er auch in der Montage. Bezüglich «Konkurrenzverbot» enthielt der Arbeitsvertrag folgende Regelung: «Gestützt auf OR 340 ff.: Der Arbeitnehmer bestätigt, dass er in seiner Tätigkeit Einblick in den Kundenkreis sowie Kenntnisse von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen erlangt. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist es dem Arbeitnehmer während den darauffolgenden zwei Jahren untersagt, für ein mit der Arbeitgeberin konkurrierendes Unternehmen – sei es in un- oder selbständiger Stellung – in irgendeiner Art und Weise tätig zu sein oder sich an einem solchen direkt oder indirekt zu beteiligen. Dieses Konkurrenzverbot

beschränkt sich auf die deutschsprachigen Kantone der Schweiz. Bei Übertretung des Konkurrenzverbotes schuldet der Arbeitnehmer der Arbeitgeberin eine Konventionalstrafe von Fr. 35 000.–. Er ist ferner für den die Konventionalstrafe übersteigenden Schaden ersatzpflichtig. Die Leistung der Konventionalstrafe entbindet nicht von der Einhaltung des Konkurrenzverbotes.» Bereits vor seiner Anstellung bei der Y. führte X. eine Einzelfirma, welche im Jahr 2000 in die neu gegründete B. AG eingebracht wurde. Die B. AG hat ihren Sitz in C. GR. X. ist seit der Gründung einzelzeichnungsberechtigter Präsident des Verwaltungsrats. Mit Schreiben vom 29. Juni 2008 kündigte X. das Arbeitsverhältnis mit der Y. ordnungsgemäss per Ende September 2008. Am 28. Juli 2008, also noch während der laufenden Kündigungsfrist, bestellte X. bei der D. GmbH im Namen der B. AG Ware. Der Auftrag wurde am 30. Juli 2008 von der D. GmbH schriftlich bestätigt. Ebenfalls noch während seiner Anstellung, nämlich am 4. September 2008, tätigte X. im Namen der B. AG eine Preis Anfrage für eine konkrete Lieferung von Rollen und Zubehör bei der E. GmbH. Die Lieferung hätte an eine Kundin der Y., die F. AG in G. ZH, erfolgen sollen. Am 9. September 2008 gelangte die Y., welche zu diesem Zeitpunkt von der Preis Anfrage erfahren hatte, an X. und verwarnte diesen unter Hinweis auf die vertragliche Treuepflicht und das Konkurrenzverbot. Nachdem X. auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die B. AG tätig war und die Y. damit nach deren Auffassung aktiv konkurrenzierte, wurde er am 16. Dezember 2008 neuerlich abgemahnt. Unter Beilage eines Einzahlungsscheins und Hinweis auf die aus ihrer Sicht konkurrenzierenden Tätigkeiten forderte die Y. von X. die Bezahlung der Konventionalstrafe von Fr. 35 000.–. Weiter verlangte sie die Unterzeichnung eines Schreibens, wonach X. bestätigen sollte, dass er sich ab sofort bis am 30. September 2010 an das Konkurrenzverbot halte. X. lehnte mit Schreiben vom 10. Januar 2009 die Bezahlung der Konventionalstrafe ab.

Die Y. instanzierte mit Vermittlungsbegehren vom 5. Februar 2009 beim Kreispräsidenten Fünf Dörfer gegen X. eine Forderungsklage über Fr. 30 000.–. Das Bezirksgericht Landquart verpflichtete mit Urteil vom 7. Oktober 2009 in vollumfänglicher Gutheissung der Klage den Beklagten zur Zahlung von Fr. 30 000.–. Das Bezirksgericht Landquart war zur Erkenntnis gelangt, dass ein gültiges Konkurrenzverbot vereinbart worden sei, welches nicht als übermässig im Sinne von Art. 340a Abs. 2 OR erscheine und deshalb weder aufzuheben noch einzuschränken sei. Bereits in den ersten Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses habe der Beklagte die Klägerin tatsächlich konkurrenziert. Während seiner Anstellung bei der Klägerin habe er einen umfassenden Einblick in deren Geschäftsgeheimnisse erlangt und die Anwendung dieser Kenntnisse sei geeignet, der Klägerin einen erheblichen Schaden zuzufügen. Was die Höhe der Konventionalstrafe betreffe, erscheine diese angesichts des Vorgehens des Beklagten als angemessen. X. legte gegen das Urteil Berufung ein.

Aus den Erwägungen:

4.

(...)

a) Der Berufungskläger macht in der Berufungsbegründung geltend, das Konkurrenzverbot sei in geografischer Hinsicht überspannt. Er sei während seiner Anstellung bei der Berufungsbeklagten nur im Raum Graubünden und Rheintal tätig gewesen. Ein Konkurrenzverbot über dieses Gebiet hinaus rechtfertige sich nicht und sei entsprechend zu reduzieren.

Bei der angemessenen Begrenzung des Konkurrenzverbots ist nebst der Berücksichtigung der im Gesetzestext umschriebenen Interessen des Arbeitnehmers auf die Reichweite der Interessen des Arbeitgebers abzustellen. Die räumliche Ausdehnung des Konkurrenzverbots darf nicht weiter gehen als die intensiven Geschäftsbeziehungen des früheren Arbeitgebers. Ausserhalb dieses Gebietes fehlt es an der Konkurrenzierung und an dem erforderlichen Interesse des Arbeitgebers. Je spezialisierter ein Geschäft ist und umso grösser damit in der Regel sein Kreis intensiver Beziehungen, desto grösser darf auch die Ausdehnung des Konkurrenzverbots sein. Weiter wird die zulässige geografische Ausdehnung beschränkt durch den räumlichen Wirkungsbereich der besonderen Kenntnisse, die der Arbeitnehmer erwarb (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 340a N. 2; NEERACHER, a.a.O., S. 50 f.). STREIFF/VON KAENEL führen in diesem Zusammenhang aus: «Betreute der Aussendienstmitarbeiter nur die Ostschweiz, kann er nicht einem Konkurrenzverbot für die ganze Schweiz unterworfen werden.» Auf dieses Zitat stützt sich der Berufungskläger.

Vorliegend wurde das Konkurrenzverbot geografisch auf das Gebiet der deutschsprachigen Kantone begrenzt. Im Arbeitsvertrag steht unter dem Titel «Verantwortung», dass der Berufungskläger für die Kundenbetreuung in einem ihm zugewiesenen Verkaufsgebiet zuständig sei. Dieses Gebiet wurde nicht näher umschrieben. Die Behauptung des Berufungsklägers, sein Tätigkeitsgebiet habe sich auf den Raum Graubünden und auf das Rheintal beschränkt, ist neu und unbewiesen, da er vor der Vorinstanz keine Prozesseingabe einreichte. Im Plädoyer vor dem Bezirksgericht Landquart brachte der Rechtsvertreter des Berufungsklägers vor, das Verkaufsgebiet würde sich aus der Zeugenaussage von L. ergeben. Dies trifft nicht zu. Der Zeuge sagte lediglich Folgendes aus: «Ich habe das Gebiet «Ostschweiz» dann wieder intensiver betreut [...]». Er bezog diese Aussage nicht explizit auf den Weggang des Berufungsklägers, weshalb daraus auch nicht geschlossen werden kann, dass dieser nur für das Gebiet Ostschweiz zuständig war. Daher kann die entsprechende Behauptung nicht gehört werden. Selbst wenn aber eine entsprechende Behauptung rechtzeitig in den Prozess eingebracht und unter Beweis gestellt worden wäre, würde dies keine Einschränkung des Konkurrenzverbots rechtfertigen. Die vom Berufungskläger zitierte Literaturstelle ist aus dem Zusammenhang gerissen. Ein allgemeiner Grundsatz, wonach der örtliche Gel-

tungsbereich eines Konkurrenzverbots nicht über das Tätigkeitsgebiet des Arbeitnehmers hinausgehen dürfe, existiert nicht (a.M. NEERACHER, a.a.O., S. 51). Die örtliche Beschränkung muss sich nicht einmal auf den geografischen Raum der Kundschaft beziehen. Es ist durchaus möglich, dass der Arbeitgeber ein schutzwürdiges Interesse daran hat, dass eine konkurrierende Tätigkeit im oder vom festgelegten Gebiet aus unterbleibt, selbst wenn er dort kaum Kundschaft besitzt (WOLFGANG PORTMANN, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Aufl., 2007, Art. 340a N. 3). Massgebend ist der Wirkungsbereich der besonderen Kenntnisse, die der Arbeitnehmer erwarb. Geht dieser über das Tätigkeitsgebiet des Arbeitnehmers hinaus, kann das Konkurrenzverbot weitergehen. Das Bundesgericht hat die Begrenzung eines Konkurrenzverbots auf das Tätigkeitsgebiet eines Arbeitnehmers ebenfalls damit begründet, dass dieser keinen Einblick in Geschäftsgeheimnisse erhalten habe, die er auch ausserhalb seines bisherigen Reisegebietes verwerten könnte (BGE 91 II 372 E. 8.a S. 381). Vom Berufungskläger wird nicht bestritten, dass die Berufungsbeklagte schwergewichtig in der deutschsprachigen Schweiz tätig ist. Durch die in seiner Tätigkeit erlangten Kenntnisse hat der Berufungskläger somit ohne weiteres die Möglichkeit, seine frühere Arbeitgeberin in der ganzen Deutschschweiz zu konkurrenzieren. Dies wird durch die klägerischen Beilagen betreffend die Firma F. AG, die sich im zürcherischen G. befindet, bestätigt. Weitere Umstände, die eine räumliche Beschränkung des Konkurrenzverbots rechtfertigen würden, sind nicht ersichtlich und werden vom Berufungskläger auch nicht vorgebracht.

(...)

Demnach wird erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen.

*Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 5. Oktober 2010 (Aufhebung des Urteils des Bezirksgericht Prättigau/Davos vom 1. April 2010)*

**Eine höhere leitende Tätigkeit übt aus, wer auf Grund seiner Stellung über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann. Die Entscheidungsbefugnis muss mit einer entsprechenden Verantwortung einhergehen, wobei der Arbeitnehmer für seine Entscheide der obersten Unternehmensleitung rechenschaftspflichtig und gegebenenfalls auch haftbar ist. Der Umstand allein, dass er eine Vertrauensstellung im Unternehmen innehat, reicht für eine höhere leitende Tätigkeit nicht aus. Weder Unterschriftsbefugnis oder Weisungsbefugnisse noch die**

## **Höhe des Lohnes sind für sich allein entscheidende Kriterien (E. 4.a und c).**

Sachverhalt:

Mit Arbeitsvertrag vom 11. April 2007 stellte die Y.-AG X. als stellvertretende Leiterin Unterkünfte, Camping & Restauration Camping ein. Der Arbeitsvertrag wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Mit Schreiben vom 18. Januar 2007 kündigte X. das Arbeitsverhältnis per 30. April 2008. In der Folge konnten sich die Parteien nicht darüber einigen, ob die Arbeitnehmerin noch einen Anspruch auf Entschädigung für nicht bezogene Ruhe- und Feiertage sowie geleistete Überstunden habe. Zudem war X. mit dem von der Arbeitgeberin verfassten Arbeitszeugnis nicht einverstanden, weshalb sie am 21. Oktober 2008 beim Vermittleramt des Kreises Davos Klage gegen die Y.-AG betreffend Forderung aus Arbeitsverhältnis erhob. Mit Urteil vom 1. April 2010 verpflichtete das Bezirksgericht Prättigau/Davos die Y.-AG, X. ein neues Arbeitszeugnis auszustellen. Im Übrigen wies es die Klage von X. ab.

Aus den Erwägungen:

4.

Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bildet die Frage, ob X. aus ihrem Arbeitsverhältnis mit der Y.-AG Ansprüche aus Feiertags-, Ruhetags- oder Überstundenguthaben zustehen. Voraussetzung für die allfällige Zusprechung der angebehrten Entschädigung ist jedoch, dass die Arbeitnehmerin dem L-GAV (Version 1998) unterstellt war, welcher in den Art. 15 ff. eine Auszahlung von Überstunden sowie nicht bezogenen Feier- und Ruhetagen vorsieht. Demgegenüber kann mit Arbeitnehmern in leitender Stellung, welche nicht dem L-GAV unterstellt sind, vereinbart werden, dass geleistete Überstunden nicht abgeltungspflichtig, sondern bereits mit dem ordentlichen Lohn ausgeglichen worden sind. Es gilt daher zunächst zu prüfen, ob im vorliegenden Fall von X. der L-GAV 98 überhaupt zur Anwendung gelangt.

a) Dem L-GAV sind alle Anbieter von entgeltlichen gastgewerblichen Leistungen, die allgemein zugänglich sind, unterstellt. Gemäss Allgemeinverbindlicherklärung gelten die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des L-GAV unmittelbar für alle Arbeitgeber sowie alle Mitarbeiter (inkl. Teilzeitbeschäftigte und Aushilfen) in Betrieben, die gastgewerbliche Leistungen anbieten. Arbeitnehmer in der Funktion der Betriebsleiter, der Direktoren, der Geranten oder der Geschäftsführer sind gemäss Art. 2 dem L-GAV 98 nicht unterstellt, sofern sie im Sinne des Arbeitsgesetzes (Art. 9 VO I Arbeitsgesetz) Entscheidungsbefugnis in wesentlichen Angelegenheiten haben und eine entsprechende Verantwortung tragen. Betriebsleiterstellvertreter, Assistenten und Aides du Patron

usw. sind hingegen dem L-GAV unterstellt (Kommentar zu Art. 2 des L-GAV 98, publiziert unter [www.l-gav.ch](http://www.l-gav.ch)). Gemäss Art. 9 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1, SR 822.111) übt eine höhere leitende Tätigkeit aus, wer aufgrund seiner Stellung Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebs über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebs oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann. Gemäss stetiger Rechtsprechung des Bundesgerichts reicht der Umstand allein, dass ein Arbeitnehmer eine Vertrauensstellung im Unternehmen innehat, nicht aus, um zu sagen, diese Person übe eine leitende Tätigkeit aus. Weder Unterschriftsbefugnis oder Weisungsbefugnisse noch die Höhe des Lohnes sind für sich allein entscheidende Kriterien. Der Arbeitnehmer muss vielmehr die Kompetenz besitzen, das Unternehmen als Ganzes oder einen bedeutenden Teil davon in seiner Entwicklung oder seiner Struktur nachhaltig beeinflussen zu können. Weil es im Übrigen um Ausnahmebestimmungen geht, sind die obgenannten Vorschriften eng auszulegen; die Frage muss von Fall zu Fall entschieden werden. Entsprechend lässt sich die Abgrenzung nicht einfach aufgrund einer Funktionsbezeichnung oder einer bestimmten hierarchischen Stellung im Unternehmen vornehmen. Entscheidend ist vielmehr, ob der Arbeitnehmer tatsächlich die entsprechende Entscheidungsbefugnis ausübt oder nicht. Die Verordnung hält aber auch fest, dass die tatsächliche Stellung alleine für den Ausschluss vom Anwendungsbereich nicht genügt. Die höhere leitende Tätigkeit schliesst jemanden vom Anwendungsbereich des ArG nur aus, wenn er diese Tätigkeit auch aufgrund seiner Stellung ausübt. Wer die entsprechenden Entscheide bloss deshalb fällt, weil die eigentlich dafür im Unternehmen zuständigen Personen selber untätig bleiben und ihn gewähren lassen, untersteht dem ArG. Wohl ist vom Arbeitsvertrag auszugehen. Jedoch sind auch die übrigen Umstände und die betriebliche Übung heranzuziehen. Dabei gilt es festzuhalten, dass nicht jede Leitungsfunktion für die Ausnahme genügend ist. Das Gesetz fordert ausdrücklich, dass es sich um eine «höhere» leitende Tätigkeit handeln muss. Die blossе Tatsache, dass jemand einen Vertrauensposten innehat, genügt nicht. Die Nichtunterstellung bildet gemäss Lehre und Rechtsprechung die Ausnahme und ist daher eng auszulegen (vgl. BGE 126 III 337 E. 5a S. 340 in Praxis 90/2001 Nr. 47; GEISER/VON KAENEL/WYLER, Arbeitsgesetz, Bern 2005, N. 19 ff. zu Art. 3).

b) Ausgangspunkt für die Frage, ob die Klägerin mit einer höheren leitenden Tätigkeit betraut war, ist somit zunächst der Arbeitsvertrag. Unter dem Titel «Funktion» wurde in Art. 1 vereinbart, dass X. die Stelle als stellvertretende Leiterin Unterkünfte, Camping & Restauration Camping übertragen werde. Der Verantwortungs- und Aufgabenbereich sowie die Kompetenzen des Arbeitnehmers hätten sich dabei gemäss Ziff. 1.2 nach dem noch zu erstellenden Funktionendiagramm zu richten. In Art. 2 des

Arbeitsvertrags wurde weiter festgehalten, dass X. als Arbeitnehmerin dem Geschäftsführer R. unterstellt sei. Art. 3 regelt das Eingehen von Verpflichtungen sowie die Unterschriftsberechtigung. Demnach durfte X. zulasten der Arbeitgeberin nur dann Verpflichtungen eingehen, wenn sie dazu befugt war. Eine Handlungsvollmacht erhielt sie für diejenigen Rechtshandlungen, die das Aufgabengebiet gemäss Art. 1 und gemäss Stellenbeschreibung gewöhnlich mit sich bringen würden. Hierzu erhielt sie eine kollektive Zeichnungsberechtigung. Da das im Arbeitsvertrag mehrfach erwähnte Funktionendiagramm, das den Verantwortungs- und Aufgabenbereich sowie die Kompetenzen festlegen sollte, nie erstellt worden ist und offenbar auch kein Stellenbeschrieb existiert, ist im vorliegenden Fall weitestgehend auf die tatsächlichen Umstände abzustellen.

c) Kern der Umschreibung der «höheren leitenden Tätigkeit» stellt die Frage dar, ob jemand auf Grund seiner Stellung und Verantwortung weitreichende Entscheidbefugnisse im Betrieb hat. Die Möglichkeit, durch Vorschläge oder Anträge auf die Unternehmensführung Einfluss zu nehmen, genügt nicht. Zudem müssen sich diese Entscheide auf wesentliche Angelegenheiten des Unternehmens beziehen. Sie müssen geeignet sein, den Gang oder die Struktur des Unternehmens insgesamt, mindestens aber eines seiner hauptsächlichen Teile nachhaltig zu bestimmen. Es handelt sich im Wesentlichen um die oberste Führungshierarchie, die Geschäftsleitung eines Unternehmens. Gebiete, die für eine solche Entscheidbefugnis in Betracht kommen, sind unter anderem die Einstellung und der Einsatz des Personals, die Einteilung der Arbeitszeiten im Unternehmen oder im Verantwortungsbereich, die Lohnpolitik sowie Grundsatzfragen der Geschäftspolitik. Die Entscheidbefugnis muss schliesslich auch, wie dies der Verordnungstext zum Ausdruck bringt, mit einer entsprechenden Verantwortung einhergehen. Der Angestellte muss demnach für seine Entscheide der obersten Unternehmensleitung rechenschaftspflichtig und gegebenenfalls auch haftbar sein (vgl. zum Ganzen, GEISER/VON KAENEL/WYLER, a.a.O., N. 22 zu Art. 3).

(...)

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass bei einer Gesamtbetrachtung aller massgeblichen Faktoren bei X. nicht von einer höheren leitenden Tätigkeit, wie dies die Gesetzgebung und die Rechtsprechung für die Nichtunterstellung unter den L-GAV verlangt, gesprochen werden kann. Somit gelangt im vorliegenden Fall der L-GAV 98 zur Anwendung. Die Berufung ist daher bereits aus diesem Grund im Sinne der Erwägungen gutzuheissen, das angefochtene Urteil aufzuheben und der Vorinstanz die Sache zur weiteren Behandlung und Entscheidung zurückzuweisen. Diese wird sich sodann mit der geltend gemachten Entschädigung für nichtbezogene Ruhe- und Feiertage sowie geleistete Überstunden in Anwendung der Bestimmungen des L-GAV 98 auseinanderzusetzen haben.

## Kanton Luzern

*Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 12. Januar 2010 (Bestätigung des Entscheids des Arbeitsgerichtspräsidenten vom 10. November 2009)*

**Arbeitszeiterfassung. Art. 46 ArG i.V.m. Art. 73 Abs. 1 ArGV 1 statuiert einzig eine Aufzeichnungspflicht des Arbeitgebers gegenüber der Behörde, nicht aber gegenüber dem Arbeitnehmer. Trotz Verweis auf das Datenschutzgesetz bietet Art. 46 ArG somit keine hinreichende gesetzliche Grundlage für eine vorprozessuale Edition der Arbeitszeiterfassungstabellen im Sinne von § 228 aZPO LU. Insbesondere kann aus dem Verweis auf das DSG in Art. 46 ArG nicht abgeleitet werden, der Gesetzgeber habe damit eine privatrechtliche Auskunfts- oder Dokumentationspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer schaffen wollen (E. 3.2).**

Aus den Erwägungen:

1.

Mit Gesuch vom 5. Juni 2009 beantragte der Kläger vor Arbeitsgericht des Kantons Luzern, die Beklagte sei unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB zu verpflichten, ihm sämtliche Arbeitszeiterfassungstabellen (Monatstabellen) aus der Zeit vom 1. April 2004 bis 31. Juli 2005 herauszugeben. Der Arbeitsgerichtspräsident betrachtete das Gesuch als ein solches auf vorsorgliche Beweiserhebung im Sinne von § 228 ZPO, welches einen gesetzlichen oder vertraglichen Anspruch des Gesuchstellers voraussetze. Da er einen solchen Anspruch verneinte, wies er das Gesuch mit Entscheid vom 10. November 2009 ab.

Dagegen rekurrierte der Kläger am 23. November 2009 und wiederholte sein Gesuch. Ferner sei der Beklagten mit dringlicher Verfügung und unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB zu verbieten, die fraglichen Daten zu löschen oder sonst wie zu beseitigen.

Am 24. November 2009 erliess der Präsident der zuständigen I. Kammer des Obergerichts eine dringliche Anordnung im Sinne des klägerischen Antrags.

Die Beklagte schloss in der Rekursantwort vom 4. Dezember 2009 auf Abweisung des Rekurses, soweit darauf einzutreten sei. Ausserdem sei die dringliche Anordnung vom 24. November 2009 aufzuheben.

2.

Insoweit sich der Kläger mit der vorinstanzlichen Erwägung nicht auseinandersetzt, sondern lediglich seine eigene Sicht der Dinge dartut, erfüllt er die Begründungspflicht nicht (vgl. LGVE 2007 I Nr. 36). Auf

seinen Rekurs kann insoweit nicht eingetreten werden. Die nicht substantiiert kritisierten Entscheidungsgründe der Vorinstanz gelten als akzeptiert.

3.

3.1 Neu macht der Kläger geltend, weil Art. 46 des Arbeitsgesetzes (ArG, SR 822.11) im zweiten Satz ausdrücklich auf das Datenschutzgesetz (DSG, SR 235.1) verweise, könne der Ansicht der Vorinstanz, wonach die Verzeichnisse und Unterlagen ausschliesslich den Vollzugs- und Aufsichtsorganen zur Verfügung zu halten seien, nicht gefolgt werden. Laut Art. 8 Abs. 1 DSG könne jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden. Gemäss Abs. 2 der genannten Gesetzesbestimmung müsse der Inhaber der Datensammlung der betroffenen Person, «alle über sie in der Datensammlung vorhandenen Daten einschliesslich der verfügbaren Angaben über die Herkunft der Daten» mitteilen. Mit dem Hinweis auf das Datenschutzgesetz weise der Gesetzgeber ausdrücklich darauf hin, dass neben den Vollzugs- und Aufsichtsbehörden auch der einzelne Arbeitnehmer in die vom Arbeitgeber gemäss Art. 46 ArG und Art. 73 ArGV 1 gesammelten Arbeitszeitunterlagen Einsicht nehmen könne.

3.2 Die Einführung des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz brachte es mit sich, dass neben zahlreichen anderen Bundesgesetzen auch im Bereich des Arbeitsgesetzes datenschutzrechtliche Anpassungen erforderlich wurden. Dies geschah im Rahmen des Bundesgesetzes über die Schaffung und die Anpassung der gesetzlichen Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten vom 24. März 2000 (AS 2000 1891–1914). Mit diesem Gesetzespaket (vgl. Botschaft dazu, BBl 1999 IX 9005, 9034) wurden die Rechtsgrundlagen für einen den Anforderungen der Datenschutzgesetzgebung genügenden Betrieb von Datensammlungen in der Bundesverwaltung geschaffen. In diesem Kontext wurden die Bestimmungen betreffend Durchführung des Arbeitsgesetzes (Art. 40 ff. ArG) angepasst und ergänzt (ROGER RUDOLPH, Handkomm. zum Arbeitsgesetz, Bern 2005; Art. 44a N 2). Art. 46 ArG verpflichtet den Arbeitgeber, die für den Vollzug des Arbeitsgesetzes und seiner Verordnungen erforderlichen Angaben zu dokumentieren und den Aufsichts- und Vollzugsbehörden zur Verfügung zu stellen, damit diese ihren gesetzlichen Aufgaben nachkommen können. Der Artikel dient somit dem Gesetzesvollzug (RUDOLPH, a.a.O., Art. 46 ArG N 2). Mit dem Verweis auf das Datenschutzgesetz wurde klargestellt, dass insbesondere die Aufsichts- und Vollzugsbehörden bei der Datenbearbeitung im Rahmen von Art. 46 ArG die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes beachten müssen, soweit das Arbeitsgesetz und die Verordnungen dazu keine abweichenden Vorschriften enthalten (RUDOLPH, a.a.O., Art. 46 ArG N 19). Eine weitergehende Bedeutung kommt dem Verweis nicht zu. Insbesondere kann daraus nicht abgeleitet werden, der Gesetzgeber habe damit eine privatrechtliche Auskunfts- oder Dokumentationspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer schaffen wollen.

Mit dem Bundesgesetz über die Schaffung und die Anpassung der gesetzlichen Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten vom 24. März 2000 wurden, wie bereits gesagt, (nur) die Rechtsgrundlagen für den Betrieb von Datensammlungen in der Bundesverwaltung geschaffen bzw. angepasst. Dies, weil das Datenschutzgesetz bestimmt, dass Bundesstellen nur dann berechtigt sind, Personendaten zu bearbeiten, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht. Geht es um besonders schützenswerte Personendaten (für das Arbeitsrecht etwa im Zusammenhang mit der Gesundheit des Arbeitnehmers), bedarf es eines Gesetzes im formellen Sinn (Art. 17 DSG). Die erforderliche Rechtsgrundlage für die Bearbeitung von Personendaten durch die eidgenössischen und kantonalen Vollzugs- und Aufsichtsbehörden auf dem Gebiet des (öffentlichen) Arbeitsrechts wurde durch die Anpassung des Arbeitsgesetzes (Art. 44–46 ArG) geschaffen (Botschaft 99.067 vom 25.08.1999 S. 9005 f., 9033, 9034, 9036 f.). Soweit das Datenschutzgesetz Anpassungen im Privatrecht – hier im Arbeitsrecht – notwendig machte, erfolgten diese auf das Inkrafttreten des Datenschutzgesetzes hin. So wurde das Obligationenrecht durch Art. 328b OR ergänzt und in Art. 362 OR die Liste derjenigen Artikel erweitert, die nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden dürfen (Botschaft 88.032 zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 23. März 1988 S. 488). Art. 46 ArG statuiert einzig eine Aufzeichnungspflicht des Arbeitgebers gegenüber der Behörde (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 321c OR N 10 S. 158). Trotz Verweis auf das Datenschutzgesetz bietet Art. 46 ArG somit keine hinreichende gesetzliche Grundlage für eine vorprozessuale Edition der Arbeitszeiterfassungstabellen im Sinne von § 228 ZPO. Der Rekurs ist folglich abzuweisen.

4.

Es kann offen bleiben, ob das Erfassen der Arbeitszeiten überhaupt Daten im Sinne des Datenschutzgesetzes darstellen bzw. die herausverlangten Arbeitszeiterfassungstabellen überhaupt zur Personalakte des Klägers gehören. Insoweit sich der Kläger auf eine Auskunftspflicht der Beklagten gestützt auf Art. 8 DSG beruft, ist ein solches Begehren nicht ausgewiesen. Der Kläger führt nicht aus, weshalb es für seinen Persönlichkeitsschutz erforderlich sein soll, Einsicht in die streitigen Unterlagen zu erhalten (BGE 120 II 118 E. 3b Abs. 3 S. 122). Das Auskunftsrecht gemäss Art. 8 DSG hat – wie übrigens das Einsichtsrecht in die Personalakte gemäss Art. 328 Abs. 1 OR – instrumentalen Charakter. Es soll dem Betroffenen die Möglichkeit geben, sich zu vergewissern, ob in seiner Personalakte Angaben vorhanden sind, die seine Persönlichkeitsrechte verletzen, weil sie falsch sind oder keinen Bezug zum Arbeitsverhältnis haben (BGE 122 II 118 S. 123 oben). Eine solche Bedeutung der streitigen Unterlagen wird vom Kläger nicht geltend gemacht. Seine Behauptung, die Beklagte habe die Arbeitspausen auf den Arbeitszeiterfassungstabellen in Abzug gebracht und demzufolge nicht entlohnt, genügt nicht, um ihm ein vorprozessuales Auskunftsrecht (Einsichtsrecht bzw. einen Herausgabeanspruch)

zu verschaffen. Bei den Zeiterfassungstabellen handelt es sich um eine reine Tatsachenfeststellung (BELSER, Basler Komm., Art. 3 DSG N 5), und es ist nicht ersichtlich, inwiefern diese seine Persönlichkeitsrechte verletzen könnten, zumal der Kläger seine Arbeitszeit mit dem Badge selber aufgezeichnet hat. Da kein datenschutzrechtliches Interesse erkennbar ist, kann der Kläger nicht unter Berufung auf Art. 8 DSG die Herausgabe der Arbeitszeiterfassungstabellen verlangen.

(...)

Rechtspruch:

1.

Der Rekurs wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die dringliche Anordnung gemäss Entscheid des Präsidenten der I. Kammer des Obergerichts vom 24. November 2009 wird aufgehoben.

Eingesandt von L. Iseli, Gerichtsschreiber

*Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 19. Januar 2010*

**Art. 321c OR; Art. 1 Abs. 1, 2 und 21 L-GAV des Gastgewerbes. Anwendbarkeit des Landes-Gesamtarbeitsvertrages des Gastgewerbes (L-GAV) auf die Tätigkeit eines Restaurantleiters, da diese i.c. nicht als höhere leitende Tätigkeit zu qualifizieren ist (E. 2.2). Anzeigepflicht des Arbeitnehmers für Überstunden, die der Arbeitgeber nicht angeordnet hat (E. 4.2).**

Sachverhalt:

Der Kläger arbeitete in den Jahren 2007 und 2008 jeweils von April bis Oktober als Koch und Restaurantleiter im Gastrobetrieb des Beklagten. Zwischen den Parteien ist streitig, ob der L-GAV für das zwischen ihnen abgeschlossene Arbeitsverhältnis anwendbar ist und ob der Kläger Anspruch auf eine Vergütung für Überstunden hat.

Aus den Erwägungen:

2.2 Das Arbeitsgericht und die Parteien gehen zu Recht davon aus, dass der Betrieb des Beklagten grundsätzlich dem L-GAV untersteht, da der Beklagte ein öffentliches Restaurant betreibt und damit gastgewerbliche Leistungen gegen Entgelt anbietet, die allgemein zugänglich sind (Art. 1 Abs. 1 L-GAV). Strittig ist hingegen, ob der Kläger in seiner Funktion als Leiter des Restaurants dem L-GAV unterstellt war. Gemäss Art. 2 L-GAV sind Arbeitnehmer in der Funktion der Betriebsleiter, der Direktoren, der Geranten oder der Geschäftsführer dem L-GAV nicht unterstellt.

Höhere leitende Tätigkeit setzt voraus, in wesentlichen Angelegenheiten des Betriebs oder eines Betriebsteils über Entscheidungsbefugnisse zu verfügen (Urteil der I. Kammer vom 16.08.2000 i.S. B.c.O.F. = JAR 2001, 174; BGE 126 III 337. E. 5a S. 340 f.; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 321c OR N 6; PORTMANN, Basler Komm., 4. Aufl., Art. 321c OR N 11).

Der Kläger war im Betrieb des Beklagten für die Küche, die Einstellung, Führung und Einteilung des Servicepersonals, die Organisation von Banketten bis zu 100 Personen, den Wareneinkauf sowie nicht näher bekannte administrative Arbeiten verantwortlich. Diese Aufstellung zeigt, dass der Kläger einen verantwortungsvollen Tätigkeitsbereich ausfüllte. Indes geht daraus auch hervor, dass seine Aufgaben ausschliesslich die operative Führung des Restaurantbetriebes betrafen und er in wesentlichen Angelegenheiten, die den Gang oder die Struktur des Unternehmens bestimmen, keine tatsächliche Entscheidungsbefugnis hatte. Insgesamt kann der Kläger entgegen den Erwägungen der Vorinstanz somit nicht als leitender Angestellter bezeichnet werden. Hinzu kommt, dass die Parteien eine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit festgesetzt hatten. Die Bestimmungen des L-GAV sind deshalb auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien anwendbar.

(...)

4.2. Es ist unbestritten, dass der Beklagte die Überstunden nicht angeordnet hat. Der Kläger stellt sich diesbezüglich auf den Standpunkt, allen Beteiligten sei zu jeder Zeit klar gewesen, dass sich ein beträchtliches Überstundenguthaben anhäufe. Der Kläger macht damit geltend, die von ihm geleisteten Überstunden seien im Interesse des Beklagten notwendig gewesen.

Der Kläger bietet keinen Beweis dafür an, dass die leitenden Organe des Beklagten Kenntnis von den von ihm behaupteten Überstunden hatten. Der Beklagte selber bestreitet, Überstunden des Klägers festgestellt zu haben. Gemäss BGE 129 III 171 E. 2.2 S. 174 hat der Arbeitnehmer Überstunden, die ohne Wissen des Arbeitgebers geleistet werden, innert nützlicher Frist anzuzeigen, sodass der Arbeitgeber organisatorische Massnahmen zur Verhinderung künftiger Mehrarbeit vorkehren oder aber die Überstunden genehmigen kann (vgl. STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 321c OR N 10). Der Kläger behauptet nicht, er habe dem Beklagten regelmässig Mitteilung erstattet, dass er Mehrarbeit leiste. Im Gegenteil hat er anlässlich der Verhandlung vor dem Arbeitsgericht ausgesagt, er habe den Beklagten weder im Jahre 2007 noch im Jahre 2008 darauf aufmerksam gemacht, dass er Überstunden leiste. Es ist zudem nicht erstellt, dass dem Beklagten bekannt gewesen wäre oder hätte bekannt sein müssen, dass der Kläger Überstunden leistete.

Gemäss Art. 21 Abs. 2 L-GAV ist der Arbeitgeber verpflichtet, über die effektiven Arbeitszeiten Buch zu führen. Die Arbeitnehmer dürfen somit grundsätzlich davon ausgehen, die Arbeitszeitkontrolle erfolge durch

den Arbeitgeber. Vorliegend wusste der Kläger, dass keine Arbeitszeitkontrolle durch den Beklagten geführt wurde. Auch standen ihm bei der Arbeitszeiteinteilung grosse Freiheiten zu. Unter diesen Umständen war der Kläger verpflichtet gewesen, den konkreten Umfang seiner Mehrarbeit während der Saison anzuzeigen. Die verspätete Anzeige führt zur Verwirkung der behaupteten Ansprüche.

Hinzu kommt, dass die vom Kläger behaupteten Überstunden auch nicht ausgewiesen sind. Zwar führt die unterlassene Buchführungspflicht des Arbeitgebers dazu, dass eine Arbeitszeitkontrolle des Mitarbeiters im Streitfall als Beweismittel zugelassen wird (Art. 21 Abs. 3 L-GAV). Der Beklagte behauptet nicht, er habe Buch geführt. Indessen hat ihm der Kläger seine Zeiterfassung nicht abgegeben. Damit aber war der Beklagte nicht in der Lage, von den Zeiterfassungen des Klägers Kenntnis zu haben und dagegen zu opponieren und einen Gegenbeweis zu führen. Auch bestehen wesentliche Zweifel darüber, dass der Kläger seine Überstundenaufzeichnungen fortlaufend und nicht erst im Hinblick auf den Prozess machte. Wären die Aufzeichnungen fortlaufend gemacht worden, so hätten diese auch monatlich ausgedruckt und dem Beklagten vorgelegt werden können. Dies geschah indes nicht einmal bei Beendigung des ersten Anstellungsverhältnisses im Oktober 2007. Somit erbringt der Kläger den ihm obliegenden Beweis für tatsächlich geleistete Überstunden nicht, weshalb ein Anspruch auf Überstundenentschädigung auch aus diesem Grund zu verneinen ist.

Eingesandt von L. Iseli, Gerichtsschreiber

*Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 3. März 2010 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts des Kantons Luzern vom 26. August 2009)*

**Haftung des Arbeitnehmers, Art. 321e OR. Für geringfügige Schäden (Bagatellschäden) am Fahrzeug hat der Chauffeur nicht aufzukommen, ebenso wenig für nicht geringfügige Schäden bei leichtem Verschulden. Bei mittlerem Verschulden hat er sich am Schaden zu beteiligen. Bei grobem Verschulden trägt er den Schaden mehrheitlich oder voll (LGVE 2000 I Nr. 24) (E. 5).**

**Massgebend für die Berücksichtigung des Berufsrisikos ist nicht nur die allgemeine Gefährlichkeit eines bestimmten Berufs, sondern die konkrete Gefahrenlage anlässlich der schadensverursachenden Handlung. Es versteht sich somit von selbst, dass ein Chauffeur – trotz seines schadensgeneigten Berufs – nicht jeden Unfall, den er verursacht, mit dem Berufsrisiko entschuldigen kann (E. 5.3).**

Sachverhalt:

D. (Beklagter) war seit 18. September 2007 bei H. (Kläger), Postauto-unternehmer, als Chauffeur angestellt. Im Januar 2009 endete das Arbeitsverhältnis. Mit Klage vom 9. April 2009 forderte der Kläger vom Beklagten Fr. 4000.– mit der Begründung, er habe sich an den Schäden zu beteiligen, die er bei vier Unfällen mit Firmenfahrzeugen verursacht habe. Mit Urteil vom 26. August 2009 verpflichtete das Arbeitsgericht den Beklagten zur Zahlung von Fr. 4000.–.

Aus den Erwägungen:

5.

Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen. Er ist für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt. Dabei bestimmt sich das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrads oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen (Art. 321e OR). Wie bereits das Arbeitsgericht unter Hinweis auf die schadensgeneigte Tätigkeit des Chauffeurs ausgeführt hat, hängt der Umfang der Haftung vom Einzelfall ab. Für geringfügige Schäden (Bagatellschäden) am Fahrzeug hat der Chauffeur nicht aufzukommen, ebenso wenig für nicht geringfügige Schäden bei leichtem Verschulden. Bei mittlerem Verschulden hat er sich am Schaden zu beteiligen. Bei grobem Verschulden trägt er den Schaden mehrheitlich oder voll (LGVE 2000 I Nr. 24).

5.1. Der Beklagte macht nicht (substanziiert) geltend, dass die vier Unfälle nur zu Bagatellschäden geführt hätten. Vielmehr anerkannte er auf den Unfallrapporten unterschriftlich, dass sich der geschätzte Sachschaden bei den einzelnen Vorfällen je auf mehrere tausend Franken belief. Dies spricht gegen das Vorliegen von geringfügigen Schäden. Wie erwähnt fällt die Haftung für nicht geringfügige Schäden jedoch nur weg, wenn es sich auf Seiten des Arbeitnehmers um ein bloss leichtes Verschulden handelt.

5.2. Der Beklagte rügt, das Arbeitsgericht sei zu Unrecht von grober Fahrlässigkeit ausgegangen. Die Unfälle basierten auf einer leichten, höchstens aber mittleren Fahrlässigkeit. Folglich sei von einer Haftung abzusehen, eventuell sei eine Haftungsreduktion in hohem Masse angemessen. E. 5 des vorinstanzlichen Urteils sei lebensfremd. Das Anhängen an bestimmten Stellen oder engen Passagen mit einem Bus oder Lastwagen sei ein Risiko, mit welchem Chauffeure in ihrer Arbeit zurechtkommen müssten, was aber grundsätzlich unter den Begriff des Betriebsrisikos falle. Ausserdem könne von einem Chauffeur nicht generell verlangt werden, Passanten (recte: Personen) um Anweisungen zu bitten, ansonsten ihnen

generell grobe Fahrlässigkeit zur Last gelegt werde. Oftmals wären solche Manöver noch gefährlicher und würden bei einer Kollision den Chauffeur nicht entlasten. Das Arbeitsgericht habe auch eine Betrachtung der Einzelfälle ausser Acht gelassen.

5.3. Das Verschulden des Arbeitnehmers wird vermutet, wenn der Schaden, die Vertragsverletzung und der Kausalzusammenhang erstellt sind (Art. 97 Abs. 1 OR). Der Beklagte bestreitet die vier (Selbst-)Unfälle nicht. Folglich hat er den Nachweis zu erbringen, dass ihm bezüglich der Unfallverursachung kein oder nur ein geringes Verschulden zur Last gelegt werden kann (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Komm. zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005, Art. 321e OR N 6; PORTMANN, Basler Komm., 4. Aufl., Art. 321e OR N 1). Es genügt nicht, pauschal mit dem Berufsrisiko zu argumentieren. Massgebend für die Berücksichtigung des Berufsrisikos ist nicht nur die allgemeine Gefährlichkeit eines bestimmten Berufs, sondern die konkrete Gefahrenlage anlässlich der schadensverursachenden Handlung (STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Komm., Zürich 1996, Art. 321e OR N 26; STREIFF/VON KAENEL, Praxiskomm. Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 321e OR N 7; PORTMANN, a.a.O., Art. 321e OR N 6). Es versteht sich von selbst, dass ein Chauffeur – trotz seines schadensgeneigten Berufs – nicht jeden Unfall, den er verursacht, mit dem Berufsrisiko entschuldigen kann. Geht er beispielsweise in fahrunfähigem Zustand zur Arbeit und verursacht einen Unfall, tritt das Berufsrisiko bei der Beurteilung des Verschuldens in den Hintergrund (vgl. ArG VP 1 S. 1 [Fahren mit Fieber; vgl. Art. 31 Abs. 2 SVG]). Der Beklagte hat vor Arbeitsgericht nicht vorgebracht und es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern sich bei den Unfällen das Berufsrisiko tatsächlich verwirklicht hat resp. dass die Schäden auf besondere Umstände zurückzuführen sind, denen er trotz aller Sorgfalt nicht begegnen konnte (STAEHELIN/VISCHER, a.a.O., Art. 321e OR N 33). Für das Arbeitsgericht bestand daher auch kein Grund, den Sachverhalt weiter abzuklären.

5.4. Unter grober Fahrlässigkeit wird allgemein ein Verstoss gegen die elementarsten Vorsichtsgebote verstanden. Der Arbeitnehmer lässt ausser Acht, was jedem verständigen Berufsmann in seiner Lage und unter den konkreten Umständen hätte einleuchten müssen. Als leicht fahrlässig gilt hingegen ein Verhalten, das nur eine geringfügige Verletzung der zu erwartenden Sorgfalt darstellt (STAEHELIN/VISCHER, a.a.O., Art. 321e OR N 19; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 321e OR N 2). Mittlere Fahrlässigkeit liegt demnach vor, wenn der Arbeitnehmer einen Schaden unter Verletzung seiner Sorgfaltspflichten, aber dennoch nicht unter Verletzung elementarster Vorsichtsmassnahmen verursacht hat (vgl. auch DAVID RÜETSCHI, *Aurea mediocritas: Gedanken zum Begriff der mittleren Fahrlässigkeit*, in: HAVE 2009 S. 137 ff.).

Von einem (Berufs-)Chauffeur darf grundsätzlich erwartet werden, dass er Höhe und Breite seines Gefährts einschätzen kann und – insbesondere bei einem Verkehrskreisel – einen Sicherheitsabstand zum vorderen

Fahrzeug wahr. Weshalb dies dem Beklagten in den konkreten Situationen nicht möglich gewesen sein soll, begründete er nicht, sondern bleibt allgemein (vgl. E. 5.3 vorne). Negativ ins Gewicht fällt auch, dass er alle vier Unfälle innert nur rund eines Jahres verursacht hat. Bereits nach dem ersten Unfall hätte sich ein vernünftiger Berufschaffeur ernsthaft Gedanken über seinen Fahrstil machen müssen. Beim zweiten Unfall entstand überdies eine für Dritte gefährliche Situation. Nichtsdestotrotz hängte er mit seinem Fahrzeug beim dritten Unfall – gleich wie beim ersten – erneut an einem Dachvorsprung an. Das Arbeitsgericht hat daher das ihm zustehende Ermessen weder überschritten noch missbraucht, als es das Verschulden des Beklagten als grobfahrlässig beurteilte. Die Willkürfrage verfängt nicht.

5.5. Letztlich kann die Frage aber offen bleiben, ob die – nicht geringfügigen – Schäden auf einer groben oder mittleren Fahrlässigkeit beruhen. Einerseits hat sich der Beklagte in beiden Fällen am Gesamtschaden zu beteiligen (LGVE 2000 I Nr. 24; MICHAEL HOCHSTRASSER, Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter, Zürich 2006, S. 106 N 281; RÜETSCHI, a.a.O., S. 143 in fine). Andererseits machen die von ihm zu übernehmenden Fr. 4000.– im Verhältnis zum geschätzten Gesamtschaden von ca. Fr. 50 000.– nur rund 8% aus. Die Höhe der Gesamtbeteiligung beträgt zudem weniger als einen Monatslohn (vgl. dazu ROLAND MÜLLER, Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung des Arbeitnehmers, in: ArbR 2006, S. 38 f.). Die von der Vorinstanz gutgeheissene Schadenersatzforderung kann deshalb und mangels weiterer Einwendungen des Beklagten nicht als offensichtlich willkürlich beurteilt werden.

(...)

7.

Zusammengefasst ist die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

Eingesandt von L. Iseli, Gerichtsschreiber

*Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 24. März 2010 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts des Kantons Luzern vom 18. August 2009)*

**Art. 337 OR; Fristlose Kündigung. Mit der Freistellung ist die Verpflichtung des Arbeitnehmers entfallen, der Arbeitgeberin seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, womit sie dem Arbeitnehmer nicht mit der Begründung fristlos kündigen kann, er habe sich während der Freistellung geweigert, die ihm zugewiesene Arbeit auszuführen. Grundsätzlich beschränkt sich das zulässige Nachschieben von Kündigungsgründen auch bei fristlosen Entlassungen auf Umstände oder Verhaltensweisen, die zum Zeitpunkt der Kündigung bereits manifest waren, von denen der Kündigende jedoch keine Kenntnis**

**hatte und auch nicht haben konnte. Sind das Verhalten oder die Umstände hingegen erst nach der (fristlosen) Kündigung eingetreten, rechtfertigen sie die – schon vorher ausgesprochene – fristlose Kündigung nicht (E. 3.2).**

**Mit der fristlosen Entlassung endet nicht nur das Arbeitsverhältnis, sondern auch die allgemeine Treuepflicht des Arbeitnehmers (E. 3.3).**

Sachverhalt:

Die I. AG stellte H. ab 1. März 2007 als Projektleiter an. Mit Vereinbarung vom 31. Januar 2008 verständigten sich die Parteien darauf, dass H. ab 1. Mai 2008 neu als Bauleiter tätig ist. An einer Besprechung vom 11. Juni 2008 kündigte die I. AG das Arbeitsverhältnis mit H. per 30. September 2008 und bestätigte ihm dies am 16. Juni 2008 schriftlich. Mit Schreiben vom 30. Juni 2008 stellte sie ihn per sofort von seiner Arbeitspflicht frei. Am 2. Juli 2008 sprach sie ihm gegenüber die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus und bestätigte diese mit Schreiben vom 15. Juli 2008. Mit Urteil vom 18. August 2009 hiess das Arbeitsgericht die Klage von H. im Umfang von Fr. 27 297.95 gut.

Aus den Erwägungen:

2.

Die Beklagte macht zusammengefasst geltend, der Kläger habe sowohl seine Arbeit als Projektleiter als auch diejenige als Bauleiter nur ungenügend ausgeführt. Insbesondere hätten sich die Dossiers der von ihm betreuten (Bau-)Projekte in einem miserablen Zustand befunden. Nach seiner Freistellung habe er sich in Verletzung seiner allgemeinen Treuepflicht geweigert, ihr bzw. ihren Mitarbeitenden die zur weiteren Bearbeitung der von ihm bisher betreuten Dossiers notwendigen Angaben zu machen und Auskünfte zu erteilen. Diese Weigerung rechtfertige die am 2. Juli 2008 ausgesprochene fristlose Kündigung.

Dem hält der Kläger entgegen, er habe seine Treuepflicht nicht verletzt. Im Grunde genommen werfe ihm die Beklagte gar keine Treuepflichtverletzung vor, sondern vielmehr, er habe die ihm auch nach der Freistellung obliegende Arbeitsleistung nicht erbracht. Weil er aber freigestellt worden sei, habe er gar nicht mehr arbeiten müssen. Die fristlose Kündigung vom 2. Juli 2008 sei nicht gerechtfertigt gewesen.

3.

(...)

Lehre und Rechtsprechung stellen hohe Anforderungen an die objektive und subjektive Gewichtigkeit des wichtigen Grundes im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR. Die fristlose Kündigung ist «ultima ratio», ein «Notventil». Je kürzer die Kündigungsfrist oder die noch nicht abgelaufene befristete Vertragsdauer ist, umso gewichtiger muss der angeführte Grund

sein, damit er zur fristlosen Kündigung berechtigt. Dasselbe gilt im bereits ordentlich gekündigten Arbeitsverhältnis (STAEHELIN, Zürcher Komm., Zürich 1996, Art. 337 OR N 4 mit Hinweisen). Bei einer Freistellung kommt es recht selten vor, dass der Arbeitgeber während der Kündigungsfrist zusätzlich eine fristlose Entlassung aussprechen und die Lohnzahlung einstellen kann. Nur wenn nach der Freistellung schwerwiegende Tatbestände (z.B. Veruntreuungen) vorkommen oder sich der freigestellte Arbeitnehmer zu krassen Illoyalitäten gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber hinreissen lässt, kann jener nachträglich fristlos entlassen werden. Vorfälle, die sich nach der fristlosen Entlassung zutragen, können zu ihrer Rechtfertigung nicht herangezogen werden (STREIFF/VON KAENEL, Praxiskomm. Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Art. 337 OR N 2 in fine mit Hinweisen).

3.1 Die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses, welche die Beklagte dem Kläger am 11. Juni 2008 mündlich eröffnete und am 16. Juni 2008 schriftlich bestätigte, wurde nicht begründet. Aus dem Freistellungsschreiben vom 30. Juni 2008 ergibt sich jedoch, dass die Kündigung vom 11./16. Juni 2008 auf der dem Kläger vorgeworfenen ungenügenden Arbeitsleistung beruht. Dies lässt sich aus der Appellationsbegründung der Beklagten entnehmen, worin sie u.a. festhält, es sei die mangelhafte Arbeitsleistung des Klägers gewesen, die sie gezwungen habe, das Arbeitsverhältnis am 11./16. Juni 2008 per Ende September 2008 aufzulösen. Ob der Kläger tatsächlich schlecht gearbeitet hat, kann offen bleiben, da nicht die (ordentliche) Kündigung vom 11./16. Juni 2008 sondern die fristlose Entlassung vom 2. Juli 2008 zur Diskussion steht. Es erübrigt sich deshalb, die von der Beklagten zur Qualität der Arbeitsleistung des Klägers angerufenen Zeugen einzuvernehmen.

Die Ausführungen in der Kündigung vom 11./16. Juni 2008 und in der Freistellung vom 30. Juni 2008 sind aber insofern relevant, als sie nicht noch einmal zur Begründung der fristlosen Entlassung vom 2. Juli 2008 herangezogen werden können. Wer aufgrund eines Vorkommnisses eine ordentliche und später ohne Entdeckung neuer wichtiger Gründe eine fristlose Kündigung ausspricht, muss sich auf seiner ersten Willensäußerung behaften lassen (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 337 OR N 15 mit Hinweisen). Eine fristlose Entlassung, die auf denselben Umständen gründet wie die bereits zuvor erfolgte ordentliche Kündigung, ist selbst dann unge rechtfertigt, wenn an sich ein wichtiger Grund bestanden hätte (PORTMANN, Basler Komm., 4. Aufl., Art. 337 OR N 14 mit Hinweisen). Mithin lässt sich die fristlose Kündigung vom 2. Juli 2008 nicht mehr mit der angeblich unzureichenden Arbeitsleistung des Klägers rechtfertigen.

3.2 Nur zwei Tage nach der per 30. Juni 2008 erfolgten Freistellung, d.h. mit Schreiben vom 2. Juli 2008, eröffnete die Beklagte dem Kläger die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Zum Einen begründete sie wiederum, der Kläger habe schlecht gearbeitet, was für sie finanzielle Folgen gehabt und zu einem vertragswidrigen Verhalten geführt hätte. Zum Anderen erklärte sie die fristlose Kündigung damit, dass der Kläger gewis-

se Arbeiten nicht erledigt und sich nicht an die ihm obliegende Treuepflicht gehalten habe. Was die angeblich ungenügende Arbeitsleistung und das damit verbundene vertragswidrige Verhalten betrifft, kann dies die fristlose Kündigung vom 2. Juli 2008 nicht rechtfertigen, weil die Beklagte damit bereits die Kündigung vom 11./16. Juni 2008 und die Freistellung vom 30. Juni 2008 begründete. In Bezug auf die angeblich (noch) nicht erledigten Arbeiten ist festzuhalten, dass die Beklagte den Kläger per 30. Juni 2008 freigestellt hat. Mit dieser Freistellung ist die Verpflichtung des Klägers entfallen, ihr seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Folgerichtig konnte sie ihm nicht mit der Begründung fristlos kündigen, er habe sich während der Freistellung geweigert, die ihm zugewiesene Arbeit auszuführen. Was sich nach dem 2. Juli 2008 zugetragen hat, ist nicht mehr von Bedeutung und Relevanz. Grundsätzlich beschränkt sich das zulässige Nachschieben von Kündigungsgründen auch bei fristlosen Entlassungen auf Umstände oder Verhaltensweisen, die zum Zeitpunkt der Kündigung bereits manifest waren, von denen der Kündigende jedoch keine Kenntnis hatte und auch nicht haben konnte (vgl. PORTMANN, a.a.O., Art. 337 OR N 10). Sind das Verhalten oder die Umstände hingegen erst nach der Kündigung eingetreten, rechtfertigen sie die – schon vorher ausgesprochene – fristlose Kündigung nicht (GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009, Rz 600). Demnach kann die Beklagte dem Kläger zur Rechtfertigung der fristlosen Kündigung nicht (mehr) vorhalten, er hätte den Termin vom 15. Juli 2008 kurzfristig – nämlich am 13. Juli 2008 – abgesagt, an dem eine Aussprache mit Auskunftserteilung zwecks Weiterführung der von ihm betreuten Projekte hätte stattfinden sollen. Der Widerruf des Sitzungstermins vom 15. Juli 2008 erfolgte nach der fristlosen Kündigung vom 2. Juli 2008, so dass er für deren Begründung unbeachtlich ist.

3.3 Die Beklagte hält dafür, der Kläger sei ihr gegenüber auch nach der per 30. Juni 2008 erfolgten Freistellung zur projektbezogenen Auskunftserteilung verpflichtet gewesen. Diese Verpflichtung sei Teil der dem Kläger (als Arbeitnehmer) gemäss Art. 321a OR obliegenden allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht.

Es trifft zwar zu, dass die Auskunftspflicht als Teil der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht auch nach einer Freistellung nicht gänzlich dahinfällt, sondern in beschränktem Umfang weiter besteht (ALFRED BLESIG, Die Freistellung des Arbeitnehmers, Diss. St. Gallen 2000, S. 133 und 205 ff.). Deren angebliche Verletzung vermag jedoch die am 2. Juli 2008 erfolgte fristlose Kündigung ebenfalls nicht zu rechtfertigen. Mit der fristlosen Entlassung endete nicht nur das Arbeitsverhältnis sondern auch die allgemeine Treuepflicht des Klägers (BGE 128 III 271 E. 4a/bb S. 282). Demnach war er gegenüber der Beklagten ab 2. Juli 2008 nicht mehr auskunftspflichtig. In der knappen Zeit zwischen der Freistellung per 30. Juni 2008 und der fristlosen Entlassung vom 2. Juli 2008 fehlte ihm zudem der erforderliche Zeitraum, um seine allenfalls noch bestehende Auskunftspflicht zu erfüllen. Bezeichnenderweise macht die Beklagte in diesem Zu-

sammenhang nicht substantiiert geltend, sie habe den Kläger in dieser Zeit einerseits zur projektbezogenen Auskunftserteilung aufgefordert und er habe sich andererseits geweigert, die verlangten Auskünfte zu erteilen. In ihren verschiedenen Schreiben hat sie ihn vielmehr jeweils nur generell auf seine Sorgfalts- und Treuepflichten aufmerksam gemacht. Sie liess aber offen, welche konkreten Angaben und projektbezogenen Auskünfte sie von ihm benötigte bzw. verlangte. Mithin wusste der Kläger gar nicht, was die Beklagte von ihm erwartete. Ausserdem stellt sie nicht in Abrede, dass es ihr trotz angeblich unterlassener Auskunftserteilung möglich gewesen ist, die bisher vom Kläger betreuten Projekte weiterzuführen. Hinzu kommt, dass die Beklagte ihre bereits am 2. Juli 2008 ausgesprochene fristlose Kündigung mit Schreiben vom 15. Juli 2008 bestätigte und wiederholte, der Kläger habe die von ihm verlangte Auskunftserteilung verweigert. Damit bringt sie sinngemäss zum Ausdruck, dass es ihr bei der fristlosen Kündigung vom 2. Juli 2008 nicht darum gegangen ist, eine zu diesem Zeitpunkt bereits verweigerte Auskunftserteilung zu sanktionieren, sondern eine solche gegenüber dem Kläger durchzusetzen. Sie hat die fristlose Kündigung folglich als Mittel zur Durchsetzung des von ihr behaupteten Anspruchs auf Auskunft eingesetzt. Zu beachten ist jedoch, dass die fristlose Kündigung nicht der Durchsetzung von Ansprüchen sondern der Sanktion einer schwerwiegenden Pflichtverletzung dient (Urteil des Bundesgerichts 4C.95/2004 vom 28.06.2004 E. 3.1.1 letzter Absatz).

Eingesandt von L. Iseli, Gerichtsschreiber

*Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 24. Juni 2010 (Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichts des Kantons Luzern am 10. September 2009)*

**Art. 336 Abs. 1 lit. d OR, Rachekündigung. Nicht jedes Handeln im Widerspruch zu Treu und Glauben findet keinen Rechtsschutz. Nur der offenbare Rechtsmissbrauch wird nicht geschützt (Art. 2 ZGB). Auch wenn vorliegend der Arbeitnehmer seine berechnete Kritik direkt gegenüber dem Arbeitgeber hätte äussern sollen, überschritt er die Grenze des augenfälligen Rechtsmissbrauchs nicht, wenn er seinen Anspruch nicht beim Arbeitgeber, sondern bei einem Dritten als vermeintlichem Schuldner erhob (E. 3.2).**

Sachverhalt:

Im Auftrag der Z.-Verkehrsbetriebe AG betreibt K. als selbständiges Einzelunternehmen («Busbetrieb K.») Buslinien des öffentlichen Verkehrs im Raum S-F. Gemäss Arbeitsvertrag vom 3. August 2005 stellte er L. ab 1. Oktober 2005 als Buschauffeur zum Einsatz auf den von ihm für die Z.-Verkehrsbetriebe AG geführten Buslinien an. Zu Beginn des Arbeitsver-

hältnisses erhielt L. von K. aufgrund der damals einschlägigen Bestimmungen des Reglements Fahrvergünstigungen Personal (FVP-Reglement) ein kostenloses Mitarbeiter-Generalabonnement (GA-FVP). Anlässlich der Teamsitzung vom 11. Januar 2008 eröffnete K. seinen Mitarbeitern, dass das GA-FVP ab sofort nicht mehr gratis, sondern ab einem Arbeitspensum von 50% und mehr zu einem Preis von Fr. 586.– pro Jahr abgegeben werde. Dagegen beschwerte sich L. mit Schreiben vom 18. Januar 2008 bei H., Unternehmensleiter der Z.-Verkehrsbetriebe AG. Am 16. Mai 2008 kündigte K. das Arbeitsverhältnis mit L. per 30. September 2008. Diese Kündigung bestätigte er mit Schreiben vom 28. Mai 2008. Dagegen erhob L. am 9. August 2008 Einsprache wegen Missbräuchlichkeit.

Mit Klage vom 17. Oktober 2008 stellte der Kläger den Antrag, der Beklagte habe ihm Fr. 28 722.60 als Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung zu bezahlen. Zur Begründung trug er vor, die Kündigung vom 28. Mai 2008 sei missbräuchlich, weil sie darauf beruhe, dass er nicht auf das unentgeltliche GA-FVP habe verzichten wollen. Er habe deshalb Anspruch auf eine Entschädigung nach Art. 336a OR. Mit Urteil vom 10. September 2009 wies das Arbeitsgericht die Klage bezüglich der Entschädigung nach Art. 336a OR ab. Es kam zum Schluss, der Kläger habe mit seiner schriftlichen Beschwerde an H., Unternehmensleiter der Z.-Verkehrsbetriebe AG, vom 18. Januar 2008 seine arbeitsvertragliche Treuepflicht gegenüber dem Beklagten verletzt. Deshalb stehe ihm nach Treu und Glauben kein Anspruch auf eine Entschädigung nach Art. 336a OR zu.

Aus den Erwägungen:

3.2 Die Vorinstanz und der Beklagte sind der Auffassung, der Kläger habe mit seinem an H. von der Z.-Verkehrsbetriebe AG gerichteten Schreiben vom 18. Januar 2008 die ihm nach Art. 321a Abs. 1 OR obliegende Treuepflicht verletzt. Dieses an einen ausserhalb des Arbeitsverhältnisses stehenden Dritten gerichtete Schreiben sei geeignet, sich negativ auf den Ruf des Beklagten und seinen Betrieb auszuwirken. Deshalb habe sich der Kläger in den Mitteln zur Durchsetzung seines vermeintlichen Anspruchs vergriffen und diesen im Widerspruch zu Treu und Glauben geltend gemacht. Das habe die für jedes Arbeitsverhältnis unerlässliche Vertrauensgrundlage beeinträchtigt und lasse die Kündigung somit nicht als missbräuchlich erscheinen. Dem widerspricht der Kläger, indem er sich darauf beruft, dass der Beklagte Transportbeauftragter der Z.-Verkehrsbetriebe AG sei und es sich bei ihrem Unternehmensleiter, d.h. bei H., nach seinem Verständnis folglich nicht um einen (ausserstehenden) Dritten handle.

Es verhält sich unbestrittenermassen so, dass der Beklagte als Transportbeauftragter der Z.-Verkehrsbetriebe AG Buslinien des öffentlichen Verkehrs im Raum S-F führt. Mithin und da Gegenteiliges weder akten-

kundig noch dargetan ist, betreibt der Beklagte die entsprechenden Buslinien im Raum S-F als Stellvertreter der Z.-Verkehrsbetriebe AG (s. Art. 396 Abs. 2 OR und FELLMANN, Berner Komm., Art. 396 OR N 48 mit Hinweisen). Dass der Beklagte stellvertretend für die Z.-Verkehrsbetriebe AG tätig war und ist, manifestiert sich ausserdem in der Verwendung des Logos der Z.-Verkehrsbetriebe AG auf seinem Briefpapier und seinen Linienbussen. Überdies erhielt der Kläger auch direkt von der Z.-Verkehrsbetriebe AG die Schreiben, die sie am 13. Dezember 2006 und 19. Februar 2008 an alle Mitarbeitenden mit Anspruch auf eine Dauerfahrkarte bzw. auf GA-FVP gerichtet hatte. Und im Rahmen einer Bewerbung vor Beginn des Arbeitsverhältnisses liess die Z.-Verkehrsbetriebe AG den Kläger mit Schreiben vom 22. Januar 2005 wissen, dass ihre Transportbeauftragten «... genau so gute Anstellungsbedingungen wie die ZVB ...» haben. Wird das und wird ferner berücksichtigt, dass der Kläger während der Dauer des Arbeitsverhältnisses auch an Schulungen der Z.-Verkehrsbetriebe AG teilgenommen hat, lag für ihn nicht nur der Schluss nahe, dass ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Beklagten und der Z.-Verkehrsbetriebe AG besteht, sondern dass es sich bei der Z.-Verkehrsbetriebe AG auch um den Schuldner seines vermeintlichen Anspruchs auf ein kostenloses GA-FVP handelt (STAEHELIN, a.a.O., Art. 336 OR N 24 mit Hinweisen). Aus der Sicht des Klägers als juristischer Laie ist dieser Schluss nachvollziehbar und verständlich. Es kann ihm deshalb nicht vorgeworfen werden, er habe sich mit seinem Schreiben vom 18. Januar 2008 wider Treu und Glauben an einen Dritten gewandt.

Es kommt hinzu, dass nicht jedes Handeln im Widerspruch zu Treu und Glauben keinen Rechtsschutz findet. Nur der offenbare Rechtsmissbrauch wird nicht geschützt (Art. 2 ZGB). Das heisst, dass der Rechtsmissbrauch in die Augen springen, unzweifelhaft sein muss; er muss klar zutage liegen. Im Zweifelsfall geht das formelle Recht vor (TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., § 6 Rz 19 mit Hinweisen). Wenn auch berechtigte Kritik vom Arbeitnehmer in der Regel direkt gegenüber dem Arbeitgeber geäussert werden sollte (STAEHELIN, a.a.O., Art. 321a OR N 19), so hat der Kläger mit seinem Schreiben vom 18. Januar 2008 die Grenze des augenfälligen Rechtsmissbrauchs doch nicht überschritten. Die Praxis verlangt für das Geltendmachen im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR denn auch, dass der fragliche Anspruch beim vermeintlichen Schuldner bzw. bei zuständiger Stelle erhoben wird (STAEHELIN, a.a.O., Art. 336 OR N 24 mit Hinweisen; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 336 OR N 8 mit Hinweisen), was nach vertretbarer Auffassung des Klägers Herr H. von der Z.-Verkehrsbetriebe AG war.

Ausserdem hält sich das Schreiben vom 18. Januar 2008 in Bezug auf Stil und Ton im Rahmen der Sachlichkeit. Es bringt zwar die vom Kläger vertretene Meinung deutlich und unmissverständlich zum Ausdruck, es kann aber nicht als unanständig oder gar diffamierend bezeichnet werden.

3.3 Vorliegend sprechen sowohl der zeitliche Zusammenhang zwischen den Auseinandersetzungen um das unentgeltliche GA-FVP, die bis in den März 2008 hinein dauerten, und der Kündigung vom 16./28. Mai 2008, als auch die schriftliche Kündigungsbegründung vom 10. Juli 2008 mit hoher Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Geltendmachung des vermeintlichen Anspruchs auf ein kostenloses GA-FVP als Kündigungsmotiv so wesentlich war, dass ohne sie die Kündigung nicht ausgesprochen worden wäre (s. dazu: PORTMANN, a.a.O., Art. 336 OR N 34 mit Hinweisen; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 336 OR N 20 mit Hinweisen). So führt der Beklagte in seiner Kündigungsbegründung vom 10. Juli 2008 aus, der Kläger habe sein Vertrauen deshalb missbraucht, weil er wegen des vermeintlichen Anspruchs auf ein unentgeltliches GA-FVP an die Z.-Verkehrsbetriebe AG gelangt sei. Und obwohl er versucht habe, diesen Anspruch und die sich daraus ergebenden Probleme gesprächsweise zu bereinigen, sei es zu keiner Annäherung gekommen. Auch an der Verhandlung vor Arbeitsgericht räumte der Beklagte ein, ausschlaggebend für die Zerstörung des Vertrauensverhältnisses – und damit für die Kündigung – sei «vermutlich schon die Sache mit dem GA». Im Übrigen erbringt er selber keinen Nachweis dafür, dass dem Kläger selbst dann gekündigt worden wäre, wenn dieser nie einen Anspruch auf ein unentgeltliches GA-FVP erhoben hätte (PORTMANN, a.a.O., Art. 336 OR N 34; STAEHELIN, a.a.O., Art. 336 OR N 38).

(...)

3.5

Damit steht zusammenfassend fest, dass die Kündigung vom 16./28. Mai 2008 als missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR zu qualifizieren ist.

(...)

4.2 Auch wenn die an H. gerichtete Beschwerde des Klägers gemäss Schreiben vom 18. Januar 2008 nicht als Geltendmachung seines vermeintlichen Anspruchs auf ein unentgeltliches GA-FVP wider Treu und Glauben qualifiziert werden kann, ist ein diesbezügliches Vorgehen als ungeschickt zu bezeichnen. Es ist verständlich, dass sich der Beklagte wegen dieses Schreibens angegriffen und verletzt fühlte und es zum Grund der Kündigung vom 16./28. Mai 2008 gemacht hat, weshalb der Kläger ein Mitverschulden an der Kündigung zu tragen hat und die Missbräuchlichkeit dieser Kündigung nicht besonders schwer wiegt. Ausserdem hat das Arbeitsverhältnis nur rund drei Jahre gedauert. Demgegenüber gab es bis zu den Differenzen im Zusammenhang mit dem kostenlosen GA-FVP offensichtlich keine das Arbeitsverhältnis belastende Probleme oder Schwierigkeiten. Es sind denn auch keine die Arbeitsleistung des Klägers betreffende Beanstandungen oder Vorbehalte aktenkundig oder behauptet. Überdies dürfte es für den heute 52-jährigen Kläger nicht einfach sein, sich auf dem für ihn einschlägigen Arbeitsmarkt zu behaupten.

Unter diesen Umständen ist eine Entschädigung im Umfang von zwei Monatslöhnen angemessen (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 336a OR N 4 mit Hinweisen). Der Kläger hat nicht angegeben, wie sich der eingeklagte Betrag von Fr. 28 722.60 zusammensetzt. In der Klage und in der Appellationsbegründung nennt er einen Monatslohn von Fr. 4900.–. Es ist deshalb von diesem Monatslohn als Basis für die Entschädigung auszugehen. Im Übrigen erachtete das Gericht die zugesprochene Entschädigung von Fr. 9800.– auch dann als angemessen, wenn der letzte aktuelle Bruttomonatslohn allenfalls etwas höher sein sollte. Auf dieser Entschädigung sind weder Sozialabgaben noch Steuern geschuldet (DIETER M. TROXLER, Der sachliche Kündigungsschutz nach Schweizer Arbeitsvertragsrecht, Diss. Basel 1992, S. 120).

Eingesandt von L. Iseli, Gerichtsschreiber

*Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 13. Juli 2010 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts des Kantons Luzern vom 8. Februar 2010)*

**Art. 341 OR. Allein aus dem Zuwarten mit der Geltendmachung von Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis bis zu fünf Jahren seit Vertragsende kann weder ein Verzicht auf Forderungen noch ein Rechtsmissbrauch abgeleitet werden. Vielmehr müssen besondere Umstände hinzu kommen, da an die Verwirkung von Ansprüchen hohe Anforderungen zu stellen sind. Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn die Geltendmachung im Widerspruch zu früherem Verhalten steht und dadurch erweckte berechnigte Erwartungen der Gegenseite enttäuscht werden. Vorliegend hatte der Kläger während seiner Anstellung nie Überstunden reklamiert, sondern erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses (E. 4.1).**

Sachverhalt:

Der Kläger arbeitete seit dem 16. Juni 1989 bei der Beklagten. Mit Schreiben vom 22. Dezember 2003 hielt sie an ihrer Kündigung vom 28. November 2003 auf den 28. Februar 2004 fest, da sie davon ausging, dass der Kläger mangels Vertragsunterzeichnung die neu angebotene Stelle als Stellvertreter Abteilungsleiter Tagesschicht nicht wollte. Mit Schreiben vom 23. Dezember 2003 stellte sie ihn per sofort frei. Infolge Krankheit des Klägers während der Kündigungsfrist verlängerte sich das Arbeitsverhältnis bis 31. März 2004. Die Parteien stritten in der Folge über eine allfällige Entschädigung von Überstunden.

Am 20. April 2009 reichte der Kläger beim Arbeitsgericht Klage auf Zahlung von Fr. 29 721.– durch die Beklagte ein. Das Arbeitsgericht wies die Klage mit Urteil vom 8. Februar 2010 ab, da ein allfälliger Überstundensaldo durch die lange Freistellungsdauer kompensiert sei. Zudem sei

die Klage auch wegen Rechtsmissbräuchlichkeit abzuweisen, habe doch der Kläger während seiner Anstellung nie Überstunden reklamiert. Der Kläger appellierte gegen das Urteil.

Aus den Erwägungen:

4.

Die Vorinstanz wies die Klage auch wegen rechtsmissbräuchlicher Geltendmachung ab. Wenn es einem Arbeitnehmer zumutbar sei, die Überstunden früher geltend zu machen und die Arbeitgeberin aufgrund seines Verhaltens darauf vertrauen dürfe, dass keine Forderung bestehe und nun infolge des enttäuschten Vertrauens einen unbilligen Nachteil erleiden könne, müsse dem Rechtssuchenden die Durchsetzung seines Rechts verweigert werden. Aufgrund der geführten Arbeitszeiterfassungen habe es dem Kläger schon seit langem bekannt sein müssen, dass Überstunden anfielen. Indem er den Arbeitsvertrag als Leiter Spätschicht unterzeichnet habe, sei ihm auch bekannt gewesen, dass während den Spätschichten eine verkürzte Arbeitszeiteinteilung stattgefunden habe. Wenn er nun davon ausgegangen sei, dass er jeden Tag einer Spätschicht über eine Stunde Mehrarbeit geleistet habe, so hätte er dies der Beklagten unmissverständlich und nachweisbar kundtun müssen. Diesfalls hätte die Beklagte von der Überstundenkompensationsregelung Gebrauch machen können. Indem der Kläger erst nach der Kündigung die Überstunden reklamiert habe, würde die Beklagte nun durch die drohende Nachzahlung einen unbilligen, erheblichen Nachteil erleiden. Der Einwand des Klägers, wegen der befürchteten Kündigung habe er sich nicht getraut die Überstunden geltend zu machen, verwarf die Vorinstanz als unglaubwürdig. Denn als langjähriger Angestellter habe er sich mehr leisten können als ein Angestellter, der erst kurz im Betrieb tätig gewesen sei. Berücksichtige man weiter, dass der Kläger nochmals rund eine halbe Dekade habe verstreichen lassen, bevor er seine Klage eingereicht habe, so stehe klar fest, dass das Verhalten rechtsmissbräuchlich sei und damit keinen Rechtsschutz verdiene.

4.1 Was der Kläger dagegen vorträgt, vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern. Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis können grundsätzlich bis zu fünf Jahren seit dem Vertragsende geltend gemacht werden (PORTMANN, Basler Komm., 4. Aufl., N 11 zu Art. 341 OR). Allein aus dem Zuwarten mit der Geltendmachung bis zu diesem Zeitpunkt kann deshalb weder ein Verzicht auf Forderungen noch ein Rechtsmissbrauch abgeleitet werden. Vielmehr müssen besondere Umstände hinzu kommen (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 4 zu Art. 341 OR). Dies hat auch die Vorinstanz beachtet. Denn an die Verwirkung von Ansprüchen sind hohe Anforderungen zu stellen. Der Zeitlohn (Art. 319 OR) wird nach der für die übertragene Arbeitsleistung aufgewendeten Zeit bemessen (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 2 zu Art. 322 OR), weshalb nicht leichthin angenommen werden darf, dass Arbeit über den vereinbarten zeitlichen Umfang

hinaus ohne entsprechende Gegenleistung erbracht wird (BGE 129 III 171 E. 2.3 S. 174 f.). Der Arbeitgeber seinerseits hat aber ein Interesse, über die Notwendigkeit von Mehrarbeit gegenüber der vereinbarten Arbeitszeit unterrichtet zu werden, um notfalls Korrekturen in der Arbeitsorganisation vorzunehmen. Auch aufgrund der gesetzlichen Treuepflicht obliegt es dem Arbeitnehmer, den Arbeitgeber über geleistete Überstunden zu informieren, damit dieser die notwendigen Massnahmen einleiten kann. Diese Pflicht entfällt nur, wenn der Arbeitgeber aufgrund der Umstände selber Kenntnis erlangt oder erlangen müsste, dass die vereinbarte Arbeitszeit zur Erledigung der dem Arbeitnehmer übertragenen Aufgaben nicht ausreicht und deshalb Überstunden anfallen. Wenn der Arbeitgeber keine Kenntnis über notwendige Mehrarbeit hat und nach den Umständen auch nicht haben muss, spricht einiges dafür, dass die vorbehaltlose Entgegennahme des üblichen Lohnes sinngemäss als Verzicht auf die Geltendmachung von allfällig geleisteten Überstunden zu verstehen ist. Unbestrittenermassen erfolgte die erste Meldung des Klägers von Überstunden am 19. Dezember 2003, zu einem Zeitpunkt also, in dem das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger bereits gekündigt war. Der Umstand, dass der Kläger seit 1989 bei der Beklagten angestellt war, mindestens seit 1999 von allfälligen Überstunden hätte wissen müssen und trotzdem nie Überstunden reklamiert hatte, lässt vermuten, dass der Kläger, ebenfalls von einer 42 Stunden-Woche ausgehend, effektiv geleistete Überstunden als kompensiert betrachtete. Diese Vermutung wird gestützt durch die vom Kläger aufgelegten Stundenblätter, welche jeweils einen sehr tiefen Jahresendsaldo ausweisen. Aus ihnen geht auch hervor, dass immer wieder, wie im Arbeitsvertrag vorgesehen, Überstunden kompensiert worden sind. An dieser unbestrittenen Tatsache vermag die fehlende Unterzeichnung der Arbeitszeiterfassungen nichts zu ändern. Die von der Beklagten angegebenen Kompensationstage im Jahre 2002 blieben vom Kläger ebenfalls unbestritten. Wenn der Kläger diese bereits kompensierten Überstunden nun nochmals geltend machen will, fehlt ihm dafür die Rechtsgrundlage. Sofern er zusätzliche Überstunden geltend machen will, verdient sein Vorgehen keinen Rechtsschutz, da die Beklagte aufgrund der fehlenden Reklamationen darauf vertrauen durfte, dass keine zusätzlichen Überstunden geleistet wurden. Denn Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn die Geltendmachung im Widerspruch zu früherem Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen der Gegenseite enttäuscht werden (BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 497 f.). Wie die Vorinstanz ausführte, hätte die Beklagte bei rechtzeitiger Orientierung durch den Kläger spätestens vor der Freistellung die Kompensation noch anordnen können und damit die Auszahlung vermeiden können. Würde der klägerische Anspruch nun geschützt, so müsste sie neben dem Lohn während den Freistellungstagen zusätzlich noch Überstunden bezahlen, was faktisch einer Doppelbezahlung gleichkommt. An diesem Nachteil ändert auch der Verzicht des Klägers auf den Zuschlag von 25% nichts.

Eingesandt von L. Iseli, Gerichtsschreiber

**Unselbständigerwerbende können die mit dem Beruf zusammenhängenden Weiterbildungs- und Umschulungskosten abziehen (Art. 26 Abs. 1 lit. d Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer [DBG]). Bei der Anerkennung als abzugsfähige Weiterbildungskosten ist darauf abzustellen, ob die Aufwendungen für die Erzielung des Einkommens nützlich sind und nach der Verkehrsauffassung im Rahmen des Üblichen liegen. Dazu gehören nicht nur Anstrengungen, um den Stand bereits erworbener Fähigkeiten zu erhalten, sondern vor allem auch der Erwerb verbesserter Kenntnisse für die Ausübung des gleichen Berufs. Hingegen sind Auslagen für eine Fortbildung, die zum Aufstieg in eine eindeutig vom bisherigen Beruf zu unterscheidende höhere Berufsstellung (sog. Berufsaufstiegskosten) oder gar zum Umstieg in einen anderen Beruf dient, keine Weiterbildungskosten. Umschulungskosten können u.a. abgezogen werden, wenn sie der Beseitigung einer bei der bisherigen Berufsausübung aufgetretenen Zwangslage dienen, wobei neben äusserlichem Druck infolge veränderter wirtschaftlicher Gegebenheiten auch persönliche Umstände, welche eine Weiterführung des Berufs verunmöglichten oder zumindest unzumutbar machten, in Frage kommen (E. II.1.a und b).**

Aus den Erwägungen:

## II. Direkte Bundessteuer

### 1.

Der Bund erhebt eine Einkommenssteuer von den natürlichen Personen (Art. 1 lit. a DBG). Zu diesem Zweck ist das Reineinkommen zu ermitteln, welches sich durch Abzug der in den Art. 26–33 DBG aufgelisteten Positionen von den gesamten steuerbaren Einkünften (Art. 16–24 DBG) ergibt (Art. 25 DBG). Unselbständigerwerbende können unter anderem «die mit dem Beruf zusammenhängenden Weiterbildungs- und Umschulungskosten» abziehen (Art. 26 Abs. 1 lit. d DBG). Als nicht abziehbar bezeichnet das Gesetz hingegen ausdrücklich die Ausbildungskosten (Art. 34 lit. b DBG).

a) Kosten für die Weiterbildung sind dann abzugsberechtigt, wenn sie mit dem gegenwärtig ausgeübten Beruf «in Zusammenhang» stehen. Es sind nur solche Kosten abziehbar, die im Rahmen des bereits erlernten und ausgeübten Berufs anfallen, nicht dagegen die Ausbildungskosten für die erstmalige Aufnahme einer Berufstätigkeit bzw. für einen neuen (zusätzlichen) Beruf (vgl. Art. 34 lit. b DBG). Der unmittelbare ursächliche Zusammenhang mit dem ausgeübten Beruf besteht sodann lediglich, wenn sich die Weiterbildung auf Kenntnisse bezieht, die bei der Berufsausübung verwendet werden. Er fehlt, wenn es nur um persönliche Bereicherung – etwa im Sinn kultureller Weiterbildung – geht (BGE 113 Ib 121 E. 3b).

Zur Anerkennung als abzugsfähige Weiterbildungskosten ist es allerdings nicht notwendig, dass der Steuerpflichtige das Erwerbseinkommen ohne die streitige Auslage überhaupt nicht hätte erzielen können. Vielmehr ist lediglich darauf abzustellen, ob die Aufwendungen für die Erzielung des Einkommens nützlich sind und nach der Verkehrsauffassung im Rahmen des Üblichen liegen (BGE 124 II 32 E. 3a, mit Hinweisen). Dazu gehören nicht nur Anstrengungen, um den Stand bereits erworbener Fähigkeiten zu erhalten, sondern vor allem auch der Erwerb verbesserter Kenntnisse für die Ausübung des gleichen Berufs. Hingegen sind Auslagen für eine Fortbildung, die zum Aufstieg in eine eindeutig vom bisherigen Beruf zu unterscheidende höhere Berufsstellung (sog. Berufsaufstiegskosten) oder gar zum Umstieg in einen anderen Beruf dient, keine Weiterbildungskosten im Sinn von Art. 26 Abs. 1 lit. d DBG; sie werden nicht für eine Weiterbildung im Rahmen des bereits erlernten und ausgeübten Berufs erbracht, sondern letztlich für eine neue Ausbildung (BGE 124 II 32 ff. E. 3a und E. 3d; 113 Ib 114 E. 2 und 3; BG-Urteile 2C\_589 und 590/2007 vom 9.4.2008; 2A.623/2004 vom 6.7.2005, in StE 2006 B 22.3 Nr. 86, und 2A.277/2003 vom 18.12.2003, E. 2.1, in StR 59/2004 S. 451; 2A.130/2002 vom 8.8.2002, E. 4.1.2, mit Hinweisen).

b) Daneben lässt Art. 26 Abs. 1 lit. d DBG unter bestimmten Voraussetzungen auch Umschulungskosten zum Abzug zu. Die Umschulung dient nicht für die Ausübung des gegenwärtigen bzw. bisherigen Berufs, sondern für die Vorbereitung eines neuen Berufs (BBl 1983 III 166 f.). Damit wollte der Gesetzgeber unter anderem auf Beschäftigungsschwierigkeiten in einzelnen Wirtschaftszweigen steuerlich Rücksicht nehmen. Demnach ist ein Abzug der Kosten zu gewähren, wenn sich der Pflichtige etwa wegen einer Betriebsschliessung, dem Aussterben eines Berufs, aber auch wegen Krankheit oder Unfall als Grund für die nötige berufliche Neuausrichtung umschulen lässt. Der Begriff der Umschulung ist eng auszulegen, um eine Abgrenzung zu demjenigen der Zweitausbildung zu ermöglichen (BG-Urteil 2C\_322/2007 vom 22.1.2008, E. 2.1 f. mit zahlreichen Hinweisen).

Umschulungskosten können u.a. abgezogen werden, wenn sie der Beseitigung einer bei der bisherigen Berufsausübung aufgetretenen Zwangslage dienen, wobei neben äusserlichem Druck infolge veränderter wirtschaftlicher Gegebenheiten auch persönliche Umstände, welche eine Weiterführung des Berufs verunmöglichten oder zumindest unzumutbar machten, in Frage kommen. Umschulungskosten sind darüber hinaus aber auch dann schon steuermindernd zu berücksichtigen, wenn die Beweggründe für die Umschulung in der Ausübung des bisherigen Berufs liegen und objektiv gewichtig sind. Hierzu genügt es, wenn sie entweder mit der körperlichen und/oder geistigen Verrichtung der beruflichen Tätigkeit an sich oder mit den gesamten Lebensumständen, welche die Erwerbstätigkeit des Steuerpflichtigen bedingen, zusammenhängen (vgl. StE 1997 B 27.6 Nr. 12, auch zum Folgenden). Liegt der Beweggrund für einen Berufswechsel hingegen überwiegend im Erlernen und in der Ausübung des angestrebten

neuen Berufs oder im Erreichen der neuen beruflichen Stellung – wie dies bei der Erst- und Zweitausbildung regelmässig zutrifft –, kann von einem rechtserheblichen Zusammenhang mit der bisherigen Berufsausübung nicht mehr gesprochen werden. Im Vordergrund der Motivation zur Umschulung steht diesfalls nicht die bisherige Berufsausübung in ihrer Wechselwirkung mit den übrigen Lebensumständen, sondern das auf freiem Entschluss des Steuerpflichtigen beruhende Bestreben, sein wirtschaftliches Fortkommen und/oder seine persönliche beschäftigungsmässige Befindlichkeit mit der Ausübung des neuen Berufs zu verbessern, ohne dass hierfür objektiv erhebliche, d.h. auch für einen Dritten als sachbezogen und gewichtig erscheinende Gründe aufgeführt werden können. In diesem Sinn aufgewendete Ausbildungs- und Berufsbildungskosten, die somit überwiegend der Verwirklichung einer den persönlichen Vorlieben des Steuerpflichtigen entsprechenden Lebensgestaltung dienen, können mangels Zusammenhangs mit der (bisherigen) Berufsausübung nicht als Umschulungskosten im Sinn von Art. 26 Abs. 1 lit. d DBG anerkannt werden.

(...)

3.

c) Vorliegend ist nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerin bis anhin in der Erwachsenenbildung tätig war. Auch ihre Arbeitgeberin, das D-Nachhilfeinstitut Zentralschweiz, hat diese Qualifikation offenbar bei Abschluss des Arbeitseinsatzvertrages vom 1. Oktober 2007 nicht verlangt. Aus diesem geht denn unter Ziffer 2 auch hervor, dass die Arbeitsleistung der Beschwerdeführerin beim D-Nachhilfeinstitut nicht in der Erwachsenenbildung, sondern in der Erteilung von Nachhilfeunterricht an Kinder bestand. An dem von der Beschwerdeführerin betriebenen finanziellen Aufwand hat sich die Arbeitgeberin sodann auch kostenmässig nicht beteiligt. Die Beschwerdeführerin hat somit nicht nur gezielt einen für ihre Tätigkeit als Nachhilfelehrerin relevanten Kurs belegt, sondern das erste Modul im Lehrgang als Erwachsenenbildnerin, welches mit dem sog. Kurs-Zertifikat abgeschlossen werden konnte. Aus den angeführten Kursbeschreibungen ergibt sich, dass das Kurs-Zertifikat auf eine Kursleitungstätigkeit in Firmen oder an Schulen der Erwachsenenbildung ausgerichtet ist. Das Unterrichten von Erwachsenen bildet den Schwerpunkt der Tätigkeit, auf welche der Kursinhalt ausgerichtet ist. Der Kurs kann somit nicht mehr als im Rahmen des Üblichen liegend zur Erhaltung ihrer Position als Nachhilfelehrerin angesehen werden. Selbst wenn sie gewisse Erkenntnisse aus dem Kurs in ihrer aktuellen Tätigkeit als Nachhilfelehrerin und allenfalls auch als Buchhalterin einsetzen kann, erweisen sich die streitigen Aufwendungen damit nicht als Weiterbildungskosten, sondern als Berufsumstellungs- bzw. eventuell als Umschulungskosten, d.h. als Kosten zur Schaffung einer neuen Einkommensquelle, die auf unbestimmte Zeit hinaus die Erzielung eines Einkommens ermöglicht oder fördert (vgl. LOCHER, Kommentar zum DBG, I. Teil, N. 62 ff. zu Art. 26 sowie 16 ff. zu Art. 34; KNÜSEL, in: Zweifel/Athanas (Hrsg.), Kommentar zum

Schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a, N. 8 ff. zu Art. 26 sowie REICH, in: Zweifel/Athanas, a.a.O., N. 14 f. zu Art. 34).

d) Nach dem Gesagten bleibt zu prüfen, ob es sich bei den Kosten für den Kurs um Umschulungskosten handelt, die ausnahmsweise im Rahmen von Art. 26 Abs. 1 lit. d DBG Berücksichtigung finden. Zwar ist der Haupttätigkeitsbereich der Beschwerdeführerin als Buchhalterin bzw. kaufmännische Sachbearbeiterin eine sehr verbreitete Berufstätigkeit mit einem grossen Angebot an Arbeitsplätzen. Dies zeigt sich schon am Umstand, dass die Beschwerdeführerin in diesem Tätigkeitsbereich ab dem 3. Dezember 2007 bei der E AG eine neue Anstellung fand. In Anbetracht des angeführten ärztlichen Zeugnisses ergeben sich jedoch Hinweise für die Notwendigkeit eines beruflichen Umstiegs aus gesundheitlichen Gründen, führte doch Dr. med. F, Allgemeine Medizin FMH, X, in seinem Zeugnis vom 26. Juni 2007 an, dass die Beschwerdeführerin aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in einem Treuhandbüro arbeiten könne. Indem er aber im selben Arztzeugnis festhielt, dass die Beschwerdeführerin Büroarbeiten und Buchhaltungsarbeiten ausführen könne, wird die Notwendigkeit einer Anpassung der beruflichen Tätigkeit und damit verbunden eine allfällige Anpassung der beruflichen Kompetenzen nicht deutlich erkennbar. Die Beschwerdeführerin weist sodann in diesem Zusammenhang auf das Ergebnis einer Abklärung im Zentrum für Arbeitsmedizin in B. hin, welche ergeben habe, dass sich bei ihr eine Umschulung in eine Berufssparte mit vermehrten sozialen Kontakten aufdränge. Den Bericht selbst legte sie jedoch nicht auf.

Aus den Akten geht somit die Erforderlichkeit eines gesundheitlich bedingten Berufswechsels weder klar hervor, noch kann mit genügender Gewissheit ausgeschlossen werden, dass eine Verbreiterung der Bildungsgrundlagen aus gesundheitlichen Gründen notwendig war, weshalb sich auch die Abzugsfähigkeit der im Zusammenhang mit dem Besuch des Kurses anfallenden Kosten unter dem Titel von Umschulungskosten nicht schlüssig beurteilen lassen. Vielmehr hätte die Beschwerdeführerin bereits im Veranlagungsverfahren aufgefordert werden müssen, die geltend gemachten Kosten zu spezifizieren und namentlich die medizinischen Rahmenbedingen für eine ihr zumutbare Berufstätigkeit darzutun und soweit als möglich zu belegen.

Zwar machte die Beschwerdeführerin im Einspracheverfahren ergänzende Angaben, allerdings ohne den steuerlich massgeblichen Sachverhalt transparent zu machen, so dass auch die Vorinstanz gehalten gewesen wäre, weitere Abklärung zu deren steuerlichen Abzugsfähigkeit zu machen. Stattdessen erklärte diese in der Begründung des Einspracheentscheids mit Blick auf die Notwendigkeit einer allfälligen Umschulung und damit verbundener Kosten knapp, es entziehe sich der Kenntnis der Steuerkommission, warum die Beschwerdeführerin nicht in einem Treuhandbüro arbeiten könne. Für den Entscheid über die Abzugsfähigkeit der geltend gemachten Kosten als Umschulungskosten ging die Steuerkommission damit sinngemäss

mäss davon aus, der Nachweis der Erforderlichkeit sei gescheitert, obwohl die diesbezüglichen Voraussetzungen in tatsächlicher Hinsicht weder im Veranlagungs- noch im Einspracheverfahren abgeklärt worden waren. Ein solcher (Beweislast)-Entscheid zum Nachteil der Beschwerdeführerin hätte jedoch erst erfolgen dürfen, wenn zufolge eines Untersuchungsnotstandes etwa bei mangelnder Kooperation der Steuerpflichtigen die Klärung des Sachverhaltes nicht möglich gewesen wäre.

Indem die Vorinstanz die Einsprache abwies, ohne den für die Abzugsfähigkeit der geltend gemachten Berufskosten als Umschulungskosten relevanten Sachverhalt zu klären, ist sie der ihr obliegenden Untersuchungspflicht nicht gehörig nachgekommen. Der steuerlich relevante Sachverhalt wurde mithin nicht bzw. höchstens unvollständig abgeklärt. Ein solch bedeutsamer Verfahrensmangel kann durch das Verwaltungsgericht nicht geheilt werden (vgl. RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, a.a.O., N. 29 ff. zu Art. 143 DBG). Der Einspracheentscheid ist deshalb aufzuheben und die Angelegenheit zur Wahrung des funktionalen Instanzenzugs an das Steueramt der Gemeinde Z zurückzuweisen, damit die Veranlagungsbehörde nach ergänzenden Abklärungen betreffend Notwendigkeit eines allfälligen Berufsumstiegs aus gesundheitlichen Gründen eine neue Veranlagung trifft.

#### 4.

Anders als bei den Kosten für den Kurs sind bei den Auslagen für den bei der G Sprachschule besuchten Französischunterricht die Voraussetzungen für deren steuerliche Beurteilung unter dem Gesichtswinkel der Abzugsfähigkeit als Weiterbildungskosten in tatsächlicher Hinsicht erstellt. Die Beschwerdeführerin verfügt, wie gesagt, über eine kaufmännische Berufsausbildung und ist Buchhalterin. Mit dem Sprachkurs strebte die Beschwerdeführerin an, nach längerer Arbeitslosigkeit wieder eine Stelle im Rahmen des bereits erlernten und ausgeübten Berufes zu finden (vgl. ebenso etwa BG-Urteil 2A.574/2002 vom 13.5.2003, E. 2.2.2 mit Hinweisen, BGE 113 Ib 122 E. 4a), gehören doch gewisse Französischkenntnisse angesichts der regelmässig weiträumigen Geschäftstätigkeit von möglichen Arbeitgebern heute zum erforderlichen Ausbildungsstand eines Kaufmannes oder eines Buchhalters. Ferner geht es hier um eine Landessprache, deren Beherrschung der Sicherung der erreichten beruflichen Stellung dienen bzw. einen Beitrag dazu darstellen kann, auf dem Laufenden zu bleiben und/oder steigenden Anforderungen zu genügen (BEUSCH, Bildungskosten – Eine Analyse der Abgrenzung von Aus- und Weiterbildung anhand neuerer Entwicklungen in der Rechtsprechung, in: zsis, 2004, Aufsätze N. 6 Rz. 49). Die Beschwerdeführerin vertiefte und erwarb deshalb durch den Besuch der Französischkurse Kenntnisse und Fertigkeiten für die Ausübung ihres angestammten Berufes im kaufmännischen Bereich, welche sie gerade auch bei ihrer gegenwärtigen Tätigkeit bei einer international tätigen Car-Reiseunternehmung benötigt. Es besteht deshalb durchaus ein objektiver und unmittelbarer Zusammenhang mit ihrem Beruf,

weshalb – auch wenn ihre Nachhilfelehrertätigkeit nicht ausdrücklich Französischkenntnisse verlangt – bei Würdigung des gesamten Ausbildungsstandes von im Rahmen von Art. 26 Abs. 1 lit. d DBG abzugsfähigen Weiterbildungskosten auszugehen ist.

Im Übrigen handelte es sich bei den Sprachkurskosten weder um Ausbildungskosten für die erstmalige Aufnahme eines neuen (zusätzlichen) Berufs (vgl. Art. 34 lit. b DBG) noch bezweckte die Beschwerdeführerin eine bloße persönliche Bereicherung oder kulturelle Weiterentwicklung oder ging es ihr um eine berufliche Neuausrichtung.

Nach alledem sind die Kosten für die in der Steuerperiode 2007 besuchten Französischkurse im Rahmen berufsbedingter Weiterbildungskosten zum Abzug zuzulassen.

## Kanton St. Gallen

*Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 4. Januar 2010 (teilweise Aufhebung des Urteils des Kreisgerichts vom 17. Juni 2009)*

**Der Bundesfeiertag ist arbeitsrechtlich den Sonntagen gleichgestellt und bezahlt (Art. 110 Abs. 3 BV). Da der Bundesgesetzgeber für (höchstens acht) weitere Feiertage im Jahr, welche die Kantone den Sonntagen gleichstellen können (Art. 20a Abs. 1 ArG), keine Lohnzahlungspflicht festgeschrieben hat, haben Angestellte im Stundenlohn – abgesehen vom Bundesfeiertag – keinen Anspruch auf anteilmässigen Lohnersatz, den im Monatslohn angestellte Arbeitnehmer für auf Feiertage fallende Tage regelmässig erhalten, ohne dafür tatsächlich arbeiten zu müssen (E. III. 2.2, 2.7, 2.8.1 und 2.8.2).**

**Auch lässt sich für Angestellte im Stundenlohn aus Art. 7 lit. d UNO-Pakt I, wonach die Vertragsstaaten das Recht eines jeden auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen – u.a. die Vergütung gesetzlicher Feiertage – anerkennen, kein individualrechtlicher Anspruch auf Entschädigung der vom kantonalen Gesetzgeber bestimmten Feiertage ableiten (E. III.2.8.6).**

Sachverhalt:

Die Beklagte betreibt ein Einzelunternehmen mit dem Zweck der Vermittlung von Pflege- und Krankenpersonal sowie Haushaltshilfen, Raumpflegerinnen und Familienhelferinnen. Am 1. November 2005 schlossen die Beklagte als Arbeitgeberin und die Klägerin als Arbeitnehmerin einen Temporärarbeits- respektive Rahmenvertrag ab. Als Arbeitspensum wurden 20 bis maximal 50% vereinbart. Die Klägerin erklärte sich darin bereit, für das Einzelunternehmen der Beklagten bei einem Kunden auf einzelne Einsätze begrenzte Arbeit zu leisten. Für jeden Einsatz innerhalb des Rahmenvertrags sollte ein separater Einsatzvertrag abgeschlossen werden. Bezüglich Ferien und Feiertagen wurde vereinbart, dass die Klägerin eine Ferien- und Feiertagsentschädigung von 8,33% erhalte, welche im vereinbarten Stundenlohn inbegriffen sei und in den Lohnabrechnungen jeweils separat ausgewiesen werde. Der Stundenlohn betrug zuletzt von Montag bis Freitag Fr. 21.50, samstags, sonntags sowie an Feiertagen Fr. 23.50. Da die von der Klägerin mitbetreute Patientin in ein Pflegeheim eintreten musste, kündigte die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 25. Juni 2008 auf den 31. Juli 2008.

Mit Klage vom 12. Februar 2009 ans damalige Arbeitsgericht machte die Klägerin eine Forderung von insgesamt Fr. 9740.30 geltend. Mit Entscheidung des Einzelrichters des Kreisgerichts vom 17. Juni 2009 schützte

dieser die Forderung für zu Unrecht in Abzug gebrachte Mittagspausen teilweise, wies die Forderungen auf Abgangs- und Ferienentschädigung ab und schützte die Forderung auf Feiertagsentschädigung im Umfang von brutto Fr. 2030.45.

Aus den Erwägungen:

### III.

2.2 Von vornherein verworfen werden kann die Argumentation der Beklagten, sie habe der Klägerin bei Arbeitseinsätzen an Samstagen, Sonntagen und Feiertagen einen Zuschlag von Fr. 2.– je Stunde bezahlt, weshalb keine Feiertagsentschädigung mehr geschuldet sei. Beim von der Beklagten bezahlten Zuschlag handelt es sich um eine Entschädigung für tatsächlich geleistete Arbeit (der Zuschlag wurde nur für jene Stunden entrichtet, während denen die Klägerin an einem Samstag, Sonntag oder Feiertag effektiv tätig war). Eingeklagt ist jedoch eine andere Forderung: Der Ersatz des anteilmässigen Lohns, welchen eine im Monatslohn angestellte Arbeitnehmerin für auf Feiertage fallende Tage regelmässig erhält, ohne dafür tatsächlich arbeiten zu müssen.

(...)

2.4.2 Der Temporärarbeitsvertrag enthält in seiner Ziff. 10.3 zwar die Formulierung «Die Angestellte erhält eine Ferien- und Feiertagsentschädigung von 8,33%, welche im vereinbarten Stundenlohn inbegriffen ist und in den Lohnabrechnungen jeweils separat ausgewiesen wird», doch war schon in den Einsatzbestätigungen – berechtigterweise – nur noch die Rede davon, dass der Ferienanteil von 8,33% im Teilzeitlohn inbegriffen sei. Letzteres entspricht der Formulierung auf den Lohnabrechnungen. Bei diesen 8,33% handelt es sich um den Ferienlohn bei vier Wochen Ferien (vgl. BGE 129 III 664 E. 7.3 S. 674; Entscheid des Bundesgerichts 4C.301/2001 vom 21. Februar 2002 E. 3e; GVP 1990 Nr. 49 = JAR 1992 180; JAR 1996 149; FALKNER, Ferienentschädigung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, in: AJP 2004 944; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, V2c, Art. 319–330a OR, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 329d N 2; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 329d N 10). Wenn aber schon die Ferienentschädigung 8,33% beträgt, so kann darin unmöglich auch – worauf allenfalls die Formulierung im Temporärarbeitsvertrag schliessen lassen könnte – noch die Feiertagsentschädigung inbegriffen sein. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass der vom Spitetextverband St. Gallen zur Verfügung gestellte Musterarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen im Stundenlohn mit 20 Tagen Ferienanspruch einen Anteil von 14,5% für die Ferienentschädigung ausweist. In diesem Zuschlag sind offensichtlich – im Unterschied zu den von der Beklagten verwendeten Verträgen – nicht nur die erwähnten 20 Ferientage, sondern auch die Feiertage eingeschlossen.

(...)

2.4.4 Damit steht fest, dass die Beklagte der Klägerin keine Feiertagsentschädigung bezahlt hat. Falls Feiertage grundsätzlich auch bei Arbeitnehmerinnen im Stundenlohn entschädigungspflichtig sind, wäre der von der Klägerin vorliegend geltend gemachte Anspruch berechtigt.

2.5 Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass – falls auch Arbeitnehmerinnen im Stundenlohn Anspruch auf eine Feiertagsentschädigung haben und diese Entschädigung in Form eines Zuschlags zum ausbezahlten Stundenlohn zu entrichten ist – auch die Feiertagsentschädigung nur unter den Voraussetzungen mit dem Stundenlohn abgegolten werden kann, welche von der Rechtsprechung für die Ferienlohnabgeltung entwickelt worden sind. Es sind keine sachlichen Gründe ersichtlich, welche eine davon abweichende Regelung rechtfertigen würden.

2.6 Der Vorinstanz kann gefolgt werden, wenn sie ausführt, im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt dränge sich eine Feiertagsentschädigung in Form eines Zuschlags zum Stundenlohn auf (und nicht eine Abgeltung dadurch, dass der im Stundenlohn angestellten Arbeitnehmerin an jedem Feiertag, der auf einen Werktag fällt, im Verhältnis zu ihrem Beschäftigungsgrad eine pro rata Zahlung geleistet wird oder dadurch, dass Teilzeitangestellten, welche regelmässig nur an bestimmten Wochentagen arbeiten, dieser Tag voll vergütet wird, wenn er auf einen Feiertag fällt; vgl. dazu BYRNE-SUTTON, *Le contrat de travail à temps partiel*, Genfer Diss., Zürich 2001, 146 f.).

2.7 Gemäss Art. 110 Abs. 3 BV ist der Bundesfeiertag arbeitsrechtlich den Sonntagen gleichgestellt und bezahlt (vgl. auch Art. 1 Abs. 3 der Verordnung über den Bundesfeiertag [SR 116]). Dies gilt auch für Angestellte im Stundenlohn (JAR 2003 281 Ziff. 99; PORTMANN/PETROVIC, in: Geiser/von Kaenel/Wyler [Hrsg.], *Arbeitsgesetz*, Bern 2005, Art. 20a N 12). Damit steht fest, dass der Klägerin bezüglich des Bundesfeiertags ein Entschädigungsanspruch zusteht.

2.8.1 Gemäss Art. 20a Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (SR 822.11, *Arbeitsgesetz*) können die Kantone neben dem Bundesfeiertag acht weitere Feiertage im Jahr den Sonntagen gleichstellen. Diese Kompetenz hat der Kanton St. Gallen in Art. 1<sup>bis</sup> des Einführungsgesetzes zum eidgenössischen Arbeitsgesetz (sGS 511.1) ausgeschöpft.

2.8.2 Für diese von den Kantonen den Sonntagen gleichgestellten Feiertage hat der Bundesgesetzgeber keine Lohnzahlungspflicht festgeschrieben. Den Kantonen ist es wegen der Privatrechtshoheit des Bundes verwehrt, diesbezügliche Vorschriften zu erlassen (BGE 76 I 305, 76 I 321; BONER, *Teilzeitarbeit*, Zürcher Diss., Bern 1985, 91 f.; BYRNE-SUTTON, 143; REHBINDER, *Berner Kommentar*, VI/2/2/1, Bern 1985, Art. 329 N 15; PORTMANN/PETROVIC, Art. 20a N 17; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 22, Art. 329 N 14 S. 415). Bei Angestellten im Stundenlohn besteht daher, falls – wie im vorliegend zu beurteilenden Fall – auch Einzel-, Normal-, oder Gesamtarbeitsverträge keine diesbezüglichen Regelungen

enthalten und keine Übung (Art. 322 Abs. 1 OR) behauptet oder ersichtlich ist, nach innerstaatlichem Recht keine Lohnzahlungspflicht für die durch kantonale Feiertage ausfallende Arbeitszeit (JAR 1996 149; BJM 1972 179; BYRNE-SUTTON, 145; BONER, 92 Fn 4; REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, N 165; BK-REHBINDER, Art. 329 N 15; PORTMANN/PETROVIC, Art. 20a N 18; ZK-STAEHELIN, Art. 329 N 10; STREIFF/VON KAENEL, Art. 329 N 14 S. 415).

2.8.3 Art. 7 lit. d des internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (SR 0.103.1, UNO-Pakt I) lautet wie folgt: Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen an, durch die insbesondere gewährleistet wird (...) Arbeitspausen, Freizeit, eine angemessene Begrenzung der Arbeitszeit, regelmässiger bezahlter Urlaub sowie Vergütung gesetzlicher Feiertage. Zum Teil wird die Meinung vertreten, aus dieser Bestimmung könnten Angestellte im Stundenlohn direkt einen Anspruch auf Vergütung gesetzlicher Feiertage gegenüber ihren Arbeitgebern ableiten (JAR 2003 281 Ziff. 92 ff.; BYRNE-SUTTON, 145 f.; PORTMANN/PETROVIC, Art. 20a N 19; a. M. ZK-STAEHELIN, Art. 329 N 8; offen gelassen bei STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 22 und Art. 329 N 14, S. 415 unten). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz (Urteil, 18) kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden.

2.8.4 In BGE 120 Ia 1 E. 5c S. 11 f. und 121 V 246 E. 2 S. 248 ff. hielt das Bundesgericht allgemein fest, der UNO-Pakt I enthalte in seinen Art. 6–15 einen Katalog wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte, zu deren vollen Verwirklichung sich jeder Vertragsstaat unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten und mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Massnahmen sowie durch internationale Hilfe und Zusammenarbeit, verpflichte (Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt I). Die von der Schweiz mit diesem Pakt eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen hätten insofern programmatischen Charakter; die Vorschriften des Paktes richteten sich – anders als die direkt anwendbaren Garantien des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2, UNO-Pakt II) – nicht an den Einzelnen, sondern an die Gesetzgeber der Vertragsstaaten, welche die Vertragsbestimmungen als Richtlinien für ihre Tätigkeit zu beachten hätten (so die Botschaft des Bundesrates vom 30. Januar 1991 betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden Pakten, BBl 1991 I 1193 und 1202). In BGE 122 I 101 E. 2a S. 103 wiederholte das Bundesgericht, der UNO-Pakt I habe programmatischen Charakter, richte sich an den Gesetzgeber und begründe grundsätzlich keine subjektiven und justiziablen Rechte des Einzelnen (vgl. auch BGE 126 I 240 E. 2c S. 242 f. und den Entscheid 2P.77/2000 des Bundesgerichts vom 30. November 2000 E. 5c).

Konkret stellte das Bundesgericht fest, aus Art. 7 lit. b (sichere und gesunde Arbeitsbedingungen; Entscheid 2A.221/2006 des Bundesgerichts vom 27. April 2006 E. 2), Art. 9 (Recht auf Soziale Sicherheit; BGE 121 V 246 E. 2e S. 250; Entscheid 2P.77/2000 des Bundesgerichts vom 30. No-

vember 2000 E. 5e), Art. 11 Abs. 1 (Recht auf einen angemessenen Lebensstandard; BGE 122 I 101 E. 2a S. 103) und Art. 13 Abs. 2 lit. b und c UNO-Pakt I (allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit des höheren Fach- und Berufsschulwesens respektive des Hochschulunterrichts; BGE 130 I 113 E. 3.3 S. 123, 126 I 240 E. 2d S. 244 und E. 3 S. 247, 120 Ia 1 E. 5d S. 12 f) lasse sich kein individualrechtlicher Anspruch ableiten.

In BGE 121 V 246 E. 2e S. 250 erwähnte das Bundesgericht obiter, das in Art. 8 Abs. 1 lit. a UNO-Pakt I festgeschriebene Recht, Gewerkschaften zu bilden respektive einer Gewerkschaft beizutreten, stelle ein justiziables Individualrecht dar (bestätigt in BGE 126 I 240 E. 2c S. 143, 125 III 277 E. 2d S. 281). Ob das in Art. 8 Abs. 1 lit. d UNO-Pakt I festgeschriebene Streikrecht einen individualrechtlichen Anspruch darstellt, liess das Bundesgericht offen (BGE 125 III 277 E. 2e S. 282).

MALINVERNI (Les Pactes dans l'ordre juridique interne, in: Kälin/Malinverni/Nowak [Hrsg.], Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel 1997, 71 ff., 76) ist der Auffassung, auch die Art. 7 lit. a (i) (gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit), Art. 13 Abs. 1 lit. a (unentgeltlicher Grundschulunterricht), Art. 13 Abs. 3 (freie Schulwahl), Art. 13 Abs. 4 (Schaffung und Leitung von Bildungseinrichtungen) und Art. 15 UNO-Pakt I (Kunst- und Wissenschaftsfreiheit) seien justizierbar.

2.8.5 Bezüglich der direkten Anwendbarkeit von Art. 7 UNO-Pakt I führen KÜNZZLI/KÄLIN (Die Bedeutung des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte für das schweizerische Recht, in: Kälin/Malinverni/Nowak [Hrsg.], Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel 1997, 105 ff., 119) aus, die Effektivität dieses Rechts hänge in besonderem Masse vom Stand der Gesetzgebung ab, da es sich überwiegend in privatwirtschaftlichen Bereichen verwirklichen müsse. Staatliche Massnahmen zur vollen Verwirklichung dieses Rechts müssten sich deshalb vor allem darauf konzentrieren, in einer Arbeitsschutzgesetzgebung zumindest Minimalansprüche zu konkretisieren, deren persönlicher Anwendungsbereich möglichst umfassend ausgestaltet sei. KÜNZZLI/KÄLIN (S. 119 f.) vertreten die Auffassung, lit. a (i) (gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit) und in eingeschränkterem Masse lit. c von Art. 7 UNO-Pakt I (gleiche Aufstiegsmöglichkeiten) seien einer gerichtlichen Beurteilung zugänglich. Bezüglich lit. a (i) verweisen sie dabei auf Ziff. 5 der Allgemeinen Bemerkung 3 von 1990 (Anhang III des Dokuments E/1991/23; Zugang über das Dokumentenarchiv [tb.ohchr.org](http://tb.ohchr.org)) des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (nachfolgend Ausschuss), welcher vom Wirtschafts- und Sozialrat der UNO mit der Überwachung der Paktanwendung durch die Vertragsstaaten betraut worden ist. Der Ausschuss hält hier fest, der UNO-Pakt I enthalte eine Anzahl Bestimmungen, so die Art. 3, 7 lit. a (i), 8, 10 Abs. 3, 13 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 und Abs. 4, 15 Abs. 3, welche in vielen nationalen Rechtsordnungen als für die direkte Anwendung durch gerichtliche Organe geeignet erschienen. Auf diese Aufzählung nahm der Ausschuss auch in Ziff. 10 der

Allgemeinen Bemerkung 9 von 1998 (Dokument E/C.12/1998/24) wieder Bezug. In Ziff. 11 der Allgemeinen Bemerkung 9 weist der Ausschuss sodann darauf hin, dass der UNO-Pakt I nicht ausschliesse, dass seine Bestimmungen direkt anwendbar seien. In Ziff. 10 seiner Schlussfolgerungen vom 7. Dezember 1998 (Dokument E/C.12/1/Add.30) zum ersten Bericht der Schweiz zur Umsetzung des UNO-Pakts I vom 18. September 1996 (Dokument E/1990/5/Add.33) weist der Ausschuss ebenfalls darauf hin, dass nicht davon ausgegangen werden könne, der UNO-Pakt I enthalte ausschliesslich Vorschriften programmatischer Natur, welche nicht unmittelbar anwendbar seien.

Im erwähnten ersten Bericht der Schweiz zur Umsetzung des UNO-Pakts I wurde in Ziff. 193 f. darauf hingewiesen, dass die Vergütung von Feiertagen in der Schweiz ausser für den Bundesfeiertag nicht obligatorisch sei. Bei im Monatslohn Angestellten finde sie in der Regel dennoch statt, nicht jedoch bei im Stundenlohn Angestellten (ausser dies sei vertraglich ausdrücklich vorgesehen), welche nur den Bundesfeiertag entschädigt erhielten. Auf diese Darlegung der Rechtslage in der Schweiz ging der Ausschuss in seinen Schlussfolgerungen nicht ein. Auch bezüglich der analogen Rechtslage in Liechtenstein machte der Ausschuss keine Bemerkungen (Dokument E/C.12/LIE/CO/1).

In Ziff. 214 des zweiten und dritten Berichts der Schweiz zur Umsetzung des UNO-Pakts I vom 17. Juli 2009 wird erneut erwähnt, der Bundesfeiertag werde allen Angestellten einschliesslich Beschäftigten im Stundenlohn vergütet. Die übrigen (kantonalen) Feiertage finden in diesem Bericht keine Erwähnung mehr.

2.8.6 Unter Berücksichtigung dessen, dass Bundesrat und Parlament davon ausgingen, die Vorschriften des UNO-Paktes I gewährten dem Einzelnen, grundsätzlich keine subjektiven und justiziablen Rechte, welche der Bürger vor schweizerischen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden anrufen könnte (BB1 1991 I 1202; BGE 120 Ia 1 E. 5c S. 12), dass die Formulierung von Art. 7 UNO-Pakt I («Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen an, durch die insbesondere gewährleistet wird ...») nur eine Aufforderung an die beteiligten Staaten zur Konkretisierung der nachfolgend umschriebenen Arbeitsbedingungen enthält (ZK-STAEHELIN, Art. 329 N 8; KÜNZLI/KÄLIN, 119), dass Art. 7 lit. d UNO-Pakt I vom Ausschuss nicht ausdrücklich zu den direkt anwendbaren Bestimmungen gezählt wird und dass der Ausschuss die Darlegungen der Schweiz und Liechtensteins betreffend der Rechtslage für die Ferienentschädigung von Angestellten im Stundenlohn kommentarlos zur Kenntnis genommen hat, kann Art. 7 lit. d UNO-Pakt I kein individualrechtlicher Anspruch mit dem Inhalt, dass den Angestellten im Stundenlohn die vom kantonalen Gesetzgeber bestimmten Feiertage zu entschädigen wären, entnommen werden.

Auch kann eine solche Entschädigungspflicht, entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urteil, 18 f. lit. f.), nicht deshalb bejaht werden, weil

die Beklagte geltend gemacht hatte, sich nach den Besoldungslisten richten zu wollen, gemäss welchen ein Zuschlag für 9 Feier-/Ruhetage gewährt werde. Nachdem ihr in anderem Zusammenhang auseinandergesetzt worden ist, dass diese Listen nicht Vertragsbestandteil geworden sind, kann sie dabei nicht behaftet werden.

2.9 Nach dem Gesagten steht der Klägerin einzig bezüglich des Bundesfeiertags ein Entschädigungsanspruch zu. Dieser ist grundsätzlich als Zuschlag zum vereinbarten Stundenlohn zu bestimmen. Da die Vergütung im vorliegenden Fall im Nachhinein erfolgt, kann der Zuschlag auf der gesamten von der Beklagten bezahlten Bruttolohnsumme (ohne den Zuschlag für die Ferienentschädigung) erfolgen. Diese beträgt Fr. 54 615.10.

Der Zuschlag für neun Feiertage beträgt gemäss der nicht zu beanstandenden Berechnung der Vorinstanz 3,87%. Entsprechend beträgt die für den Bundesfeiertag geschuldete Entschädigung 0,43%. Demgemäss schuldet die Beklagte der Klägerin noch eine Entschädigung von Fr. 234.85.

3.

Die Berufung wird teilweise gutgeheissen. Die Beklagte hat der Klägerin brutto Fr. 2047.70 für zu Unrecht in Abzug gebrachte Mittagspausen zuzüglich brutto Fr. 234.85 Entschädigung für den Bundesfeiertag nebst Zins zu 5% ab dem 31.Juli 2008 abzüglich Fr. 910.– für eingenommene Mittagspausen zu bezahlen.

*Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 25. März 2010*

**Art. 335 OR, Kündigung vor Stellenantritt. Nach der Praxis der Basler, Berner, Thurgauer und Zürcher Gerichte beginnt bei einer Kündigung vor Stellenantritt die Kündigungsfrist erst im Zeitpunkt des vorgesehenen Stellenantritts zu laufen, nach der Praxis der St. Galler, Genfer und appenzell-innerrhodischen Gerichte bereits vor Stellenantritt mit dem Zugang der Kündigung. Vorliegend unterzeichneten der Arbeitnehmer und die Arbeitgeberin am 15. Januar 2009 einen Arbeitsvertrag mit Arbeitsbeginn 1. Juli 2009, wobei dem Arbeitnehmer am 6. Februar 2009 aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt wurde. Nach Ansicht des St. Galler Kantonsgericht verhielt sich die Arbeitgeberin, die kurze Zeit nach einem von der Konzernleitung angeordneten Einstellungsstopp die Kündigung aussprach, nicht illoyal. Das Arbeitsverhältnis ist vor Stellenantritt erloschen, weshalb der Arbeitnehmer keinen Lohn zugute hat (E. 1.a und b und 2).**

Sachverhalt:

Am 15. Januar 2009 unterzeichneten A und die B-GmbH einen Arbeitsvertrag mit Arbeitsbeginn per 1. Juli 2009, einer ordentlichen Kündi-

gungsfrist von drei Monaten und einer Kündigungsfrist während der Probezeit von sieben Tagen. Später ordnete die Konzernleitung der B-GmbH einen Einstellungsstopp an, worauf die B-GmbH den Arbeitsvertrag mit eingeschriebenem Brief vom 4. Februar 2009 aus wirtschaftlichen Gründen kündigte. Das Kündigungsschreiben traf am 6. Februar 2009 im Postfach von A ein, wurde von ihm jedoch nicht abgeholt und später zurückgesandt.

Vor Kantonsgericht verlangt A Lohn für die Zeit zwischen dem Stellenantritt und dem Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist.

Aus den Erwägungen:

1.

a) Die Beklagte schuldet dem Kläger Lohn, falls das Arbeitsverhältnis erst nach dem vorgesehenen Stellenantritt erloschen ist (Art. 322 Abs. 1 i.V.m. 324 Abs. 1 OR). Nach der Praxis der Basler, Berner, Thurgauer und Zürcher Gerichte und einem Teil der Lehre beginnt bei einer Kündigung vor Stellenantritt die Kündigungsfrist erst im Zeitpunkt des vorgesehenen Stellenantritts zu laufen (Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, JAR 2004, 444; Arbeitsgericht Bern, JAR 1997, 100, E. 8, u.a.; Arbeitsgericht Zürich, ZR 1994 Nr. 53 = JAR 1995, 144, E. 3c; im Ergebnis ebenso Obergericht Thurgau, JAR 1984, 199; aus der Lehre BSK OR I-PORTMANN, Art. 335 N 23; BK-REHBINDER, Art. 335 N 14 OR; ZK-STAEHELIN, Art. 335 N 21 OR; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, SPR VII/4, Basel etc. 2005, 225). Auf diesen Standpunkt stellt sich der Kläger. Die Beklagte beruft sich demgegenüber auf die St. Galler, Genfer und appenzell-innerrhodische Praxis, die sich auf die Lehrmeinung von STREIFF abstützt (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag Praxiskommentar, nunmehr 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 335b N 11 S. 622) und gemäss der die Kündigungsfrist auch vor Stellenantritt mit dem Zugang der Kündigung zu laufen beginnt (Kantonsgericht St. Gallen, GVP 1990 Nr. 51 = JAR 1992, 207; Kant. Einzelrichter Appenzell-Innerrhoden, zitiert in STREIFF/VON KAENEL, Art. 335b N 11; im Ergebnis ebenso Chambre d'Appel de Genève, JAR 1989, 196; aus der Lehre GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009, Rn. 579; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 335 N 14; implizit ebenso BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern etc. 1996, Art. 335 N 5). Das Bundesgericht hatte diese Frage soweit ersichtlich bisher noch nicht zu entscheiden.

b) Die St. Galler Praxis, wonach die Kündigungsfrist auch vor Stellenantritt mit dem Kündigungsempfang zu laufen beginnt, ist sachgerecht (zum Folgenden siehe STREIFF/VON KAENEL, Art. 335b N 11; GVP 1990 Nr. 51, E. 2b). Vom Grundsatz, dass die Kündigungsfrist mit dem Zugang der Kündigung zu laufen beginnt (BGE 113 II 259 E. 2a), sollte nicht ohne zwingenden Grund eine Ausnahme gemacht werden. Die Kündigungsfrist soll den Parteien Zeit geben, um eine neue Stelle zu suchen bzw. die Stelle neu zu besetzen. Solange die Kündigungsfrist eingehalten wird, ist dieser

Zweck erfüllt, unabhängig davon, ob die Stelle bereits angetreten wurde oder nicht. Folgte man der anderen Auffassung, so führte dies zum unbefriedigenden Ergebnis, dass ein Arbeitnehmer die Stelle für eine kurze Zeit antreten müsste, sofern sich die Parteien nicht auf einen Aufhebungsvertrag einigen. Damit wäre weder dem Arbeitnehmer gedient, weil er für die Zeit bis zum Stellenantritt kaum eine andere Stelle finden könnte, noch dem Arbeitgeber, da er von einem so kurzen Einsatz des Arbeitnehmers in der Regel nicht profitiert. Die hier vertretene Lösung ermöglicht es den Parteien besser, sich auf die neue Situation einzustellen, und macht Verhandlungen über einen Aufhebungsvertrag unnötig. Sie bevorzugt weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer, da eine Kündigung vor Stellenantritt sowohl vom Arbeitgeber als auch vom Arbeitnehmer ausgehen kann und in der Praxis auch beides vorkommt. Es entsteht zwar das Problem, dass Arbeitsverträge, die lange vor dem Stellenantritt abgeschlossen wurden, solange faktisch unverbindlich sind, als sie auf einen Termin vor Stellenantritt kündbar sind. Die Parteien können dies aber vermeiden, indem sie vereinbaren, dass der Arbeitsvertrag frühestens auf einen bestimmten Termin nach dem Stellenantritt gekündigt werden darf (Arbeitsverhältnis mit Minimalfrist, siehe BGE 110 II 167).

c) Vorliegend wurde das Kündigungsschreiben am 6. Februar 2009 ins Postfach des Klägers avisiert und war ab diesem Tag zur Abholung bereit. Die Kündigung gilt folglich als am 6. Februar 2009 zugegangen (BGE 113 II 259 E. 2a; BSK OR I-BUCHER, Art. 9 N 4). Da die Kündigung mehr als vier Monate vor dem Stellenantritt erfolgte, kann offen bleiben, ob die Kündigungsfrist während der Probezeit oder die ordentliche Kündigungsfrist von drei Monaten zu beachten war. Das Arbeitsverhältnis ist jedenfalls vor Stellenantritt erloschen, weshalb der Kläger von der Beklagten keinen Lohn zugute hat.

## 2.

Nach Auffassung zumindest jener Gerichte und Autoren, gemäss denen die Kündigungsfrist schon vor Stellenantritt zu laufen beginnen kann, kann die Kündigung vor Stellenantritt bei illoyalem Verhalten zu Schadenersatz führen. Rechtsnatur und Voraussetzungen dieser Haftung sind umstritten (vgl. GVP 1990 Nr. 51 E. 2b und d; JAR 2004, 444; JAR 1995, 144, E. 3d–e; JAR 1989, 196; STREIFF/VON KAENEL, Art. 335b N 11; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 335 N 14; VISCHER, 225). Wie es sich damit verhält, kann aus zwei Gründen offen bleiben. Erstens machte der Kläger während des ganzen Verfahrens nie geltend, es sei ihm aus der Kündigung ein Nachteil oder eine finanzielle Einbusse erwachsen, sondern er fordert ausschliesslich Lohn. Das Gericht hat jedoch auch unter dem Untersuchungsgrundsatz (Art. 343 Abs. 4 OR) nicht nach Fakten zu forschen, die einen Sachverhaltskomplex betreffen, zu welchem eine Partei keinerlei Ausführungen macht (vgl. BGE 107 II 233 E. 2c). Zweitens verhielt sich die Beklagte bei der Kündigung nicht illoyal. Dabei ist unerheblich, ob die Beklagte dem Kläger – wie er behauptet und sie bestreitet –

ursprünglich einen Arbeitsbeginn am 1. März 2009 zugesichert hatte, denn im Zeitpunkt der Kündigung war für den Stellenantritt der Arbeitsvertrag vom 15. Januar 2009 maßgebend und dieser sah dafür den 1. Juli 2009 vor. Eine allfällige anderslautende mündliche Vereinbarung wäre mit Abschluss des schriftlichen Arbeitsvertrags aufgehoben worden. Entscheidend ist, dass die Beklagte die Kündigung unbestrittenermassen aus wirtschaftlichen Gründen aussprach, kurz nachdem die Konzernleitung einen Einstellungsstopp angeordnet hatte. Sowohl die Kündigungsmodalitäten als auch der Kündigungsgrund sind somit nicht zu beanstanden. Die Beklagte schuldet dem Kläger keinen Schadenersatz.

## Kanton Tessin

*Tribunal d'appel du canton du Tessin, I<sup>re</sup> Chambre civile, Arrêt du 20 juillet 2010 (Admission partielle de l'appel interjeté contre la décision du Préteur du district de Bellinzona du 2 février 2010)*

**Art. 335a al. 1 CO.** Est contraire au droit une clause contractuelle qui impose au travailleur le paiement d'une peine conventionnelle équivalente à deux mois de son salaire s'il résilie son contrat de travail. Une telle clause est prohibée par la loi, car elle revient à limiter la liberté du travailleur de résilier le contrat et elle crée une disparité entre les parties (c. 3.1).

**Art. 327a CO.** Les frais imposés par l'exécution du travail sont impérativement à charge de l'employeur. Un accord qui prévoit que l'employé doit payer tout ou partie de ces frais est nul de plein droit (c. 3.2 et c. 6). En revanche, les frais de formation continue peuvent être mis à certaines conditions à la charge du travailleur: il faut que le principe, le montant et le moment du remboursement soient convenu entre les parties avant le début de la formation, et que la clause contractuelle ne porte pas atteinte d'une manière excessive à la liberté du travailleur de résilier le contrat de travail (c. 3.2).

Ritenuto in fatto:

AP 1 è stato assunto da AO 1 servizi di sicurezza dal 1° settembre 2008 sulla base di un contratto di durata indeterminata con diverse mansioni, segnatamente nella gestione delle risorse umane e del pacchetto clienti. Il contratto prevedeva un salario lordo annuale, compresa la tredicesima mensilità, di fr. 78 140.– così composto: fr. 58 575.– a titolo di salario base, fr. 1625.– a titolo di indennità di grado e fr. 17 940.– a titolo di indennità di funzione. Il 25 maggio 2009 il lavoratore ha rescisso il contratto di lavoro con effetto al 31 luglio 2009. La disdetta è stata accettata dalla datrice di lavoro che però, in applicazione della clausola n. 15.7 del contratto individuale di lavoro, ha trattenuto due mesi completi di salario.

Con istanza del 12 ottobre 2009 alla Pretura del Distretto di Bellinzona, il lavoratore ha contestato l'applicazione della clausola n. 15.7 del contratto, chiedendo la condanna della ex datrice di lavoro al pagamento di fr. 12 589.50, oltre interessi, dovuti a titolo di stipendio netto per il mese di luglio 2009, di parte della tredicesima, di vacanze non godute (fr. 11 719.50), di rimborso spese relative al permesso di porto d'arma sostenute dal lavoratore (fr. 170.–) e infine di costi legali preprocessuali sostenuti dall'istante (fr. 700.–). Con sentenza 2 febbraio 2010, il Pretore

ha respinto l'istanza. Con appello 9 febbraio 2010 l'istante chiede la riforma del querelato giudizio nel senso di accogliere l'istanza.

Considerato in diritto:

1.

Il Pretore, con la sentenza 2 febbraio 2010 qui impugnata, ha respinto l'istanza. Il Giudice di prime cure ha in particolare ritenuto che la clausola n. 15.7 del contratto di lavoro fosse da porre in relazione con la premessa del medesimo contratto, premessa del seguente tenore: *«il collaboratore, con riferimento ai colloqui intercorsi, è assunto dalla società per un impiego in attività che richiedono un'importante introduzione e formazione nell'azienda. Questi aspetti impegneranno le parti in modo importante, in particolare nei primi mesi; il contratto di lavoro verte quindi su un chiaro impegno delle parti per la creazione e lo sviluppo di questo posto di lavoro e per una collaborazione a medio termine»*. Il primo Giudice ha pertanto considerato che la clausola fosse applicabile e ha aggiunto che *«nulla impedisce alle parti – di per sé – di stipulare una clausola come quella qui in discussione, volta a considerare le spese di formazione del dipendente sostenute dall'azienda»*.

2.

Con l'appello 9 febbraio 2010, l'appellante censura la decisione del Pretore rilevando che egli, considerando regolare ed applicabile alla fattispecie la clausola n. 15.7 del contratto di lavoro, ha violato la legge. Secondo l'istante, in applicazione dell'art. 327a cpv. 1 CO, i costi di formazione sono a carico del datore di lavoro e gli accordi che prevedono un'eventuale attribuzione degli stessi al collaboratore sono considerati nulli ex art. 327a cpv. 3 CO. Inoltre l'istante ritiene che la clausola in oggetto rappresenti una penalità atta a creare delle differenze tra datore di lavoro e dipendente nell'ambito della disdetta, ciò che sarebbe in contrasto con i contenuti dell'art. 335a CO. Vi è di più. La datrice di lavoro, a mente dell'appellante, non ha provato in alcun modo né il finanziamento della formazione sostenuto né il contenuto effettivo di quest'ultima.

3.

Il punto essenziale del litigio verte dunque sull'interpretazione e l'applicabilità della clausola n. 15.7 del contratto individuale di lavoro stipulato fra le parti. Tale clausola recita: *«il collaboratore si impegna al pagamento di una penalità convenzionale pari a 2 mesi completi di salario qualora abbia ad inoltrare la disdetta del rapporto di lavoro, o la società sia costretta a rescindere il contratto per motivi imputabili al collaboratore, entro 2 anni dalla data di inizio del contratto»*.

3.1. In base ai criteri abituali d'interpretazione il contenuto di un accordo viene stabilito in primo luogo mediante l'interpretazione soggettiva, ovvero sulla base della vera e concorde volontà dei contraenti (art. 18 cpv. 1 CO); solamente quando non esistono accertamenti di fatto sulla

reale concordanza della loro volontà rispettivamente se il giudice constata che una parte non ha compreso la volontà dell'altra, la loro presunta volontà viene accertata grazie al principio dell'affidamento, ovvero secondo il senso che ogni contraente poteva e doveva ragionevolmente attribuire alle dichiarazioni di volontà dell'altro nella situazione concreta (DTF 127 III 444 consid. 1b, 126 III 59 consid. 5b, 126 III 375 consid. 2e/aa, 123 III 165 consid. 3a; II CCA 18 luglio 2007, inc. 10.2003.15; II CCA 2 aprile 2003 inc. n. 12.2002.105). [...]. Nel caso concreto, non essendovi una reale concordanza delle parti circa l'interpretazione soggettiva, in particolare nell'applicabilità della clausola n. 15.7, occorre interpretarne il contenuto secondo il principio dell'affidamento. Ora, il tenore di tale clausola costituisce in realtà una «*penalità convenzionale*», che limita la libertà del lavoratore di dare disdetta e crea disparità tra le parti al momento della disdetta del contratto di lavoro, violando così il principio posto dall'art. 335a CO (AUBERT, in Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, Munich, 2003, 1<sup>a</sup> ed., n. 7 ad art. 327a CO). Infatti l'art. 335a CO vuole tutelare il lavoratore vietando clausole contrattuali che impongono a quest'ultimo un termine di disdetta maggiore rispetto a quello applicato al datore di lavoro (AUBERT, op.cit., n. 1 ad art. 335a CO).

Vi è di più. Il Pretore, ponendo in relazione la clausola n. 15.7 con la premessa del contratto, ha valutato che la presenza della penalità convenzionale fosse da associare ai costi di formazione sostenuti dalla datrice di lavoro. Tuttavia, interpretando il contratto, non si comprende su quale base si fondi la sopracitata penalità e come sia stato fissato il suo importo. Infatti, il punto n. 15.7 del contratto non contiene alcun accenno al rimborso della formazione e neppure la posizione di tale clausola all'interno del contratto permette di stabilire un collegamento diretto con la premessa o il punto 3 del contratto. Pertanto, contrariamente a quanto sostenuto dal Giudice di prime cure, il nesso tra la clausola n. 15.7 e la formazione non è dato e di conseguenza neppure l'importo previsto nella clausola può essere associato ai costi di formazione sostenuti dalla datrice di lavoro. Inoltre, la convenuta, a cui incombe l'onere della prova (AUBERT, op.cit., n. 7 ad art. 327a CO; COCCHI/TREZZINI, CPC-TI, n. 7 ad art. 183 CPC), non ha dimostrato in alcun modo la quantificazione della pena convenzionale pari a 2 mesi completi di salario. Anzi, nel suo riassunto scritto di risposta del 18 gennaio 2010, ha affermato che «*l'art. 15.7 del contratto non fa alcun riferimento ad una formazione (...) la clausola trova applicazione quando il dipendente dà la disdetta entro 2 anni: basta leggere il contratto e vedere quando la disdetta è stata data e quindi per rendersi conto che l'importo è dovuto quale pena convenzionale pattuita contrattualmente*». La clausola in questione è pertanto stata voluta esplicitamente per vincolare il dipendente al contratto di lavoro per una durata minima di 2 anni, ciò che è contrario all'art. 335a CO. Per questo motivo la clausola n. 15.7 è da ritenersi nulla e pertanto non applicabile alla fattispecie.

3.2. A titolo abbondanziale si rileva che ai sensi dell'art. 327a CO i costi di formazione indispensabili per l'esecuzione del lavoro devono essere sopportati imperativamente dal datore di lavoro (AUBERT, op.cit., n. 7 ad art. 327a CO; WYLER, Droit du travail, Berna, 2<sup>a</sup> ed., 2008, pag. 289). Questa disposizione si riferisce unicamente ai costi derivanti dalla formazione necessaria al dipendente per familiarizzare con il proprio lavoro. Non appartiene dunque a questo tipo di formazione, la formazione continua del lavoratore, in quanto rappresenta una formazione complementare che procura al dipendente un vantaggio personale di cui potrà beneficiare anche e soprattutto dopo la cessazione del rapporto di lavoro in un futuro impiego. In caso di formazione continua il datore di lavoro può quindi chiedere il rimborso dei costi al suo dipendente, a condizione che ciò risulti dal contratto prima dell'inizio della formazione. In questo caso il contratto dovrà indicare chiaramente sia l'importo della formazione continua sia il periodo determinante per il rimborso, e tale clausola non deve rappresentare un intralcio eccessivo alla libertà personale del dipendente atta ad impedirgli per un periodo eccessivo la disdetta del contratto (WYLER, op.cit., pag. 290/291). Nel caso concreto, la premessa del contratto individuale di lavoro prevede che *«il collaboratore, con riferimento ai colloqui intercorsi, è assunto dalla società per un impiego in attività che richiedono un'importante introduzione e formazione nell'azienda. Questi aspetti impegneranno le parti in modo importante, in particolare nei primi mesi; il contratto di lavoro verte quindi su un chiaro impegno delle parti per la creazione e lo sviluppo di questo posto di lavoro e per una collaborazione a medio termine»*. Tale contratto contempla inoltre sia un piano di formazione interno alla società sia un piano di formazione personale del collaboratore, e più precisamente prescrive che *«la funzione di collaboratore richiede in ogni caso impegno nella formazione continua personale, la preparazione di lavori e/o progetti, il seguire determinate attività speciali ecc.»*. Tuttavia, nella presente fattispecie, la datrice di lavoro non ha dimostrato l'ampiezza dei costi sostenuti né documentato eventuali corsi o specializzazioni effettuate dal dipendente, così che la tesi della formazione continua non regge e un rimborso spese non può essere ritenuto. Infatti, il «know how» ed il «bagaglio d'esperienza» a cui fa riferimento l'appellante nelle sue osservazioni non possono essere considerati come formazione continua, contrariamente a quanto dalla stessa ritenuto. Vi è di più. Le condizioni sopracitate per il rimborso di eventuali costi per la formazione continua non sono soddisfatte, poiché non vi è traccia di specificazioni in merito nella clausola n. 15.7. Pertanto, se il datore di lavoro fornisce una formazione speciale al dipendente senza che le parti si siano accordate su un eventuale rimborso dei costi, questi ultimi restano interamente a carico del primo (AUBERT, op.cit., n. 8 ad art. 327a CO).

Ne discende che la clausola contrattuale n. 15.7 non è applicabile alla fattispecie poiché contiene una penalità convenzionale atta a creare differenze tra le parti contrattuali per quanto riguarda le possibilità di disdetta

del contratto di lavoro. Inoltre la datrice di lavoro non ha dimostrato che l'importo della clausola n. 15.7 sia dovuto a titolo di rimborso spese di formazione continua, motivo per il quale non è dovuto alcun rimborso per quanto riguarda i costi di formazione.

(...)

6.

Per quanto concerne le «spese tesserino», la clausola n. 15.13 del contratto di lavoro prevede che: «I costi del permesso del Dipartimento delle Istituzioni e dei relativi porti d'arma, come pure dei susseguenti rinnovi, sono interamente a carico del collaboratore». Il Pretore ha ritenuto che il costo del permesso di porto d'arma fosse da addebitare al lavoratore in quanto le parti lo avrebbero validamente pattuito alla clausola n. 15.13 sopracitata. L'appellante censura la decisione del giudice di prime cure sostenendo che il costo del tesserino, essendo una spesa necessaria allo svolgimento dell'attività lavorativa, ai sensi dell'art. 327a CO, deve essere integralmente a carico del datore di lavoro. A ragione. L'art. 327a cpv. 1 CO, come analizzato in precedenza (consid. 3.2), prevede che il datore di lavoro deve rimborsare al lavoratore tutte le spese rese necessarie dall'esecuzione del lavoro. È nullo, ai sensi dell'art. 327a cpv. 3 CO, ogni accordo per il quale il lavoratore deve sopportare interamente o in parte tali spese. Il fatto che l'art. 327a cpv. 3 CO non sia citato né all'art. 361 né all'art. 362 CO è irrilevante, poiché emerge chiaramente dal suo tenore che non si tratta di diritto dispositivo (DTF 124 III 305, consid. 3, pag. 309; STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, Zurigo, 2006, 6<sup>a</sup> ed., n. 9 ad art. 327a CO). Le modalità che caratterizzano la stipulazione di un accordo nullo ai sensi dell'art. 327a cpv. 3 CO non sono importanti. Risulta lesivo di questa norma sia l'accordo secondo cui il dipendente si impegna a rimborsare le spese necessarie all'esecuzione del lavoro al datore di lavoro, sia quello con cui il lavoratore si impegna a provvedere direttamente al saldo di tali spese nei confronti di terzi (DTF 124 III 305, consid. 3, pag. 309). Nella fattispecie, secondo la clausola n. 15.12 *«la società può disdire il contratto di lavoro con effetto immediato se il Dipartimento delle Istituzioni sospende, annulla o non rinnova il permesso per svolgere l'attività di sorveglianza e investigazione e/o i rispettivi porti d'arma»*. Per quanto appena scritto, pur ammettendo che non fosse effettivamente indispensabile per l'attività del dipendente in questione, il porto d'arma deve essere ritenuto tale, in quanto qualora non fosse ottenuto si giustificherebbe una disdetta del contratto di lavoro con effetto immediato. Oltretutto, anche la convenuta ha sostenuto che *«il tesserino non è un'esigenza aziendale ma un requisito indispensabile per un collaboratore a livello quadri»*. Le parti, stipulando un contratto individuale, non sottoposto al Contratto collettivo di lavoro per il settore privato dei servizi di sicurezza, avrebbero potuto convenire che il permesso di porto d'arma non fosse necessario per la specifica funzione del lavoratore, omettendo ad esempio di inserire la clausola n. 15.13 e dispensando in questo modo il dipendente dal procurarsene uno.

Ne discende la nullità dell'accordo sottoscritto dall'appellante, con la conseguenza che le relative spese sono poste a carico della datrice di lavoro.

Arrêt communiqué par E. Epiney-Colombo, Présidente de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin.

*Tribunal d'appel du canton du Tessin, II<sup>e</sup> Chambre civile, Arrêt du 11 octobre 2010 (Rejet de l'appel interjeté contre la décision du Préteur de la deuxième section du district de Lugano du 28 mai 2010)*

**Art. 340a al. 2 CO. Le juge peut réduire une clause d'interdiction de concurrence qui respecte les conditions de validité de l'art. 340 al. 2 CO, mais qui est excessive selon l'art. 340a al. 1 CO (c. 4). Il faut considérer, par ailleurs, qu'une clause qui contient une limitation quant au temps, mais aucune limitation quant au lieu et au genre d'affaires n'est pas nécessairement nulle (c. 6).**

Ritenuto in fatto:

AP 1 è stato assunto da AO 1 dal 14 novembre 2004 sulla base di un contratto di durata indeterminata in qualità di rappresentante di vendita. Il contratto prevedeva un salario fisso mensile di fr. 3000.– lordi, più la tredicesima mensilità, oltre a una provvigione pari al 5% degli incassi sul fatturato netto e sui contanti. Il dipendente, con raccomandata consegnata a mano e datata 30 aprile 2008, ha disdetto il contratto di lavoro con effetto al 30 giugno 2008. Con successiva pattuizione verbale le parti contrattuali si sarebbero accordate sia sull'interruzione anticipata del rapporto di lavoro con effetto al 31 maggio 2008, sia sulla liberazione del lavoratore dal prestare la propria opera a partire dal 1<sup>o</sup> maggio 2008.

Con istanza del 9 gennaio 2009 alla Pretura del Distretto di Lugano, il lavoratore ha chiesto la condanna della ex datrice di lavoro al pagamento di fr. 29 083.–, oltre interessi, dovuti a titolo di pretesi salariali. La controparte invece ha postulato l'integrale reiezione dell'istanza, presentando a sua volta una domanda riconvenzionale. Dopo discussione, le parti hanno raggiunto un accordo sulle pretese salariali dell'istante, rappresentanti in concreto fr. 17 046.– lordi. Con il memoriale conclusivo la convenuta ha poi presentato un calcolo al netto pari a fr. 14 255.50, in applicazione proporzionale delle deduzioni figuranti nei conteggi mensili allestiti dalla convenuta e regolarmente accettati dal dipendente. Alla pretesa netta di fr. 14 255.50, la convenuta ha però preteso opporre, in parte in compensazione e in parte postulandone la condanna al pagamento in via riconvenzionale, un proprio credito di fr. 30 000.– per l'asserita violazione da parte del lavoratore della clausola contrattuale relativa al divieto di concorrenza stipulata ai punti 3.8 e 3.9 del contratto di lavoro. Con sentenza 28 maggio 2010 il Pretore ha integralmente respinto l'istanza e parzialmente accolto la

domanda riconvenzionale nella misura di fr. 5744.50, ritenendo che la pena convenzionale, seppur ridotta poiché eccessiva, fosse dovuta, avendo riscontrato la violazione del divieto di concorrenza da parte dell'ex dipendente. Donde la bontà della compensazione fatta valere dalla convenuta con le pretese salariali dell'istante. L'istante è insorto contro la sentenza del Pretore con atto di appello 10 giugno 2010.

Considerato in diritto:

1.

Il Pretore, con la sentenza 28 maggio 2010 qui impugnata, ha constatato la violazione del divieto di concorrenza, previsto nella clausola 3.8, da parte dell'ex dipendente, e ha pertanto ritenuto corretto sanzionare tale violazione con la condanna del lavoratore al pagamento della pena convenzionale prevista al paragrafo 3.9 del contratto di lavoro, riducendone tuttavia l'importo a fr. 20 000.—, in quanto eccessiva. Il primo giudice infatti, ha accertato nel corso dell'istruttoria che l'istante, dopo aver rescisso il contratto di lavoro, ha concluso un nuovo contratto di lavoro con una ditta concorrente della convenuta, attiva nell'identico ramo professionale e nel medesimo raggio territoriale della precedente datrice di lavoro. Il Pretore ha poi ritenuto la clausola relative al divieto di concorrenza conforme alle condizioni di validità di cui all'art. 340 cpv. 1 e 2 CO ed ha di conseguenza applicato la suddetta clausola, condannando l'ex dipendente al pagamento ridotto della pena convenzionale, in applicazione dell'art. 163 cpv. 3 CO. Da tale importo ha poi dedotto le pretese accertate in favore del dipendente, in fr. 14 255.50, sicché l'istante è stato condannato a versare alla controparte l'importo di fr. 5744.50.

2.

L'appellante contesta il giudizio pretorile ribadendo la nullità della clausola di divieto di concorrenza prevista ai punti 3.8 e 3.9 del contratto di lavoro. Egli ritiene a questo proposito che la clausola sia incompleta e pertanto da invalidare, mancando in particolare di regolamentare tutte e tre le limitazioni previste dall'art. 340a cpv. 1 CO, ossia la limitazione di luogo, tempo ed oggetto. Essendo la clausola stipulata non valida, l'appellante chiede dunque che la pena convenzionale prevista al punto 3.9 non sia applicata. A suo dire il Pretore ha ritenuto la clausola di non concorrenza troppo generica, poiché limitata esclusivamente sul piano temporale, ma, ciò nonostante, ne ha ammesso la validità, avendo accertato, nel corso dell'istruttoria, l'effettiva violazione del divieto di concorrenza. Così facendo il Giudice di prime cure avrebbe violato la volontà del legislatore ed in particolare l'art. 340a CO. Inoltre l'ex dipendente evidenzia che la clausola, essendo particolarmente ampia per quanto concerne la limitazione territoriale, avrebbe dovuto almeno prevedere una contropartita economica che indennizzasse l'obbligo del dipendente a cambiare tipo di attività in

caso di rescissione del rapporto di lavoro, al fine di non compromettere gravemente il suo avvenire economico.

3.

In concreto il litigio verte dunque sull'interpretazione e l'applicabilità della clausola 3.8 del contratto individuale di lavoro stipulato fra le parti e la conseguente pena convenzionale contenuta nel paragrafo 3.9 dello stesso. Secondo quanto disposto nella prima parte di tale clausola, *«durante il rapporto di lavoro e per i tre anni successivi egli non deve in alcun modo fare concorrenza alla società AO 1»*. Il punto 3.9 prescrive poi che *«per contravvenzione agli accordi di cui al paragrafo 3.8 del contratto, il dipendente si impegna al pagamento di una multa convenzionale di fr. 30 000.–; eventuali altre pretese per risarcimento danni rimangono possibili. In qualsiasi caso dopo il pagamento della multa convenzionale AO 1 si riserva il diritto di richiedere il rispetto di suddetti paragrafi»*.

(...)

3.2. Nel caso concreto, non essendo possibile ricostruire una reale concordanza delle parti circa l'applicabilità della clausola n. 3.8, occorre interpretarne il contenuto secondo il principio dell'affidamento. Ora, tale clausola è costitutiva di un divieto di concorrenza generico per il quale è stata prevista una multa convenzionale di fr. 30 000.– in presenza di una sua violazione. Perciò risulta pertanto essere pacifico che le parti abbiano voluto pattuire una clausola di divieto di concorrenza. È invece controversa la sua validità sul piano formale, la sua conformità agli art. 340 ss. CO e la relativa applicabilità al caso concreto.

4.

Secondo quando disposto dall'art. 340 CO, il lavoratore che ha l'esercizio dei diritti civili può obbligarsi per scritto verso il datore di lavoro ad astenersi da ogni attività concorrenziale dopo la fine del rapporto di lavoro, in particolare a non esercitare per proprio conto un'azienda concorrente né a lavorare in una tale azienda né a parteciparvi (cpv. 1). Il divieto di concorrenza è valido soltanto se il rapporto di lavoro permette al lavoratore di avere cognizione della clientela o dei segreti di fabbricazione e d'affari e se l'uso di tali conoscenze possa cagionare al datore un danno considerevole (cpv. 2). In virtù dell'art. 340a CO il divieto di concorrenza deve poi essere convenientemente limitato quanto al luogo, al tempo e all'oggetto, così da escludere un ingiusto pregiudizio all'avvenire economico del lavoratore; esso può superare i tre anni soltanto in circostanze particolari (cpv. 1). Secondo l'art. 340a cpv. 2 CO, il giudice ha la facoltà restringere secondo il suo libero apprezzamento un divieto eccessivo, tenendo conto di tutte le circostanze; egli deve inoltre considerare convenientemente un'eventuale controprestazione del datore di lavoro. La dottrina ha avuto modo di precisare che nel caso di una clausola valida secondo l'art. 340 cpv. 2 CO, ma eccessiva secondo l'art. 340a cpv. 1 CO, l'art. 340a cpv. 2 CO permette di derogare al principio di nullità previsto dall'art. 20 CO, stabilendo che la medesima non debba essere interamente

considerata nulla, potendo rimanere valida nella misura in cui non eccede i limiti ammissibili (WYLER, *Droit du travail*, Berna, 2<sup>a</sup> ed., 2008, pagg. 610–611; TERCIER/FAVRE, *Les contrats spéciaux*, Zurigo, 4<sup>a</sup> ed., 2009, no. 3848 ss.).

5.

In concreto, come rettamente analizzato dal Pretore e peraltro non contestato, la clausola contrattuale rispetta le condizioni di validità di cui all'art. 340 cpv. 1 e 2 CO. Infatti l'istante godeva palesemente dell'esercizio dei diritti civili e la clausola di divieto di concorrenza è stata prevista nella forma scritta come prescritto dalla legge («*non deve in alcun modo fare concorrenza alla società AO I*»). L'ex dipendente era quindi consapevole dell'esistenza di tale clausola, dell'impegno sottoscritto e delle conseguenze che esso avrebbe comportato sul piano della propria libertà economica. Inoltre, l'istante, esercitando la funzione di rappresentante di vendita, era certamente a conoscenza della clientela della convenuta, clientela a cui faceva regolarmente visita, ragione per la quale l'ex dipendente è palesemente nella posizione di poter causare alla convenuta un danno considerevole. In merito a tale danno occorre evidenziare come la giurisprudenza abbia ritenuto sufficiente l'accertamento del rischio concreto che un simile danno si concretizzi, senza che il datore di lavoro debba provare un danno effettivo (DTF 91 II 372; WYLER, op.cit., pag. 600). Va infine rilevato che la sola violazione della clausola da parte del lavoratore comporta il pagamento della pena convenzionale (art. 161 cpv. 1 CO), per cui il datore di lavoro è dispensato dal provare il rapporto di causalità adeguato (TERCIER/FAVRE, op.cit., no. 3865).

6.

Per quanto concerne la questione principale, ossia la validità della clausola 3.8 in relazione all'art. 340a CO, occorre premettere che la questione è controversa in dottrina. Di principio l'art. 340a CO prevede che una clausola di divieto di concorrenza deve essere limitata nel tempo, nel luogo e nell'oggetto, allo scopo di generare consapevolezza rispetto alla sottoscrizione di tale impegno ed alla conseguente limitazione della propria libertà economica. In mancanza di queste limitazioni la clausola di non concorrenza dovrebbe essere dichiarata nulla. Tuttavia il Tribunale federale ha deciso diversamente e ha ritenuto prioritario il principio «*in favore negotii*», secondo cui, nel limite del possibile, la clausola stipulata fra le parti, seppur non limitata adeguatamente, dovrebbe essere mantenuta. Pertanto, una clausola di concorrenza senza limiti non è necessariamente e categoricamente nulla, poiché la giurisprudenza ha stabilito che l'esplicita limitazione non è un presupposto della validità della clausola (STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6<sup>a</sup> ed., ad art. 340a N7; ZR 103, n. 42, consid. 2.2). In concreto occorre dunque valutare se la clausola può essere considerata valida e, di conseguenza, se può essere applicata. Ora, [...], interpretando il paragrafo 3.8 del contratto di lavoro appare evidente che sia prevista una clausola di divieto di concorrenza, come affermato dal Pretore, nella suo

forma più generica, vale a dire «non deve in alcun modo fare concorrenza alla società AO 1». L'unica limitazione prevista dal contratto risulta al punto 3.8 e concerne unicamente la limitazione temporale, in quanto è previsto che la clausola di concorrenza sia valida «durante il rapporto di lavoro e per i tre anni successivi». Per quanto concerne le limitazioni in merito al luogo e all'oggetto il contratto è dunque silente, tuttavia, seguendo il principio in favore negozii, non la si può considerare nulla, ma al limite eccessiva, ragione per la quale occorrerebbe limitarla, oltre che nel tempo, nello spazio e nel genere di affari. Tuttavia, come correttamente valutato dal Pretore, la limitazione risulterebbe irrilevante, avendo l'istruttoria evidenziato da un lato la violazione del divieto di concorrenza da parte del lavoratore, dall'altro, l'avvenuta concorrenza su di un territorio che può essere ritenuto identico a quello in cui la convenuta esercita la propria attività e dove, sino al licenziamento, aveva operato anche l'istante. Infatti le sedi di AO 1 e di S., rispettivamente convenuta e nuova datrice di lavoro dell'istante, sono situate la prima a T. e la seconda a B., e in concreto distano circa 1.5 km una dall'altra. Appare quindi evidente che il territorio in cui operano le due ditte sia praticamente identico e pure il genere di affari risulta essere il medesimo, ritenuto che entrambe si occupano principalmente di distribuzione di prodotti vernicianti. Vi è di più. L'istruttoria, come evidenziato dal Pretore, ha permesso di accertare concretamente la violazione della clausola di divieto di concorrenza ad opera dell'istante su territorio luganese e a sud di B., avendo quest'ultimo preso contatto con clienti di AO 1 da lui stesso serviti in precedenza, proprio per offrire loro simili prodotti di S.. Sono in particolare emersi ripetuti contatti con C., contatti che hanno portato quest'ultima a fornirsi in modo maggiore presso S. (teste O.: «In precedenza la mia azienda ha acquistato quasi tutti i prodotti presso la convenuta per il tramite dell'istante. (...) Ho acquistato prodotti della S. offertimi dall'istante. (...) Adesso comperiamo tanto dalla S. e molto meno dalla T.. Non abbiamo comperato da S. per almeno 10 anni»). Ne discende che la violazione del divieto di concorrenza da parte dell'ex lavoratore appare palese e pertanto la clausola, oltre a risultare valida, è applicabile al caso concreto.

7.

Per quanto concerne la mancanza di un'indennità riconosciuta dalla datrice di lavoro per la sottoscrizione della clausola di divieto di concorrenza occorre ricordare che, come giustamente sostenuto dal Giudice di prime cure, la medesima non riveste carattere obbligatorio né risulta determinante per la validità della clausola stessa, a meno che non comporti un grave pregiudizio all'avvenire economico del lavoratore (WYLER, op.cit., pag. 605). Riguardo a quest'ultimo punto, come analizzato dal Pretore, ciò non è il caso nella fattispecie, poiché l'istante avrebbe potuto continuare ad esercitare la propria professione in un altro territorio, rispettivamente cambiare il ramo di attività, ad esempio esercitando la professione di rappresentante di altri prodotti, oppure ancora, avrebbe potuto, tramite accordo o

pagamento della multa convenzionale, ottenere il consenso dalla datrice di lavoro a trasferirsi nella ditta concorrente. In concreto, pagando la pena convenzionale, il lavoratore può continuare ad esercitare la propria professione di rappresentante di vendita presso una ditta concorrente, S., ragione per la quale il suo avvenire economico non risulta per nulla pregiudicato. La sentenza pretorile resiste anche a tale critica.

8.

In merito alla pena convenzionale va detto che, laddove prevista, e in caso di una accertata violazione del divieto di non concorrenza, il lavoratore è tenuto a pagarla. Ai sensi dell'art. 163 cpv. 1 CO le parti fissano liberamente la somma della pena, tuttavia, conformemente all'art. 163 cpv. 3 CO, il Giudice ha la facoltà di ridurre la somma prevista qualora la ritenga eccessiva. A questo proposito egli terrà conto dell'insieme delle circostanze, in particolare della durata del rapporto di lavoro, del salario percepito dal lavoratore, della sua conoscenza della clientela, della sua posizione gerarchica in seno all'impresa e dell'esistenza di prove da parte del datore di lavoro relative al danno subito. Nella pratica il salario annuale costituisce il tetto massimo della penalità, anche se, va rilevato, raramente concesso. Quando una pena espressamente pattuita non appare eccessiva, il datore di lavoro è dispensato dall'onere di comprovare il danno e il nesso causale e di conseguenza deve solamente provare la pattuizione del divieto e la sua violazione (WYLER, op.cit., pag. 612; TERCIER/FAVRE, op.cit., no. 3863). Nella fattispecie, considerando le circostanze sopra elencate e la corretta valutazione delle stesse da parte del Pretore, come pure la giurisprudenza pertinente, la pena stabilita dal primo Giudice nella sentenza qui impugnata, corrispondente a un importo che si situa fra 3 e 4 mensilità, appare congrua. Ne discende che l'istante è tenuto a rifondere alla convenuta una pena convenzionale di fr. 20 000.–. Tenuto conto delle pretese salariali, accertate dal Pretore in fr. 14 255.20, e della compensazione operata dalla convenuta, rimane in favore di quest'ultima un saldo di fr. 5744.50.

Arrêt communiqué par E. Epiney-Colombo, Présidente de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin.

*Tribunal d'appel du canton du Tessin, II<sup>e</sup> Chambre civile, Arrêt du 30 novembre 2010 (Rejet de l'appel interjeté contre la décision du Préteur de la deuxième section du district de Lugano du 30 juillet 2010)*

**Art. 337 CO. Le défaut de paiement du salaire, en particulier s'il est prolongé et répété, peut constituer un juste motif de résiliation immédiate du contrat de travail par le travailleur après que celui-ci ait mis en demeure son employeur de s'exécuter (c. 9). Le travailleur qui ne met pas en œuvre sa menace de résiliation conserve le droit de résilier ultérieurement le contrat avec effet immédiat pour le même motif, soit**

**le défaut de paiement de son salaire, moyennant une nouvelle mise en demeure (c. 11).**

In fatto e in diritto:

1.

Il 3 novembre 2008 AO 1 è stato assunto da AP 1 in qualità di agente di call center con un salario mensile lordo di fr. 3000.–. Sin dai primi mesi d'attività la datrice di lavoro è risultata in mora con il versamento del salario dei suoi dipendenti, tant'è che il Sindacato X. e il Sindacato Y., agenti congiuntamente a nome di costoro, hanno dovuto intervenire a più riprese nei suoi confronti con solleciti e minacce di messa in mora. Il 25 maggio 2009 i sindacati hanno intimato alla datrice di lavoro di pagare il saldo del salario di aprile e la quota parte di tredicesima per i mesi di gennaio e febbraio entro il successivo 5 giugno, alle ore 12.00, precisando che «se tale termine non dovesse essere mantenuto, i dipendenti saranno liberi da ogni impegno contrattuale verso l'azienda, quindi si asterranno dal lavoro con effetto immediato». In assenza di riscontri, il 5 giugno 2009 è stato proclamato uno sciopero. Il 24 luglio 2009 il dipendente ha assegnato alla datrice di lavoro un ultimo termine scadente il successivo 31 luglio per versare tutti gli arretrati e, preso atto del mancato pagamento, quello stesso giorno ha comunicato la disdetta del contratto di lavoro con effetto immediato.

2.

Con l'istanza in rassegna AO 1 ha chiesto la condanna di AP 1, che nelle more dalla causa ha modificato la sua ragione sociale in AP 1, al pagamento di fr. 11 775.05 oltre interessi, somma corrispondente agli assegni familiari non pagati (fr. 9000.–) ed al salario maturato nel periodo di preavviso (fr. 2775.05). (...)

(...)

4.

Il Pretore, con la sentenza qui impugnata, ha accolto l'istanza. (...)

5.

Con l'appello che qui ci occupa la convenuta chiede di riformare il querelato giudizio nel senso di respingere l'istanza. (...)

6.

Delle osservazioni con cui l'istante postula la reiezione dell'appello si dirà, per quanto necessario, nei prossimi considerandi.

(...)

8.

(...) Litigiosa in questa sede rimane così unicamente la somma di fr. 2775.05.

9.

L'art. 337 CO dispone che il datore di lavoro e il lavoratore possono disdire con effetto immediato il rapporto di lavoro per cause gravi, segna-

tamente quando la continuazione del contratto, in buona fede, non può più essere pretesa. Ciò è il caso quando il rapporto di fiducia tra le parti è così compromesso da non permettere una collaborazione costruttiva, di modo che la disdetta immediata appare essere l'unica soluzione praticabile. Il licenziamento con effetto immediato è un provvedimento eccezionale, che deve essere ammesso in modo restrittivo (DTF 127 III 351 consid. 4a, 130 III 28 consid. 4.1 e 213 consid. 3.1). Il giudice valuta secondo libero apprezzamento se la violazione dei doveri contrattuali raggiunge la necessaria gravità, considerando le circostanze concrete, in applicazione dei principi di diritto e di equità (DTF 127 III 313 cons. 3). Il mancato pagamento del salario, specialmente se prolungato e ripetuto (STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6<sup>a</sup> ed., n. 3 ad art. 337a CO; TF 2 luglio 2008 4A\_199/2008 in JAR 2009 p. 296 e 9 ottobre 2008 4A\_192/2008 in JAR 2009 p. 404; in tal senso pure FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *Le contrat de travail annoté*, 2<sup>a</sup> ed., n. 1.39 ad art. 337 CO), può rappresentare un giusto motivo per la risoluzione immediata del contratto di lavoro da parte del lavoratore dopo che quest'ultimo ha messo in mora il datore di lavoro (STREIFF/VON KAENEL, *op.cit.*, n. 9 ad art. 337 CO; REHBINDER, *Berner Kommentar*, n. 10 ad art. 337 CO; STAEHELIN/VISCHER, *Zürcher Kommentar*, n. 27 ad art. 337 CO; REHBINDER/PORTMANN, *Basler Kommentar*, 3a ed., n. 31 ad art. 337 CO; AUBERT, *Commentaire romand*, n. 6 ad art. 337a CO; JAR 2009 p. 696, 1996 p. 227, 1994 p. 220, 1987 p. 96, 1985 p. 146; SJZ 1994 p. 387, 1993 p. 309; II CCA 7 ottobre 2004 inc. n. 12.2004.28), sempre che, oggettivamente, anche in una fattispecie del genere non si possa più pretendere dal lavoratore di attendere, secondo i principi della buona fede, il termine del periodo di disdetta contrattuale per porre fine al rapporto contrattuale (JAR 1999 p. 228).

10.

Nel suo appello la convenuta precisa dapprima che l'istante non aveva mai sostenuto negli allegati di causa che la disdetta del 31 luglio 2009 sarebbe stata la reazione alla messa in mora del precedente 24 luglio (per altro nemmeno documentata) e che pertanto su tale questione, sollevata autonomamente dal Pretore in virtù del principio indagatorio, non vi era stato alcun contraddittorio, per cui essa solo in questa sede poteva prendere posizione in merito alla valenza di tale messa in mora. Non è innanzitutto chiaro se in tal modo la convenuta abbia formulato una formale censura alla decisione pretorile, essa non avendo indicato se le carenze imputate alla controparte, che a suo dire avevano impedito il contraddittorio, e se la violazione di eventuali disposizioni procedurali da parte del primo giudice avrebbero giustificato l'annullamento o la riforma del primo giudizio e non invece solo, come da lei preteso, la sua facoltà di esprimersi ora sulla particolare questione. Ad ogni buon conto è incontestabile che, in virtù del potere indagatorio concessogli dalla legge (art. 343 cpv. 2 e 4 CO), il giudice di prime cure poteva ovviare d'ufficio alla carenza di allegazione da parte dell'istante, considerando con ciò anche eventuali fatti che erano

risultati dall'istruttoria di causa (cfr. COCCHI/TREZZINI, op.cit., n. 827 ad art. 321), tanto più che la stessa convenuta aveva comunque dato atto, nel corso dell'udienza di discussione e con le sue conclusioni, che alcune disdette erano state significate dopo il 15 giugno 2009. Quanto al fatto – evocato dalla convenuta solo tra parentesi in questa sede, senza per altro averne tratto conseguenze pratiche – che la messa in mora del 24 luglio 2009 non sia stata «documentata», il che invero non significa che non fosse stata intimata, lo stesso è irricevibile essendo stato addotto per la prima volta solo in questa sede (art. 321 cpv. 1 lett. b CPC, norma applicabile anche nella procedura speciale per mercedi e salari, cfr. COCCHI/TREZZINI, op.cit., n. 7 ad art. 321).

11.

Nel caso di specie la convenuta non contesta che la sua mora sarebbe stata reiterata e avrebbe a più riprese indotto l'istante ad intervenire nei suoi confronti con solleciti e messe in mora. Essa ritiene piuttosto che la costanza della situazione, che costituiva una «normalità» ormai tollerata nei rapporti tra le parti, faceva sì che la stessa non poteva costituire un motivo grave tale da giustificare la disdetta immediata, non avendo compromesso il rapporto di fiducia tra le parti, tant'è che la disdetta non era stata significata nemmeno dopo la scadenza infruttuosa del primo termine ultimativo e la conseguente proclamazione di uno sciopero. La censura è infondata. La convenuta equivoca i termini della questione. Essa misconosce innanzitutto la gravità della violazione contrattuale da lei commessa (ZR 2002 p. 236; JAR 1985 p. 146; SJZ 1993 p. 309), il pagamento del lavoratore costituendo la sua prestazione principale. Il fatto che l'istante si sia visto costretto, tramite i sindacati, ad intervenire a più riprese nei suoi confronti con solleciti e messe in mora esclude poi inequivocabilmente che egli ritenesse il mancato pagamento un fatto «normale» o persino tollerabile. Certo, è vero che egli non ha immediatamente provveduto a disdire il contratto di lavoro quando, a fine 2008 o a inizio 2009, si è verificata la prima mora della convenuta. Ciò è però dovuto al fatto che quest'ultima, sia pure con ritardo e dopo i solleciti, ha pur sempre provveduto a regolarizzare la sua situazione (cfr. pure JAR 1987 p. 96). Nulla permette pertanto di confermare la tesi secondo cui nelle particolari circostanze l'ulteriore mancato pagamento del salario, oltretutto dopo la scadenza infruttuosa del termine ultimativo assegnato, non fosse oggettivamente tale da compromettere il rapporto di fiducia tra le parti, come per altro stabilito dalla dottrina e dalla giurisprudenza menzionate in precedenza.

Il fatto che il contratto non sia stato disdetto già dopo la scadenza infruttuosa del termine fissato per il 5 giugno ma solo dopo la scadenza infruttuosa dell'ulteriore termine fissato per il 31 luglio non migliora la posizione della convenuta. È vero che, omettendo di significare la disdetta già dopo il 5 giugno, l'istante ha apparentemente lasciato intendere che il mancato rispetto del termine assegnato il 25 maggio e il conseguente mancato pagamento (del saldo del salario di aprile e della quota parte di tredicesima

per i mesi di gennaio e febbraio), pur oggettivamente grave, per lui non costituiva però (ancora) un motivo così grave da giustificare un licenziamento immediato, ritenuto che nella sua decisione avevano certamente influito le circostanze ben evidenziate dal Pretore – per altro non censurate in questa sede dalla convenuta – ed in particolare la volontà di dare nuovamente fiducia al datore di lavoro e soprattutto il timore per il lavoratore, che non aveva in vista nessun altro lavoro, di perdere altrimenti la fonte primaria del proprio sostentamento. In tal modo l'istante ha rinunciato a prevalersi di quel motivo (il mancato pagamento del saldo del salario di aprile e della quota parte di tredicesima per i mesi di gennaio e febbraio). È però altrettanto vero che il mancato ossequio da parte della convenuta dell'ulteriore termine ultimativo scadente il 31 luglio, avente per oggetto spettanze salariali non meglio precisate, nel frattempo oltretutto – non avendo la convenuta censurato in questa sede l'assunto pretorile in tal senso – aumentate nel loro ammontare, era senz'altro tale da giustificare il licenziamento immediato (cfr. REHBINDER, op.cit., n. 16d ad art. 337 CO, il quale sostiene che, dopo la scadenza del termine di riflessione, il contratto può si essere disdetto, ma solo dopo un ulteriore avvertimento infruttuoso), anche perché la situazione appariva ora, anche per lui, decisamente più grave. Da una parte il mancato pagamento di queste nuove pretese costituiva in effetti una nuova e grave violazione contrattuale della convenuta. La stessa si sommava oltretutto al mancato pagamento di quelle precedenti, già oggettivamente grave. Dall'altra la convenuta aveva in tal modo dimostrato di non prendere minimamente sul serio e in considerazione le legittime esigenze della controparte e con ciò di non più meritare l'ulteriore fiducia concessale eccezionalmente in precedenza, lasciando per altro intendere che la situazione non era destinata a regolarizzarsi nemmeno in futuro.

In definitiva non si può ritenere che, omettendo di disdire il contratto in forza della diffida scadente il 5 giugno, l'istante abbia perso la possibilità di rescindere in futuro il contratto per mora nel pagamento del salario, anche perché in seguito la situazione si era ulteriormente aggravata. La diversa conclusione della convenuta, quand'anche dovesse per ipotesi essere conforme al tenore letterale della legge, sarebbe in ogni caso costitutiva dell'abuso di diritto (art. 2 cpv. 2 CC), lo scopo della norma non essendo quello di tutelare una parte ripetutamente e gravemente inadempiente e di sanzionare invece l'altra parte, che anzi, assai generosamente, le aveva dato una nuova possibilità per rimediare alla sua inadempienza. A tale risultato era per altro giunto anche il primo giudice che, sulla particolare questione, gode pur sempre di un ampio potere di apprezzamento, censurabile in appello con riserbo solo in caso di decisione manifestamente ingiusta (COCCHI/TREZZINI, op.cit., n. 6 ad art. 90), ciò che in concreto non è assolutamente il caso.

12.

Ne discende che il licenziamento significato dall'istante è giustificato e che l'appello, avente per oggetto la pretesa relativa al salario nel periodo di preavviso, deve essere respinto.

Arrêt communiqué par E. Epiney-Colombo, Président de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin.

## Kanton Waadt

*Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour civile, Jugement du 16 avril 2010*

**Art. 336c al. 1 lit. b CO et art. 337c CO.** Une résiliation immédiate produit ses effets qu'elle soit justifiée ou non et même si le travailleur est au bénéfice d'une période de protection contre une résiliation en temps inopportun prévue par la loi. Cependant, si les justes motifs de la résiliation du contrat de travail ne sont pas établis, l'employeur doit indemniser le travailleur en tenant compte de l'échéance ordinaire de congé prolongée par l'effet de la période de protection. En effet, l'employeur qui licencie immédiatement sans justes motifs ne doit pas être mieux traité que s'il avait mis fin de manière ordinaire au contrat de travail (c. IV.a).

**Art. 324a al. 4 CO.** Régime conventionnel dérogatoire. Un accord écrit, une convention collective ou un contrat-type peuvent déroger à la réglementation légale s'ils accordent aux travailleurs des prestations au moins équivalentes. La formule la plus fréquente est celle de l'assurance perte de gain, dont les prestations vont libérer l'employeur de son obligation. Dans ce cas, dès lors qu'il dispose d'un droit direct contre l'assureur (art. 87 LCA), le travailleur ne peut plus faire valoir de créance de salaire contre l'employeur, même dans l'hypothèse où le contrat prévoirait que ces indemnités sont payées à l'employeur. Toutefois, lorsque l'assurance perte de gain en cas de maladie stipule que les indemnités journalières prennent fin en cas de rupture des rapports de travail ou peu après, les prestations assurées ne peuvent être considérées comme équivalentes, car le droit aux 720 indemnités journalières n'est pas effectivement garanti. Dans cette hypothèse, l'accord dérogatoire est nul et le travailleur bénéficie alors de la coexistence des prestations de l'employeur (art. 324a al. 1 à 3 CO) et de l'assurance, dans les limites de son dommage (c. IV.b).

Compte tenu de sa nature salariale, l'indemnité prévue par l'art. 337c al. 1 CO est soumise aux cotisations sociales AVS/AI/APG/AC; la somme allouée représente donc un montant brut. En revanche, l'indemnité octroyée en vertu de l'art. 337c al. 3 CO n'étant pas de nature salariale, elle n'est pas soumise aux cotisations sociales AVS/AI/APG/AC; il s'agit donc d'un montant net (c. IX).

Extraits des faits:

Le demandeur est entré au service de la défenderesse en qualité d'infirmier-anesthésiste, le 1<sup>er</sup> mai 1996. Le 28 novembre 2006, à l'occa-

sion d'une opération, le demandeur a jeté du matériel – tubes, masques, guedel, sondes d'aspiration – par terre, à côté des poubelles. Le lendemain, soit le 29 novembre 2006, peu avant 7 heures, S., infirmier-chef du service d'anesthésie au moment des faits, a eu un entretien avec le demandeur, alors que celui-ci se trouvait seul au vestiaire. A cette occasion, il lui a fait part des remarques qui avaient été formulées par l'infirmière cheffe à propos de son comportement de la veille. Le demandeur a contesté les faits et haussé le ton, puis a quitté son lieu de travail.

Dans le courant de la matinée du 29 novembre 2006, P., infirmier-chef général, responsable hiérarchique du demandeur, a averti le chef des ressources humaines des événements précités. D. et P. ont recueilli des informations et analysé la situation toute la matinée avant de décider d'un licenciement avec effet immédiat pour abandon de poste. C'est le responsable des ressources humaines, D., qui a informé le demandeur par téléphone, vers 11 heures 30, de la décision de licenciement immédiat pour abandon de poste, décision confirmée au cours d'un entretien qui a eu lieu, à la demande du demandeur, avec le responsable des ressources humaines et l'infirmier-chef général P. entre 12 heures et 13 heures, et qui a également été confirmée par lettre recommandée du même jour ayant la teneur suivante:

«(...) Le 28 novembre, l'infirmière-cheffe adjointe du bloc opératoire, Mme B., a fait le constat que le matériel d'anesthésie (notamment tube, guedel, seringues) que vous aviez utilisé se trouvait abandonné à même le sol dans une des salles du bloc opératoire, en violation flagrante des pratiques professionnelles établies. Cette manière de faire est tout à fait inacceptable, car elle est de nature à détériorer le climat de travail entre collègues et à entraver la bonne organisation du bloc opératoire. Cette attitude constitue un acte délibéré de négligence professionnelle qui a une incidence directe sur la sécurité et la qualité dans la prise en charge de nos patients. Ce matin, votre infirmier-chef d'unité d'anesthésiologie, M. S., vous a rapporté les faits susmentionnés. A l'étonnement de vos collègues, vous y avez répondu de manière colérique et vous avez abandonné votre poste de travail, sans l'accord de vos supérieurs hiérarchiques. Votre départ inopiné a gravement perturbé le programme opératoire de la journée, puisque vous aviez la responsabilité d'une salle d'opération aujourd'hui. A cet effet, l'infirmier-chef adjoint intersite a dû être mobilisé pour assumer le programme opératoire de ce jour. Comme indiqué oralement, lors de l'entretien que vous avez eu ce jour avec le responsable RH et l'infirmier-chef général, ces éléments nous amènent à résilier votre contrat de travail avec effet immédiat, soit au 29 novembre 2006. En effet, notre entreprise ne saurait admettre de tels comportements, qui sont préjudiciables à l'organisation du bloc opératoire (programme opératoire, sécurité des patients) et aux relations entre collègues. (...)».

Après avoir quitté inopinément son lieu de travail le 29 novembre, le demandeur a consulté le Dr S., généraliste à Z., qui l'a immédiatement mis

en arrêt de travail à 100% à raison de maladie. Le soir même, il a été hospitalisé à l'Hôpital X., jusqu'au 30 novembre 2006 à 10 heures. Depuis lors, il a été suivi tant par le service psycho-social de U. que par le Dr S., son médecin traitant, tous deux s'entendant à le déclarer en incapacité de travail à 100%. Lorsqu'il était employé de la défenderesse, le demandeur était au bénéfice d'une assurance-maladie collective. Selon l'art. 12.4 des conditions générales lorsque débute l'incapacité de travail, les prestations prennent fin pour la maladie en cours, sous réserve d'un épuisement antérieur, au plus tard 180 jours après celui où ont pris fin le contrat d'assurance ou les rapports de travail, à moins que l'assuré ait conclu une assurance individuelle de libre-passage (ch. 14), laquelle prend alors effet immédiatement à la fin du contrat d'assurance ou des rapports de travail. Selon l'art. 14.1, l'assuré a le droit de passer dans l'assurance-maladie individuelle lorsqu'il cesse d'appartenir au cercle des personnes auxquelles s'étend l'assurance-maladie collective. L'assurance a versé des prestations à partir du 28 janvier 2007. Du 28 janvier au 28 février 2007, elle a versé un montant de 8080 fr., soit trente-deux jours à 252 fr. 50, et du 1<sup>er</sup> mars au 31 mars 2007, un montant de 7827 fr. 50, soit trente et un jours à 252 fr. 50. Le 30 janvier 2007, le demandeur a été hospitalisé une nouvelle fois auprès de l'hôpital psychiatrique cantonal, jusqu'au 7 avril 2007. Au 18 juin 2007, le demandeur n'était plus hospitalisé, mais toujours en incapacité totale de travailler. Selon un courrier de l'Office d'assurance-invalidité du 3 juillet 2008, un droit à une rente entière au taux d'invalidité de 100% a été reconnue au demandeur du 1<sup>er</sup> novembre 2007 au 31 mars 2008, puis un droit à une demi-rente au taux d'invalidité de 50% dès le 1<sup>er</sup> avril 2008.

Par requête du 19 juin 2007, le demandeur a ouvert action devant le Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord Vaudois et a conclu à la condamnation de la défenderesse à lui verser divers montants. Par la suite, le demandeur a souhaité augmenter ses conclusions. La défenderesse ne s'y est pas opposée, mais a soulevé le déclinatoire et sollicité que le dossier soit transmis à la Cour civile. Par prononcé rendu le 25 juin 2008, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Broye et du Nord Vaudois a dit que la cause devait être reportée en l'état devant la Cour civile du Tribunal cantonal.

Extraits des considérants:

I.

a) Le demandeur soutient qu'il a été licencié avec effet immédiat sans justes motifs au sens de l'art. 337 CO (code des obligations du 30 mars 1911; RS 220). Il prétend que les motifs avancés par la défenderesse à l'appui de sa décision de rompre le contrat de travail, soit le fait d'avoir laissé tomber un guedel sur le sol de la salle d'opération le 28 novembre 2006 et l'abandon de poste du 29 novembre 2006 ne justifient pas son licenciement immédiat, le premier motif ne remplissant pas les exigences

de gravité de faute suffisante à rompre un contrat de travail et le second motif étant fallacieux. Il réclame dès lors le paiement de son salaire pour la période courant du 29 novembre 2006 au 30 mars 2007, puis du 1<sup>er</sup> juin au 31 octobre 2007, le paiement d'une indemnité pour résiliation immédiate injustifiée, le paiement d'une indemnité pour vacances non-prises et le remboursement d'une somme prélevée à tort au titre de restitution du treizième salaire, soit au total un montant de 112 666 fr. 58 avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 29 novembre 2006. Il demande également la délivrance, par la défenderesse, d'un certificat de travail conforme à ses prestations selon l'art. 330a al. 1 CO.

b) La défenderesse conteste les prétentions du demandeur et justifie le renvoi immédiat de ce dernier par un acte délibéré de négligence professionnelle, le demandeur ayant jeté du matériel d'anesthésie sur le sol, ainsi que par un abandon de son poste de travail sans l'accord de ses supérieurs hiérarchiques. Selon la défenderesse, le comportement du demandeur était de nature à mettre en danger la santé, voire la vie des patients. Ce comportement ne peut, d'après elle, être toléré en milieu hospitalier et a rompu définitivement la confiance que la hiérarchie médicale avait placée en lui, en sa qualité d'infirmier-anesthésiste. En outre, la défenderesse soutient que le demandeur avait la possibilité de faire une demande de libre passage en assurance individuelle, ce qui lui aurait permis de continuer à percevoir les prestations de l'assurance même au-delà de 180 jours après l'expiration des rapports de travail, ce qu'il n'a pas fait. Elle rappelle également qu'un certificat de travail a été établi et que la conclusion y relative a été retirée lors de l'audience préliminaire du 20 janvier 2009.

(...)

III.

a) Le demandeur réclame, au titre de l'indemnité prévue à l'art. 337c al. 1 CO, le paiement de son salaire pour la période du 29 novembre 2006 au 30 mars 2007, soit une somme de 20 665 fr. 83, et le paiement de son salaire pour la période du 1<sup>er</sup> juin au 31 octobre 2007, soit une somme de 39 742 fr. 50.

b) En vertu de l'art. 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1). Sont notamment considérées comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (al. 2). Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs, mais en aucun cas il ne peut considérer comme tel le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler (al. 3).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. D'après la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement.

ment immédiat. Si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (TF 4A\_480/2009 du 11 décembre 2009 c. 6.1; TF 4A\_333/2009 du 3 décembre 2009 c. 2 non publié in ATF 136 III 94; ATF 130 III 28 c. 4.1 rés. in JT 2004 1 63; ATF 127 III 351 c. 4a, rés. in JT 2001 1369 et la jurisprudence citée). Selon le Tribunal fédéral (TF 4C.348/2000 du 14 février 2001 c. 1 b), lorsque le travailleur refuse de travailler ou s'absente sans motif, le licenciement immédiat n'est justifié que s'il est précédé de la menace claire d'un licenciement immédiat. En tout état de cause, il convient de ne pas perdre de vue que ce n'est pas l'avertissement en soi, fût-il assorti d'une menace de licenciement immédiat, qui justifie une telle mesure, mais bien le fait que l'acte imputé au travailleur ne permet pas, selon les règles de la bonne foi, d'exiger de l'employeur la continuation des rapports de travail jusqu'à l'expiration du délai de congé (TF 4C.348/2000 du 14 février 2001 c. 1 c). (...)

c) En l'espèce, la veille de son licenciement, le demandeur a jeté du matériel par terre alors qu'il se trouvait en salle d'opération. Selon ce qui a été retenu dans l'état de fait, il n'est pas établi que ce geste, qui peut se produire dans une situation de stress, rencontrée en particulier en salle d'opération, ait été délibérément accompli par le demandeur. En tant que tel, ce premier incident s'inscrit ainsi dans une certaine routine hospitalière, excusable en pareille situation, et ne saurait constituer un juste motif de résiliation immédiate.

Le lendemain de cet incident, dès son arrivée à l'hôpital, le demandeur s'est vu reprocher son comportement de la veille, ce qui l'a mis dans un état de grande nervosité. Il s'est enquis auprès de l'infirmier-chef du service d'anesthésie du nombre d'infirmiers-anesthésistes travaillant ce jour-là. Il lui a été répondu qu'il y en avait un par salle, qu'il n'y avait pas de réserve d'infirmier-anesthésiste et que si aucune solution n'était trouvée, il faudrait fermer la salle d'opération où il devait travailler. Le demandeur a quitté les lieux sans attendre de savoir si l'infirmier-chef avait trouvé une solution. Compte tenu de la fonction et des responsabilités du demandeur, en particulier ce matin-là alors que l'opération d'un patient était programmée et que le demandeur connaissait l'absence d'organisation précise de la défenderesse en cas de nécessité de remplacement d'un infirmier-anesthésiste, le manquement du demandeur peut objectivement être qualifié de grave. Il y a toutefois lieu de tenir compte de l'état dans lequel il se trouvait au moment des faits. Il était en effet dans un état d'énergie et d'excitation que les reproches formulés à son encontre ne pouvaient expliquer à eux seuls. Le demandeur traversait une période difficile dans le cadre de sa vie privée, ce que la défenderesse savait. Cet état, qui l'a conduit à quitter les lieux, l'a aussi amené à consulter un médecin le jour même, avant de savoir qu'il était licencié. Ce médecin l'a mis en arrêt de travail immédiatement et le demandeur a été hospitalisé le soir même auprès de l'hôpital de Z., avant de l'être à nouveau deux mois plus tard en

milieu psychiatrique pour une durée indéterminée. Il faut en outre tenir compte du fait que le demandeur travaillait au service de la défenderesse depuis plus de dix ans, qu'il n'y avait jamais eu de problèmes et qu'il était apprécié de ses collègues.

Compte tenu de l'ensemble des circonstances, le comportement qui peut être reproché au demandeur n'était pas d'une gravité telle que la poursuite des rapports de travail jusqu'à l'expiration du délai de congé ordinaire, en l'espèce trois mois, n'était pas supportable pour la défenderesse. Le rapport de confiance était certes atteint mais pas d'une manière telle que l'on doive considérer qu'il y avait une perte de confiance irrémédiable qui justifiait un licenciement immédiat.

d) Les justes motifs de renvoi immédiat font dès lors défaut et la résiliation du contrat de travail du 29 novembre 2006 doit être considérée comme un licenciement immédiat sans justes motifs qui donne le droit au demandeur de faire valoir les prétentions de l'art. 337c al. 1 CO.

#### IV.

a) A teneur de l'art. 337c al. 1 CO, qui est une disposition impérative (art. 362 al. 1 CO), lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné, si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cessation du contrat conclu pour une durée déterminée. Le travailleur, qui doit se retrouver dans la même situation pécuniaire que si la résiliation immédiate n'avait pas eu lieu, dispose d'une créance en réparation de l'intérêt qu'il a à l'exécution du contrat (WYLER, Droit du travail, 2<sup>ème</sup> éd., p. 513). Dans toute la mesure du possible, le juge doit déterminer de manière concrète et précise ce que le travailleur aurait effectivement gagné si le contrat avait été résilié selon les voies ordinaires (ATF 125 III 14 c. 2b, JT 1999 I 359). Au besoin, le juge peut faire usage de l'art. 42 al. 2 CO. D'après l'art. 335c CO, le contrat peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois pendant la première année de service, de deux mois de la deuxième à la neuvième année de service, de trois mois ultérieurement, ces délais pouvant être modifiés par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective.

Une résiliation immédiate produit ses effets qu'elle soit justifiée ou non et même si le travailleur est en période de protection contre une résiliation en temps inopportun prévue à l'art. 336c al. 1 CO (WYLER, op.cit., p. 505). Selon la lettre b de cette disposition, l'employeur ne peut pas résilier le contrat pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie non imputable à la faute du travailleur durant 180 jours à partir de la sixième année de service. Si les justes motifs de la résiliation du contrat de travail ne sont pas établis, l'employeur doit indemniser le travailleur en tenant compte de l'échéance ordinaire de congé prolongée par l'effet de la période de protection (RJN 1993 p. 93), l'employeur qui licencie immédiatement sans justes motifs ne devant pas être mieux traité que s'il avait mis fin de manière ordinaire au contrat de travail (RJN 2002

p. 136). Lorsque, après l'expiration de la période de protection mais avant la fin des rapports de travail, survient un deuxième cas d'application de l'art. 336c CO, les périodes de protection se cumulent – cumul intralittéral (JAR 2004 p. 448). En cas de rechute d'une même maladie entraînant à nouveau une incapacité de travail pendant le délai de congé, le travailleur a droit à une nouvelle suspension du délai de congé, mais seulement jusqu'à ce que le délai de protection soit épuisé. Le travailleur bénéficie donc d'un crédit en jours par cas de protection. Il s'agit d'additionner les différentes absences jusqu'à ce que le délai de protection soit épuisé (WYLER, op.cit., p. 570).

Il convient de distinguer la période de protection de l'art. 336c CO qui empêche l'employeur de résilier le contrat et l'obligation de l'employeur de payer l'employé pendant son incapacité de travail qui est exclusivement régie par les art. 324a et 324b CO. Etant donné l'admission, dans certaines circonstances, du cumul intralittéral, la période de protection contre la résiliation en temps inopportun peut être extrêmement longue. Toutefois, le risque économique de l'employeur quant à l'obligation de payer le salaire est considérablement limité par les art. 324a et 324b CO, lesquels n'offrent qu'un crédit annuel au travailleur, toutes incapacités confondues (WYLER, op.cit., p. 571). Lorsque l'employé a été victime d'une incapacité de travail après la résiliation immédiate du contrat, mais avant le terme normal du délai de congé, il ne peut prétendre à la réparation du gain manqué que pour autant qu'il eût été fondé, en l'absence de résiliation, à réclamer le versement d'un salaire sur la base des art. 324a et 324b CO (CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, n. 1 ad art. 337c CO et les références citées).

b) L'art. 324a CO s'applique ainsi de la même manière que le travailleur ait été licencié ou non. Selon cette disposition, si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que, notamment, maladie et accident, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité, y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois (al. 1). Sous réserve de délais plus longs fixés par accord, contrat-type de travail ou convention collective, l'employeur paie pendant la première année de service le salaire de trois semaines et, ensuite, le salaire pour une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières (al. 2).

L'obligation de l'employeur de verser le salaire est concrétisée par l'application de l'échelle dite bernoise, qui prévoit une indemnisation de trois semaines lorsque l'incapacité de travail survient la première année de service, d'un mois lorsqu'elle survient la deuxième année et de quatre mois lorsqu'elle survient entre la dixième et la quatorzième année (Crec, R. c. C., 2 juin 2004, n° 326; Crec, T. SA c. W., 22 septembre 2005, n° 703; WYLER, op.cit., p. 228). Chaque année de service donne lieu à un nouveau

crédit. Lorsqu'une incapacité de travail chevauche deux années de service, il n'y a pas lieu de diminuer le nouveau crédit en raison des absences du travailleur pendant l'année précédente. Le juge peut cependant corriger les effets inéquitables (JAR 1999 p. 167).

D'après l'art. 324a al. 4 CO, un accord écrit, une convention collective ou un contrat-type peuvent déroger à la réglementation légale s'ils accordent aux travailleurs des prestations au moins équivalentes. La formule la plus fréquente est celle de l'assurance perte de gain, dont les prestations vont libérer l'employeur de son obligation. Dès lors qu'il dispose alors d'un droit direct contre l'assureur (art. 87 LCA [loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908; RS 221.229.1]), le travailleur ne peut plus faire valoir de créance de salaire contre l'employeur, même dans l'hypothèse où le contrat prévoirait que ces indemnités sont payées à l'employeur (ATF 122 V 81 c. 1; TFA C112/92/Tn du 23 juillet 2002 c. 2.2; Crec, C. c. N. SA, 3 septembre 2002; Crec, R. c. C., 2 juin 2004, n° 326; STAHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, n. 58 ad art. 324a CO; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3<sup>ème</sup> éd., n. 20 ad art. 324a CO; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le contrat de travail, Code annoté, 2<sup>ème</sup> éd., n. 4.3. ad art. 324a CO; AUBERT, Le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler, Journée 1991 du droit du travail et de la sécurité sociale, pp. 81 ss, en particulier p. 128, estime qu'à défaut de convention contraire, l'employeur peut être tenu de verser lui-même les prestations qui incombent normalement à l'assureur, mais seulement pendant le temps limité prévu par le régime de base). L'accord dérogatoire de l'art. 324a al. 4 CO doit impérativement être écrit et intégré dans un contrat-type ou une convention collective de travail. A défaut, les parties au contrat peuvent le prévoir conventionnellement, pour autant que la forme écrite soit respectée. Le respect de cette forme est essentiel. Dès lors que les droits minimums du salarié sont en cause, le législateur n'a pas voulu que soit reconnue une convention stipulée sous n'importe quelle forme. L'accord doit donc comporter les points essentiels du régime conventionnel – pourcentage du salaire assuré, risques couverts, durée des prestations, modalités de financement des primes d'assurances, le cas échéant, durée du délai de carence –; il pourra toutefois renvoyer aux conditions générales de l'assurance ou à un autre document tenu à la disposition du travailleur (ATF 131 III 623 c. 2.5.1, rés. in JT 2006 I 127). Si la forme écrite n'est pas respectée, le travailleur bénéficie de la coexistence des prestations de l'employeur (art. 324a al. 1 à 3 CO) et de l'assurance, dans les limites de son dommage (WYLER, op.cit., p. 234).

Lorsqu'une convention collective déroge aux dispositions de l'art. 324a CO, il faut examiner en outre si l'assurance pour perte de salaire couvrant le travailleur lui assure des prestations au moins équivalentes. La notion d'équivalence n'est pas précisée par la loi, mais le régime équivalent doit offrir au travailleur au moins la même protection globale que le régime légal. Cette notion repose sur les éléments cumulatifs suivants:

l'employeur doit payer la moitié au moins des primes d'assurance, l'assurance doit garantir des indemnités journalières égales à 80% du salaire pendant un an, la durée minimale d'indemnisation doit être de 720 jours sur une période de 900 jours, le délai de carence ne doit pas dépasser trois jours, les clauses d'exclusion de couverture doivent être usuelles et non insolites, la part du salaire couverte par l'indemnité journalière doit garantir à l'employé les prestations indispensables à son entretien et à celui des personnes à sa charge (WYLER, op.cit., pp. 235–240). Lorsque l'assurance perte de gain en cas de maladie stipule que les indemnités journalières prennent fin en cas de rupture des rapports de travail ou peu après, les prestations assurées ne peuvent être considérées comme équivalentes, car le droit aux 720 indemnités journalières n'est pas effectivement garanti (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op.cit., n. 22 ad art. 324a CO). Le Tribunal fédéral a jugé que, sous l'empire de la LCA, en l'absence de clauses conventionnelles limitant ou supprimant le droit aux prestations au-delà de la période de couverture, l'assuré qui, après un événement ouvrant le droit aux prestations, sort de l'assurance collective parce qu'il cesse d'appartenir au cercle des assurés définis par le contrat, peut faire valoir son droit aux prestations également pour les suites de l'événement qui se produisent après l'extinction du rapport d'assurance (ATF 127 III 106 c. 2.b, rés. in JT 2002 I 183). La seule limite que connaisse la couverture réside non dans la fin des relations contractuelles, mais dans la durée des prestations convenues (MEUWLY, La durée de la couverture d'assurance privée, thèse Fribourg 1994, p. 185).

Selon l'art. 324b CO, si le travailleur est assuré obligatoirement, en vertu d'une disposition légale, contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler qui ne provient pas de sa faute mais est dû à des raisons inhérentes à sa personne, l'employeur ne doit pas le salaire lorsque les prestations d'assurance dues pour le temps limité couvrent les quatre cinquièmes au moins du salaire afférent à cette période (al. 1). Si les prestations d'assurance sont inférieures, l'employeur doit payer la différence entre celles-ci et les quatre cinquièmes du salaire (al. 2). Si les prestations d'assurance ne sont versées qu'après un délai d'attente, l'employeur doit verser pendant cette période quatre cinquièmes au moins du salaire (al. 3). Cette disposition vise les cas où le travailleur bénéficie d'une couverture sociale beaucoup plus étendue que le régime minimal prévu à l'art. 324a CO. L'interprétation de la notion de durée est la même pour l'application des art. 324a et 324b CO. Ainsi, pour chaque année de service, le travailleur dispose d'un crédit en argent d'une quotité de 80% du salaire pour la durée limitée correspondante. Lorsque les incapacités se succèdent, le crédit en argent est apprécié au regard de chacun des régimes des art. 324a et 324b CO – crédit à 100% ou à 80% – pour la durée considérée. Les crédits en argent des deux dispositions ne se cumulent pas. Lorsque les incapacités se cumulent pour la même période, le travailleur bénéficie du régime le plus favorable à cette période. Lorsque le crédit en argent – à 100% – pour

une incapacité relevant de l'art. 324a CO est épuisé pour l'année de service considérée, le travailleur ne recevra plus rien au titre d'une incapacité postérieure relevant de l'art. 324b CO pour la même année de service. Lorsque le crédit en argent – à 80% – pour une incapacité de travail relevant de l'art. 324b CO est épuisé pour l'année de service considérée, le travailleur bénéficiera du solde de 20% au titre d'une incapacité postérieure relevant de l'art. 324a CO pour la même année de service (WYLER, op.cit., pp. 249–251). Le travailleur dont le contrat a été résilié immédiatement de manière injustifiée, ne peut donc réclamer des dommages-intérêts équivalant à ce qu'il aurait gagné jusqu'au terme ordinaire du contrat de travail que pour autant qu'il ait pu le faire en l'absence de résiliation, ce qui n'est pas le cas lorsque ce congé intervient pendant une incapacité de travail de longue durée, alors que le droit au salaire fondé sur les art. 324a et 324b CO est épuisé (ATF 111 II 356, rés. in JT 1986 I 127).

Dans la détermination du montant à verser en application de ces dispositions, il faut tenir compte de divers éléments qui viennent s'ajouter le cas échéant au salaire fixe convenu, notamment du treizième salaire mais aussi des suppléments pour travail en équipes effectué la nuit, le week-end ou un jour férié, du salaire en nature perdu, des provisions que le travailleur aurait pu percevoir, des pourboires faisant partie du salaire et d'autres avantages octroyés sans condition telle une contribution aux primes d'assurance-maladie (CARRUZZO, op.cit., n. 12 ad art. 324a CO), soit de toute prestation qui serait revenue au travailleur si les rapports de travail s'étaient poursuivis (ATF 117 II 270 c. 3b, rés. in JT 1992 I 398; SJ 1997 p. 149). S'agissant des heures supplémentaires, la doctrine considère qu'elles doivent être comprises dans le salaire déterminant pour l'art. 324a CO lorsqu'elles ont été effectuées régulièrement, auquel cas il convient alors de prendre en considération le nombre moyen d'heures supplémentaires effectuées mensuellement durant une période déterminée équitablement, telle que les douze derniers mois (CARRUZZO, op.cit., n. 12 in fine ad art. 324a CO). S'il existe une assurance, il convient de déduire les indemnités journalières perçues par le travailleur du montant dû par l'employeur. Toutefois, si le travailleur s'est vu contraint d'exercer son droit de passage dans l'assurance individuelle pour continuer à bénéficier des prestations, le gain manqué comprendra la différence entre la prime payée à titre individuel et celle qui était à sa charge durant les rapports de travail (CARRUZZO, op.cit., n. 1 ad art. 337c CO et les références citées).

c) En l'occurrence, la résiliation immédiate du 29 novembre 2006 étant injustifiée et le demandeur se trouvant dans sa onzième année de service, le délai de congé applicable à la résiliation du contrat de travail est de trois mois pour la fin d'un mois (art. 335c al. 1 CO). Il n'est en effet pas allégué que le contrat de travail stipulerait d'autres conditions que celles prévues par la loi.

Cependant, il y a lieu de considérer qu'indépendamment du fait que la résiliation immédiate n'était pas justifiée, le demandeur était en incapa-

cité de travail à 100% le jour de son licenciement. La résiliation du contrat de travail du demandeur est en effet intervenue le jour même où ce dernier débutait une période d'incapacité de travail. Dès lors, le demandeur, qui a travaillé plus de six ans au service de la défenderesse et qui a été en incapacité totale de travailler sans sa faute jusqu'au 18 juin 2007, a bénéficié de la protection de l'art. 336c al. 1 let. b CO pendant 180 jours, soit jusqu'au 29 mai 2007. La résiliation immédiate déployant ses effets quelle que soit la période et même si elle n'était pas justifiée, la défenderesse n'avait pas à renouveler le congé à la fin de la période de protection. En revanche, le demandeur, qui doit être placé dans la même situation que si la résiliation immédiate n'avait pas eu lieu, a droit à son salaire aussi pendant la durée du délai de congé qui courait dès la fin du délai de protection, soit trois mois pour la fin d'un mois, puisque le demandeur se trouvait dans sa onzième année de service, ce qui porte le délai au 31 août 2007 (Cciv, G. c. C. et L., du 5 avril 2007/42). Ainsi, pour la période qui s'étend du 29 novembre 2006 au 31 août 2007, le demandeur avait droit à quatre mois de salaire pendant la période de protection en application de l'échelle bernoise, puis à trois mois de salaire correspondant au délai de congé. S'agissant de son droit au salaire selon l'art. 324a CO, il ressort de l'instruction du dossier que le demandeur était au bénéfice d'une assurance-maladie collective. Selon l'art. 12.4 des conditions générales de l'assurance, pour les personnes qui n'ont pas encore atteint l'âge de l'assurance-vieillesse lorsque débute l'incapacité de travail, les prestations prennent fin pour la maladie en cours, sous réserve d'un épuisement antérieur, au plus tard 180 jours après celui où ont pris fin les rapports de travail, à moins que l'assuré ait conclu une assurance individuelle de libre passage. Cette assurance perte de gain en cas de maladie stipulant que les indemnités journalières prennent fin en cas de rupture des rapports de travail ou peu après, les prestations assurées ne peuvent être considérées comme équivalentes au sens de l'art. 324a al. 4 CO. Ainsi, le régime ordinaire doit être appliqué, les versements effectivement perçus de l'assurance étant simplement déduits de la créance à l'égard de l'employeur.

Pour la période couverte par l'art. 324a CO, soit les quatre mois de salaire du 29 novembre 2006 au 29 mars 2007, il convient de prendre en considération non seulement le salaire brut augmenté pro rata du treizième salaire (8530 fr. 15 par mois) mais encore de l'indemnité de piquet d'anesthésiste (par 163 fr. 75) ainsi que de la moyenne des heures supplémentaires calculée sur l'année 2005 (soit 264 fr. 85), sachant que le demandeur a effectué des heures supplémentaires en 2006. Ainsi, il s'agit d'un montant mensuel de 8958 fr. 75, soit, pour ces quatre mois, d'une somme totale de 35 835 francs. Pour la période du délai de congé du 29 mai 2007 – fin de la période de protection de 180 jours au sens de l'art. 336c al. 1 let. b CO – au 31 août 2007 – fin de la période du délai de congé ordinaire au sens de l'art. 335c al. 1 CO –, le demandeur n'avait droit qu'à deux mois et 12/30<sup>èmes</sup> de son salaire, du 19 juin 2007 au 31 août

2007, soit 21 501 fr., dès lors qu'il était encore en incapacité de travail jusqu'au 18 juin 2007. Il s'agit donc, au total d'une somme de 57 336 fr. dont il faut déduire les montants que le demandeur a reçus de l'assurance (art. 337c al. 2 CO); par 1010 fr. en janvier, 7070 fr. en février et 7827 fr. 50 en mars, soit au total 15 907 fr. 50. Le demandeur affirme qu'il a également reçu des prestations de l'assurance aux mois d'avril et mai 2007; cependant les montants n'ont été ni allégués ni prouvés par la défenderesse. Il ne peut donc pas en être tenu compte dans le calcul. Quant à la période postérieure au 31 août 2007, le demandeur soutient qu'il a droit aux indemnités d'assurance pendant toute la période durant laquelle il y aurait eu droit en souscrivant l'assurance individuelle. Or, s'agissant d'un contrat soumis à la LCA, le demandeur dispose d'un droit d'action directe contre l'assurance en vertu de l'art. 87 LCA. Il ne peut dès lors plus faire valoir de créance de salaire contre l'employeur sauf, le cas échéant, pour le temps limité prévu par le régime de base (ATF 122 V 81 cons. 1; Cciv M. c. C., du 11 mai 2001/63, p. 22 et les références citées). Si le demandeur estime avoir des prétentions contre l'assurance, il doit agir contre elle, la défenderesse n'ayant pas la légitimation passive. Les prétentions élevées à ce titre doivent donc être rejetées.

En définitive, le demandeur a droit, au titre de dommages-intérêts au sens de l'art. 337c al. 1 CO, à une somme de 41 428 fr. 50.

(...)

VI.

a) Le demandeur réclame une indemnité fondée sur l'art. 337c al. 3 CO de 49 717 fr. 50, soit l'équivalent de six mois de salaire.

b) En vertu de l'art. 337c al. 3 CO, le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances; elle ne peut toutefois dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur.

Le licenciement immédiat injustifié constituant la mesure la plus grave qui puisse survenir dans la vie d'un travailleur, cette mesure ne doit être utilisée qu'en dernière extrémité et l'employeur fautif doit être systématiquement sanctionné. Le Tribunal fédéral a érigé en règle, dans une jurisprudence constante, la condamnation de l'employeur au versement d'une indemnité en cas de licenciement immédiat sans justes motifs. Le juge ne peut renoncer à fixer une indemnité que lorsqu'exceptionnellement, malgré l'absence de justes motifs, aucune faute ne peut être reprochée à l'employeur ou lorsque sa faute paraît si légère au regard de celle du travailleur que le versement d'une indemnité paraîtrait choquant (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op.cit., n. 7 ad art. 337c CO). Le montant accordé au travailleur s'apprécie à la lumière de toutes les circonstances. Il est tenu compte de l'importance de l'atteinte aux droits personnels du travailleur, de la position et de la responsabilité du travailleur, du tort subi à raison notamment de son âge, de sa position au sein de l'entreprise, de sa situation sociale, de la durée des rapports de travail et de la difficulté à se réinsérer

dans la vie économique, du comportement de l'employeur, notamment de la légèreté de la décision prise, de l'intensité des rapports de travail antérieurs, de la manière dont le licenciement a été communiqué au travailleur et d'une éventuelle faute concomitante de ce dernier (TF 4C.417/2006 du 16 mars 2007 c. 4; SARB 1999 p. 520; SJ 1995 p. 802; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op.cit., n. 8 ad art. 337c CO).

c) Dans la présente espèce, pour fixer le montant de l'indemnité de l'art. 337c al. 3 CO, il faut prendre en considération le fait que le licenciement a manifestement eu des conséquences importantes sur la santé du demandeur, même si ses difficultés personnelles ont également joué un rôle. Il y a également lieu de tenir compte de la durée des rapports de travail sans qu'il y ait eu de problèmes, soit dix ans, du fait qu'il était apprécié de ses collègues, du fait qu'aucun avertissement ne lui a été donné, des effets économiques de son licenciement, mais aussi de la faute du demandeur, qui est objectivement sérieuse, même si elle ne présente pas un caractère de gravité suffisant au vu des circonstances pour justifier un renvoi immédiat sans avertissement préalable. Compte tenu de tous ces éléments, il convient d'allouer au demandeur une indemnité équivalant à quatre mois de salaire brut. En retenant le salaire mensuel brut du demandeur de 8958 fr. 75, on parvient à une somme de 35 835 francs.

(...)

IX.

En définitive, il convient d'allouer au demandeur la somme de 46 906 fr. 80, à titre d'indemnité au sens de l'art. 337c al. 1 CO et la somme de 35 835 fr., à titre d'indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO. Compte tenu de sa nature salariale, l'indemnité prévue par l'art. 337c al. 1 CO est soumise aux cotisations sociales AVS/AI/APG/AC; la somme allouée au demandeur représente donc un montant brut (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op.cit., n. 11 ad art. 337c CO, p. 290). En revanche, l'indemnité octroyée en vertu de l'art. 337c al. 3 CO n'étant pas de nature salariale, elle n'est pas soumise aux cotisations sociales AVS/AI/APG/AC; il s'agit donc d'un montant net (ATF 123 III 391, JT 1998 I 126; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op.cit., n. 11 ad art. 337c CO). Les créances du travailleur sont exigibles dès le licenciement immédiat (ATF 103 II 274, rés. in JT 1978 I 94) et portent intérêt dès cette date (RSJ 1992 p. 419). En l'espèce, la somme porte donc intérêt à 5% l'an dès le 30 novembre 2006, lendemain du licenciement du demandeur.

Arrêt communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud.

**Art. 335 ss, 341 CO.** La résiliation conventionnelle n'est soumise à aucune exigence de forme et peut donc être donnée par écrit, oralement ou même tacitement. Lorsque l'accord de résiliation est préparé par l'employeur, il faut toutefois que le travailleur ait pu bénéficier d'un délai de réflexion et n'ait pas été pris de court au moment de la signature (c. III.a). On ne saurait cependant estimer – de manière générale – que tout contrat de résiliation signé lors d'une seule et même séance ne reflète pas la volonté du travailleur (c. III.b.aa).

**Groupe de sociétés.** Lorsqu'un employé travaille successivement pour plusieurs entreprises faisant partie du même groupe, il y a lieu de considérer qu'il s'agit de la même relation de travail pour le calcul du délai de résiliation (c. III.b.bb).

**Art. 330a CO.** Le droit du travailleur d'exiger un certificat de travail simple ou qualifié n'est pas une obligation alternative au sens de l'art. 72 CO. Le droit au certificat ne s'éteint donc pas du fait que le travailleur a opté pour l'un d'eux. Après avoir reçu un simple certificat de travail, le travailleur peut encore exiger un certificat qualifié et, s'il a demandé un tel certificat, il peut réclamer un simple certificat (c. IV.a). La prétention visant à l'établissement d'un certificat s'obtient par une action en exécution. Si, après avoir reçu un certificat qualifié, le demandeur estime que son contenu est faux ou incomplet, il peut ouvrir une action en rectification auprès du tribunal compétent (c. IV.b).

**Art. 328 CO.** Une action en constatation d'un *mobbing* n'est recevable que si la victime justifie d'un intérêt digne de protection, de fait ou de droit, à une constatation immédiate. Cet intérêt fait en principe défaut lorsque le demandeur peut immédiatement exiger une prestation exécutoire en sus de la simple constatation et dispose ainsi d'une action condamnatoire (c. XI.a).

Extraits des faits:

La défenderesse, ayant son siège en Suisse, fait partie du groupe E. dont la société-mère, E. Corporation a son siège aux Etats-Unis d'Amérique. Le 21 avril 1999, le demandeur T. a été engagé par une autre société du groupe E., en qualité de «Manager-Consolidation (Finance-Europe)». Le 6 mai 2003, le demandeur et la défenderesse ont signé un contrat le nommant, dès le 1<sup>er</sup> avril 2003, au poste de «Sales and Marketing Director E. Europe Export». Le 29 septembre 2004, la défenderesse a adressé au demandeur un courrier électronique le priant d'être présent dans les locaux à M. le 21 octobre pour discuter de divers sujets. Il est admis que cette réunion s'est tenue l'après-midi du 21 octobre 2004 dans le bu-

reau de C., Président de E. Europe; qu'elle a réuni le demandeur, C. et D., responsable des ressources humaines pour l'Europe, le deux derniers étant administrateurs de la défenderesse. Celle-ci avait préparé un projet de convention de résiliation du contrat qui la liait au demandeur. Lors de cette séance, le demandeur a contresigné pour accord une lettre intitulée «Mutual Separation Agreement» qui contenait 19 points dont les suivants:

«Mutual Separation Agreement:

Dear T.,

Referring to our discussion, this letter serves to confirm the terms of the mutual separation agreement.

1. Separation Date: Pursuant to our discussions, your last date of employment will be March 31, 2005. You are however released from your obligation to work with immediate effect.

2. Compensation & Benefits: The compensation and benefits as defined in your employment contract (i.e. your base pay, the statutory contributions, your lunch allowance and your health insurance subsidy) will remain in effect unchanged to March 31, 2005.

3. Bonus 2004: You will receive your 2004 Bonus on the basis of performance against agreed objectives. The bonus will be paid with your final salary on a pro-rata temporis basis for the period January-October 2004 (10 months).

4. Vacation: You accept to take any outstanding vacation accruals between now and March 31, 2005. Vacation will not be paid in lieu.

5. Outplacement: We have agreed that the Company will provide you with an outplacement service in order to assist you to re-orient your career. Should you wish to partake of the outplacement assistance, you must notify the HR Department and begin the outplacement program by no later than December 31, 2004.

6. Accident Insurance: The insurance cover terminates 30 days after the end of the employment. Should you not take a new assignment with another employer, it is your responsibility to take out an accident insurance that covers you against the consequences of accidents as May 1, 2005.

7. Health Insurance: You continue to be responsible for your personal coverage. According to the Swiss LAMAL, it is compulsory for you to inform your health insurance provider that as of May 1, 2005 you will no longer be covered for accidents under the E. SA employer-sponsored accident insurance scheme. You will then need to make arrangements with your health insurance for a combined health/accident coverage before the end of the 30 days grace period, unless accidents are covered by new employer.

8. Salary Continuation Insurance (Sickness, Disability): The company-sponsored salary continuation insurance will cease as of your last payroll date, March 31, 2005. You have the option to transfer to a private policy. In the event you are interested in this option please contact the HR department prior to your last payroll date.

(...)

19. Governing Law and Arbitration of Controversies: This Agreement shall be construed and interpreted in accordance with the laws of Switzerland. Lausanne Courts will be competent regarding any controversy or Claim arising out of or relating to this Agreement.

You accept to be available to E. for a period of twelve (12) months to October 31, 2005 to provide business information and clarifications as required. In line with this provision, you will leave a forwarding address and phone number with the Company.

This document has been issued in 2-fold and it covers the terms of settlement in their entirety.

T., we trust that this represents a fair basis for an orderly and respectful mutual separation agreement from E.. Please signify your acceptance by signing below».

Le même jour, le demandeur a également contresigné pour accord une lettre de conformité, de non-sollicitation et de confidentialité.

Par demande du 5 décembre 2005, le demandeur a ouvert action dans laquelle il demande que la défenderesse soit condamnée à lui verser divers montants et à lui remettre un certificat de travail complet et exact.

Extraits des considérants:

III.

a) Il n'est pas contesté que le demandeur et la défenderesse ont été liés par un contrat de travail. Le demandeur soutient que le contrat de résiliation qu'il a signé le 21 octobre 2004 avec la défenderesse serait nul. Il s'agit dès lors de déterminer si les rapports de travail entre les parties ont valablement pris fin sur la base de cet accord de séparation mutuelle.

La résiliation conventionnelle n'est soumise à aucune exigence de forme (cf. art. 115 CO) et peut donc être donnée par écrit, oralement ou même tacitement (TF 4A\_474/2008 du 13 février 2009 c. 3.1 et la référence citée). Lorsque l'accord de résiliation est préparé par l'employeur, il faut que le travailleur ait pu bénéficier d'un délai de réflexion et n'ait pas été pris de court au moment de la signature (TF 4C.51/1999 du 20 juillet 1999 c. 3c). Pour déterminer s'il y a eu effectivement accord entre les parties, il faut rechercher tout d'abord leur réelle et commune intention (art. 18 al. 1 CO; interprétation subjective). Si le juge ne parvient pas à établir en fait cette volonté réelle, ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté réelle manifestée par l'autre, il recherchera quel sens les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques (application du principe de la confiance; interprétation objective). Dans ce dernier cas, l'accord litigieux doit être interprété restrictivement et ne peut constituer une résiliation conventionnelle que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsque la volonté des deux parties de se départir du contrat est établie sans

équivoque. En particulier, l'acceptation, par l'employé, d'une résiliation proposée par l'employeur ne permet pas, à elle seule, de conclure à l'existence d'une résiliation conventionnelle et, par là même, à la volonté implicite du travailleur de renoncer à la protection accordée par les art. 336 ss CO (TF 4A\_495/2007 du 12 janvier 2009 c. 4.3.1.1; TF 4C.127/2005 du 2 novembre 2005 c. 4.1 et les arrêts cités).

Lorsque l'intention concordante des parties de passer une convention de résiliation est établie, la validité de ce contrat suppose que ledit accord constitue nettement un cas de transaction. En effet, aux termes 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. Selon la jurisprudence, cette disposition, qui prohibe la renonciation unilatérale du travailleur, n'interdit pas aux parties de rompre en tout temps le contrat d'un commun accord, pour autant qu'elle ne cherchent pas, par ce biais, à détourner une disposition impérative de la loi, et ce malgré le caractère relativement impératif de l'art. 336c CO (ATF 119 II 449 c. 2a, rés. in JT 1995 I 27; ATF 118 II 58 c. 2b, rés. in JT 1993 I 154; TF 4C.37/2005 du 17 juin 2005 c. 2.2; TF 4C.27/2002 du 19 avril 2002 c. 2, SJ 2003 I 220). Ainsi, l'art. 336c CO ne s'applique pas lorsque les parties mettent fin au contrat de travail d'un commun accord, pour autant que ce dernier comporte des concessions réciproques – telles que la libération de l'obligation de travailler et le droit simultané de reprendre un nouvel emploi sans imputation du salaire, le paiement d'une indemnité de départ ou l'octroi d'un outplacement – et qu'il s'agisse nettement d'un cas de transaction (ATF 118 II 58 c. 2b, rés. in JT 1993 I 154; ATF 110 II 168 c. 3b, rés. in JT 1985 I 28; TF 4C.37/2005 précité; TF 4C.27/2002 précité, SJ 2003 I 220; WYLER, *Droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd., p. 457). Le juge doit ainsi s'assurer que le salarié n'a pas renoncé sans compensation suffisante à des droits résultant de dispositions impératives, car, en l'absence de compensation suffisante, l'art. 341 al. 1 CO serait vidé de sa substance (AUBERT, *Commentaire romand*, n. 6 ad art. 341 CO).

L'accord de résiliation qui ne satisfait pas aux conditions susmentionnées ne lie pas les parties. Au demeurant, même dans l'hypothèse inverse, il peut être invalidé s'il est le fruit d'une volonté viciée (art. 23 ss CO). S'agissant des conséquences juridiques d'un accord de résiliation qui ne sortit aucun effet, il convient de faire abstraction dudit accord et d'appliquer, en son lieu et place, les dispositions relevant du régime légal ordinaire, c'est-à-dire les règles du Code des obligations ou d'une convention collective de travail qui régissent l'extinction des rapports de travail, seul étant disputé le point de savoir si ceux-ci prennent fin, nonobstant le défaut de validité de l'accord en question, ou s'ils se poursuivent de ce fait sous réserve du cas particulier visé par l'art. 336c al. 2 CO. En d'autres termes, il y a lieu de replacer les parties dans la situation qui serait la leur si elles n'avaient pas conclu l'accord de résiliation non valable

(TF 4A\_495/2007 du 12 janvier 2009 c. 4.3.1.2 et les références citées). Lorsque, comme c'est généralement le cas, il a été mis fin aux rapports de travail, au moyen de l'accord inefficace, avant l'expiration du délai de résiliation, il faut se demander si l'employeur aurait résilié le contrat de manière ordinaire ou avec effet immédiat dans l'hypothèse où l'accord de résiliation n'eût pas été conclu. Suivant la réponse apportée à cette question, le travailleur pourra soit faire valoir une prétention de salaire jusqu'à la fin du délai de résiliation ordinaire, le cas échéant pour la durée prolongée découlant de l'application des art. 324a et 336c CO, soit réclamer des dommages-intérêts et une indemnité fondés sur l'art. 337c al. 1 et 3 CO. C'est au travailleur qui soutient que son employeur l'aurait licencié avec effet immédiat en pareille hypothèse d'en apporter la preuve (TF 4A\_495/2007 précité et les références citées).

b) Il convient ainsi de déterminer si les parties ont eu la volonté concordante de mettre un terme à leur relation de travail par accord mutuel d'une part et, d'autre part, si ce contrat de résiliation comporte des concessions réciproques constituant nettement un cas de transaction.

aa) S'agissant de la volonté des parties de mettre un terme à leur relation de travail par accord mutuel, il y a lieu de constater que le contrat de résiliation du 21 octobre, 2004 a été conclu par écrit, le demandeur ayant contresigné pour accord un document préalablement préparé par la défenderesse. Certes, le demandeur n'était pas informé que la séance du 21 octobre 2004 porterait sur la fin conventionnelle des rapports de travail. Il est néanmoins établi que cette séance a duré plusieurs heures et que le demandeur a négocié ce contrat, faisant modifier certains points. Des suspensions sont intervenues durant la négociation, qui auraient permis au demandeur de contacter des tiers s'il le souhaitait ou l'estimait nécessaire. Le demandeur n'a ainsi pas été placé dans une situation dans laquelle il aurait été amené à signer ce contrat immédiatement, sans délai de réflexion ou sans pouvoir influencer sur son contenu. Au contraire, puisqu'il a pu y faire apporter des amendements. A cela s'ajoute que le demandeur avait signé plusieurs contrats avec la défenderesse ou des sociétés du groupe E. et occupait une position relativement élevée dans la hiérarchie, étant responsable d'une zone géographique pour l'exportation. Il occupait ainsi une fonction de cadre et il y a lieu de considérer qu'il était parfaitement capable de négocier et de signer un contrat de résiliation. La présente espèce se distingue dès lors de celle faisant l'objet d'un arrêt récent du Tribunal fédéral (TF 4A\_495/2007 du 12 janvier 2009), où une repasseuse avait été convoquée dans les locaux d'un tiers, lequel lui avait fait signer séance tenante l'accord de résiliation rédigé par lui – et non par l'employeur – sans même lui accorder le délai de réflexion exigé par la jurisprudence fédérale (TF 4A\_495/2007 précité c. 4.3.2.1; TF 4C.51/1999 précité). On ne saurait en particulier considérer – de manière générale – que tout contrat de résiliation signé lors d'une seule et même séance ne reflète pas la volonté du travailleur. Il n'est pas non plus établi, ni même rendu vraisemblable, que

le demandeur aurait subi une quelconque pression psychologique l'incitant à signer contre sa volonté cet accord de résiliation.

Le demandeur a certes plaidé lors de l'audience de ce jour l'application de l'art. 28 CO considérant que l'accord de résiliation était nul, car la défenderesse n'aurait jamais eu la volonté de l'appliquer. Il soutient avoir fonctionné en tant que «trouble shooter» et avoir découvert un certain nombre de pratiques répréhensibles au sein de la défenderesse. Selon lui, cette dernière aurait pris la décision de mettre un terme à leur relation de travail en raison de ces découvertes. Aucun élément au dossier ne permet toutefois de retenir cette thèse, même partiellement. Le demandeur n'a d'ailleurs jamais fait valoir avoir été victime d'un vice de la volonté (erreur, dol, crainte fondée, lésion) dans le délai des art. 31 et 21 al. 2 CO, alors même qu'il a été assisté d'un avocat dès le mois de mai 2005 et que, dûment assisté, il disposait de plusieurs mois – y compris après le début de son incapacité de travail pour cause de maladie – pour émettre une manifestation de volonté par laquelle il contestait la validité de la convention de résiliation.

Sous cet angle également, le cas d'espèce se distingue très nettement de celui ayant donné lieu à l'arrêt précité du Tribunal fédéral. Dans cette affaire, la travailleuse avait signé un contrat de résiliation le 3 juin 2004 et avait fait part, par lettre adressée quatre jours plus tard, du fait qu'elle était profondément choquée par les pressions dont elle avait fait l'objet, des reproches qui lui avaient été adressés, du fait qu'elle était sensible et vulnérable et qu'on lui avait extorqué un prétendu accord.

Au vu de ce qui précède, la volonté des parties de mettre fin aux rapports de travail d'un commun accord est clairement établie.

bb) Il convient dès lors d'examiner si l'accord de résiliation passé entre les parties comportent des concessions réciproques d'égale importance.

Le contrat de séparation mutuelle, prévoyant la fin des rapports de travail au 31 mars 2005, a été signé par les parties le 21 octobre 2004. Le délai de congé contractuel du demandeur n'a pas été allégué. Pour examiner l'ampleur des concessions réciproques, il convient dès lors de se référer aux délais de résiliation prévus à l'art. 335c al. 1 CO. Selon cette disposition, le contrat de travail peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois pendant la première année de service, de deux mois de la deuxième à la neuvième année de service et de trois mois ultérieurement. Dans le cas présent, le demandeur a débuté son activité au sein du groupe E. le 21 avril 1999. Il a par la suite signé de nouveaux contrats de travail avec d'autres sociétés de ce groupe, en particulier avec la défenderesse. Il s'agit néanmoins de la même relation de travail (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3<sup>e</sup> éd., n. 1 ad art. 335c CO; AUBERT, op.cit., n. 2 ad art. 335c CO), de sorte que la date du 21 avril 1999 est déterminante pour calculer la durée des rapports de travail. Lors de la signature du contrat de séparation, le délai de résilia-

tion ordinaire était de deux mois. Dès lors, si une résiliation ordinaire lui avait été signifiée le 21 octobre 2004, elle aurait pu prendre effet au 31 décembre 2004. Or, l'art. 1 du contrat de résiliation du 21 octobre 2004 prévoit le versement au demandeur de son salaire jusqu'au 31 mars 2005, soit cinq mois après cette date. Le délai de congé prévu par l'accord de résiliation étant plus long que celui qui aurait dû être appliqué en cas de résiliation ordinaire, le demandeur n'a pas fait de concession relative à son salaire afférent au délai de congé, d'autant que, libéré de son obligation de travailler, le demandeur n'a pas fourni de contre-prestation de travail durant cette période. Même en prenant le délai de résiliation maximal de trois mois prévu par l'art. 335c al. 1 CO, une conclusion identique s'impose. Au contraire, c'est le demandeur qui a bénéficié d'une prestation supplémentaire à celle résultant du contrat de travail, de la part de la défenderesse.

La non-utilisation du véhicule de fonction a fait l'objet d'une compensation par le versement d'une indemnité mensuelle de 3000 fr. payable jusqu'au 31 janvier 2005[...], soit pour une durée plus longue que si les rapports de travail avaient pris fin par une résiliation ordinaire signifiée le 21 octobre 2004. Là non plus, il n'y a pas de concession pertinente à laquelle le demandeur aurait consenti.

S'agissant de la protection contre les congés en temps inopportun (art. 336c CO), le demandeur ne se trouvait pas en incapacité de travail lors de la signature de l'accord de résiliation. Il n'a dès lors pas concrètement renoncé à cette protection au moment de la conclusion de l'accord. Pour déterminer l'ampleur des concessions réciproques, la jurisprudence précise qu'il convient de se placer à la date de la résiliation conventionnelle, sous réserve des événements imprévisibles pouvant survenir jusqu'à la fin du délai de congé et imputables à aucune des parties (TF 4C.27/2002 du 19 avril 2002 c. 3c, SJ 2003 I 220). Si une résiliation ordinaire lui avait été signifiée le 21 octobre 2004, les rapports de travail auraient été terminés au moment de la survenance de son incapacité de travail, qui a débuté le 29 mars 2005. Il n'y dès lors pas eu de concession du demandeur de ce point de vue. Un contrat de résiliation, lorsqu'il est valable au regard des exigences jurisprudentielles, implique néanmoins que les rapports de travail prennent fin à la date convenue contractuellement et ne sont pas prolongés en cas d'incapacité de travail non fautive du travailleur (art. 336c al. 2 CO). L'art. 336c CO étant relativement impératif (art. 362 CO), il convient de prendre en compte cette hypothèse pour déterminer l'ampleur des concessions de l'employé. En l'espèce, le demandeur se trouvait dans sa sixième année de service. En concluant un accord de résiliation avec la défenderesse, il a renoncé à une éventuelle prolongation des rapports de travail pouvant aller jusqu'à 180 jours (art. 336c al. 1 let. b CO) et au paiement de son salaire pour une durée maximale de trois mois (art. 324a CO avec application de l'échelle bernoise). Le demandeur a ainsi renoncé à l'équivalent de trois mois de salaire.

En contrepartie, l'accord de résiliation prévoyait le droit pour le demandeur d'utiliser le service d'outplacement de la défenderesse. A cette fin, la défenderesse a conclu un contrat avec P. Partners SA pour un montant de 30 000 francs. Il est prouvé que le demandeur a eu régulièrement recours audit service. En outre, la défenderesse a continué à prendre en charge les primes d'assurance-maladie du demandeur durant cinq mois.

Au vu de ce qui précède, il sied de constater que l'accord de résiliation du 21 octobre 2004 ne pose aucun problème de validité au regard de la condition de l'existence de concessions réciproques. Il apparaît même avantageux pour le demandeur. Cet accord est par conséquent valable, de même que les autres documents signés par le demandeur le 21 octobre 2004, en particulier la lettre de conformité, de non-sollicitation et de confidentialité, pour des motifs identiques.

#### IV.

a) La conclusion I du demandeur tend à la remise d'un certificat de travail complet, et exact.

Selon l'art. 330a al. 1 CO, le travailleur peut demander en tout temps à l'employeur un certificat portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite. Ce document a pour but de favoriser l'avenir économique du travailleur. Il doit être véridique et complet (ATF 129 III 177 c. 3.2, JT 2003 I 342). Conformément à son but, il sera établi dans la langue usuelle du lieu où se sont déroulés les rapports de travail (JANSSEN, *Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers*, thèse Berne 1996, p. 67 et les références). Le choix de la formulation appartient en principe à l'employeur (sous réserve d'une décision de justice); la doctrine admet que le travailleur ne peut en particulier exiger que soit repris le texte d'un précédent certificat intermédiaire, même si les circonstances n'ont pas changé fondamentalement depuis (JANSSEN, *op.cit.*, pp. 67–68 et les références citées). Conformément au principe de la bonne foi, la liberté de rédaction reconnue à l'employeur trouve ses limites dans l'interdiction de recourir à des termes péjoratifs, peu clairs ou ambigus, voire constitutifs de fautes d'orthographe ou de grammaire (REHBINDER, *Berner Kommentar*, n° 12 ad art. 330a CO). Le certificat doit contenir la description précise et détaillée des activités exercées et des fonctions occupées dans l'entreprise, les dates de début et de fin de l'engagement, l'appréciation de la qualité du travail effectué ainsi que de l'attitude du travailleur (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *op.cit.*, n. 3 ad art. 330a CO). S'il doit être établi de manière bienveillante (art. 328 CO; REHBINDER, *op.cit.*, n° 14 ad art. 330a CO), le certificat peut et doit contenir des faits et appréciations défavorables, pour autant que ces éléments soient pertinents et fondés (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *Le contrat de travail*, Code annoté, 2<sup>e</sup> éd., n° 1.5 et 1.6 ad art. 330a CO). Il y a lieu de mentionner le motif de fin des rapports de travail si celui-ci est nécessaire à l'appréciation générale de l'image générale du travailleur (JANSSEN, *op.cit.*, pp. 118 à 121 et les références citées; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *loc. cit.*; cf. aussi BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/

BRUCHEZ, loc. cit.). C'est l'employeur qui supporte le fardeau de la preuve de la délivrance d'un certificat, si le travailleur la conteste; ce dernier doit prouver les faits justifiant l'établissement d'un certificat différent de celui qui lui a été remis (TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003 c. 6.1 et les références citées).

L'art. 330a al. 2 CO dispose qu'à la demande expresse du travailleur, le certificat ne porte que sur la nature et la durée des rapports de travail. Un certificat simple au sens de cette disposition ne doit être établi qu'à la demande expresse du travailleur. Celui-ci peut opter pour un certificat de travail qualifié (certificat complet) ou pour un simple certificat (attestation de travail). Il est ainsi en droit de refuser un certificat établi contrairement à sa volonté (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, n. 17 ad art. 330a CO; BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2<sup>e</sup> éd., n. 2 ad art. 330a CO; STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 6<sup>e</sup> éd., n. 4 ad art. 330a CO; REHBINDER, op.cit., n. 4 ad art. 330a CO; JANSSEN, op.cit., p. 24). En outre, le droit du travailleur d'exiger un certificat de travail simple ou qualifié n'est pas une obligation alternative au sens de l'art. 72 CO. Le droit au certificat ne s'éteint pas du fait que le travailleur a opté pour l'un d'eux. Après avoir reçu un simple certificat de travail, le travailleur peut encore exiger un certificat qualifié et, s'il a demandé un tel certificat, il peut réclamer un simple certificat (ATF 129 III 177 c. 3.2, JT 2003 I 342 et la doctrine citée).

b) En l'espèce, la défenderesse a remis au demandeur un certificat de travail ne comportant pas d'appréciation subjective, soit un certificat ne portant pas sur la qualité de son travail et de sa conduite. Le certificat de travail remis au demandeur par la défenderesse n'est ainsi pas conforme aux exigences de l'art. 330a al. 1 CO et le demandeur n'a pas à se contenter d'une simple attestation de travail. Il a ainsi droit à la délivrance d'un certificat qualifié (certificat complet) au sens de l'art. 330a al. 1 CO, contenant tous les éléments exigés par cette disposition (nature et durée des rapports de travail, qualité du travail et conduite de l'employé). La défenderesse est ainsi tenue d'établir et de lui remettre un certificat qualifié. A cet égard, les parties n'ont pas à tomber d'accord au préalable sur le contenu du certificat. La prétention visant à l'établissement d'un certificat s'obtient par une action en exécution d'une prestation tendant à l'établissement d'un certificat (STAEHELIN, op.cit., n. 19 ad art. 330a CO; REHBINDER, op.cit., n. 20 ad art. 330a CO). Si, après avoir reçu un certificat qualifié, le demandeur estime que son contenu est faux ou incomplet, il peut ouvrir une action en rectification auprès du tribunal compétent (ATF 129 III 177 c. 3.3, JT 2003 I 342; REHBINDER, op.cit., n. 21 ad art. 330a CO; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op.cit., n. 5 ad art. 30a CO; BRÜHWILER, op.cit., n. 4 ad art. 330a CO; STREIFF/VON KAENEL, op.cit., n. 5 ad art. 330a CO; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op.cit., n. 1.20 ad art. 330a CO).

La conclusion I du demandeur doit par conséquent lui être allouée, en ce sens que la défenderesse est tenue de lui remettre un certificat de travail conforme à l'art. 330a al. 1 CO.

V.

Le demandeur a conclu au paiement des salaires des mois d'avril, par 19 776 fr. 65, plus intérêt à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> avril 2005, et de mai 2005, par 19 776 fr. 65, plus intérêt à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> mai 2005, et a requis la mainlevée des oppositions formées aux commandements de payer n<sup>os</sup> 302221 et 303124 de l'Office des poursuites de M. Il a également conclu au paiement de la somme de 855 887 fr., au titre des salaires, bonus et autres avantages en nature pour la période du 1<sup>er</sup> juin 2005 au 31 juillet 2007, plus intérêt composé à 5% dès le 1<sup>er</sup> juin 2005 jusqu'au jour du paiement.

Comme exposé précédemment, le contrat de résiliation signé par les parties le 21 octobre 2004 est valable et opérant. Les rapports de travail ont ainsi pris fin le 31 mars 2005, de sorte que le demandeur ne peut prétendre aux salaires, bonus et autres prestations en nature postérieurs au 31 mars 2005. Le fait que le demandeur se soit trouvé en incapacité de travail dès le 29 mars 2005 n'est pas déterminant à cet égard. En effet, un contrat de résiliation – librement consenti, réciproquement voulu et constituant nettement un cas de transaction en raison des concessions réciproques – permet de déroger à la protection accordée aux art. 336 ss CO, en particulier celle de l'art. 336c al. 2 CO. Ainsi, nonobstant l'incapacité de travail du demandeur, les rapports de travail ont pris fin au 31 mars 2005, soit à la date prévue par l'accord de résiliation, l'incapacité de travail du demandeur n'ayant pas pour effet de prolonger les rapports de travail et de repousser la date de la fin des rapports contractuels comme en cas de résiliation ordinaire (art. 336c al. 2 CO).

Au demeurant, les questions de couverture en cas de maladie ou d'accident ont été expressément traitées dans le contrat de résiliation. Les parties ont ainsi pris en considération la survenance d'un tel risque, aucun élément du dossier ne suggérant de se diriger vers une conclusion contraire. La prétention du demandeur doit dès lors être rejetée.

(...)

XI.

a) Le demandeur a conclu à ce qu'acte lui soit donné de ses prétentions au titre de mobbing dont il a été victime.

Cette conclusion est purement constatatoire.

Une action en constatation de droit n'est ouverte que si la partie justifie d'un intérêt digne de protection, de fait ou de droit (ATF 123 III 49 c. la, JT 1998 I 659), à une constatation immédiate (HOHL, Procédure civile, tome I, nn. 133 ss; ATF 120 II 20 c. 3a, JT 1995 1130; ATF 96 II 129 c. 2, JT 1971 I 263). C'est une condition du procès dont le demandeur doit apporter la preuve pour autant qu'elle concerne l'état de fait (ATF 123 III 49, JT 1998 I 659). Cet intérêt fait en principe défaut lorsque le demandeur

peut immédiatement exiger une prestation exécutoire en sus de la simple constatation et dispose ainsi d'une action condamnatoire (HOHL, op.cit., nn. 141 et 142; ATF 119 II 368 c. 2a, JT 1996 I 274; ATF 118 II 254 c. 1 c, JT 1996 I 259; ATF 114 II 253 c. 2a, JT 1989 I 333; ATF 84 II 685, JT 1959 I 486). Dans ce cas, il convient de ne pas entrer en matière sur l'action en constatation de droit (ATF 123 III 49 c. la, JT 1998 I 659). Si le juge doit trancher une question préalable avant de statuer sur une conclusion condamnatoire, la conclusion constatatoire qui a pour objet cette question préalable est irrecevable (ATF 106 III 118 c. 2, rés. in JT 1982 II 151; POUURET, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. II, n. 1.3.2.8 ad art. 43 OJF; Cciv, I. c. S., 24 septembre 2003, c. XII).

En l'espèce, le demandeur disposait d'une action condamnatoire. Au demeurant, il ne fait valoir aucun intérêt digne de protection de fait ou de droit à une constatation immédiate. La conclusion du demandeur n'est dès lors pas recevable. De toute manière, aucun élément au dossier ne démontre qu'il aurait été victime de mobbing lors de son activité au sein de la défenderesse.

Arrêt communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud.

*Tribunal cantonal du canton de Vaud, Chambre des recours, Arrêt du 2 septembre 2010 (Rejet du recours interjeté contre le jugement rendu le 31 mai 2010 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Côte)*

**Art. 19 LSE, art. 337 CO. Licenciement immédiat du travailleur intérimaire. L'entreprise locataire de services n'est pas cotitulaire du pouvoir de dénoncer le contrat de travail, que ce soit en respectant le délai de congé ou immédiatement pour de justes motifs. L'agence de travail intérimaire peut quant à elle, à certaines conditions, résilier avec effet immédiat le contrat qui la lie au travailleur intérimaire en se référant aux motifs invoqués par l'entreprise utilisatrice (c. 4).**

**Art. 337 CO. Une infraction pénale commise par le travailleur sur son lieu de travail, comme un vol commis au préjudice de l'employeur, de collègues ou de clients, constitue usuellement un juste motif de résiliation immédiate du contrat de travail. Le caractère pénal n'est pas déterminant puisque, nonobstant l'acquittement au pénal, le juge civil peut retenir la matérialité des faits reprochés au travailleur, y compris le dessein d'enrichissement illégitime (c. 5).**

Extraits des faits:

La défenderesse E. SA est spécialisée dans le placement de personnels, temporaires ou fixes. En date du 12 octobre 2006, la défenderesse, par

son agence de Y., et la demanderesse T. ont signé un contrat-cadre de travail réglémentant les relations contractuelles entre parties et les modalités des missions de travail temporaire proposées à la collaboratrice. Dès le 26 octobre 2006, T. a été régulièrement placée, comme nettoyeuse, auprès de l'entreprise K. SA, à Z. A partir du mois de mars 2009, K. SA a mis en place pour ses employés un système de commande directe de fruits et légumes auprès du producteur, les commandes étant passées par internet. Selon ce système, tous les quinze jours, le maraîcher prépare les commandes nominatives disposées dans des cageots en plastique portant le nom et le prénom de leurs destinataires. Les commandes, payées à l'avance, sont alors déposées en un endroit prédéfini dans les locaux de K. SA où leurs destinataires viennent les chercher. Certains employés s'étant plaints que leur commande était incomplète, K. SA a pris diverses mesures et a organisé un système de surveillance. C'est ainsi qu'en date du 31 mars 2009, T. a été surprise avec un sac contenant 6 à 10 kiwis sous du plastique d'emballage usagé. X., spécialiste en gestion des ressources humaines chez K. SA, a lors fait signer à T. la déclaration suivante: *«Le 31 mars 2009, j'ai ramassé les poubelles dans le couloir au sous-sol de K. SA à Y. J'ai vu des légumes dans le couloir dans des cageots en plastiques. J'ai regardé dans les cageots, et ai vu des kiwis. J'en ai pris deux poignées et les ai mis dans mon sac poubelle. J'ai pris le sac pour monter au vestiaire mais Madame V. m'a demandé d'ouvrir le sac. J'ai dit que j'ai pris les kiwis pour les manger»*. Le jour-même, X. a signifié T. qu'elle était renvoyée avec effet immédiat. La demanderesse s'est ensuite rendue chez E. SA, à X. qui lui a confirmé son licenciement pour juste motif.

Par demande formée le 26 août 2009 devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Côte (ci-après: le tribunal), T. a conclu à ce que la défenderesse E. SA soit condamnée à lui verser la somme de 3059 fr. brut, avec intérêt, à titre de salaires dus pour le délai ordinaire de congé, et la somme de 9177 fr. net, avec intérêt, au titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié. Par jugement du 31 mai 2010, le Tribunal de prud'hommes a rejeté la demande de T. Par acte motivé du 4 août 2010, T. a recouru contre le jugement.

Extraits des considérants:

3.

La recourante soutient que le licenciement immédiat qui lui a été signifié était injustifié. D'abord, concernant les actes qui lui sont reprochés, elle n'a été l'objet d'aucune plainte pénale. Ensuite, il ressort selon elle de certains témoignages recueillis par le tribunal qu'elle n'avait pas l'intention de causer un quelconque préjudice à son employeur, ni à K. SA ni aux employés de cette dernière. Enfin, même si cette dernière entreprise souhaitait mettre un terme immédiat au contrat de mission, cela ne justifiait

pas encore que son employeur, soit la défenderesse, résilie avec effet immédiat son contrat de travail.

4.

La location de services, communément appelée travail intérimaire, se trouve régie par la LSE (loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services; RS 823.11). Dans le cadre de cette institution, les rapports juridiques sont triangulaires: le travailleur intérimaire est engagé par une entreprise de travail intérimaire, le «bailleur de services» (cf. art. 19 LSE), qui le met à disposition d'une «entreprise locataire de services» (cf. art. 22 LSE). Il n'y a pas de relation contractuelle entre le travailleur intérimaire et l'entreprise locataire de services, quand bien même celle-ci peut lui donner des instructions et doit, à son égard, respecter certaines obligations (cf. G. AUBERT, Commentaire Romand, Code des obligations I, n. 30 ad art. 319 CO, pp. 1677-1678).

Dans un tel cas de figure, les obligations de l'employeur, à savoir de l'agence de placement, sont celles qui résultent du contrat de mission. Elles s'éteignent avec la fin de la mission. Quant à l'entreprise locataire de services, si elle jouit d'un certain nombre de prérogatives liées à son statut d'«employeur de fait» (pouvoir de donner des directives et des instructions liées à l'exécution du travail), elle n'est pas cotitulaire du pouvoir de dénoncer le contrat de travail, que ce soit en respectant le délai de congé ou immédiatement pour de justes motifs, ou de le renouveler, puisqu'elle n'a aucun pouvoir direct sur son existence (cf. LUC THÉVENOZ, Le travail intérimaire, thèse Genève 1987, p. 242; ATF 129 III 124 et les réf. citées; CREC I 23 septembre 2009/490).

La jurisprudence a eu l'occasion de se pencher sur la question de savoir si l'agence de travail intérimaire était en droit de résilier avec effet immédiat le contrat qui la lie au travailleur intérimaire en se référant aux motifs invoqués par l'entreprise utilisatrice. La Chambre d'appel de prud'hommes de Genève a jugé que si l'agence de travail intérimaire recevait du locataire de services des informations particulièrement négatives sur le comportement du travailleur intérimaire, qu'il refuse d'occuper plus longtemps, elle pouvait à son tour, après appréciation de toutes les circonstances du cas particulier, licencier de manière abrupte ce travailleur; tel est le cas d'un travailleur intérimaire qui commet un délit au préjudice de l'utilisateur de services (cf. JAR 1999 p. 300).

5.

Une infraction pénale commise par le travailleur à l'occasion de son travail et à l'encontre de l'employeur, comme un vol commis au préjudice de l'employeur, de collègues ou de clients, constitue usuellement un juste motif de résiliation immédiate du contrat de travail. Le caractère pénal n'est pas déterminant puisque, nonobstant l'acquiescement au pénal, le juge civil peut retenir la matérialité des faits reprochés au travailleur, y compris le dessein d'enrichissement illégitime (cf. WYLER, Droit du travail, 2<sup>ème</sup> éd., p. 494; CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, Commentaire

des art. 319 à 341 CO, p. 565; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *Le contrat de travail*, Code annoté, 2<sup>ème</sup> éd., Lausanne 2010, n. 1.60 ad art. 337 CO, p. 330; ATF 130 III 28 c. 4.1 p. 31).

En l'occurrence, le comportement de la recourante lors des événements du 31 mars 2009 est, comme l'ont retenu les premiers juges, assimilable à un vol au sens de la loi pénale. Contrairement à ce que tente de faire accroire la recourante, les témoignages recueillis par le tribunal ne la disculpent pas, mais établissent au contraire son intention dolosive. Ainsi les deux responsables de la défenderesse qui avaient mis en place la surveillance, à savoir V. et R., ont décrit le stratagème utilisé par la recourante pour emporter la cargaison de fruits dérobés dans les cageots étiquetés au nom d'employés de la défenderesse. Même si le témoin R. a rapporté les propos de la recourante, qui a déclaré «qu'elle pensait pouvoir se servir», il a mis en doute sa bonne foi par le fait qu'elle avait caché la nourriture au fond d'un sac à poubelle sous un morceau de plastique. Il a également rapporté qu'elle avait prétendu que le sac ne contenait que des déchets, puis qu'elle avait été réticente à l'ouvrir, qu'il avait dû insister par deux fois et que finalement c'est lui qui l'avait ouvert. Par ailleurs, contrairement à ce qu'elle prétend dans son recours, la recourante n'avait pas l'intention de «manger ces fruits dans son vestiaire», mais bien, selon ce qu'a rapporté le témoin X., de les apporter à «ses petits-enfants qui en avaient besoin».

La matérialité des faits est ainsi établie à satisfaction de droit et la qualification de vol doit être confirmée, même si aucune plainte pénale n'a en définitive été déposée. Le fait qu'il se soit agi de marchandises de peu de valeur ne saurait jouer de rôle déterminant. On doit bien plus retenir l'intention de la recourante de s'approprier des biens appartenant à des collègues de travail sur son lieu de travail et le procédé surnois utilisé pour parvenir à ses fins. Un tel comportement était de nature à rompre irrémédiablement la confiance à l'égard de l'entreprise locataire de services. Cette rupture de confiance s'est étendue à la défenderesse, dont la réputation ne saurait être ternie par le comportement répréhensible de la demanderesse dans le cadre de l'une de ses «missions». C'est du reste bien en se référant à sa faute grave commise à l'égard de l'entreprise K. SA que la défenderesse l'a congédiée avec effet immédiat. Dans ces circonstances, on doit considérer que le licenciement dont a été l'objet la demanderesse est justifié. Partant, c'est à juste titre que les premiers juges ont rejeté les prétentions formées par la demanderesse.

Arrêt communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud.

*Tribunal cantonal du canton de Vaud, Chambre des recours, Arrêt du 3 septembre 2010 (Admission du recours principal et rejet du recours joint interjetés contre le jugement rendu le 17 décembre 2009 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne)*

*Par arrêt du 14 avril 2011, le Tribunal fédéral a rejeté le recours constitutionnel subsidiaire interjeté par l'employée contre l'arrêt cantonal (TF, cause 4D\_13/2011).*

**Art. 327a CO. Remboursement par le travailleur des frais de formation continue. De manière générale, une clause limitant à trois ans l'obligation de rembourser, calculée au prorata temporis de la durée des rapports de travail à compter de la fin de la formation, est valable. Ainsi, si la durée choisie est de trois ans, chaque mois passé au service de l'employeur, à compter de la fin de la formation, entraînera une réduction du montant à rembourser de 2,77%: 100/36 (c. 4.a). Il est admis que les parties peuvent également soumettre à une clause de remboursement le salaire afférent aux heures de cours. En principe, une clause permettant à l'employeur d'exiger le remboursement dégressif d'un montant de l'ordre de 12 000 fr. en cas de fin des rapports de travail dans les deux ans dès la fin de la formation n'est pas excessive (c. 4.d).**

**Une durée trop longue prévue contractuellement pour le remboursement dégressif peut toutefois être inadmissible lorsqu'elle porte une atteinte excessive à la liberté personnelle du travailleur en l'entravant pendant une longue période dans son droit de résilier le contrat (c. 4.a). Dans ce cas, le juge peut réduire l'obligation de remboursement, en tenant compte à la fois de la lourdeur de la limitation au droit de donner le congé et de l'intérêt de l'employeur à ce que les rapports de travail se poursuivent suffisamment longtemps (c. 5.b).**

**Il faut admettre que, par une application analogique de l'art. 340c al. 2 CO, la clause de remboursement des frais de formation ne déploie pas d'effets lorsque la fin des relations de travail est imputable à l'employeur (c. 5.a).**

Extraits des faits:

La défenderesse T. est entrée en fonction le 1<sup>er</sup> juin 2003 chez la demanderesse E., en tant qu'éducatrice au sein de la garderie-nursery «Z.». Les parties ont signé à cet effet un contrat de travail de durée indéterminée le 3 juin 2003. Aux termes du chiffre 8 de ce contrat, la défenderesse percevait un salaire brut de fr. 4400.–, treize fois l'an, pour un taux d'activité de 100%. A teneur du chiffre 10, la défenderesse s'engageait, «*en cas de formation suivie par l'employée, [...] à ne pas donner son congé dans un délai de 12 mois, suivant la fin de la formation. [La demanderesse]se [ré-*

*servait] le droit de demander le remboursement de la formation au prorata temporis».*

Peu après son engagement, la défenderesse a participé à une série de cours de perfectionnement professionnel. Les coûts occasionnés par ladite formation ont été supportés par la demanderesse, conformément à l'art. 10 de l'avenant au contrat du 31 décembre 2003. La défenderesse désirait également suivre une formation en gestion d'équipe dispensée par l'Ecole d'études sociales et pédagogiques (ci-après: éesp), à Lausanne. Elle a fait part de cette envie à son employeur et des discussions ont eu lieu, notamment en vue d'établir les modalités de paiement de cette formation par la demanderesse et les obligations qui en résulteraient pour l'employée. Les 27 et 28 mars 2007, les parties ont signé un nouvel avenant au contrat de travail, qui annulait et remplaçait celui du 31 décembre 2003. Ce nouvel avenant, rédigé par la demanderesse, ne concernait que la question des frais de formation; il était ainsi libellé:

«10. Formation

«Votre formation «certificat en gestion d'équipe» débutera en mai 2007, et sera intégralement prise en charge par l'employeur. La participation de l'employeur comprend notamment 100% des heures de cours, les frais pour écolages, taxes d'examens et supports obligatoires de cours. [...].

Les avantages, en temps et financement, mentionnés ci-dessus, sont accordés pour la durée normale de la formation. Afin que les frais à charge de l'employeur soient supportables, il est d'usage d'exiger, après la période de perfectionnement, le maintien des rapports de travail pour une durée de deux ans.

Si par le fait de l'employée, ces rapports se terminent avant, cette dernière est redevable du pourcentage correspondant à la durée non assumée.»

Par courrier du 23 mars 2009, la défenderesse a résilié le contrat de travail la liant à la demanderesse avec effet au 31 mai 2009. Ensuite de sa démission, la défenderesse a connu une période de chômage. Par requête du 26 août 2009, la demanderesse a ouvert action devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne et pris à l'encontre de la défenderesse des conclusions en paiement d'un montant de frs. 12 058.90. Par jugement du 17 décembre 2009, le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne a prononcé que la défenderesse T. doit payer à la demanderesse le montant de 3740 fr., avec intérêt. E. a recouru contre ce jugement et T. a formé un recours joint.

Extraits des considérants:

3.

Sans remettre en cause le jugement attaqué sur le principe de la soumission du salaire à la clause de remboursement résultant de l'art. 10 du

contrat de travail, dans sa version telle qu'elle est stipulée dans l'avenant du 27 mars 2007 (qui a lui-même remplacé celui du 31 décembre 2003), la recourante principale fait grief aux premiers juges d'avoir réduit de 100% – et donc purement et simplement supprimé – la part de salaire de l'intimée inhérente à la formation suivie dont elle demandait le remboursement. De même, elle se plaint de ce que le tribunal ne lui a pas accordé le remboursement des frais d'écolage facturés pour le cours de base suivi par l'intimée, au motif qu'elle n'aurait pas rapporté la preuve qui lui incombait sur ce point. Elle fait valoir à cet égard que le montant y relatif peut être déduit des pièces produites et se réfère au surplus aux deux factures de l'éesp à ce propos, qu'elle a jointes à son acte de recours.

La recourante par voie de jonction considère quant à elle que la clause de remboursement précitée ne peut être comprise comme visant également le salaire. Tout en approuvant sur ce point la motivation des premiers juges, qui justifient la suppression de tout remboursement d'une partie du salaire par l'atteinte excessive à la liberté économique de l'employée, elle fait grief à ces derniers d'avoir retenu que l'application de la clause dégressive n'avait pas encore commencé à courir au moment où elle a résilié son contrat. Par surabondance, elle se prévaut, par analogie avec l'art. 340c al. 2 CO, d'un motif de résiliation justifié imputable à l'employeur, ce qui aurait pour conséquence de la libérer de l'obligation de remboursement découlant de la clause litigieuse.

4.

a) Tant la jurisprudence que la doctrine admettent la validité d'une clause de remboursement pour les frais de formation professionnelle pour autant que celle-ci n'ait pas pour effet de priver le travailleur de son droit de résilier le contrat (cf. CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, n. 3 ad art. 327a CO, pp. 258-259; le même auteur, *La rémunération du travailleur et le remboursement des frais*, *Etudes et documents publiés par la Fédération des Entreprises Romandes*, Genève 2007, n. 584 ss., pp. 246 à 248; WYLER, *Droit du travail*, 2<sup>ème</sup> éd., pp. 289 à 291; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, n. 3 ad art. 327a CO, pp. 351-352; PORTMANN, *Basler Kommentar*, n. 4 ad art. 327a CO, p. 1853; STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsrecht*, 6<sup>ème</sup> éd., n. 7 ad art. 327a, pp. 335-336 et n. 3 ad art. 335a pp. 612-613 et les réf. citées). Cette participation concerne les frais payés par l'employeur pour une formation complémentaire procurant au travailleur un avantage personnel perdurant au-delà des rapports de travail et pouvant être exploité sur le marché du travail (TF 40.326/2005 du 21 octobre 2005 c. 4; WYLER, *op.cit.*, p. 289).

Pour qu'un remboursement des frais de formation pris en charge par l'employeur puisse être exigé, la doctrine pose trois conditions cumulatives. Premièrement, il faut que les parties aient convenu à l'avance d'un remboursement en cas de résiliation anticipée du contrat. A contrario, lorsque rien n'a été prévu, l'employeur ne peut unilatéralement et après coup exiger le remboursement du coût d'une formation offerte au travailleur.

Deuxièmement, les montants à rembourser doivent être clairement spécifiés. Troisièmement, la durée pendant laquelle l'employeur peut exiger un remboursement dégressif doit être fixée raisonnablement, compte tenu notamment de l'ampleur des frais engagés, à défaut de quoi l'on se heurterait au principe de l'égalité des parties devant le délai de congé (art. 335a al. 1 CO). De manière générale, une clause limitant à trois ans l'obligation de rembourser, calculée au prorata temporis de la durée des rapports de travail à compter de la fin de la formation, est valable (JAR 1991 p. 203). La durée sera fonction notamment du montant à rembourser et de l'avantage durable que la formation suivie confère au travailleur sur le marché du travail. Ainsi, si la durée choisie est de trois ans, chaque mois passé au service de l'employeur, à compter de la fin de la formation, entraînera une réduction du montant à rembourser de 2,77% (100: 36 mois) (PHILIPPE CARRUZZO, *La rémunération du travailleur et le remboursement des frais*, p. 247; AUBERT, *Commentaire romand*, n. 7 ad art. 327a CO, p. 1725; WYLER, *op.cit.*, pp. 289/290). Le Tribunal fédéral a confirmé que la durée de remboursement de trois ans n'était pas contraire au droit fédéral dans une affaire où le travailleur avait été condamné à rembourser un montant de 30 000 fr. alors que son salaire mensuel était de 5200 francs (TF 4A\_90/2009 du 25 mai 2009 c. 4).

Une durée trop longue prévue contractuellement pour le remboursement dégressif peut toutefois être inadmissible car elle porte une atteinte excessive à la liberté personnelle du travailleur en l'entravant pendant une longue période dans son droit de résilier le contrat (CARRUZZO, *ibidem*; WYLER, *op.cit.*, p. 291; PORTMANN, *op.cit.*, n. 7 ad art. 322d CO, p. 1714) et peut être jugée en partie invalide (STREIFF/VON KAENEL, *op.cit.*, n. 7 ad art. 327a CO, p. 335).

b) Il découle de ce qui précède que, contrairement à ce que soutient la recourante par voie de jonction, la clause de remboursement litigieuse n'est ni nulle, ni illicite ou contraire au droit suisse.

Par ailleurs, les premiers juges ont considéré en substance que la recourante par voie de jonction avait suivi une formation non indispensable à l'exécution de son travail et lui conférant, par l'acquisition de nouvelles connaissances, un avantage durable sur le marché du travail, sans que l'employeur ne soit contraint d'en assumer les frais en cas de départ; l'accord du travailleur ressort de l'avenant des 27–28 mars 2007; l'employeur pouvait subordonner la prise en charge de la formation en cause au maintien des rapports de travail durant un certain temps, avec un remboursement dégressif en cas de rupture anticipée du contrat. Les motifs pour lesquels les premiers juges ont admis la validité de ladite clause dans son principe ne prêtent pas le flanc à la critique.

c) La question du point de départ du délai de deux ans, tel qu'il ressort de la clause précitée, est également litigieuse. La recourante par voie de jonction soutient, comme elle l'avait déjà fait en première instance, que ledit délai a commencé à courir depuis la date des cours qui lui ont été

dispensés, ou bien au fur et à mesure de leur dispense, ou bien depuis la fin de ceux-ci, soit depuis le 9 août 2008 au plus tard. A ce dernier égard, le dernier jour du cours d'approfondissement spécifique a eu lieu en réalité le 9 mai 2008, selon attestation du cours «Savoir négociateur en professionnel».

Les premiers juges ont réfuté cette manière de voir, en considérant que les termes «après la période de perfectionnement» utilisés dans l'avenant démontraient que la formation que la travailleuse entendait suivre était vue comme un tout. On ne peut que leur donner raison. Il résulte en effet du prospectus édité par l'éesp au sujet du «Cours postgrade HES en gestion d'équipe 2007–2008» suivi par la recourante par voie de jonction que celui-ci était composé d'un module de base de 8 jours et d'un module d'approfondissement spécifique de 18 jours, module qui devait être évalué à travers le travail final de certification. Comme le soulignent les premiers juges, la formation entreprise devait déboucher sur la délivrance d'un «certificat en gestion d'équipe», comme il est précisé dans l'avenant du 27 mars 2007. Au demeurant, c'est bien ainsi que la travailleuse a paru comprendre la signification de la fin de sa formation lors de l'entretien consacré à l'évaluation et aux objectifs 2008-2009, puisqu'elle précise que l'un de ses objectifs pour 2009 est de rendre son mémoire pour avril 2009 et de le réussir.

Dès lors, il convient de retenir – à l'instar des premiers juges – que, lorsque la recourante par voie de jonction a donné son congé à son employeur par lettre du 23 mars 2009, le délai de deux ans n'avait pas encore commencé à courir. Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu à réduction proportionnelle du remboursement des frais assumés par l'employeur en relation avec la formation de la défenderesse en fonction de la fin des rapports de travail lorsque celle-ci est intervenue pendant le délai de deux ans (clause dégressive) et que celui-ci est en principe dû à 100%.

d) Enfin, malgré les objections de la recourante par voie de jonction, on ne peut qu'adhérer aux considérations des premiers juges lorsqu'ils admettent que le salaire afférent aux heures de cours suivies par la défenderesse était également soumis à la clause de remboursement stipulée dans l'avenant précité. Ils expliquent que l'avenant conclu en mars 2007 prévoit le remboursement pour les avantages en temps et en financement, «notamment 100% des heures de cours, les frais pour écolages, taxes d'examens et supports obligatoires de cours», en différenciant clairement les deux catégories d'avantages. Ces motifs, qui sont complets et convaincants, peuvent donc être ici confirmés (cf. art. 471 al. 3 CPC). La comparaison du cas d'espèce avec la cause jugée par le Tribunal fédéral le 25 mai 2009 (4A\_90/2009 précité) conduit à admettre qu'une clause permettant à l'employeur d'exiger le remboursement dégressif d'un montant de l'ordre de 12 000 fr. en cas de fin des rapports de travail dans les deux ans dès la fin de la formation n'est pas excessive.

5.

Reste la deuxième question à résoudre, soit celle de la quotité de la prétention de la demanderesse en remboursement. Celle-ci dépend d'une part du contexte dans lequel la résiliation du contrat de travail est survenue, d'autre part de la restriction posée par la jurisprudence et la doctrine relative à la liberté du travailleur de mettre fin aux rapports de travail.

a) Sur le premier point, la recourante par voie de jonction estime qu'elle avait un motif justifié de donner son congé, imputable à l'employeur, tant par le fait de difficultés rencontrées avec certaines collègues de travail que par la déception liée à la mise au concours de deux postes de direction au sein de la demanderesse à laquelle elle n'avait pas été associée. Elle fait état d'une «situation intenable» pour elle.

Par une application analogique de l'art. 340c al. 2 CO, la clause de remboursement des frais de formation ne déploie pas d'effets lorsque la fin des relations de travail est imputable à l'employeur (cf. PORTMANN, op.cit., n. 4 ad art. 327a, p. 1853 et les réf. citées). Ne sont des motifs justifiés, au sens de cette disposition, que les événements qui ont été causés par la partie adverse ou à tout le moins dont elle doit répondre; sera ainsi retenu comme motif justifié tout événement imputable à l'autre partie qui, selon des considérations commerciales raisonnables, peut donner une raison suffisante pour un licenciement, sans qu'il s'agisse nécessairement d'une violation contractuelle en tant que telle (cf. ATF 130 III 353 c. 2.2, JdT 2005 I 12).

En l'occurrence, comme l'ont constaté les premiers juges, la travailleuse n'est pas parvenue à démontrer que les difficultés rencontrées avec certaines de ses collègues, en particulier l'une d'entre elles, auraient atteint une gravité telle qu'une intervention plus marquée de l'employeur fût rendue nécessaire ni même que sa santé en ait pâti. Quant à la circonstance que deux postes de direction, repourvus à l'interne, lui aient «passé sous le nez», le tribunal s'est convaincu que la travailleuse en avait été mécontente et que c'est la raison pour laquelle elle avait donné son congé, sans que cela soit imputable à l'employeur qui ne lui avait fait aucune promesse à ce sujet. Il n'y a rien à redire à cette façon de voir, d'autant plus que la travailleuse, comme on l'a vu plus haut, n'avait pas achevé sa formation et que le moment n'était pas encore venu pour elle de postuler à une telle fonction.

b) Sur le second point, se pose d'abord une question factuelle. Les premiers juges, tout en retenant que l'employeur était légitimé à recouvrer les frais d'écolage qu'il avait assumés en relation avec la formation suivie par la travailleuse, ont néanmoins considéré qu'il n'avait pas rapporté la preuve du montant payé pour le premier module, à savoir le «module de base». [...]. Quoi qu'il en soit, la pièce produite par la recourante principale en annexe à son recours établit que le coût du module de base s'est bien élevé à 2200 fr. comme mentionné dans le décompte qu'elle avait établi. Il en résulte que, contrairement à ce que retient le jugement attaqué,

ce montant doit être pris en compte dans la prétention de l'employeur en remboursement.

A ce montant s'ajoute celui de 3740 fr. pour le second module, si bien que la recourante par voie de jonction doit rembourser à la recourante la somme de 5940 fr. pour les coûts de sa formation en cours d'emploi. Le recours principal doit être admis sur ce point.

c) Cela dit, il convient de déterminer si l'obligation de rembourser telle que l'ont déduite les premiers juges de la clause de l'avenant litigieux porte une atteinte excessive à la liberté personnelle de la travailleuse en l'entravant pour une longue période dans son droit de résilier le contrat. Une telle restriction quant aux effets de la clause de remboursement est admise tant par la doctrine que par la jurisprudence, ainsi qu'on l'a vu ci-dessus (références auxquelles on peut ajouter des jurisprudences cantonales parues in JAR 1991 p. 199; JAR 1998 p. 249; JAR 1999 p. 327). Lorsque cela est avéré, le juge peut réduire l'obligation de remboursement, en tenant compte à la fois de la lourdeur de la limitation au droit de donner le congé et de l'intérêt de l'employeur à ce que les rapports de travail se poursuivent suffisamment longtemps pour que les frais engagés puissent être amortis, ainsi que du dommage qu'il subirait dans le cas contraire.

En l'espèce, il serait inéquitable que l'employeur soit contraint de financer une partie de la formation de la travailleuse, dont il n'a nullement profité. Cette formation n'était en effet pas achevée au moment où la travailleuse, qui était déjà au bénéfice de plusieurs certificats, a donné son congé, alors qu'elle pourra pleinement l'utiliser pour son avenir professionnel. Il n'y a dès lors pas lieu de réduire la somme mise à la charge de cette dernière.

d) Quant au remboursement du salaire versé durant la formation, celui-ci s'élevait à 4450 fr. brut par mois pendant la période litigieuse (2007–2008). Seul le bulletin de salaire pour le mois de juin 2009 mentionne les montants qui font l'objet des prétentions de l'employeur, à savoir un salaire mensuel brut de 6693 fr. 60. Il n'y a dès lors pas lieu de tenir compte de ce dernier montant.

Il n'est par ailleurs pas établi que le salaire afférent à la période de formation doive comprendre une part du treizième salaire, si bien qu'il convient de partir d'un salaire mensuel brut de 4450 francs. Le salaire horaire peut se calculer selon la formule ( $[\text{salaire mensuel} \times 12] / [52 \times \text{nombre d'heures hebdomadaires}]$ ) (Guide de l'employeur, III p. 23), à savoir en l'occurrence ( $[4450 \times 12] \times [52 \times 40]$ ), soit 25 fr. 67. Il faut en déduire les cotisations d'assurances sociales à raison de 8,586% pour parvenir à un salaire horaire net arrondi de 23 fr. 47 pour 208 heures d'absence pour cause de formation, ce qui représente une somme de 4881 fr. 75. Sur ce point, le recours principal doit aussi être admis dans cette mesure.

Arrêt communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud.

**Art. 322d CO. Bonus, gratification.** Lorsque les parties sont convenues d'un bonus mais pas de son montant, la somme due doit se calculer selon ce qui est usuel au sein de l'entreprise ou dans la branche, en respectant l'égalité de traitement entre employés. En outre, quand un montant plus ou moins identique a été versé pendant plusieurs années, l'employeur ne peut ensuite valablement le réduire, pour un exercice donné, que s'il est en mesure d'établir un changement significatif de circonstances (c. I.b.bb).

**Art. 328 CO.** L'employeur a l'obligation de fournir au travailleur une activité effective et adaptée à celle pour laquelle il a été engagé et est qualifié. L'employé a donc un droit à être occupé, et à ne pas être affecté à un poste différent ou moins intéressant que celui pour lequel on l'a embauché (c. II.a.aa).

**Art. 49 CO. Tort moral.** Il est objectivement grave de retirer des tâches de direction à un employé ayant patiemment gravi les échelons de l'entreprise depuis son apprentissage dix-sept ans plus tôt, alors qu'aucun manque de performance ou aucune faute ne lui sont formellement et directement reprochés. Cela ne peut être compris que comme une rétrogradation, tant par les tiers que par le principal intéressé (c. II.c.bb). La prétention en tort moral du travailleur, déduite de l'art. 328 CO, est soumise à la prescription ordinaire de dix ans de l'art. 127 CO (c. II.c.cc).

Extraits des faits:

T., le demandeur, a été engagé dès le 1<sup>er</sup> août 1985 par la Banque E., la défenderesse, en qualité d'apprenti, puis est resté au service de la défenderesse au terme de son apprentissage. Le demandeur a été régulièrement promu et a assumé, dès le 1<sup>er</sup> septembre 1999, la fonction d'analyste crédit en qualité de chef du secteur Support opérationnel. Il avait alors sous sa responsabilité trois services et un groupe, soit la Centrale des risques, le Développement-gestion (Controlling), les Analyses économiques et comptables ainsi que le Groupe logistique, ensemble totalisant 15 collaborateurs dont la majorité avaient un niveau de cadre. Durant sa carrière, le demandeur a été admis successivement aux rangs de mandataire commercial, le 1<sup>er</sup> janvier 1994, fondé de pouvoirs, le 1<sup>er</sup> janvier 1997, et sous-directeur, le 1<sup>er</sup> janvier 2000.

Fin 2002, six actionnaires de la défenderesse ont porté plainte contre inconnu auprès du Juge d'instruction cantonal en relation avec de prétendues fausses informations diffusées par la banque. Une enquête pénale a été ouverte concernant plusieurs collaborateurs de la défenderesse, notamment en raison des circonstances dans lesquelles est intervenu le boucle-

ment des comptes de l'exercice 1996. Le 18 novembre 2002, le Conseil d'Etat et la défenderesse ont passé une convention avec l'avocat Paolo Bernasconi, chargeant celui-ci d'une expertise ayant notamment pour objet d'identifier les éventuelles responsabilités personnelles, pénales ou administratives.

Le demandeur a assumé la responsabilité de la Centrale des risques jusqu'au 31 décembre 2002. Il s'est vu retirer cette compétence le 1<sup>er</sup> janvier 2003. En date du 5 septembre 2003 le demandeur a été inculpé de faux dans les titres, de complicité de faux renseignements sur des entreprises commerciales et de complicité de gestion déloyale. La défenderesse s'est alors interrogée sur la poursuite des relations de travail avec celui-ci. Au début du mois de novembre 2003, le demandeur a été muté à la Division réseau. Dans ses nouvelles fonctions, il n'avait pas la responsabilité et la gestion d'une équipe, si bien qu'il n'a plus eu de collaborateurs sous ses ordres du mois de novembre 2003 à celui de janvier 2006; le demandeur a donné son accord à ce changement d'occupation. En date du 6 février 2006, le demandeur s'est vu confier la responsabilité du Secteur des formalités, en qualité de gestionnaire des données. En date du 22 février 2006, un non-lieu a été prononcé en sa faveur. Le demandeur n'ayant pas atteint les objectifs assignés dans sa nouvelle fonction, il a été convenu de faire un point de situation fin août 2006. Par lettre du 18 juillet 2006, la défenderesse a fait savoir au demandeur qu'elle avait constaté que son ordinateur «contenait de nombreux fichiers et documents n'ayant pas leur place dans le cadre professionnel» et lui a demandé d'appliquer scrupuleusement l'ensemble des règles internes applicables en la matière. Le demandeur a présenté une incapacité de travail totale à compter du 24 juillet 2006. Par courrier du 28 février 2007, la défenderesse a mis un terme aux rapports contractuels avec effet au 31 août 2007, libérant au surplus le demandeur de son obligation de travailler.

Par demande du 24 octobre 2007, T. a sollicité la condamnation de E. à lui verser la somme brute de fr. 298 000.–, sous déduction des charges sociales, à titre d'arriérés de salaires et gratifications, et de la somme de fr. 100 000.–, à titre de tort moral, toutes deux avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> septembre 2007. En cours d'instance, l'expert-comptable D. a été désigné en qualité d'expert judiciaire. Il a rendu un premier rapport le 25 mai 2009 et un complément d'expertise le 28 janvier 2010.

Extraits des considérants:

I.

a) Le demandeur fonde ses prétentions sur une violation de sa personnalité sanctionnée par l'art. 328 CO; il revendique la réparation par la défenderesse du préjudice matériel qui en résulte, soit 62 000 fr. en compensation de l'absence de progression de son salaire et 236 000 fr. en compensation de l'insuffisance, respectivement l'absence, des bonus versés de

2003 à 2007, et réclame 100 000 fr. en réparation du tort moral subi du fait de ces violations. Les deux premières réclamations peuvent découler de deux moyens différents: un droit direct à la rémunération issu du contrat, ou un manque à gagner issu d'une responsabilité contractuelle, fondée sur une atteinte à la personnalité, ainsi qu'il est plaidé. La réparation du tort moral suppose une telle atteinte.

(...)

b)bb) Les parties ont admis en l'occurrence que le demandeur devait toucher un salaire variable et un bonus annuel, accordés à bien plaisir et dépendant à la fois des résultats de l'entreprise et de l'investissement de l'employé dans son travail. Les montants en cause par rapport au salaire fixe du demandeur indiquent clairement qu'il s'agissait d'une rémunération accessoire, non pas d'un salaire déguisé. Ce régime devait changer à partir de 1997, où seule une gratification entièrement dépendante des performances du demandeur a été convenue, selon ce qui résulte du contrat du 14 décembre 1995. La rédaction du contrat précité précise que c'est «l'attribution» de la prime elle-même qui dépend de l'engagement personnel du collaborateur. Il faut dès lors retenir que tant le principe de l'attribution du bonus que son montant dépendait de l'investissement personnel du demandeur. Le demandeur n'allègue pas, à ce sujet, que les parties auraient entendu en réalité convenir d'autre chose.

La pratique de la défenderesse a ensuite été floue. Elle a distribué au demandeur des primes sous des noms divers dès 1998, notamment deux par année en 2000, 2001, 2002 et 2003, soit un «salaire variable» et un «bonus» ou une «prime exceptionnelle», semblant revenir à son habitude antérieure à 1997. Elle n'a assorti l'octroi de ces primes d'aucune réserve, une telle mise en garde n'ayant apparu dans ses courriers qu'à partir de 2004. Le demandeur aurait donc acquis un droit au versement du salaire variable doublé d'une autre prime, accordés sans réserve au mois trois années consécutives.

Les parties n'ont pas allégué le mode de calcul exact de ces gratifications, de sorte qu'on doit les considérer, suivant le contrat de 1995, comme des bonus selon l'art. 322d CO et exclure l'hypothèse d'une participation au bénéfice contraignante au sens de l'art. 322a CO. Il n'en demeure pas moins que jusqu'en 2004, selon l'expert, le «salaire variable» dépendait à la fois du budget et de la position hiérarchique, et le «bonus» de la performance; après cette date, le bonus, désormais seule prime versée, était fonction à la fois des performances et du résultat de la banque, sans que l'expert ni les parties en décrivent la proportion. Ces considérations rejoignent les extraits de diverses éditions du règlement du personnel produits par la défenderesse, qui tous indiquent que la gratification dépend à la fois des résultats financiers de la banque et des efforts fournis par le collaborateur. Même s'il n'est pas établi que ces règlements liaient le demandeur, ils donnent des informations sur ce que l'employeur se proposait de faire.

Il reste à déterminer le montant des gratifications auxquelles le demandeur avait droit dès 2003. Lorsque les parties sont convenues d'un bonus mais pas de son montant, comme en l'espèce, la somme due doit se calculer selon ce qui est usuel au sein de l'entreprise ou dans la branche, en respectant l'égalité de traitement entre employés (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3<sup>e</sup> éd., Lausanne 2004, n. 5 ad art. 322d CO; STAEHELIN, op.cit., n. 14 ad art. 322d; DUC/SUBILIA, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 1998, n. 22 ad art. 322d CO; plus nuancé: WYLER, op.cit., pp. 171 et 172, avec les références). En outre, quand un montant plus ou moins identique a été versé pendant plusieurs années, l'employeur ne peut ensuite valablement le réduire, pour un exercice donné, que s'il est en mesure d'établir un changement significatif de circonstances (CARRUZZO, op.cit., n. 5 ad art. 322d CO, p. 145).

On peut même se demander si le principe de l'égalité de traitement ne serait pas applicable en l'espèce. Toutefois, si l'expertise recense la situation de dix-sept employés de même rang que le demandeur ayant touché des bonus, on ignore l'effectif total des collaborateurs placés dans la même situation, pour déterminer si une majorité suffisante a touché des primes plus élevées que lui. Au cas où le demandeur se serait trouvé seul ou presque à avoir touché un bonus aussi faible, il aurait pu se prévaloir d'une éventuelle discrimination, étant précisé qu'il supporte en l'occurrence le fardeau de la preuve de celle-ci. De tels éléments n'ont néanmoins pas été rapportés en l'occurrence. Cette question n'a donc pas à être examinée plus avant.

Vu l'extrême variété des primes distribuées depuis 1998 au demandeur, on ne peut pas se fonder sur la pratique antérieure entre les parties. En revanche, l'expert a fait porter sa comparaison des bonus octroyés au sein de la défenderesse sur dix-sept employés de même rang que le demandeur, à savoir celui de chef de secteur, et un chef de service et deux experts. Ses résultats sont donc pertinents pour déterminer un éventuel usage au sein de l'entreprise. Ils font ressortir, sur le tableau annexé au complément d'expertise, des bonus variant entre 22 500 fr. et 63 000 fr. de 2003 à 2007, donc plus élevés que les 12 000 ou 15 000 fr. accordés à ce titre au demandeur. Ce dernier aurait donc dû, compte tenu de ce qui a été exposé ci-dessus, percevoir des bonus plus importants de 2003 à 2006.

Pour fixer ces montants, on s'en tiendra au calcul figurant dans l'expertise, qui doit être suivie. En effet, l'expert a été chargé d'évaluer le droit au bonus du demandeur en tenant compte de toutes les circonstances, c'est-à-dire à la fois de la performance habituelle du demandeur, des montants qui lui étaient habituellement octroyés par rapport aux autres employés gratifiés et du résultat ou du budget de la banque. Il n'y a pas de raison de s'écarter de ses constatations. D'ailleurs, la défenderesse n'a pas demandé de contre-expertise ou de complément d'expertise.

Ainsi, le demandeur aurait dû toucher 23 500 fr. en 2004 pour l'exercice 2003, 27 500 fr. en 2005 pour l'exercice 2004 et 37 000 fr. en

2006 pour l'exercice 2005, soit un total de 88 000 francs. Sur la même période et pour les mêmes exercices, il a perçu chaque année 12 000 fr., soit en tout 36 000 fr. (3 x 12 000), à déduire du montant dû. La défenderesse doit donc payer au demandeur un complément de bonus pour les exercices 2003, 2004 et 2005, qui auraient dû être payés en 2004, 2005 et 2006, de 52 000 fr. (88 000 – 36 000). Comme il s'agit d'éléments de la rémunération du demandeur en sa qualité de travailleur, ces primes sont soumises aux cotisations sociales comme un salaire brut. Il reviendra à la défenderesse d'opérer les déductions nécessaires et de payer la part de l'employeur aux assureurs sociaux (WYLER, op.cit., p. 246; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op.cit., n. 1.15 ad art. 322 CO).

Le demandeur n'a certes pas protesté, tant qu'il était employé de la défenderesse, à propos du montant des bonus qu'il a perçus. On ne saurait toutefois en déduire qu'il avait ainsi donné son assentiment à une modification du contrat. En effet, il était à ce moment-là fragilisé, comme ses médecins l'ont attesté, et n'était pas en état de faire valoir ses droits. On ne saurait retenir qu'il ne craignait nullement un licenciement, alors qu'il faisait en plus l'objet d'une poursuite pénale qui aurait probablement rendu très difficile sa réinsertion professionnelle dans le milieu bancaire. La doctrine souligne d'ailleurs bien à ce propos que le juge doit se montrer restrictif dans l'admission d'un accord tacite.

Il en va de même pour la gratification versée en 2006. La défenderesse ne saurait rien tirer du fait que le demandeur a été en arrêt de travail cette année-là ou a mal exécuté ses prestations de travail durant la première partie de l'année. L'une et l'autre situations sont dues à l'état de santé psychique et physique du demandeur, induit par le comportement de la défenderesse à son égard, qui correspond à des violations des obligations de l'employeur (voir ch. II ci-dessous). Le demandeur a donc droit à des bonus entre 2004 et 2006.

cc) L'art. 322d CO dispose que le travailleur n'a droit à une part proportionnelle de la gratification, en cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui donne lieu à cette rétribution, que si les parties en sont ainsi convenues. Il en découle que si les rapports de travail prennent fin avant l'occasion donnant lieu à gratification, celle-ci n'est due par l'employeur que dans la mesure où les parties l'ont prévue ou si cela résulte de l'usage dans l'entreprise; le travailleur a droit à la gratification si l'occasion survient pendant le délai de congé, puisqu'il suffit que les rapports de travail soient en cours à ce moment (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3<sup>e</sup> éd., n. 7 ad art. 322d CO). En principe, lorsque la bonification constitue une rémunération distincte du salaire, un versement *pro rata temporis* n'est dû, en cas d'extinction prématurée des rapports de travail, que si l'accord des parties le prévoit (CARRUZZO, op.cit., n. 7 ad art. 322d CO). Pour la jurisprudence, l'employeur peut en outre subordonner le droit à la gratification à des conditions, comme la présence du salarié dans l'entreprise lors de son verse-

ment, ou l'absence de résiliation du contrat (TF 4A\_511/2008 du 3 février 2009, c. 4.1).

En l'occurrence, les parties n'ont rien convenu s'agissant du versement de la prime en cas d'extinction des rapports de travail. En effet, la défenderesse soutient que les règlements du personnel de juillet 2005 et de mars 2006 stipulent que le bonus n'est pas versé si le collaborateur est «en rupture de contrat», par quoi il faudrait entendre le délai de résiliation. Toutefois, il n'est pas établi que les règlements en cause s'appliquent au demandeur, notamment faute d'allégation des dispositions contractuelles ou réglementaires, pour autant qu'elles aient existé, faisant le lien entre ces documents. Il faut donc s'en tenir au contrat du 14 décembre 1995, qui ne prévoit rien à ce sujet. Dans ces conditions, un usage dans l'entreprise n'étant ni allégué ni prouvé, c'est la loi qui s'applique et le demandeur doit percevoir un bonus pour l'exercice 2006, puisqu'il aurait dû le toucher au mois de mars 2007, époque où le congé avait certes été donné, mais où il était toujours employé, puisque la résiliation n'a pris effet que le 31 août 2007. A nouveau, il faut s'en tenir au montant figurant dans l'expertise, de 41 000 fr., cette fois exempt de déduction, mais soumis aux cotisations sociales.

En revanche, le montant réclamé par le demandeur pour l'exercice 2007, payable selon l'usage de l'entreprise en 2008, n'est pas dû. Au mois de mars 2008, il n'était en effet plus en relation contractuelle avec la défenderesse et aucun accord dérogeant au régime légal n'est établi.

C'est donc en définitive à un complément de bonus de 93 000 fr. auquel a droit le demandeur (52 000 fr. + 41 000 fr.).

c) Les créances découlant du contrat de travail deviennent exigibles dès le jour suivant la fin des rapports de travail au sens de l'art. 339 al. 1<sup>er</sup> CO, faisant donc en principe débiter le cours des intérêts moratoires sans qu'il soit nécessaire d'interpeller le débiteur; cela concerne notamment les créances en paiement d'heures supplémentaires, l'indemnité pour licenciement immédiat injustifié de l'art. 337c al. 3 CO, ou l'indemnité pour licenciement abusif de l'art. 336a CO (TF 4C.414/2005 du 29 mars 2006, c. 6). Il en va de même d'une gratification dont les parties sont convenues du montant et de la date de versement à l'instar d'un treizième salaire. A ce propos toutefois, le Tribunal fédéral précise qu'il faut bien distinguer une telle prime de la gratification de l'art. 322d CO soumise au bon vouloir de l'employeur (ATF 109 II 447, c. 5c, rés. in JT 1984 I 222).

En l'occurrence, on se trouve en présence d'un contrat où le principe du bonus était convenu, mais pas son montant. Néanmoins, l'employeur était tenu de verser une telle prime si elle est prévue, ce qui l'assimile de ce point de vue à du salaire et aux autres prestations découlant du contrat de travail selon l'art. 339 CO. Par conséquent, cette prestation était exigible dès le 1<sup>er</sup> septembre 2007, soit le lendemain de l'échéance du délai de congé. Les intérêts moratoires doivent ainsi courir dès cette date.

d) La prescription, invoquée par la défenderesse, a commencé à courir dès l'exigibilité de la créance, à la date qui précède (art. 130 CO). De nature contractuelle et quinquennale, elle n'était donc pas acquise lors de son interruption à l'ouverture de la présente action le 24 octobre 2007 (art. 135 CO).

## II.

a) Aux termes de l'art. 328 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. Il prend, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui.

aa) De l'art. 328 CO découle notamment l'obligation pour l'employeur de fournir au travailleur une activité effective et adaptée à celle pour laquelle il a été engagé et est qualifié. L'employé a donc un droit à être occupé, et à ne pas être affecté à un poste différent ou moins intéressant que celui pour lequel on l'a embauché (CARRUZZO, op.cit., n. 2 ad art. 328 CO, p. 276; WYLER, op.cit., p. 320). Une atteinte grave aux droits de la personnalité peut aussi consister dans le retrait d'une procuration sans que cela soit justifié par l'attitude du travailleur, dans une modification unilatérale ou inattendue de son statut qui n'est pas liée à des besoins de l'entreprise ou à l'organisation du travail, voire à des manquements du travailleur, ou dans le retrait d'un portefeuille de clients (TF 4A\_132/2009 du 18 mai 2009, c. 3.1.1, avec les références).

Ainsi est-il attentatoire à la personnalité d'un directeur de laboratoire depuis environ sept ans le fait de le remplacer par un autre employé dans ses fonctions, à son retour d'un séjour hospitalier et sans en discuter avec lui au préalable, même en lui conservant son traitement et sa qualité de fondé de procuration (ATF 110 11 172, c. 2a, rés. in JT 1984 I 602). Il en va de même du fait de transférer abruptement et sans exposer de motifs le gérant d'un centre commercial au poste de responsable du secteur des boissons d'un autre centre après 27 ans de fidélité de celui-ci à son employeur, au surplus en diminuant son salaire (Cour civile du canton de Neuchâtel, Revue de jurisprudence neuchâteloise [RJN] 2003 p. 176, c. 3). En revanche, l'employé qui, après une promotion, est rétrogradé à son ancien poste après avoir été dûment informé du fait qu'il n'avait en fin de compte pas les compétences requises ne peut pas se plaindre d'une violation de l'art. 328 CO (TF 4C.189/2006 du 4 août 2006, c. 2). Le travailleur supporte le fardeau de la preuve de la violation par l'employeur de l'obligation de protéger sa personnalité (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op.cit., n. 1.48 ad art. 328 CO).

La violation des obligations prévues à l'art. 328 CO entraîne la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO) de l'employeur pour le préjudice

matériel et, aux conditions fixées par l'art. 49 al. 1 CO, pour le tort moral causé au travailleur (TF 4A\_128/2007 du 9 juillet 2007, c. 2.3, paru in JAR 2008 p. 223; ATF 130 III 699, c. 5.1, rés. in JT 2006 1193; TF 2C.2/2000 du 4 avril 2003, c. 2.3). Ce sont donc ces règles qui détermineront les conditions de la responsabilité de l'employeur, le délai de prescription et la détermination du montant du dommage que le travailleur pourra réclamer (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op.cit., n. 16 ad art. 328 CO; DUC/SUBILIA, op.cit., n. 34 ad art. 328 CO). Le cas échéant, l'indemnisation inclura le gain manqué (*lucrum cessans*), par exemple quand un employeur répand des informations erronées sur son ex-employé, empêchant celui-ci de retrouver du travail (ATF 135 III 405, c. 3.2).

Les conditions imposées par les art. 97 et 99 al. 3 CO doivent ainsi être remplies, à savoir un acte contraire au contrat (par exemple une violation de l'art. 328 CO), un dommage et un lien de causalité entre l'acte dommageable et le préjudice. La faute du débiteur est présumée, mais celui-ci peut apporter la preuve de son exculpation.

bb) L'employé doit établir que le préjudice subi est dans un rapport de causalité avec l'acte fondant la responsabilité de la personne recherchée. Ce rapport est subdivisé entre une causalité naturelle, envisagée sous l'angle logique, et une causalité adéquate, envisagée d'un point de vue normatif (TF 4C.173/2004 du 7 septembre 2004, c. 6.1; CARRUZZO, op.cit., n. 31 ad art. 328 CO, p. 310; WERRO, La responsabilité civile, Berne 2005, n. 174).

Un fait est la cause naturelle d'un résultat s'il en constitue une *condictio sine qua non* (ATF 128 III 174, c. 2.b in fine, rés. in JT 2003 I 28), sans qu'il soit nécessaire que l'événement considéré soit la cause unique ou immédiate du résultat (ATF 125 IV 195, c. 2.b, JT 2000 I 491). L'existence d'un lien de causalité naturelle entre le fait générateur de responsabilité et le dommage doit être tranchée selon la règle du degré de vraisemblance prépondérante, à savoir un allègement de la preuve qui se justifie lorsque, en raison de la nature même de l'affaire, une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée de celui qui en supporte le fardeau (ATF 133 III 462, c. 4.4.2 et les réf. citées, rés. in JT 2007 I 47).

La chaîne des événements en rapport de causalité naturelle avec la survenance d'un préjudice est infinie. La théorie de la causalité adéquate permet de fixer une limite juridique à l'obligation de réparer un préjudice, quant au principe et quant à l'étendue de celle-ci. Selon cette théorie, une cause naturelle à l'origine d'un préjudice n'est opérante en droit que si, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, elle est propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, de sorte que la survenance de ce résultat paraît de façon générale favorisée par le fait en question. Il s'agit d'une question de droit (WERRO, op.cit., nn. 213 et 214; TF 4A.402/2006 du 27 février 2007, c. 4. 1, JT 2007 I 543; ATF 129 I 1312, c.

3.3 et les réf. citées, non résumé in SJ 2003 1437 et JT 2006 IV 35; ATF 123 III 110, c. 3a, JT 1997 I 794).

Pour se prononcer, le juge doit se demander, en face d'un enchaînement concret de circonstances, s'il était probable que le fait considéré produisît le résultat intervenu; à cet égard, c'est la prévisibilité objective du résultat qui compte (ATF 112 II 439, c. 1.d). La preuve de la causalité adéquate incombe au lésé (WERRO, op.cit., n. 215).

cc) Le dommage se définit comme la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable ne s'était pas produit (ATF 132 III 359, c. 4, JT 2006 I 295; ATF 129 III 331, c. 2.1, JT 2003 I 629). Il peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif (ATF 132 III 359, c. 4, JT 2006 I 295; ATF 128 III 22, c. 2e/aa, rés. in JT 2002 I 222); ainsi, le gain manqué (non-augmentation de la fortune nette) est indemnisable, de même que le dommage indirect, qui intervient à la suite d'une première atteinte en raison d'une cause nouvelle, laquelle ne se serait cependant pas produite sans la première, pourvu que la causalité adéquate soit respectée (WERRO, op.cit., nn. 104, 109 et 111). De manière générale, le responsable est tenu de réparer le dommage actuel tel qu'il a effectivement été subi (ATF 132 III 321, c. 2.2.1, JT 2006 1447).

A teneur de l'art. 42 al. 2 CO, lorsque le montant exact du dommage ne peut pas être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée. Cette disposition édicte une règle de preuve de droit fédéral dont le but est de faciliter au lésé l'établissement du dommage. Elle s'applique aussi bien à la preuve de l'existence du dommage qu'à celle de son étendue (ATF 133 III 462, c. 4.4.2, rés. in JT 2007 I 47; ATF 122 III 219, c. 3.a, JT 1997 1246 et les réf. citées). L'art. 42 al. 2 CO allège le fardeau de la preuve, mais ne dispense pas le lésé de fournir au juge, dans la mesure du possible, tous les éléments de fait constituant des indices de l'existence du préjudice et permettant l'évaluation *ex aequo et bono* du montant du dommage. Les circonstances alléguées par le lésé doivent faire apparaître un dommage comme pratiquement certain; une simple possibilité ne suffit pas pour allouer des dommages-intérêts. L'exception de l'art. 42 al. 2 CO à la règle du fardeau de la preuve doit être appliquée de manière restrictive (ATF 122 III 219, c. 3.a, JT 1997 246 et les réf. citées; BREHM, Commentaire bernois, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1998, n. 52 ad art. 42 CO).

b)aa) En l'espèce, il est établi que le demandeur a été transféré à la Division réseau en novembre 2003, principal grief qu'il allègue, ce alors que la direction de la Centrale des risques lui avait déjà été retirée dès le 1<sup>er</sup> janvier 2003. L'emploi du terme muté, confirmé par un témoin, ou du terme transféré, qui figure dans les déterminations et la réponse de la défenderesse, révèle que le demandeur n'a pas eu le choix, même s'il a

finalement donné son accord à ce changement. Il occupait en effet un poste suffisamment élevé pour se rendre compte qu'un refus entraînerait probablement un licenciement ou un congé-modification, sans que l'employeur eût à exposer explicitement la situation. D'ailleurs, la défenderesse s'était interrogée, à ce moment-là, sur l'opportunité de maintenir une relation de travail avec le demandeur, en raison de son inculpation.

Il est également constant que, dans ses nouvelles fonctions, le demandeur n'a plus eu de collaborateurs sous ses ordres, alors qu'auparavant il dirigeait trois services et le groupe logistique, représentant en tout 15 personnes. En outre, il s'est ensuite occupé, selon son certificat de travail du 31 août 2007, de trafic des paiements et d'extraction d'adresses, travail peu en rapport avec ses précédentes responsabilités. De surcroît, le transfert litigieux a eu lieu durant la période où le demandeur était inculpé par le juge en charge de l'affaire E. Celui-ci ne pouvait manquer de faire un rapport entre les deux événements, même si en définitive il n'est pas établi au sens strict que le premier soit le motif du second. Or, le demandeur a été inculpé du chef d'actes qu'il a accomplis sur ordre de la défenderesse elle-même, représentée par son organe exécutif, alors qu'il n'avait aucun pouvoir décisionnel, comme l'a relevé le juge d'instruction. Un employeur ne saurait dès lors laisser supposer de la sorte à un employé qu'il le place à un poste moins valorisant en raison d'une enquête pénale portant sur des actes qu'il lui avait lui-même imposés. Cette circonstance achève de rendre la mutation attentatoire à la personnalité du demandeur.

Il ressort de ce qui précède que la défenderesse s'est rendue coupable d'une violation de l'art. 328 CO.

Celle-ci soutient certes qu'elle aurait dû procéder à ce transfert en raison du fait que les exigences de la Commission fédérale des banques interdisaient de laisser le demandeur dans ses responsabilités précédentes, alors qu'il avait été inculpé. Il s'agirait là d'un motif justificatif. En effet, une atteinte à la personnalité du travailleur est acceptable à la condition d'être subsidiaire, proportionnelle et adéquate quant au but poursuivi. Elle doit représenter le seul moyen d'obtenir l'exécution des obligations découlant du contrat de travail et ne doit entraîner que des inconvénients correspondant à l'importance de la mesure. Enfin, elle doit pouvoir s'imposer au motif d'un intérêt supérieur de l'employeur, tel celui de l'entreprise en général ou de l'ensemble des autres travailleurs (CARRUZZO, op.cit., n. 31 ad art. 328 CO, p. 311). Or, la défenderesse n'indique pas en quoi consistaient les «exigences» précitées, et n'a pas prouvé qu'elles auraient empêché de maintenir le défendeur à son poste. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner la validité du motif invoqué.

La situation décrite par le demandeur ne correspond pas à la définition du harcèlement psychologique, posée par la jurisprudence comme un enchaînement de propos et d'agissements hostiles répétés fréquemment sur un temps assez long, par lesquels on cherche à isoler, marginaliser ou exclure une personne sur son lieu de travail, l'ensemble conduisant à une

déstabilisation de la personnalité (TF 4A\_245/2009 du 6 avril 2010, c. 4.2). Le demandeur ne se prévaut d'ailleurs pas de ce moyen.

bb) Le demandeur allègue un dommage constitué d'une perte de salaire et de bonus non versés, soit un manque à gagner. Il s'agit de l'augmentation dont son patrimoine aurait été privé du fait de l'événement dommageable (ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1997, pp. 717 s.). On doit donc examiner quelle aurait été la situation financière du demandeur sans la mutation litigieuse.

S'agissant du salaire, le demandeur n'a établi aucun élément permettant d'affirmer quel aurait été son montant s'il avait conservé son poste antérieur. Une telle question n'a notamment pas été soumise à l'expert. Il n'y a donc rien à allouer à ce titre.

En revanche, l'expertise a porté sur la hauteur des bonus, dont il n'y a pas lieu de remettre en cause les résultats. Ceux-ci n'ont pas fait l'objet d'une demande de complément d'expertise ou de contre-expertise de la part de la défenderesse. Le demandeur a ainsi établi un dommage, à savoir la différence entre ce qu'il aurait dû percevoir et ce qu'il a réellement touché.

Selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le déplacement d'un employé à un poste comportant moins de responsabilités s'accompagne, au mieux, d'une stagnation de la rémunération. Le fait que les bonus du demandeur aient même diminué est donc en lien de causalité naturelle et adéquate avec la mutation dont il a fait l'objet. Un complément de prime est donc dû sous l'angle de la violation de la protection du travailleur, selon les mêmes modalités que celui alloué plus haut (ch. I) et de même montant.

L'examen de la prétention du demandeur sous l'angle de la responsabilité contractuelle, fondée sur l'atteinte à la personnalité, conduit donc également à la condamnation de la défenderesse à verser au demandeur le montant de 93 000 fr. avec intérêt à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> septembre 2007.

c)aa) L'art. 49 CO prévoit que celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement. Pour justifier l'allocation d'une telle indemnité, il ne suffit donc pas que le tribunal constate une violation de l'art. 328 CO; il faut encore que l'atteinte ait une certaine gravité objective et qu'elle ait été ressentie par la victime, subjectivement, comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime qu'une personne dans ces circonstances s'adresse au juge pour obtenir réparation. Si le dommage ou le tort moral a été causé par un autre employé, l'employeur en répond contractuellement selon les règles sur la responsabilité pour les auxiliaires (art. 101 CO) (TF 4A\_128/2007 du 9 juillet 2007, c. 2.3 et 2.4; ATF 130 III 699, c. 5.1, rés. in JT 2006 1193). Un simple état de stress lié à un conflit avec l'employeur ne justifie pas l'allocation d'une indemnité pour tort moral (TF 4A\_123/2007 du 31 août 2007, c. 7.2).

Le principe d'une indemnisation du tort moral et l'ampleur de la réparation dépendent d'une manière décisive de la gravité de l'atteinte, de l'intensité et de la durée des effets sur la personnalité de la personne concernée, du degré de la faute du responsable, d'une éventuelle responsabilité concomitante du lésé ainsi que de la possibilité d'adoucir de façon sensible, par le versement d'une somme d'argent, la douleur physique ou morale (TF 4C.263/2006 du 17 janvier 2007, c. 7.3; ATF 132 II 117, c. 2.2.2; ATF 123 III 306, c. 9b).

Alors que le calcul du dommage se fonde autant que possible sur des données objectives, l'évaluation du tort moral échappe par sa nature à une appréciation rigoureuse, puisqu'elle concerne des valeurs par définition non mesurables. En effet, nul ne peut réellement évaluer la souffrance d'autrui (WERRO, op.cit., n. 1271). Selon la jurisprudence, le juge ne peut dès lors se fonder sur un tarif préétabli mais doit bien davantage prendre en considération l'ensemble des circonstances. De façon générale, la fixation de la réparation morale devrait s'effectuer en deux phases, la phase objective principale permettant de rechercher le montant de base au moyen de critères objectifs, et la phase d'évaluation faisant intervenir les facteurs d'augmentation ou de réduction du tort moral ainsi que les circonstances du cas particuliers tels que la cause de la responsabilité, la gravité de la faute, une éventuelle faute concomitante et les conséquences dans la vie particulière du lésé (TF 4C.263/2006 du 17 janvier 2007, c. 7.3; ATF 132 II 117, c. 2.2.3; TF 1A.235/ 2000 du 21 février 2001, c. 5b/aa).

Pour les juges neuchâtelois, le déplacement sans préavis d'un employé proche de la retraite, après plus de 27 ans au service de l'employeur, à un poste subalterne, dès lors que cette mutation est la cause de troubles psychiatriques comprenant une dépression chronique, engendre des souffrances appelant une indemnité pour tort moral de 15 000 francs (RJN 2003 p. 176, c. 4). Le Tribunal fédéral a en outre considéré que n'était pas arbitraire une indemnité d'un peu plus de 3000 fr. (qui aurait pu être plus importante, mais limitée *intra petita*) pour une rétrogradation de responsable du service de télémarketing à téléphoniste, un refus de payer tout salaire pendant la maladie, une obligation mesquine de restituer une clé et des agressions verbales répétées, contraignant l'employée à mettre fin au rapport de travail durant sa grossesse (TF 4C.119/2002 du 20 juin 2002, c. 2.4).

Le Tribunal fédéral admet qu'il suffit au demandeur d'établir la réalité et la gravité de l'atteinte objective qui lui a été portée et que, pour ce qui est de l'aspect subjectif, le juge doit tenir compte du cours ordinaire des choses, le tort moral étant censé correspondre à celui qu'aurait ressenti une personne normale placée dans la même situation (SJ 1993 1351, c. 1 b).

bb) En l'occurrence, il est objectivement grave de retirer des tâches de direction à un employé ayant patiemment gravi les échelons de l'entreprise depuis son apprentissage dix-sept ans plus tôt, alors qu'aucun manque de performance ou aucune faute ne lui sont formellement et direc-

tement reprochés. Cela ne peut être compris que comme une rétrogradation, tant par les tiers que par le principal intéressé. Il ne fait pas de doute non plus que le demandeur a ressenti de manière très forte comme une souffrance ces événements. L'atteinte est ainsi objectivement grave.

Subjectivement, s'il n'est pas établi que cette mutation soit à l'origine de l'état anxio-dépressif du demandeur, sa maladie, qui a provoqué en fin de compte un arrêt de travail, était toutefois, selon les témoins, «majoritairement» en relation avec les modifications de sa vie professionnelle. Il est par là établi à satisfaction de droit que la mutation de 2003 a eu un fort impact psychologique sur le demandeur, entraînant des conséquences somatiques, qui ont eu pour effet une incapacité à exercer de nouveau les missions de cadre que le demandeur a retrouvées en 2006, mettant fin à sa carrière au sein de la défenderesse.

Compte tenu des circonstances qui précèdent, il se justifie d'allouer au demandeur une indemnité pour tort moral de 15 000 francs.

cc) La défenderesse ayant soulevé l'exception de prescription, il convient de déterminer la longueur de celle-ci et si elle a été valablement interrompue. La prétention, même en tort moral, est déduite de l'art. 328 CO. Selon la jurisprudence, la violation des obligations prévues à cette disposition engage la responsabilité contractuelle de l'employeur (art. 97 ss CO) pour le tort moral causé au travailleur, certes aux conditions fixées à l'art. 49 al. 1 CO par renvoi de l'art. 99 al. 3 CO (TF 4A\_431/2008 du 12 janvier 2009, c. 6.2.1). C'est donc là également la prescription contractuelle qui s'applique et, compte tenu de la définition restrictive de l'art. 128 ch. 3 CO, il s'agit de la prescription ordinaire de dix ans de l'art. 127 CO (PICHONNAZ, Commentaire romand, nn. 30 et 31 ad art. 128 CO; DÄPPEN, Commentaire bâlois, n. 13 ad art. 128 CO).

En l'occurrence, la prescription décennale a commencé à courir dès l'exigibilité de la créance (art. 130 CO). Pour déterminer cette date, il importe peu que l'on se fonde sur le jour de l'événement dommageable, par analogie avec le point de départ des intérêts compensatoires, le jour de la connaissance par le lésé du dommage et de son auteur, par analogie avec le début de la prescription délictuelle (art. 60 CO), ou le jour de la fin des rapports de travail (art. 339 CO). En effet, si l'on retient la date la plus ancienne possible, soit le début du mois de novembre 2003, ou même le 1er janvier 2003 si l'on admet que le retrait de la responsabilité de la centrale des risques participe de l'atteinte à la personnalité litigieuse, la prescription interviendrait au plus tôt le 1er janvier 2013. Or, le demandeur a ouvert action le 24 octobre 2007, interrompant valablement le cours de cette dernière (art. 135 CO).

Arrêt communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud.

## Kanton Zürich

*Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zirkulationsbeschluss vom 11. Juni 2010 (Bestätigung des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. Februar 2010)*

**Missbräuchlichkeit der Kündigung fünf Monate vor der Pensionierung bejaht. Der Arbeitnehmer verliert trotzdem im Prozess, da er die Frist zur Berufungsbeantwortung ungenützt verstreichen lässt. Darüber hinaus muss er eine Prozessentschädigung zahlen. Art. 343 Abs. 3 aOR befreit nämlich nur von den Gerichtskosten, nicht aber auch von der zu unterscheidenden (zusätzlichen) Pflicht zur Leistung einer Prozessentschädigung an die Gegenpartei (E. 2. und 5.2.c).**

Sachverhalt:

Der am 4. Juli 1944 geborene Beschwerdeführer (Kläger und Appellant) war seit dem 1. November 2004 als Buschauffeur Kat. D für Linienbusse im Betrieb der Beschwerdegegnerin (Beklagte und Appellantin) angestellt. Am 29. Dezember 2008 kündigte die Beschwerdegegnerin das Arbeitsverhältnis fristgerecht per 28. Februar 2009.

Mit Einreichung der friedensrichteramtlichen Weisung vom 7. April 2009 und Eingabe vom 5. Mai 2009 klagte der Beschwerdeführer in der Folge beim Bezirksgericht Q. gegen die Beschwerdegegnerin auf Bezahlung von Fr. 23 500.–. Damit verlangte er von dieser Ersatz für seine Einkommenseinbusse (Differenz zwischen seinem vertraglichen Lohn und der Arbeitslosenentschädigung) bis zum Zeitpunkt der ordentlichen Pensionierung und den auf die (für diese Zeit) fehlenden Pensionskassenbeiträge zurückzuführenden Rentenverlust. Zur Begründung machte er geltend, die Kündigung auf einen Termin nur gerade 5 Monate vor seiner Pensionierung sei missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR. Die Beschwerdegegnerin widersetzte sich der eingeklagten Forderung. Nach durchgeführter Hauptverhandlung fielte die 1. Abteilung des Bezirksgerichts Q. (Erstinstanz) am 25. August 2009 ihr Urteil. Damit verpflichtete sie die Beschwerdegegnerin in vollständiger Gutheissung der Klage, dem Beschwerdeführer Fr. 23 500.– zu bezahlen, wobei die Verfahrenskosten in Anwendung von Art. 343 Abs. 2 Satz 2 OR der Beschwerdegegnerin auferlegt und dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 700.– zugesprochen wurden. Gegen das erstinstanzliche Erkenntnis erklärte die Beschwerdegegnerin am 23. Oktober 2009 rechtzeitig Berufung, die sie mit ebenfalls fristwahrender Eingabe vom 7. Dezember 2009 begründete. Nachdem der Beschwerdeführer die ihm mit Verfügung vom 10. Dezember 2009 angesetzte Frist zur Beantwortung der Berufung ungenützt hatte

verstreichen lassen, nahm die Berufungsinstanz am 12. Januar 2010 von dessen Verzicht auf Einreichung einer Berufungsantwort Vormerk und stellte einen Entscheid aufgrund der Akten in Aussicht. Am 4. Februar 2010 beschloss die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz), die Klage unter Verzicht auf Kostenerhebung für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren abzuweisen. Zugleich verpflichtete sie den Beschwerdeführer, der Beschwerdegegnerin für die Verfahren vor Erst- und Zweitinstanz eine Prozessentschädigung von (insgesamt) Fr. 6500.– zu bezahlen. Gegen diesen als (Berufungs-)Endentscheid im Sinne von § 281 ZPO ohne Weiteres beschwerdefähigen Beschluss richtet sich die vorliegende, fristwährend eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde vom 15. Februar 2010. Darin beantragt der Beschwerdeführer die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 3 (betreffend Prozessentschädigung) des angefochtenen Entscheids. Die Beschwerde richtet sich somit nur gegen die von der Vorinstanz beschlossene Entschädigungsregelung; im übrigen Umfang bleibt der vorinstanzliche Beschluss (im Kassationsverfahren) unangefochten.

Aus den Erwägungen:

2.

Die Vorinstanz erwog zur Begründung der von ihr beschlossenen (und im vorliegenden Kontext allein interessierenden) Nebenfolgenregelung unter Hinweis auf §§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO, dass der Beschwerdeführer angesichts des Verfahrensausgangs (Abweisung der Klage) grundsätzlich kosten- und entschädigungspflichtig werde. Gemäss Art. 343 Abs. 3 OR sei das Verfahren in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten allerdings – auch in zweiter Instanz – kostenlos. Hingegen sei der Beschwerdeführer zu verpflichten, die Beschwerdegegnerin für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren zu entschädigen, wobei zu berücksichtigen sei, dass kein Mehrwertsteuerzusatz verlangt worden sei. Im Dispositiv setzte die Vorinstanz die Prozessentschädigung alsdann auf insgesamt Fr. 6500.– fest.

3.

In seiner dagegen gerichteten Beschwerdebegründung schildert der Beschwerdeführer den bisherigen Verfahrensgang. Dabei macht er im Wesentlichen geltend, vor Klageerhebung mit der Erstinstanz Kontakt aufgenommen zu haben. Nachdem ihm diese eine unentgeltliche Prozessführung bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– zugesichert habe, habe er Klage eingereicht, welche von der Erstinstanz gutgeheissen worden sei. Im Rahmen des zweitinstanzlichen Verfahrens sei ihm mangels juristischer Sachkenntnis dann ein Fehler unterlaufen. So habe er in der Annahme, dass die schon eingereichten Unterlagen für die Beurteilung ausreichen würden, keine Berufungsantwort eingereicht. In der Folge sei die Klage bedauerlicherweise vollumfänglich abgewiesen worden. Gleichzeitig sei er zur Zah-

lung einer Prozessentschädigung von Fr. 6500.– an die Beschwerdegegnerin verpflichtet worden.

Diese Summe – so der Beschwerdeführer weiter – könne er nicht aufbringen. Insbesondere hätte er auf die Einreichung der Klage verzichtet, wenn er gewusst hätte, dass er das Risiko einer derart hohen Prozessentschädigung eingehen müsse. Die unentgeltliche Prozessführung im Arbeitsrecht habe zum Ziel, dass ein Arbeitnehmer mit niedrigem Einkommen nicht schutzlos der Willkür eines Arbeitgebers ausgeliefert sein solle. Die Zusprechung einer Prozessentschädigung an einen Arbeitgeber mache dieses Ziel aber zunichte. Angesichts seiner Einkommenssituation gefährde die zugesprochene Entschädigung seine finanzielle Existenz.

(...)

5.

Der Beschwerdeführer rügt, dass er nicht zur Leistung einer Prozessentschädigung an die Beschwerdegegnerin hätte verpflichtet werden dürfen. Dabei präzisiert er allerdings nicht näher, aus welchen (bundes- oder kantonalrechtlichen) Vorschriften diese Rechtsauffassung folgen soll.

(...)

5.2 b) (...) Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung bezieht sich der in Art. 343 Abs. 3 Satz 1 OR bundesrechtlich statuierte Grundsatz der Kostenfreiheit – wie schon aus dem Wortlaut der Vorschrift erhellt («weder Gebühren noch Auslagen des Gerichts») – nur auf die Gerichtskosten. Demgegenüber schliesst er die Auferlegung einer Parteientschädigung nicht aus (BGE 100 Ia 130, Erw. 7; 113 Ia 118, Erw. 5; 115 II 42, Erw. 5/c; 122 III 495). Ob eine solche geschuldet ist, beurteilt sich nach Massgabe des kantonalen Prozessrechts. (...)

(...)

c) Wie die Mehrheit der anderen kantonalen Prozessrechte kennt auch das zürcherische Verfahrensrecht keine besonderen Vorschriften für die Zusprechung von Prozessentschädigungen in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten (KOLLER, a.a.O., S. 143). Vielmehr gelten auch hier die allgemeinen Bestimmungen von §§ 68 f. ZPO. Danach hat jede Partei in der Regel die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden (§ 68 Abs. 1 ZPO). Ist das Verfahren kostenlos, kann die allgemeine (Entschädigungs-)Regel von § 68 Abs. 1 ZPO allerdings nicht greifen. Diesfalls beurteilt sich die Entschädigungspflicht analog den Vorschriften von §§ 64 ff. ZPO (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 14 zu § 68 ZPO). Gemäss dem allgemeinen Grundsatz von § 64 Abs. 2 ZPO werden die Kosten (und somit auch die Entschädigungsfolgen) in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (vgl. KOLLER, a.a.O., S. 143). Von dieser Regel kann gemäss § 64 Abs. 3 ZPO insbesondere dann abgewichen werden, wenn die unterliegende Partei sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah oder wenn dem Kläger die genaue Bezifferung seines Anspruchs nicht zuzumuten war und seine Klage grundsätzlich gutgeheissen wurde. Diese

Vorschriften gelten auch im Rechtsmittelverfahren. Dabei hat die Rechtsmittelinstanz, die einen neuen Entscheid fällt, nicht nur die zweitinstanzlichen, sondern im Rahmen der Rechtsmittelanträge auch die Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens nach Massgabe von § 64 ZPO (hier: analog) festzusetzen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 23 zu § 64 ZPO).

Indem die Vorinstanz den im Berufungsverfahren unterliegenden Beschwerdeführer entsprechend dem Ausgang des Verfahrens (Klageabweisung) verpflichtet hat, der anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung zu bezahlen, hat sie demnach im Sinne der einschlägigen gesetzlichen Regel (Entschädigungspflicht nach Massgabe des Unterliegens) entschieden. Besondere Umstände, die es im Sinne von § 64 Abs. 3 ZPO als gleichsam zwingend erscheinen lassen würden, von dieser Regel abzuweichen (vgl. dazu RIEMER, Prozessführung «in guten Treuen» [§ 64 Abs. 3 ZPO, Art. 156 Abs. 3 OG] – zwischen «Treu und Glauben» [Art. 2 ZGB] und «gutem Glauben» [Art. 3 ZGB], in: Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 282 ff.; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 29 ff. zu § 64 ZPO), sind weder ersichtlich noch in der Beschwerde dargetan. Damit lässt sich nicht ernsthaft behaupten, die Vorinstanz habe den zur Anwendung gebrachten Gesetzesbestimmungen «eine Bedeutung beigemessen ..., welche offensichtlich jenseits dessen liegt, was vom Gesetz gewollt sein kann» (GULDENER, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 137). Die Zusprechung einer Prozessentschädigung an die Beschwerdegegnerin verletzt mithin kein klares (kantonales) materielles Recht.

Daran ändert auch der in der Beschwerdeschrift behauptete Umstand nichts, dass die Erstinstanz dem Beschwerdeführer «eine unentgeltliche Prozessführung ... zugesichert» haben soll. Denn einerseits bezieht sich eine so lautende gerichtliche Zusicherung nur auf die (in Art. 343 Abs. 3 OR vorgesehene) Befreiung von Gerichtskosten, nicht aber auch auf die davon zu unterscheidende (zusätzliche) Pflicht zur Leistung einer Prozessentschädigung an die Gegenpartei. So befreit auch die (vorliegend nicht gemeinte eigentliche) «unentgeltliche Prozessführung» im Sinne von § 84 ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV den Ansprecher lediglich von der Bezahlung von Gerichtskosten, nicht aber auch von der Verpflichtung zur Leistung einer Prozessentschädigung an die Gegenpartei (vgl. § 85 ZPO; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 2 zu § 84 ZPO, N 1 zu § 85 ZPO). Insofern dürfte der Beschwerdeführer der (behaupteten) Zusicherung irrtümlicherweise eine zu umfassende Bedeutung beigemessen haben. Andererseits bestünde die beanstandete Entschädigungspflicht selbst dann, wenn die Vorinstanz dem Beschwerdeführer (fälschlicherweise) tatsächlich zugesichert haben sollte, dass er (auch) keine Entschädigungsfolgen zu tragen haben werde. Eine derartige Zusicherung vermöchte die Entstehung des gesetzlich statuierten (materiellrechtlichen) Anspruchs der obsiegenden

Beschwerdegegnerin auf Ersatz ihrer durch den Prozess verursachten aussergerichtlichen Kosten und Umtriebe (insbes. Anwaltskosten) nämlich nicht zu verhindern (sondern – bei Vorliegen der diesbezüglichen Voraussetzungen – allenfalls bloss einen [in einem besonderen Verfahren geltend zu machenden] Schadenersatzanspruch des Beschwerdeführers gegenüber dem Staat nach zürcherischem Haftungsgesetz [HG; LS 170.1] zu begründen).

*Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 26. November 2010*

**Der fremdenpolizeiliche Begriff des Arbeitgebers im Sinne von Art. 117 AuG ist weiter gefasst als derjenige des Arbeitsrechts. Gemäss AuG gilt als Arbeitgeber, wer eine ausländische Person unter seinen Weisungen sowie mit seinen Werkzeugen oder in seinen Geschäftsräumen für sich arbeiten lässt, wobei die Natur des Vertragsverhältnisses unerheblich ist. Jemanden «beschäftigen» bedeutet nach AuG, ihn eine Erwerbstätigkeit ausüben lassen. Vorliegend war der Geschäftsführer eines Saunaclubs als Arbeitgeber im Sinne des AuG einzustufen, da er namentlich mit den Frauen Eintrittsgespräche führte, die Preise für deren sexuelle Dienstleistungen im Voraus festlegte, die Kontaktaufnahmen mit den Freiern fast ausschliesslich über den Saunaclub zustande kamen, er den Frauen Zimmer im Saunaclub zur Verfügung stellte, sie dazu anhielt, High-Heels als «Arbeitskleidung» zu tragen und sich an die Hausordnung zu halten, sowie ferner bei ihnen die Mehrwertsteuer vom Freierlohn einzog.**

Sachverhalt:

Dem Angeklagten X., Geschäftsführer eines Saunaclubs, wird zur Last gelegt, in der Zeit vom 16. März 2009 bis 19. Mai 2009 insgesamt acht Frauen ermöglicht zu haben, in Club als selbständig erwerbende Prostituierte zu arbeiten, welche über keine Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung verfügt hätten, wobei es der Angeklagte unterlassen habe, die Frauen nach einer Bewilligung zu fragen.

Die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis, Zweigstelle Dietikon, sprach X. mit Strafbefehl vom 22. Mai 2009 der mehrfachen Beschäftigung von Ausländerinnen ohne Bewilligung im Sinne von Art. 117 AuG schuldig. Nach Einsprache von X. sprach ihn der Einzelrichter des Bezirkes Dietikon mit Urteil vom 17. November 2009 vom Vorwurf der mehrfachen Beschäftigung von Ausländerinnen ohne Bewilligung (Art. 117 Abs. 1 AuG) frei. Gegen diesen Entscheid erklärte die Staatsanwaltschaft Berufung.

Aus den Erwägungen:

III.

2.

(...) Die entscheidende Frage ist, ob der Angeklagte als Arbeitgeber im Sinne des Art. 117 AuG gilt, wobei sich der fremdenpolizeiliche Begriff des Arbeitgebers nicht mit demjenigen des Arbeitsrechts deckt, sondern weiter gefasst ist. Als Arbeitgeber gilt im Ausländerrecht eine Person, welche einen Ausländer unter ihren Weisungen, mit ihren Werkzeugen oder in ihren Geschäftsräumen für sich arbeiten lässt. Die Natur des Vertragsverhältnisses ist dabei unerheblich (SEDO, in: Schiess Rütimann [Hrsg.], Schweizerisches Ausländerrecht in Bewegung?, Zürich 2003, S. 113; ZÜND, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli [Hrsg.], Migrationsrecht, 2. Aufl., Zürich 2009, N. 1 zu Art. 118 AuG). Jemanden «beschäftigen» bedeutet im Sinne des Ausländergesetzes, jemanden eine Erwerbstätigkeit ausüben lassen (ROSCHACHER, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, Diss. Zürich 1991, S. 122). Diese zum ANAG gemachten Ausführungen haben auch unter dem neuen Ausländergesetz Geltung. Bezüglich eines Barbetriebs hat das Bundesgericht festgehalten, es sei nicht notwendig, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmern Anweisungen geben könne. Es komme einzig darauf an, ob der Barbetreiber entscheiden könne, wer bei ihm arbeite und dadurch die Möglichkeit erhalte, in seinem Betrieb Geld zu verdienen (Bundesgerichtsentscheid vom 16. November 2007, 6B\_176/2007, E. 3.2).

Vorliegend wird den Frauen die Infrastruktur zur Verfügung gestellt, in welcher sie ihre Arbeit ausüben können. Der Club bietet eine Plattform, wo die Frauen Kunden kennenlernen und sich mit ihnen in Zimmer zurückziehen können. Wie die Kunden, so bezahlen auch die Frauen Fr. 90.– Eintritt, damit sie die Infrastruktur des Clubs nützen können. Pro bedientem Kunden haben sie zudem Fr. 10.– abzugeben, wobei der «Halbstundenservice» Fr. 140.– kostet. Laut dem Angeklagten handelt es sich bei diesen Fr. 10.– um eine Mehrwertsteuerabgabe, zu welcher ihn die Eidgenössische Steuerverwaltung verpflichtet habe. Die Frauen würden von den Freiern direkt bezahlt. Der Club macht auf seiner Internetseite Werbung für die Frauen. Zudem gibt es eine Anwesenheitsliste auf dem Internet, damit der Kunde weiss, welche Frauen ihn im Club erwarten werden. Schliesslich ist auf der Homepage eine Preisliste der Dienstleistungen der Frauen publiziert. Der Angeklagte hat ausgeführt, wenn eine Frau zum ersten Mal den Club besuchen wolle, führe er mit ihr ein Gespräch. Dabei wolle er wissen, ob die Frau Deutsch oder Englisch spreche und gewisse Umgangsformen beherrsche. Er habe auch schon Frauen aufgrund ihres Aussehens, oder weil sie nicht dem Niveau des Clubs entsprochen hätten, abgelehnt. Wenn eine Frau neu angereist komme und gewisse Auffälligkeiten zeige, werde ein Drogen- und Gesundheitscheck durchgeführt. Den Frauen wird

vorgegeben, in High-Heels zur Arbeit zu erscheinen. Zudem verfügt der Club über eine Hausordnung.

Dies sind alles Merkmale, welche auf ein Arbeitsverhältnis hindeuten. Auch wenn der Angeklagte mit den Frauen nicht ein Anstellungsgespräch im üblichen Sinne führt, so ist er es, der entscheidet, ob die Frauen im Club ihrer Arbeit nachgehen können. Wie er bestätigte, hat er auch schon Frauen abgelehnt. Es mag zwar sein, dass er auch schon Freier ablehnte, weil sie sich nicht an die Hausordnung hielten. Bei den Frauen wird jedoch nicht nur darauf geachtet, ob sie die Hausordnung einhalten, sondern es wird ihr Aussehen bewertet und vorausgesetzt, dass sie Deutsch oder Englisch sprechen und über Umgangsformen verfügen. Falls es der Angeklagte für nötig hält, wird bei den neuen Frauen sogar ein Drogen- und Gesundheitscheck durchgeführt. Es ist zwar nachvollziehbar, dass er Wert auf solche Tests legt, will er doch verhindern, dass sich seine Kunden bei den Frauen mit einer Krankheit anstecken oder die Frauen ihre Dienstleistung aufgrund von Drogenabhängigkeit nicht gehörig erbringen. Allerdings stellt eine solche Untersuchung, die zudem durch die Mitarbeiter des Clubs und nicht durch einen dem Arztgeheimnis unterstehenden Arzt durchgeführt wird, einen erheblichen Eingriff in die Privatsphäre der betroffenen Frauen dar. Auch die «Arbeitskleidung» wird den Frauen vorgeschrieben. Dass diese nur aus High-Heels besteht, bringt die Arbeit in einem Saunaclub gezwungenermassen mit sich, wie der Angeklagte selber einräumte. Für die Frauen gelten also deutlich strengere Bestimmungen als für die männlichen Besucher. Zwar bezahlen beide Fr. 90.– Eintritt und können dafür Sauna, Dampfbad und das weitere Angebot des Clubs nutzen. Die Frauen haben jedoch zusätzlich Mehrwertsteuer zu bezahlen. Aus organisatorischen Gründen werden nur acht Frauen in den Club gelassen, da nur acht Zimmer zur Verfügung stehen, in welchen die Frauen ihre Dienstleistungen anbieten können. Dies hat aber unweigerlich zur Folge, dass die Frauen ihre Tätigkeit nach den betrieblichen Verhältnissen ausrichten müssen. Damit sie in den Club eingelassen werden, müssen sie unter Umständen früh erscheinen, obwohl erst wenig Kundschaft auf sie wartet und die Arbeitsbedingungen noch nicht ideal sind.

Die Tatsache, dass der Club von den Frauen Fr. 10.– Mehrwertsteuer pro Freier verlangt, widerspricht der Argumentation des Angeklagten, die Frauen seien nicht seine Angestellten, sondern lediglich Gäste. Es trifft zwar zu, dass das Gewerbe der Prostitution der Mehrwertsteuer unterliegt (Bundesgerichtsentscheid vom 18. Februar 2009, 2C\_426/2008), wobei es dem Dienstleistungssektor zugerechnet wird. Geht man jedoch von der Argumentation des Angeklagten aus, wären die Frauen selbständig erwerbend und als solche verpflichtet, die Mehrwertsteuer direkt der Eidgenössischen Steuerverwaltung abzuliefern, wenn sie den Schwellenwert von Fr. 100 000.– pro Jahr erreichen würden (HÜRLIMANN, Regelung der Prostitution im Schweizer Recht, Diss. Zürich 2004, S. 119; Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a MWStG). Da aber die Eidgenössische Steuerverwaltung dem

Angeklagten die Abgabe der Mehrwertsteuer vorschreibt, hätte dem Angeklagten bewusst sein müssen, dass er als Arbeitgeber gilt. Schliesslich treten die Frauen nicht in eigenem Namen nach Aussen auf, was sie als selbständig Erwerbende jedoch täten. Die Kontaktaufnahme mit den Freien kommt fast ausschliesslich über den Club zustande, was auch der Angeklagte bestätigte. Auch dies ist ein Anzeichen dafür, dass der Club für die Frauen die Funktion eines Arbeitgebers übernimmt.

Der Angeklagte erteilt den Frauen zwar keine Weisungen. Wie er betont, verlange er weder ihre Personalien noch wolle er von ihnen eine Arbeitsbewilligung sehen. Nur wenn eine Frau im Club übernachtete, was selten vorkomme, wolle er die Arbeitsbewilligung sehen. Ansonsten werde den Frauen ein Vertrag abgegeben, in welchem stehe, dass sie als selbständige Masseusen tätig seien. Falls sie sich bei den Behörden anmelden würden, könnten sie diesen Vertrag vorlegen. Die Frauen könnten selber bestimmen, wann sie zur Arbeit erscheinen. Eine Anwesenheitspflicht gebe es nicht. Wie lange die Frauen im Club bleiben würden, sei ebenfalls ihnen überlassen. Sie könnten jederzeit gehen. Sie seien frei in ihrer Entscheidung, wie viele und welche Kunden sie bedienten und welche Leistungen sie den Kunden anböten. Diese Umstände zeigen zwar eine Anzahl von Freiheiten auf, welche die Frauen bei der Berufsausübung haben. Es darf aber nicht vergessen werden, dass der Angeklagte den Frauen diese Freiheiten einräumen muss, ansonsten er Gefahr laufen würde, sich der Förderung der Prostitution im Sinne von Art. 195 Abs. 3 StGB strafbar zu machen. Im Bundesgerichtsentscheid BGE 128 IV 170 wird darauf hingewiesen, dass wegen der Gefahr, beim Betreiben eines Bordells mit dem Sexualstrafrecht in Konflikt zu kommen, in dieser Branche Anstellungsformen beobachtet werden könnten, die vom klassischen Arbeitsverhältnis deutlich abweichen würden. Diese vom Angeklagten aufgezählten Kriterien können daher für die Beurteilung, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, nicht entscheidend sein. Andernfalls würde gerade in diesem Milieu die Durchsetzung der fremdenpolizeilichen Vorschriften erschwert (BGE 128 IV 170 E. 4.2). Dem ist beizupflichten. Es ist nicht einzusehen, wieso der Bordellbetreiber, welcher den Prostituierten viele Freiheiten bei der Berufsausübung lassen muss, damit er sich nicht strafbar macht, von den Pflichten, welche den Arbeitgeber von ausländischen Arbeitnehmern normalerweise treffen, befreit sein soll. Gerade in dieser Branche, wo grossteils Frauen ausländischer Staatsangehörigkeit tätig sind, welche oft darauf angewiesen sind, Geld zu verdienen, bestünde ansonsten die Gefahr der Umgehung ausländerrechtlicher Vorschriften. Auch in Anbetracht der engen Verknüpfung zwischen dem Club und den dort arbeitenden Frauen – der Club ist genau so darauf angewiesen, dass jeden Tag genügend Frauen erscheinen, wie die Frauen auf eine Infrastruktur zur Ausübung ihrer Arbeit angewiesen sind – rechtfertigt es sich, den Angeklagten als Arbeitgeber der Frauen zu betrachten und ihm die entsprechenden ausländerrechtlichen Pflichten aufzu-

erlegen. Der Angeklagte hat somit durch sein Verhalten den Tatbestand von Art. 117 Abs. 1 AuG in objektiver Hinsicht verletzt.

In subjektiver Hinsicht ist auf die Aussage des Angeklagten hinzuweisen, er habe jeweils nicht kontrolliert, ob die Frauen legal in der Schweiz gewesen seien und über eine Arbeitsbewilligung verfügt hätten. Er habe nur die Bewilligungen derjenigen Frauen geprüft, die im Club übernachtet hätten. Diese Aussage zeigt, dass der Angeklagte sich der Problematik der fehlenden Aufenthaltsbewilligung durchaus bewusst war und die Frauen wissentlich und willentlich nicht kontrollierte, wobei er eine Gesetzesverletzung zumindest in Kauf nahm. Somit erfüllte er den Tatbestand von Art. 117 Abs. 1 AuG eventualvorsätzlich.

*Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 16. August 2010, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2010 Nr. 7*

**Zwar fällt die Pflege des erkrankten Kindes durch die Mutter unter Art. 324a Abs. 1 OR; ist das Kind aber gesund und bleibt nur die Kinderkrippe wegen Seuchengefahr vorübergehend geschlossen, liegt der Grund für die Arbeitsverhinderung nicht in den persönlichen Verhältnissen der Arbeitnehmerin, womit die Pflicht zur Lohnfortzahlung entfällt.**

Sachverhalt:

Zu prüfen war, ob ein Lohnanspruch für eine Absenz zwecks Betreuung des Kindes besteht, nachdem die Kinderkrippe wegen des Schweinegrippevirus vorübergehend geschlossen worden ist.

Aus den Erwägungen:

Wird die Arbeitnehmerin aus Gründen, die in ihrer Person liegen, ohne ihr Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, so hat ihr der Arbeitgeber für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten (Art. 324a OR). Eine Voraussetzung der Lohnfortzahlung ist mithin, ob die Verhinderung in den persönlichen Verhältnissen der Arbeitnehmerin liegt oder auf objektive Ursachen zurückzuführen ist.

Klargestellt haben Lehre und Praxis, dass auch die Pflege erkrankter Angehöriger, insbesondere die Pflege des erkrankten Kindes durch die Mutter unter Art. 324a Abs. 1 zu subsumieren ist (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 20 zu Art. 324a/b OR mit weiteren Hinweisen). Darum geht es vorliegendenfalls allerdings nicht, nachdem eine Krankheit des Kindes nicht erwiesen ist. Vielmehr sah sich die Klägerin ausser Stande, ihrer Arbeit nachzugehen, weil die Kinderkrippe zufolge mit dem Schweinegrippevirus infizierter Kinder und des Risikos weiterer Ansteckungen ge-

geschlossen worden ist. Die Gründe für die Arbeitsverhinderung liegen damit nicht in den persönlichen Verhältnissen der Klägerin, sondern es handelt sich um ein objektives (allgemeines) Leistungshindernis (Schliessung der Kinderkrippe zur Verhinderung einer Ausbreitung des Virus, letztlich vergleichbar mit Seuchengefahr: STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 6 zu Art. 324a/b OR), das dazu geführt hat, dass die Klägerin den Sohn zu betreuen hatte und nicht zur Arbeit gehen konnte. Von der Schliessung der Kinderkrippe war nicht nur die Klägerin betroffen, sondern gleichermassen alle berufstätigen Eltern, deren Kinder in der fraglichen Krippe betreut worden sind. Alle diese Eltern sahen sich grundsätzlich vor die nämlichen Schwierigkeiten wie die Klägerin gestellt.

Für die beiden Fehltagge besteht damit keine Lohnzahlungspflicht des Beklagten.

*Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 9. September 2010, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2010 Nr. 23*

**Praktikanten im Sinne von Art. 11 L-GAV Gastgewerbe sind ausschliesslich Schüler der Schweizer Fachschulen. Da i.c. die Arbeitnehmerin zum Zeitpunkt ihrer Anstellung keine Fachschule absolvierte, konnte sie auch nicht als Praktikantin mit einem entsprechenden Lohn nach Art. 11 L-GAV gelten.**

Sachverhalt:

Die Klägerin arbeitete vom April 2008 bis Dezember 2008 im Guesthouse der Beklagten. Ein schriftlicher Vertrag wurde nicht abgeschlossen. Als Lohn wurden Fr. 1500.– pro Monat vereinbart. Die Aufgabe der Klägerin war es, E-Mails und Telefonate zu beantworten und Check-ins von Gästen vorzunehmen. Laut der Beklagten kam das Arbeitsverhältnis in Form eines Praktikums zustande, da die Klägerin über keinerlei Berufserfahrung verfügt habe. Die Klägerin ging hingegen davon aus, sie habe als Rezeptionistin bei der Beklagten gearbeitet. Die Beklagte bestritt zudem, unter den L-GAV zu fallen.

Das Gericht kam zum Schluss, die Beklagte beherberge also Gäste gegen Entgelt und gebe Speisen und Getränke zum Genuss an Ort und Stelle ab und falle somit, unabhängig vom massgebenden Mehrwertsteuersatz, in den Anwendungsbereich des L-GAV. Demzufolge sei der L-GAV auch auf das Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten und der Klägerin als deren Mitarbeiterin anwendbar. Zur Frage des Praktikums äusserte sich das Gericht wie folgt:

Aus den Erwägungen:

Die Beklagte macht geltend, dass die Klägerin im Rahmen eines Praktikums zu einem Lohn von Fr. 1500.– angestellt worden sei.

Gemäss Art. 11 L-GAV hätte der monatliche Mindestbruttolohn für Praktikanten im Jahre 2008 Fr. 2115.– betragen. Als Praktikanten im Sinne von Art. 11 L-GAV gelten jedoch ausschliesslich Schüler der Schweizer Fachschulen (vgl. Kommentar zu Art. 11 L-GAV). Da die Klägerin zum Zeitpunkt ihrer Anstellung bei der Beklagten keine Fachschule absolvierte, kann sie demnach auch nicht als Praktikantin mit dem entsprechenden Lohn gemäss Art. 11 L-GAV gelten.

Für Vollzeitmitarbeiter ohne Berufslehre betrug der Mindestlohn im Jahre 2008 Fr. 3300.– (Art. 10 Abs. 1 Ziff. I L-GAV). Dieser Lohn darf grundsätzlich nicht unterschritten werden und garantiert sämtlichen, dem L-GAV unterstellten Mitarbeitern einen monatlichen Mindestbruttolohn. Der Mindestlohn gemäss Art. 10 L-GAV gilt für eine Vollzeitbeschäftigung. Teilzeitmitarbeiter und Aushilfen haben grundsätzlich die gleichen Rechte und Pflichten wie Vollzeitmitarbeitende, jedoch gemessen am Beschäftigungsgrad (Art. 1 Abs. 3 L-GAV).

*Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 20. September 2010, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2010 Nr. 16*

**Mit einer Einsprache per E-Mail, die naturgemäss keine eigenhändige Unterschrift bzw. elektronische Signatur im Sinne des ZertES enthält, ist dem Schriftformerfordernis nach Art. 336b Abs. 1 OR nicht Genüge getan. Die Einsprache ist ungültig und der Anspruch auf Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung ist verwirkt.**

Sachverhalt:

Im folgenden Fall war zu prüfen, ob eine Einsprache per E-Mail den gesetzlichen Erfordernissen genügt.

Aus den Erwägungen:

Was schriftlich bedeutet, sagt Art. 13 OR: «Ein Vertrag, für den die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben ist, muss die Unterschriften aller Personen tragen, die durch ihn verpflichtet werden sollen.» Gemäss Art. 14 Abs. 1 OR ist die Unterschrift eigenhändig zu schreiben. Nach Absatz 2<sup>bis</sup> von Art. 14 OR ist der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt die qualifizierte elektronische Signatur, die auf einem qualifizierten Zertifikat einer anerkannten Anbieterin von Zertifizierungsdiensten im Sinne

des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 2003 über die elektronische Signatur beruht.

Der Kläger selber behauptet nicht, er habe eine Einsprache schriftlich im vorhin genannten Sinne erhoben, also mit eigenhändiger Unterschrift oder elektronischer Signatur versehen. Das E-Mail vom 24. Dezember 2009, auf das sich der Kläger beruft, genügt den gesetzlichen Anforderungen an die Schriftlichkeit nicht. Es enthält keine eigenhändige Unterschrift und keine elektronische Signatur im Sinne des Gesetzes. Wenn der Kläger davon spricht, das E-Mail trage eine Signatur, sonst hätte die Beklagte gar nicht an ihn herantreten können, dann spricht er nicht von einer zertifizierten elektronischen Signatur, sondern allenfalls von einer «Signatur», wie sie Microsoft im Programm «Outlook» nennt. Was aber Microsoft unter «Signatur» versteht, ist hier nicht relevant.

Der Kläger hat zwar recht, wenn er darauf hinweist, dass im Geschäftsverkehr E-Mails Usanz seien. Dem Umstand, dass E-Mails immer wichtiger werden, hat der Gesetzgeber eben gerade Rechnung getragen durch den am 1. Januar 2005 neu eingefügten und bereits erwähnten Absatz 2<sup>bis</sup> von Art. 14 OR, wo die zertifizierte elektronische Signatur der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt wird. Der Gesetzgeber hat sich also entschieden: Ein gewöhnliches E-Mail wird nicht erwähnt, ist also einer eigenhändigen Unterschrift nicht gleichgestellt. Nur nebenbei sei dem Kläger auch gesagt, dass E-Mails als Eingaben an die zürcherischen Gerichte bis heute nicht genügen. Erst die neue, ab 1. Januar 2011 geltende schweizerische Zivilprozessordnung sieht in Art. 130 vor, dass Eingaben «in Papierform oder elektronisch» einzureichen sind und dass sie zu unterzeichnen sind (Abs. 1). Bei elektronischer Übermittlung muss das Dokument mit einer «anerkannten elektronischen Signatur der Absenderin oder des Absenders versehen sein» (Abs. 2). Der Gesetzgeber hat also gleich wie bei der Ergänzung von Art. 14 OR entschieden. Ein gewöhnliches E-Mail wird auch in Zukunft als Eingabe ans Gericht nicht genügen.

Ob der von den Parteien zitierte Entscheid des Arbeitsgerichtes Zürich vom 12. November 1998 (ZR 99/2000 Nr. 88), der im Ergebnis bereits damals dem Gesetzeswortlaut widersprach, damals richtig oder falsch war, braucht heute nicht erörtert zu werden. Auf alle Fälle ist er überholt, weil eben der Gesetzgeber der tatsächlichen Entwicklung im Bereich der Kommunikation Rechnung getragen hat, indem er die zertifizierte elektronische Signatur der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt hat.

Was schliesslich den Einwand des Klägers anbelangt, das Verhalten der Beklagten widerspreche Treu und Glauben, so ist folgendes festzuhalten: Da Art. 336b Abs. 1 OR absolut zwingend ist, kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte sich auf die Ungültigkeit der Einsprache beruft oder nicht. Das Gericht hat ohnehin von Amtes wegen zu prüfen, ob eine korrekte Einsprache vorliegt. Der Kläger behauptet im Übrigen selber nicht, die Beklagte habe ihn von einer formell korrekten Einsprache in irgendeiner Weise abgehalten. Im Gegenteil: Die Beklagte hat das E-Mail des Klä-

gers vom 24. Dezember 2009 sogar dem früheren (und vermeintlich damals noch amtierenden) Rechtsvertreter des Klägers weitergeleitet. Eine weitergehende Fürsorgepflicht der Beklagten, etwa dahingehend, den Kläger darüber zu beraten, wie er gegen sie rechtlich korrekt vorzugehen habe, bestand selbstverständlich nicht.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine gültige Einsprache gegen die Kündigung nicht erfolgt ist. Der Anspruch auf eine Entschädigung für die angeblich missbräuchliche Kündigung ist verwirkt.

*Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 19. Oktober 2010, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2010 Nr. 5*

**Eine Lösung, wonach bei Krankheit und Unfall zwar 100% des Lohnes ausbezahlt, gleichzeitig aber nur 80% der Arbeitszeit gutgeschrieben werden, ist zwar rechnerisch gleichwertig im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR, ihr haftet aber die wenig soziale Folge an, dass der Arbeitnehmer nach einer längeren gesundheitsbedingten Abwesenheit entsprechend lange «gratis» für die Arbeitgeberin arbeiten muss oder sich bei kurzfristiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit massiven Lohnkürzungen konfrontiert sieht. Deswegen kann eine Regelung nur dann gültig zustande kommen, wenn sie dem Arbeitnehmer deutlich kommuniziert wird und er sich Rechenschaft darüber ablegen kann, dass die laufenden Lohnzahlungen gleichsam einen Lohnvorschuss enthalten.**

Sachverhalt:

Der Kläger war während seiner Anstellung an rund 80 Arbeitstagen arbeitsunfähig. Entgegen der Regelung im GAV, der eine Lohnfortzahlung von 80% vorsah, zahlte der Arbeitgeber 100% des Lohnes aus, zog die zuviel ausgerichteten 20% aber am Ende des Arbeitsverhältnisses unter dem Titel Minusstunden wieder ab.

Aus den Erwägungen:

Vorliegend ist zu prüfen, ob die von der Beklagten vorgesehene Lösung, wonach bei Krankheit und Unfall zwar 100% des Lohnes ausbezahlt, gleichzeitig aber nur 80% der Arbeitszeit gutgeschrieben werden, zulässig ist. Dass die Lösung gleichwertig im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR sein könnte, ergibt sich aufgrund der rechnerischen Äquivalenz sowie dem Umstand, dass der Kläger – wie die Beklagte behauptet – die Wahl zwischen der üblichen Regelung nach GAV und der abweichenden Parteiregelung gehabt haben soll. Immerhin wäre erst noch genau zu prüfen, ob mit Hinblick auf die von der Sozialversicherungspflicht befreiten Versiche-

zungstaggelder und sozialversicherungspflichtigen Lohnzahlungen der Beklagten tatsächlich eine Stundenkürzung um genau 20% ausgewiesen ist. Entgegen der Ansicht der Beklagten handelt es sich bei ihrer Handhabung der Zeit- und Lohngrundschriften im Falle von Arbeitsunfähigkeit jedenfalls mitnichten um eine rein «soziale» Regelung, die den Arbeitnehmer bloss besser stellt. Die Regelung hat vielmehr die wenig soziale Folge, dass der Arbeitnehmer nach einer längeren gesundheitsbedingten Abwesenheit entsprechend lange «gratis» für die Arbeitgeberin arbeiten muss oder sich – wie vorliegend – bei kurzfristiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit massiven Lohnkürzungen konfrontiert sieht.

Mit guten Gründen lässt sich daher die Gleichwertigkeit der von den Parteien getroffenen Regelung im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR in Frage stellen. Auch mathematisch kann jedenfalls von einer für den Arbeitnehmer günstigeren Regelung, als in Art. 47 f. GAV vorgesehen, nicht die Rede sein. Damit lässt sich aber die Auffassung vertreten, die (angebliche) Parteivereinbarung hätte zumindest der Schriftform bedurft (Art. 324a Abs. 4 OR), sollte sie nicht ohnehin nichtig sein (Art. 357 Abs. 2 OR). Dies gilt umso mehr, als mit der (angeblichen) Parteiregelung einerseits Art. 324a Abs. 1 insoweit verletzt wird, als dem Kläger implizit die Nacharbeitspflicht für krankheitsbedingte Fehlzeiten überbunden, andererseits seine Kündigungsfreiheit zumindest faktisch tangiert wird, indem seine Kündigung mit Lohnkürzungen und/oder Mehrarbeit verbunden wäre. Weiter besteht die Gefahr, dass im Ergebnis mit dem Modell der Beklagten die Überstundenregelung nach Art. 33 GAV umgangen werden kann: Leistet ein Arbeitnehmer mehr als 2184 Jahresstunden, gilt die Mehrzeit als Überstundenarbeit, die zu kompensieren oder mit einem Zuschlag von 25% ausbezahlt ist. Während Krankheit lassen sich Überstunden aber grundsätzlich nicht kompensieren. Wird das Zeitempensum gleichwohl gekürzt, dafür aber 100% Lohn ausbezahlt, kann das deshalb im Ergebnis dazu führen, dass implizite Überstunden ohne Lohnzuschlag ausbezahlt werden.

In Anbetracht der empfindlichen Konsequenzen kann eine Regelung, wie die Beklagte sie vorsieht, jedenfalls nur dann gültig zustande kommen, wenn sie dem Mitarbeitenden deutlich kommuniziert wird und dieser sich Rechenschaft ablegen kann, dass die laufenden Lohnzahlungen gleichsam einen Lohnvorschuss enthalten.

Das Gericht kam zum Ergebnis, dass es an einer genügenden Transparenz fehle, weshalb die am Ende des Arbeitsverhältnisses aus Krankheit und Unfall resultierenden Minusstunden nicht in Abzug gebracht werden könnten.

**Art. 35a Abs. 2 ArG; missbräuchliche Freistellung während der Schwangerschaft? In einem Zeitraum, in dem es der Arbeitnehmerin nach Art. 35a Abs. 2 ArG erlaubt ist, auf blosser Anzeige hin von der Arbeit fern zu bleiben oder die Arbeit zu verlassen, muss dem Arbeitgeber die Möglichkeit offenstehen, seinerseits auf die Arbeit zu verzichten, um so dem Risiko zu entgehen, dass die Arbeitnehmerin für ihn völlig unvorbereitet die Arbeit niederlegt.**

Sachverhalt:

Die Klägerin war als Kadermitarbeiterin in der Funktion als Einkäuferin Kindermode tätig. Als sie im April die Arbeitgeberin über ihre Schwangerschaft und vermutliche Geburt im Oktober orientierte, teilte diese ihr mit, die wirtschaftliche Situation lasse keinen längeren Arbeitsausfall zu. Aus diesem Grund werde ab 1. August eine neue Mitarbeiterin ihre Funktion übernehmen und sie werde ab diesem Zeitpunkt freigestellt. Nach Ablauf des Mutterschutzes werde ihr gekündigt.

Vor Gericht beantragte die Klägerin, die Freistellung sei zu beseitigen und die Beklagte habe sie weiter zu beschäftigen. Allenfalls sei die Freistellung als diskriminierend zu betrachten. Der Beklagten sei ausserdem zu verbieten, die angedrohte Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist auszusprechen.

Aus den Erwägungen:

Ob eine Persönlichkeitsverletzung zufolge Nichtbeschäftigung vorliegt, ist somit anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Erforderlich ist eine Beeinträchtigung von gewisser Intensität, wie sie sich etwa aus der langen Dauer der Nichtbeschäftigung oder aus kränkenden Umständen ihrer Anordnung ergeben kann. Persönlichkeitsverletzend ist eine Freistellung insbesondere, wenn sie ohne jeden sachlichen Grund oder sogar in schikanöser Absicht erfolgt. Das Recht auf Beschäftigung findet seine Grenze jedoch in den überwiegenden Interessen des Arbeitgebers wie etwa Auftragsmangel, Absatzstockung, Betriebsunterbrechungen, Unfähigkeit des Arbeitnehmers zur Arbeitleistung oder Störung des Arbeitsfriedens (BLESIGLI, a.a.O., S. 72, Rz 198; PORTMANN, S. 121 f.; BK-REHBINDER-STÖCKLI, N 13 zu Art. 328 OR).

Im vorliegenden Fall wirkt das Verhalten der Arbeitgeberin auf den ersten Blick stossend, indem sie sich der Arbeitnehmerin «entledigte», indem sie sie freigestellte, nur weil diese schwanger geworden war. Allerdings ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin durch die Freistellung in irgendeiner Weise benachteiligt worden wäre. Sie erhält trotz fehlender Ar-

beitspflicht den vollen Lohn. Die Freistellung wurde weder an schikanöse Auflagen oder gegen Treu und Glauben verstossende Bedingungen geknüpft, noch liegt ein vertragliches Freistellungsverbot vor. Zudem handelt es sich um eine relativ kurze Freistellungsdauer von rund drei Monaten (19. Juli 2010 bis zur geplanten Niederkunft Ende Oktober 2010).

Sodann ist die Klägerin als Kindermodeverkäuferin nicht zu den Berufsgruppen mit einem grundsätzlichen Beschäftigungsanspruch zu zählen. Auch wenn als «Kadermitarbeiterin» angestellt, kann sie sich zweifellos nicht zu den sogenannten höheren Angestellten zählen. Es darf ausgeschlossen werden, die Klägerin verliere durch die Freistellungsdauer von rund drei Monaten ihre Reputation und ihre beruflichen Fähigkeiten oder ihr wirtschaftliches Fortkommen werde beeinträchtigt, zumal sie zufolge des gesetzlichen Mutterschaftsurlaubes von mindestens acht Wochen für eine ähnlich lange Zeit an der Arbeitsleistung verhindert sein wird.

Nicht ausser Acht zu lassen ist jedoch die kränkende Wirkung, welche eine Arbeitsbefreiung auf eine Arbeitnehmerin haben kann (BK-REHBINDER, N 11 zu Art. 328 OR). Gerade bei der Klägerin als Kadermitarbeiterin und insbesondere als Mitarbeiterin mit zeitweiligem Kunden- und ständigem Lieferantenkontakt ist die Beeinträchtigung des Ansehens durch die Freistellung nicht zu unterschätzen (BLESİ, a.a.O., S. 54 f., Rz 152).

Auch in diesem Falle müssen aber die Interessen der Beklagten als Arbeitgeberin mitberücksichtigt werden. Die Beklagte hat diesbezüglich ausgeführt, ihre wirtschaftliche Situation erfordere es, dass die Arbeit ohne Unterbrüche und teilweise mit erheblicher Mehrbelastung ausgeführt werde.

Entscheidend ist aber Folgendes: Der schwangeren Klägerin kommt von Gesetzes wegen die Möglichkeit zu, auf blosser Anzeige hin von der Arbeit fern zu bleiben oder die Arbeit zu verlassen (Art. 35a Abs. 2 ArG). Zusätzlich ist die Beklagte als Arbeitgeberin verpflichtet, die Arbeitsbedingungen schwangerer Mitarbeiterinnen so zu gestalten, dass ihre Gesundheit und diejenige ihres werdenden Kindes nicht beeinträchtigt werden (Art. 35 ArG). Die Beklagte muss daher bereits in der Schwangerschaftszeit vor dem Mutterschaftsurlaub ständig mit Ausfällen oder Arbeitsunterbrüchen der Klägerin rechnen und ist in ihrer Möglichkeit, der Klägerin auch nur vorübergehende, anstrengende Mehrarbeit abzuverlangen, eingeschränkt. Sie hat daher ein berechtigtes Interesse daran, für diese Zeit ersatzweise eine voll einsatzfähige Arbeitskraft einzusetzen. In einem Zeitraum, in welchem es der Arbeitnehmerin von Gesetzes wegen jederzeit erlaubt ist, der Arbeit fern zu bleiben, muss dem Arbeitgeber die Möglichkeit offenstehen, seinerseits auf die Arbeit zu verzichten, um dem Risiko, dass die Arbeitnehmerin eben für ihn völlig unvorbereitet (zu Recht!) die Arbeit niederlegt, zu entgehen.

Insgesamt ergibt sich, dass die Klägerin für sich keinen Beschäftigungsanspruch beanspruchen kann, weshalb die Freistellung – zumindest unter diesem Gesichtspunkt – nicht unzulässig erfolgte. Selbst im umge-

kehrten Fall ist vorzumerken, dass der Klägerin daraus kein Schaden erwachsen wäre; sie macht jedenfalls keinen solchen geltend.

Das Gericht stellte fest, dass die Freistellung aus den gleichen Gründen nicht diskriminierend erfolgt sei und – auch für die in Aussicht gestellte (aber noch nicht ausgesprochene) Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist – keine Anhaltspunkte für die Zahlung einer Genugtuung gegeben seien.

*Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 22. Dezember 2010, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2010 Nr. 21*

**Art. 9 ArG, Art. 54 LMV; Definition der Sammelstelle für die Fahrt zum Einsatzort. Ein Bauarbeiter soll nicht darunter leiden müssen, ausserhalb der Arbeitszeit zu oft weit entfernt gelegenen, immer wieder wechselnden Baustellen fahren zu müssen. Die Reisezeit von der Sammelstelle zur Baustelle und zurück ist zum Grundlohn zu entschädigen, soweit sie 30 Minuten pro Tag übersteigt.**

Sachverhalt:

Der Kläger wies auf Art. 23 Abs. 1 LMV hin, wonach der Weg zum und vom Arbeitsort nicht als Arbeitszeit gelte und wonach bezüglich Reisezeit Art. 54 LMV gelte. Die Sammelstelle habe sich jeweils beim Lindenplatz in Zürich befunden. Der Arbeitsort sei Rheinfelden auf der deutschen Seite gewesen. Die tägliche Netto-Fahrzeit vom Lindenplatz in Zürich zum Arbeitsort (ein Weg) betrage im Durchschnitt 50 Minuten. Diese Zeiten seien zu vergüten.

Die Beklagte hielt fest, als üblicher Arbeitsort sei die Baustelle in Rheinfelden vereinbart gewesen. Obwohl es grundsätzlich in der Verantwortung des Arbeitnehmers liege, von seinem Wohnort zum Arbeitsort zu gelangen, habe die Einsatzfirma täglich kostenlose Mitfahrgelegenheiten (Shuttlebusse mit Fahrer) für ihre Mitarbeiter zur Verfügung gestellt, die von verschiedenen Treffpunkten losgefahren seien. Einer dieser Treffpunkte sei der Bahnhof Schlieren gewesen, den der Kläger genutzt habe. Er habe auch nie geltend gemacht, dass der Arbeitsweg von seinem Wohnort zum üblichen Arbeitsort zeitlich vergütet werden müsse. So habe er diese Fahrzeit nicht auf dem Arbeitsrapport eingetragen.

Aus den Erwägungen:

Die Ausführungen helfen bei der Auslegung des Begriffs Sammelstelle nur teilweise. Immerhin wird klar, was der Sinn und Zweck von Art. 54 LMV ist. Der Arbeitnehmer, der von einer Baufirma angestellt wurde, soll nicht darunter leiden müssen, dass er ausserhalb der Arbeitszeit, also in seiner Freizeit, zu oft weit entfernt liegenden, immer wieder

wechselnden Baustellen fahren muss, zu Baustellen an Orten, von denen er im Zeitpunkt der Anstellung naturgemäss nichts wissen kann.

Der vorliegende Fall ist insofern untypisch, als der Kläger unbestrittenermassen während der gesamten Anstellungszeit bei der Beklagten immer auf der gleichen Baustelle gearbeitet hat. Speziell ist am vorliegenden Fall aber auch, dass der Kläger von der Zweigniederlassung Zürich der Beklagten, einer Personalverleiherin, angestellt wurde, sein Arbeitsort sich aber weit weg bei der X. in Rheinfelden befand. Zu bedenken ist, dass die X. in Rheinfelden, die Y. und die Beklagte ein grosses Interesse haben mussten, für die riesige Baustelle des neuen Wasserkraftwerkes Rheinfelden Personal nicht nur aus der näheren Umgebung, sondern auch aus der übrigen Schweiz, unter anderem Zürich, zu rekrutieren. Vor diesem Hintergrund dürfte es nicht nur reine Menschenliebe und uneigennütziges Grosszügigkeit gewesen sein, dass ein Treffpunkt in Schlieren (faktisch dann aber Bahnhof Altstetten) vereinbart wurde, von der direkt bei der Y. angestellte Mitarbeiter, aber auch temporär angestellte Mitarbeiter wie der Kläger, mitfahren konnten. Immerhin wäre es für den Kläger kaum möglich gewesen, bereits um 6:45 Uhr auf der Baustelle in Rheinfelden zum Einsatz bereit zu sein (vgl. Einsatzverträge), wenn er mit öffentlichen Verkehrsmitteln hätte anreisen müssen. Der erste Zug wäre nämlich erst um 6.36 Uhr im Bahnhof Rheinfelden angekommen. Insofern bestand für den Einsatzbetrieb geradezu eine Notwendigkeit, einen Treffpunkt und einen Fahrdienst anzubieten, damit die Arbeiter rechtzeitig in Rheinfelden auf der Baustelle zum Einsatz bereit waren. Und auch für den Kläger war es praktisch unerlässlich, sich jeweils am Treffpunkt einzufinden.

Insofern erscheint der vorliegende Fall eben doch vergleichbar mit den Fällen, in denen ein Arbeitnehmer von einem Bauunternehmen angestellt wird und auf immer wieder wechselnden, teilweise weit vom Sitz des Bauunternehmens und vom Wohnort entfernt liegenden Baustellen eingesetzt wird.

Unter diesen Umständen können die Einsatzverträge nicht ernsthaft so verstanden werden, dass «Rheinfelden» als Anstellungsort vereinbart wurde. Der Kläger wurde in Zürich rekrutiert und angestellt. Die Verträge wurden in Zürich unterschrieben. Der vereinbarte «Treffpunkt» ist daher ohne weiteres als «Sammelstelle» im Sinne von Art. 54 LMV zu verstehen.

Das bedeutet, dass die Reisezeit des Klägers von der Sammelstelle beim Bahnhof Altstetten bis zur Baustelle in Rheinfelden und zurück nicht zur Jahresarbeitszeit gehört und zum Grundlohn zu entschädigen ist, soweit sie 30 Minuten am Tag übersteigt.

In quantitativer Hinsicht ist unbestritten geblieben, dass die durchschnittliche Fahrzeit für einen Weg mit 50 Minuten berechnet werden kann. Es ist also von einer täglichen Reisezeit von 100 Minuten auszugehen. Davon sind 30 Minuten abzuziehen. Zu entschädigen bleiben somit 70 Minuten pro Arbeitstag.



---

## **D. Bibliografie**

Zusammengestellt von  
PIA BUSER, MLaw

---



# **Bibliografie des schweizerischen Arbeitsrechts im Jahre 2010**

Siehe die Rezensionen zu Publikationen dieser Bibliografie in ArbR 2011.

## **I. Umfassende Darstellungen**

- a) GEISER, THOMAS/HÄFLIGER, BENEDIKT: Entwicklungen im Arbeitsrecht, in: SJZ 2010, S. 344 ff.
- b) GUYOT, OLIVIA/JACCARD, JULIETTE/KERN, HANS/ZAPPELLA, ROXANNE: Le contrat de travail – Des pourparlers aux conséquences de la résiliation, 2<sup>e</sup> éd., Genève 2010.
- c) SUBILIA, OLIVIER/DUC, JEAN-LOUIS: Droit du travail, 2<sup>e</sup> éd., Lausanne 2010.

## **II. Kommentare**

- a) FAVRE, CHRISTIAN/TOBLER, ROLF A./MUNOZ, CHARLES: Le contrat de travail: code des obligations (art. 319–362 CO), loi sur l'égalité, loi sur le travail, loi sur le service de l'emploi et la location de services: code annoté de la jurisprudence fédérale et cantonale, 2<sup>e</sup> éd., Lausanne 2010.
- b) MATILE, PIERRE/ZILLA, JOSÉ/avec la collaboration de STREIT, DAN: Travail temporaire: commentaire pratique des dispositions fédérales sur la location de services (art. 12–39 LSE), Zürich 2010.
- c) REHBINDER, MANFRED/STÖCKLI, JEAN-FRITZ: Berner Kommentar. Band 6, Das Obligationenrecht. Abt. 2, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Teilband 2: Der Arbeitsvertrag, Abschn. 1: Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Bern 2010.

## **III. Übergreifende Darstellungen und Sammelbände**

- a) PETER, HENRY/DUTOIT, NICOLAS (ÉD.): Les restructurations en droit des sociétés, du travail et international privé, Genève/Zürich 2010.
- b) SCHAFFHAUSER, RENÉ/KIESER, UELI (HRSG.): Arbeitsunfähigkeit und Taggeld, St. Gallen 2010.

## IV. Individualarbeitsrecht

### 1. Pflichten des Arbeitnehmers

- a) GIROD, CHRISTIAN/CARRON, VINCENT: La protection du dénonciateur en droit du travail de lege ferenda: Quelques réflexions, in: *Transparence et secret dans l'ordre juridique – Liber amicorum pour M<sup>c</sup> Vincent Jeanneret*, Genève 2010.
- b) PORTMANN, WOLFGANG: Gesetzliche Regelung des Whistleblowing in der Schweiz – Überflüssig, nützlich oder notwendig?, in: *Soziale Sicherheit – soziale Unsicherheit: Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag*, Bern 2010, S. 601 ff. = *AJP* 2010, S. 987 ff.
- c) RUDOLPH, ROGER: Sorgenkind Konkurrenzverbot, in: *TREX* 2010, S. 88 ff.
- d) SCHMID, JÖRG: Die Sorgfaltspflicht des Arbeitnehmers, in: *Soziale Sicherheit – soziale Unsicherheit: Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag*, Bern 2010, S. 741 ff.

### 2. Pflichten des Arbeitgebers

- a) BLESİ, ALFRED: Die Freistellung des Arbeitnehmers – Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010.
- b) COLLE, DENIS/MEYER, YANN: *Guide pratique du certificat de travail*, Basel 2010.
- c) HAUNREITER, DIEGO: Zulässige und unzulässige Fragen beim Anstellungsgespräch, in: *Kommunikation in Wirtschaft, Recht und Gesellschaft*, Bern 2010, S. 277 ff.
- d) MEYER, LIENHARD: Massenentlassung: Informations- und Konsultationspflichten des Arbeitgebers, in: von Kaenel (Hrsg.), *Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht*, Zürich 2010, S. 63 ff.
- e) SONNENBERG, CAROLE: *La protection de la personnalité du travailleur*, Lausanne 2010.
- f) VERDE, MICHEL: Haftung für Arbeitszeugnis, Empfehlungsschreiben, Referenzauskunft und Referenzschreiben, in: *recht* 2010, S. 144 ff.

### 3. Lohnfragen

- a) MÜLLER, JUDITH: Das Instrument der Kurzarbeitsentschädigung, in: von Kaenel (Hrsg.), *Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht*, Zürich 2010, S. 109 ff.

#### 4. Vertragsänderung und Übergang des Arbeitsverhältnisses

- a) RUDOLPH, ROGER: Vertragsänderungen, in: von Kaenel (Hrsg.), Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht, Zürich 2010, S. 1 ff.

#### 5. Kündigung

- a) KELLER-RAPOLD, MANUELA: Kurzarbeit und Massenentlassung – ein Überblick, in: AJP 2010, S. 250 ff.
- b) PÄRLI, KURT: Die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität, AJP 2010, S. 715 ff.
- c) POSSA, PHILIPP/KREUTZ, DENISE: Massenentlassungen im Nachlassstundungsverfahren, in: Jusletter vom 4. Januar 2010.
- d) RUDOLPH, ROGER: Bagatelldelikte am Arbeitsplatz: ein ausreichender Grund für eine fristlose Entlassung?, in: AJP 2010, S. 1516 ff.
- e) SCHWAAB, JEAN-CHRISTOPHE: La protection contre le licenciement abusif, in: ARV 2010, S. 153 ff.
- f) VON KAENEL, ADRIAN: Grundlagen der Massenentlassung und des Sozialplans, in: von Kaenel (Hrsg.), Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht, Zürich 2010, S. 33 ff.

### V. Besondere Arbeitsverhältnisse

- a) DRECHSLER, CHRISTIAN: Personalverleih – unscharfe Grenzen, in: AJP 2010, 314 ff.
- b) STÖCKLI, HUBERT: «Ménage à trois» bei der Temporärarbeit, in: Soziale Sicherheit – soziale Unsicherheit: Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 893 ff. = recht 2010, S. 137 ff.

### VI. Kollektives Arbeitsrecht

- a) ANDERMATT, ARTHUR ET AL.: Droit collectif du travail (französische Übersetzung des 2009 auf Deutsch erschienenen Werks), Basel 2010.
- b) GEISER, THOMAS/UHLIG, KAI-PETER: Der Gesamtarbeitsvertrag im Konzern, in: ZBJV 2010, 1 ff.
- c) HENNEBERGER-SUDJANA, SARAH/HENNEBERGER, FRED: Arbeitgeberverbandsaustritte und Tarifbindung: Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und der Schweiz, in: ARV 2010, 237 ff.

- d) JACCARD, JULIETTE/KERN, HANS: Grève, séquestrations et autres moyens de combat collectifs, Genève 2010.
- e) MARTI, MICHÈLE: Arbeitskampffreiheit im öffentlichen Dienst, Basel 2010.
- f) MOOR, BEDA: Die Sicht der Arbeitnehmenden und die Rolle der Gewerkschaften, in: von Kaenel (Hrsg.), Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht, Zürich 2010, S. 99 ff.
- g) SENTI, CHRISTOPH: Lohnbuchkontrollen bei allgemeinverbindlichen GAV und NAV: praktische Probleme und Abgrenzungsfragen, in: AJP 2010, S. 14 ff.
- h) STÖCKLI, JEAN-FRITZ/BAUMGARTNER, SUSANNA: Sicherheit und Unsicherheit im kollektiven Arbeitsrecht, in: Soziale Sicherheit – soziale Unsicherheit: Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 907 ff.

## VII. Öffentliches Arbeitsrecht

- a) DONATSCH, MARCO: Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst, in: Jusletter vom 3. Mai 2010.
- b) KAUFMANN, KARIN: Missbräuchliche Lohnunterbietungen im Rahmen der flankierenden Massnahmen, Bern 2010.
- c) RUDOLPH, ROGER: Pandemie und Impfblogatorium für das Gesundheitspersonal – Dargestellt am Beispiel der Pandemischen Grippe H1N1 2009 («Schweinegrippe»), in: ARV 2010, S. 1 ff.

## VIII. Arbeitsgerichtsbarkeit und Rechtsprechung

- a) BEFFA, LUCA: Arbitrabilité des conflits individuels de travail: critique de l'arrêt 4A\_71/2010 du 28 juin 2010 et questions ouvertes, in: AJP 2010, S. 1433 ff.
- b) HEINZMANN, MICHEL/EGLOFF, WILLI: Das zukünftige arbeitsgerichtliche Verfahren im Kanton Bern, in: ZBJV 2010, S. 1049 ff.
- c) KOLLER, THOMAS/GRABER, MICHAEL S.: Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008, veröffentlicht in Band 134, in: ZBJV 2010, S. 1182 ff.
- d) MABILLARD, RAMON: Unternehmensrechtliche Nichtigkeitsklage – Offene Fragen bei der gerichtlichen Durchsetzung der Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer gemäss Fusionsgesetz, in: Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit: Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 443 ff.

- e) MÜLLER, ROLAND: Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, in: AJP 2010, S. 167 ff.
- f) PÄRLI, KURT: Wasserpfeifen, Fumoirs und der Schutz von Arbeitnehmern und Konsumenten: zwei Bundesgerichtsurteile zum bernischen Gesetz zum Schutz vor Passivrauchen. Besprechung von BGE 136 I 17, II. öffentlichrechtliche Abteilung, Urteil vom 23. November 2009 (2C\_195/2009) und BGE 136 I 29, II. öffentlichrechtliche Abteilung, Urteil vom 23. November 2009 (2C\_283/2009), in: ARV 2010, S. 254 ff.
- g) PIETRUSZAK, THOMAS: Schiedsfähigkeit arbeitsrechtlicher Streitigkeiten gemäss Art. 5 Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit, in: Push-Service Entscheide vom 15. September 2010.
- h) WILDHABER, ISABELLE/JOHNSON WILCKE, ALEXANDRA: Die Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit, in: ARV 2010, S. 160 ff.

## **IX. Europäisches und Internationales Recht**

- a) GAMMENTHALER, NINA: Diplomanerkennung und Freizügigkeit, Zürich/Basel/Genf 2010.
- b) GREBER, PIERRE-YVES: Organisation internationale du Travail: 90 années pour la sécurité sociale (1919–2009), in: Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit: Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 253 ff.
- c) SCHNELL, CHRISTINA: Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2010.

## **X. Sozialversicherungsrecht**

- a) BLESİ, ALFRED: Vorzeitige Pensionierung – Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, in: von Kaenel (Hrsg.), Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht, Zürich 2010, S. 131 ff.
- b) FRESARD, JEAN-MAURICE/METRAL, JEAN: Le détachement de travailleurs salariés en matière de sécurité sociale, in: Soziale Sicherheit – soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 163 ff.
- c) HOLZER, ANDRÉ PIERRE: Der versicherte Verdienst in der obligatorischen Unfallversicherung, in: SZS 2010, S. 201 ff.
- d) MÜLLER, ROLAND A.: Bedeutung des internationalen Sozialversicherungsrechts für die Arbeitgeber, in: Soziale Sicherheit CHSS 2/2010, S. 64 ff.

- e) WALSER, HERMANN: Ein vorsorgerechtlicher Spezialfall: der patronale Wohlfahrtsfonds, in: Soziale Sicherheit – soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 967 ff.

## **XI. Verschiedenes**

- a) BÜHLMANN, PATRICK: Stellung der Arbeitnehmer im Konkurs des Arbeitgebers – Begrenzung des Arbeitnehmerprivilegs, in: TREX 2010, S. 346 ff.
- b) GECKELER HUNZIKER, MAYA: Arbeitnehmermitbestimmung unter besonderer Berücksichtigung der paritätischen Verwaltung nach Art. 51 BVG, Zürich 2010.
- c) GUTZWILLER, BARBARA: Arbeitszeitmodelle und ihre rechtlichen Folgen, in: Schweizer Arbeitgeber 10/2010, S. 18 ff.
- d) JANSER, JACQUELINE: «Im Takt der Maschinen»: das Arbeitsrecht des Kantons Glarus im 19. Jahrhundert unter besonderer Berücksichtigung der Fabrikgesetzgebung, Zürich 2010.
- e) KETTIGER, DANIEL: Rechtliche Rahmenbedingungen für Location Sharing-Systeme in der Schweiz, in: Jusletter vom 9. August 2010.
- f) LUGINBÜHL, JÜRIG: Schikanen am Arbeitsplatz – rechtliche, gesundheitliche und soziale Aspekte, in: ARV 2010, S. 65 ff.
- g) MÜLLER, MARTIN L.: Das Management im Unternehmenskauf, in: von Kaenel (Hrsg.), Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht, Zürich 2010, S. 81 ff.
- h) MURER, ERWIN: Diskriminierung wegen Religion in der Arbeitswelt?, in: de Mortanges, René Pahud (Hrsg.): Religion und Integration aus der Sicht des Rechts, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 173 ff.
- i) RUDOLPH, ROGER/VON KAENEL, ADRIAN: Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Eine rechtliche Auslegeordnung zu einem um sich greifenden Phänomen, in: SJZ 2010, S. 361 ff.
- j) RÜETSCHI, DAVID: Begrenzung des Arbeitnehmerprivilegs im Konkurs. Zur jüngsten Revision von Artikel 219 Abs. 4 SchKG, in: Jusletter vom 19. Juli 2010.
- k) STÖCKLI, KURT: Der Verkauf von Betriebsteilen während der Nachlassstundung, in: Anwaltsrevue 2010, S. 67 ff.
- l) STREIT, DAN: La location de services. Aperçu d'un rapport de travail plutôt méconnu, in: Jusletter vom 11. Januar 2010.
- m) WILDHABER, ISABELLE: Genetische und medizinische Informationen in der Arbeitswelt – Bemerkungen zum Umgang mit Prognosen und Wahrscheinlichkeiten, in: Jusletter vom 6. Dezember 2010.

---

## **E. Verzeichnisse**

---



# Gesetzesregister

Artikel	Seite	Artikel	Seite
<i>1. ArG (Arbeitsgesetz, BG über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SR 822.11)</i>		<i>6. AVIG (Arbeitslosenversicherungsgesetz, BG über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, SR 837.0)</i>	
9	299, 367–368, 636	9	264–265
13	299	9b	264–265
15	318	10	264–265
16	275	29	120
17	275, 401	<i>7. BGG (Bundesgerichtsgesetz, BG über das Bundesgericht, SR 173.110)</i>	
20a	547	60	124–125
35a	634	74	293–294
46	522	85	293–294
49	401	95	224
<i>2. ArGV 1 (Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz, SR 822.111)</i>		<i>8. BPG (Bundespersonalgesetz, SR 172.220.1)</i>	
6	299	4	142
7	299	12	142
14	367–368	<i>9. BV (Bundesverfassung, SR 101)</i>	
15	185, 367–368	8	289, 305
28	275	110	180, 547
73	522	<i>10. DBG (BG über die direkte Bundessteuer, SR 642.11)</i>	
<i>3. ArGV 2 (Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz [Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen], SR 822.112)</i>		26	541
26	275	<i>11. EMRK (Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101)</i>	
<i>4. AuG (BG über die Ausländerinnen und Ausländer, SR 142.20)</i>		6	175–176
117	624	<i>12. EOG (Erwerbsersatzgesetz, BG über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft, SR 834.1)</i>	
<i>5. AVG (Arbeitsvermittlungsgesetz, BG über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, SR 823.11)</i>		16b	264–265
19	596		

Artikel	Seite	Artikel	Seite
<i>13. EOv (Verordnung zum Erwerbsersatzgesetz, SR 834.11)</i>		<i>20. KV/GE (Verfassung der Republik und des Kantons Genf, SR 131.234)</i>	
5	220	178B	224
6	220		
29b	264–265		
<i>14. Entsendegesetz (BG über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen, SR 823.20)</i>		<i>21. OR (Obligationenrecht, SR 220)</i>	
1	383–384	6	268
		32	483–484
		49	203–204, 451, 607
		72	586
		82	209
		101	417, 483–484
		112	333
		127	607
		128	501
		130	157, 353
		319	383–384, 433–434, 459
		321c	299, 316, 525
		321e	527
		322	135, 428–429
		322a	238
		322d	209, 428–429, 607
		324	209
		324a	573, 628, 632
		327a	129, 557, 600
		328	162, 203–204, 238, 451, 586, 607
		329a	157
		329b	129
		329c	157, 410, 501
		330a	303, 428–429, 586
		330b	475–476
		331	235
		333	325
		335	483–484, 553, 586
		335a	557
		335b	338
		335c	191
		335d	373, 433–434
		335f	373
		335g	433–434
		336	170, 271–272, 320–321, 413, 433–434, 451, 475–476, 534
		336a	170, 433–434
		336b	170, 630
<i>15. FZA (Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, Anhang 1, SR 0.142.112.681)</i>			
2	138–139		
<i>16. GestG (Gerichtsstandsgesetz, BG über den Gerichtsstand in Zivilsachen, AS 2000 2360)</i>			
24	364		
<i>17. GlG (Gleichstellungsgesetz, BG über die Gleichstellung von Frau und Mann, SR 151.1)</i>			
3	289		
5	193		
6	289		
<i>18. KSG (Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit, RSV 288.91)</i>			
5	240–241		
<i>19. IPRG (BG über das Internationale Privatrecht, SR 291)</i>			
19	247		

Artikel	Seite	Artikel	Seite
336c	191, 338, 510, 573	24. <i>URG (Urheberrechtsgesetz, BG über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, SR 231.1)</i>	
337	142, 197–198, 443, 495–496, 506, 530–531, 567–568, 596	2	152
337c	439, 443, 573	6	152
337d	441, 483–484, 495–496	7	152
340	148, 281, 515		
340a	562	25. <i>VVG (Versicherungsvertragsgesetz, BG über den Versicherungsvertrag, SR 221.229.1)</i>	
340c	600	87	573
341	240–241, 538, 586		
343	341, 620	26. <i>ZGB (Schweizerisches Zivilgesetzbuch, SR 210)</i>	
346	425	2	451, 534
357	470	28	271–272
361	197–198, 271–272		
398	417		
399	417		
22. <i>SVG (Strassenverkehrsgesetz, SR 741.01)</i>			
56	299		
23. <i>UNO-Pakt I (Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0.103.1)</i>			
7	547		



# Stichwortverzeichnis

## 1. Stichwörter in deutsch (in Klammern in französisch)

### A

- Abendarbeit 99
- Abgangsentschädigung (indemnité de départ) 73, 247
- absichtliche Täuschung 253–254
- Abzockerei 8–9
- Aeropers 90
- Agent, s. auch Versicherungsagent
- AHV-Revision 63
- Allgemeinverbindlicherklärung (extension du champ d'application) 124–125, 215–216
  - erleichterte 27–28
  - vom Bundesrat erklärte 91, 92–95
  - vom EVD genehmigte 95–96
- Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung 15, 17, 63–65, 72
- angestellter Anwalt 417
- Angestellter im Stundenlohn (employés payés à l'heure) 180, 547
- Anhörung vor der Kündigung 413
- Ankündigungsfrist 410
- Annahme, stillschweigende 268
- Annahmeverzug 117
- Anordnung von Überstunden 525
- Anwalt, angestellter 417
- anwaltliche Vertretung 341
- Anzeige
  - beim kantonalen Arbeitsamt 433–434
  - von der Arbeit fernzubleiben 634
- Anzeigepflicht 525
- Arbeitgeber
  - fremdenpolizeilicher Begriff 624
  - öffentlicher 289, 391
- Arbeitnehmer(in)
  - Haftung 527
  - jugendliche(r) 105
  - mit Familienpflichten 106
  - Mitwirkung 106
  - schwieriger Charakter 413
- Arbeitnehmervertretung 253–254, 373
- Arbeitsamt 264–265, 433–434
- Arbeitsgesetz 41, 45–47
- Arbeitskämpfe 87
- Arbeitskleidung 624
- Arbeitskraft 530–531
- Arbeitsleistung 209
- Arbeitslosenquote 19, 68
- Arbeitslosenversicherung 15, 18, 66–67
- Arbeitslosigkeit 17, 19, 50, 66–67, 86, 264–265
- Arbeitsmarkt 15, 18, 22 26–29, 35–36, 46, 50, 62, 64–67, 77
- arbeitsmarktpolitische Ziele 433–434
- Arbeitsort 433–434
- Arbeitsplatz 318, 506
- Arbeitsstelle, Verlassen der 441, 495–496
- Arbeitsunfähigkeit 510
- Arbeitsverhältnis, s. auch Arbeitsvertrag
  - Unzumutbarkeit der Fortsetzung 377
  - Übergang (transfert des rapports de travail) 325
- Arbeitsverhinderung 628
- Arbeitsverweigerung 209
- Arbeitszeit 17, 20, 35, 37–38, 47, 73, 89, 95–96, 318, 632
  - entschädigungspflichtige 318
  - Erfassung 522
  - Gestaltung 433–434
  - unregelmässige 117
- Arbeitszeitbewilligung 106
- Arbeitszeitgesetz 46
- Arbeitszeugnis 303, 428–429
- Arztzeugnis 495–496, 510
- Asbestschaden 353
- Auftrag 417
- Aufzeichnungspflicht 522
- August, erster (premier août) 180, 547
- Ausbaugewerbe 93
- Ausführungsgesetz, kantonales (loi cantonale d'application) 224
- Auskunftspflicht 522
- Auslagen 493
- Ausländerstatistik 75
- Ausländische Arbeitnehmer 75
- ausländische
  - Baustelle 138–139
  - Person 624

Auslegung, eines Gesamtarbeitsvertrages  
(interprétation d'une convention  
collective de travail) 215–216  
Aussendienstmitarbeiter 515  
aussergewöhnliche Umstände 313  
Aus- und Weiterbildung 14, 52, 61, 77

## **B**

Bagatellschäden 527  
Bauarbeitenverordnung 47  
Bauarbeiter 636  
Bauhauptgewerbe 91, 94  
Baunebengewerbe 31, 91  
Baustelle 138–139  
Bedingung 495–496  
Begriff arbeitsrechtliche Klagen 364  
behinderte Person 353  
Beitragsdauer 264–265  
Beitragspflicht, Befreiung 124–125  
Belastung des Personals 401  
Berechnung der Probezeit  
(calcul du temps d'essai) 338  
Berufliche Vorsorge 65  
Berufsaufstiegskosten 541  
Berufsbildungsfonds 54–55, 57, 124–125  
Berufsbildungsgesetz 53–54  
Berufsgattung 289  
Berufslehrzeit 138–139  
Berufsmaturität 53  
Berufsrisiko 527  
Berufs- und Weiterbildung 49  
Berufsverbot 42–43  
Betrieb 185  
– ununterbrochener 104  
betriebsbedingte Kündigung (licencie-  
ment intervenant à l'occasion du  
transfert d'entreprise) 325  
Betriebseinheit 373  
Betriebsferien 410  
Betriebsübertragung (transfert d'entre-  
prise) 325  
Beweisbildung 510  
Beweislast 347  
Beweismittel 341  
Bewilligung für Nachtarbeit 401  
Bilaterale Verhandlungen 24  
Bildungsbeitrag 124–125

biometrisches Erkennungssystem 108  
Blue Card-Richtlinie 77  
Bruttoinlandprodukt 18–19  
Bundesfeiertag 180, 547  
Bundespersonalgesetz, Revision 12, 16, 69  
Bundespersonalpolitik 69  
Bundespersonalverordnung 71  
Bundesrat (Conseil fédéral) 124–125,  
215–216

## **C**

Chancengleichheit 35  
charakterliche Unzulänglichkeiten  
(défauts de caractère) 320–321, 413  
Chauffeur 527  
Chauffeurverordnung 47  
Corporate Governance 8

## **D**

Dach- und Wandgewerbe 94  
Datenschutz 522  
Detailhandelsbranche 89  
Dienstrecht, kantonales, s. auch  
öffentliches Dienstrecht  
Diskriminierung 138–139, 289, 353  
doppelrelevante Tatsachen 364  
Drittstaat (Etat tiers) 247

## **E**

Effektivlöhne 20, 88–89, 94  
Eigenschaften, persönliche 413  
eigentliche Teilzeitarbeit 117  
Einsatzort, Fahrt zum 636  
Einsatz 117  
Einsprache 630  
Einstellungsstopp 553  
Eintritt des Schadens 353  
Eintrittsgespräch 624  
Elterngeld 38–39  
Elternzeit 38–39  
E-mail 630  
elektronische(s)  
– Personaldossier 110  
– Signatur 630  
Entschädigung  
– bei Entlassung (indemnité en cas  
de licenciement) 247  
– der Überzeitarbeit 299

- Viertel des Lohns 441
- wegen missbräuchlicher Kündigung 433–434, 630
- entschädigungspflichtige Arbeitszeit 318
- Entscheidungsbefugnis 518–519
- Epidemiengesetz 44
- Erfüllungsgelhilfe 417
- Ergänzungsleistungen 17, 65
- Erholung 185, 410
- Erkennungssystem, biometrisches 108
- Ermächtigung, konkludente 417
- Ermahnung 260
- Ermessen
  - billiges 209
  - des Arbeitgebers 428–429
- Erwerbsersatzordnung 18, 38, 63, 65

## F

- Fachhochschule 50
- Fachkräftemangel 50
- Fachschule 629
- Fahrt zum Einsatzort 636
- Fälligkeit 501
- Familienzulagengesetz 65
- Feiertage, Lohnzahlung für (rémunération des jours fériés) 180
- Feiertagsentschädigung 547
- Ferien
  - Anspruch 493, 501
  - Bezug 501
  - Entspannungswirkung 410
  - Erholungszweck 410
  - mehrwöchige Dauer 410
- Ferienanspruch 41
- Ferienantritt, Verweigerung 410
- Feststellungsklage 253–254
- Festtag 410
- Feuerwehr 152
- Flankierende Massnahmen 17, 27
- Forderung, Geltendmachung 538
- Forschung und Innovation 4, 14, 49–50
- Fortbildung 541
- Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses 377
- Frauenquote 35
- Frauenstreik- und aktionstag 37
- Freihandelsabkommen 16, 24–26
- Freistellung 530–531
  - missbräuchliche 634

- Freitage 410
- Freizeit 185
  - Kompensation mit 299
- Freizügigkeitsabkommen 26–27, 76–77
- Fremdarbeiterregelung 76
- Fristverstreichung 620
- Fumoir 224
- Fürsorgepflicht 260, 501

## G

- GAV 124–125, 138–139, 215–216
- Gärtnergewerbe 94–95
- Gaststaatenengesetz 78
- Geburt des Kindes 264–265
- gefährliche Produkte (produits dangereux) 152
- gefährlicher Beruf 527
- gehörige Sorgfalt 417
- Geltendmachung von Forderungen 538
- Gentechnikgesetz 48
- Genugtuung 353
- Gerichtskosten 620
- Gerüstbau 31, 55, 58, 90, 93
- Gesamtarbeitsvertrag, s. GAV 12, 20, 27, 55, 73, 88–89, 92, 95–96
- Gesamtarbeitsvertragsrecht 88
- Geschäftsgeheimnis 281
- Geschäftsräume 624
- Geschlechterdiskriminierung 289
- gesetzlicher Kündigungsschutz (protection légale contre le licenciement) 338
- Gestaltung der Arbeitszeit 433–434
- Gesundheit, öffentliche (santé publique) 224
- Gewerkschaft 3, 7, 21, 37, 64, 72, 85–88, 90–91, 93, 253–254
- Gewinnbeteiligung 428–429
- Gleichbehandlung der Geschlechter 35
- Gleichstellung 4, 21–22, 29, 35, 56, 185
  - von Mann und Frau 289
- Gleichstellungsgesetz 4, 21, 86
- Gratifikation 209, 428–429
- Grundeinkommen, bedingungsloses 62–63
- Grundlagenirrtum 253–254
- Grundlohn 299, 636
- Gruppe von Gesellschaften (groupe de sociétés) 373

Guide orange, der Genfer Feuerwehr 152  
günstigere Regelung 341  
Günstigkeitsvergleich 470

## H

Haftung des Arbeitnehmers 527  
Haftungsprivileg 417  
Handelsreisendenvertrag 13  
Hausangestellte, private 29–30, 77–78, 80  
Hauswirtschaft, NAV 29–31, 79  
Heimarbeit 40–41  
Hilfsperson 417  
Hochschulbildung 51  
Höchstarbeitszeit 99  
Holzgewerbe 95  
Human Resources im Ausland 107

## I

Individualarbeitsrecht 33  
Initiativen 8, 14–18  
Interessenkonflikt 377  
Internationale Arbeitskonferenz 25, 31  
Internationale Arbeitsorganisation 5, 15–16, 22, 31–32, 76  
Internationale Beziehungen 21  
Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Pakt I) 21  
Inventurarbeiten 401  
Irrtum 253–254, 341  
IV-Revision 64

## J

jugendliche Arbeitnehmende 105

## K

Kann-Vorschrift 443  
kantonales Ausführungsgesetz (loi cantonale d'application) 224  
Kautionspflicht 30–31, 91, 93  
Kind 628  
Kinderbetreuung 15, 39–40, 71–72  
Klagen, arbeitsrechtliche, Begriff 364  
klägerischer Tatsachenvortrag 364  
Klageverzicht 253–254  
Kollektives Arbeitsrecht 85  
Kollektiv-Taggeldversicherung 341

Kommission  
– paritätische 28, 95–96  
– tripartite 28–30  
Kompensation, mit Freizeit 299  
konfliktgeladene Situation 260, 413  
Konjunkturdaten 18  
Konjunkturlage 18  
konkludente Ermächtigung 417  
Konkubinat 493  
Konkurrenzbetrieb 281  
Konkurrenzverbot, nachwirkendes 281, 433–434, 515  
Konsultation, der Arbeitnehmervertretung 253–254, 373  
Konsultationspflicht 12  
Kontingente 26–27, 51, 76–77  
Kontrollorgane 27  
Konzernleitung 553  
Kopenhagenprozess 54  
Körperverletzung 353  
kraft ihrer Persönlichkeit (raison inhérente à la personnalité) 320–321  
Krankentaggeldversicherung 341  
Krankenversicherung 17–18, 68, 87  
Krankheit 303, 628, 632  
Küchengehilfe 506  
Kündigung  
– Anhörung vor der K. 413  
– antigewerkschaftliche 21, 86  
– aus wirtschaftlichen Gründen 553  
– bedingte 495–496  
– betriebsbedingte (licenciement intervenant à l'occasion du transfert d'entreprise) 325  
– Einsprache 630  
– fristlose (licenciement immédiat) 142, 377, 391, 425, 439, 441, 443, 483–484, 495–496, 506, 530–531, 567–568  
– missbräuchliche (résiliation abusive) 4–6, 70–71, 86, 170, 320–321, 347, 413, 433–434, 475–476, 534, 620, 630  
– ordentliche (licenciement ordinaire) 260, 268, 313, 325, 347, 391, 483–484, 553  
– Racheündigung (congé-représailles) 320–321, 534  
– ungerechtfertigte 3–6  
– vor Stellenantritt 553

- zeitliche Staffelung von K. 433–434
- zur Unzeit 313, 338, 510
- Kündigungsfrist 510
- Kündigungsgründe, mehrere 347
- Kündigungsschutz 3–7, 86, 93
- Kündigungsschutz, gesetzlicher (protection légale contre le licenciement) 338
- Kündigungstermin 510
- Kurzarbeitsbewilligung 27
- Kurzarbeitsentschädigung 642

## L

- Landwirtschaftsabkommen 24
- Lehrabschlussprüfung 425
- Lehrerin 117
- Lehrperson 425
- Lehrzeit 138–139
- Leistungsverweigerungsrecht 209
- lernende Person 124–125, 425
- LOGIB 36–37
- Lohn 428–429, 518–519, 629, 632
- Lohnabschlüsse 88
- Lohnausweis 209
- Lohndumping 15, 30, 85, 91, 93
- Lohnentwicklung 20, 73
- Lohnersatz 547
- Lohnfortzahlungspflicht 209, 628
- Lohngleichheit 16, 36–37, 70
- Lohnkürzung 268, 632
- Lohnmassnahmen, Bundesverwaltung 70
- Lohnvergütung, variable 3, 7
- Lohnvorschuss 632
- Lohnzahlung für Feiertage (rémunération des jours fériés) 180

## M

- Mängel, des Vertragsschlusses 253–254
- Massenentlassung (licenciement collectif) 373, 433–434
- Matrose (marin) 247
- Medizinalberuferegister 52
- Medizinalberufeverordnung 51
- Mikroorganismen, Gefährdung durch 48
- Mindestlohn
  - bestimmungen 27–29, 78
  - erhöhung 89, 91
  - Initiative 8, 85–86
- missbräuchliche Freistellung 634

- Mitteilung, rechtzeitige 410
- Miturheberschaft (coauteur d'une œuvre) 152
- Mitwirkung der Arbeitnehmenden 106
- Mobbing 260
- Motionen 15–18
- Motorfahrzeugführer 299
- Mutter 628
- Mutterschaftsentschädigung 264–265
- Mutterschutz 31

## N

- Nachschieben von Kündigungsgründen 530–531
- Nacharbeit 45–47, 95, 102, 401
- Nacharbeitsverbot 275
- nachvertragliches Konkurrenzverbot 433–434
- Nominallöhne 20
- Normalarbeitsvertrag 16–17, 27, 29–30, 78–79, 85
- Normalarbeitsverträge, Übersicht 79–85
- normative Bestimmungen 253–254

## O

- Obliegenheit 313
- öffentliche Gesundheit (santé publique) 224
- öffentliche Räume (lieux publics) 224
- öffentliche Restaurationsbetriebe (établissements publics) 224
- öffentlicher Arbeitgeber, Verfügung (décision d'un employeur public) 391
- öffentlicher Dienst 289
- örtlicher Geltungsbereich 515
- Öffentliches Arbeitsrecht 43
- Öffentliches Dienstrecht
  - der Kantone 72
  - Kanton Basel-Stadt 72
  - Kanton Bern 73–74
  - Kanton Zürich 74

## P

- paritätische Berufskommission 109
- Parlamentarische Initiativen 15
- Passivrauchen 43, 224
- Pausen 318
- Pensionierung 620

Pensionskasse  
 – allgemein 18, 66, 75  
 – des Bundes 72  
 Pensionskassenausweis 109  
 Personal, Belastung 401  
 Personaldossier, elektronisches 110  
 Personalinformationssystem des Bundes 112  
 Personalpolitik, s. auch Bundespersonalpolitik  
 Personalrecht des Bundes 69  
 persönliche  
 – Eigenschaften 413  
 – Verhältnisse 628  
 Personenfreizügigkeit 26, 30, 32, 77  
 Persönlichkeit, kraft ihrer (raison inhérente à la personnalité) 320–321  
 Pflege 628  
 Pikettdienst 105, 185  
 Polizei  
 – Genf 87  
 – Zürich 87  
 Postgesetz 92  
 Postulate 15–18  
 Praktikant 629  
 Probezeit  
 – Berechnung (calcul du temps d’essai) 338  
 – Verlängerung (prolongation de la durée du temps d’essai) 338  
 Produkte, gefährliche (produits dangereux) 152  
 Prozessentschädigung 620  
 Prozessstoff, Sammlung 341  
 Psychologieberufegesetz 52  
 Publica, s. auch Pensionskasse des Bundes

## Q

Quotenregelung 35, 64

## R

Rachekündigung 320–321  
 Rahmenfrist 264–265  
 Rauchen 224  
 Rauchverbot, s. auch Passivrauchen  
 Reallöhne 20, 70, 88, 91  
 Rechenschaftspflicht 518–519

Recht auf Arbeit 21–23  
 rechtliches Gehör 284  
 Rechtsmissbrauch 313, 493, 534, 538  
 Rechtsschutz 534  
 Rechtswahl (élection de droit) 247  
 rechtzeitige Mitteilung 410  
 Reformprojekte 3  
 Reinigungsbranche 28, 86, 94  
 Reisezeit 636  
 Renten  
 – alter 64–65, 71–72  
 – erhöhungen 86  
 Restaurant 506, 525  
 Ruhezeiten 101

## S

Sachverhaltsermittlung 341  
 Sammelstelle 636  
 Sammlung des Prozessstoffs 341  
 Sans-Papiers 78  
 Saunaclub 624  
 Schaden 417, 441, 527  
 Schadenersatz 353  
 schadensgeneigter Beruf 527  
 Scheinselbständigkeit 17, 27, 86  
 Schichtarbeit 101  
 Schiedseinrede (exception d’arbitrage) 240–241  
 Schiedsklausel (clause compromissoire) 240–241  
 schonende Rechtsausübung 413  
 Schöpferprinzip (principe du créateur) 152  
 Schriftformerfordernis 630  
 Schuldanerkennung 209  
 Schuldbetreibung und Konkurs 10  
 Schutz vor Passivrauchen (protection contre la fumée passive) 224  
 Schwangerschaft 105, 313, 634  
 Schwarzarbeit 49, 91  
 Schweizerischer Gewerkschaftsbund 5–6, 85–86  
 schwieriger Charakter eines Arbeitnehmers 413  
 Seearbeitsübereinkommen 31  
 sexuelle Dienstleistungen 624  
 Social Networks 74  
 Sonntag 410, 547  
 Sonntagsarbeit 45–46, 104

Sonntagsarbeitsverbot 275  
 Sorgfalt, gehörige 417  
 Sozialdumping 91  
 Soziale Sicherheit 17, 21, 62  
 Sozialpartnerschaft 85  
 Sozialplan 253–254  
 Sozialplanpflicht 4, 11–12  
 Sozialversicherungsabkommen 68–69  
 Sperrfrist 510  
 Staatsangehörigkeit 138–139  
 Stagiaires 32  
 Standesinitiativen 14  
 Stellenwechseltermin 510  
 Steuerabzug 61  
 stillende Mütter 105  
 stillschweigende  
 – Annahme 268  
 – Vertragsänderung 428–429  
 Straftäter 43  
 Streik 21, 37, 87–88  
 Stundenlohn 180, 547  
 Stundenplan 106  
 Substanziierung 341  
 Substitut 417  
 Syna 57, 87, 89–90

**T**

Tagesarbeit 99  
 Taggeld 17, 66–67, 264–265  
 Tankstellenshop 45, 95–96, 275  
 Tantiemen 9  
 Tariflöhne, s. auch Mindestlöhne  
 Tätigkeit, höhere leitende 518–519, 525  
 Tatsachenvortrag, klägerischer 364  
 Täuschung, absichtliche 253–254  
 technische und wirtschaftliche Gründe  
 401  
 Teilzeitarbeit 33–34, 38, 55–56, 89–90  
 – eigentliche 117  
 – uneigentliche 117  
 Telearbeit 15, 38, 40  
 Temporärbranche 86  
 Too big to fail 4, 8, 10, 17  
 Treu und Glauben (bonne foi) 320–321,  
 534  
 Treupflicht 530–531

**U**

Übereinkommen, internationale 21, 23  
 Übereinkommen über die Arbeit des im  
 internationalen Strassenverkehr be-  
 schäftigten Fahrpersonals (AETR) 24  
 Übereinkommen über die Rechte von  
 Menschen mit Behinderungen  
 (ICRPD) 21, 29  
 Übereinkommen über die Sicherheit von  
 Personal der Vereinten Nationen 23  
 Übergang des Arbeitsverhältnisses (trans-  
 fert des rapports de travail) 325  
 Übergang von Arbeitsverhältnissen 11  
 Überstunden 506, 525, 538  
 Überzeitarbeit 100, 299, 410  
 Umschulungskosten 541  
 unbezahlter Urlaub (congé non payé) 338  
 uneigentliche Teilzeitarbeit 117  
 Unfall 527, 632  
 Unfallversicherung 18, 68  
 Unia 57, 88, 90–91  
 unregelmässige Arbeitszeiten 117  
 Unterschriftsbefugnis 518–519  
 Untersuchungsmaxime 341  
 ununterbrochener Betrieb 104  
 Unzumutbarkeit der Fortsetzung des  
 Arbeitsverhältnisses 377  
 Urheber (auteur) 152  
 Urlaub, unbezahlter (congé non payé) 338

**V**

Vaterschaftsurlaub 16–17, 37, 39  
 Ventil Klausel 27  
 Verbandsbeitrag 124–125  
 Verbot der Nachtarbeit 401  
 verfassungsmässige Rechte (droits  
 fondamentaux) 224  
 Verfügung eines öffentlichen Arbeit-  
 gebers (décision d'un employeur  
 public) 391  
 Verkehr, öffentlicher 46–47, 59  
 Verjährung 353, 501  
 Verlassen der Arbeitsstelle 441, 495–496,  
 506  
 Verlängerung  
 – der Probezeit (prolongation de la durée  
 du temps d'essai) 338  
 – der Rahmenfrist 264–265

Verschulden 527  
Versicherungsgesetz 4, 13  
Versicherungsvertragsgesetz 4, 13–14  
Vertragsänderung, stillschweigende 428–429  
Vertragsentwurf 341  
Vertragsschluss, Mängel 253–254  
Vertrauensprinzip 495–496  
Vertrauensstellung 518–519  
– auftragsrechtliche 510  
Verwarnung 506  
Verweigerung des Ferienantritts 410  
Verwirkung 501, 538, 630  
Verzicht (renonciation) 240–241, 538  
Verzichtserklärung 253–254  
Volksinitiativen 14  
vorprozessuale Edition 522  
VPOD 71, 87–88

## W

Weisung 260, 501, 624  
Weisungsbefugnis 518–519  
Weiterbildung 14, 49, 51–52, 61, 77, 124–125, 541  
Werk (œuvre) 152  
Werk-Individualität (individualité d'une œuvre) 152  
Werkzeug 624  
Whistleblowing 3, 5–6, 71, 74  
wichtiger Grund (juste motif) 391  
widersprüchliches Verhalten 538  
Wiederaufnahme der Arbeit 495–496  
Wiedereinstellung 4, 7, 86  
Wiederholungsgefahr 377  
Willensmangel 253–254  
Willkür (arbitraire) 224, 260, 281, 318  
wirtschaftliche Gründe (raisons économiques) 325, 401

## Z

Zahlungsverzug 209  
zeitliche Staffelung von Kündigungen 433–434  
Zeitnachweis 433–434  
Zeugnis  
– Arbeitszeugnis 303, 428–429  
– Arztzeugnis 495–496, 510

Ziele, arbeitsmarktpolitische 433–434  
Zugang der Kündigung 553  
Zulassungsbegrenzung 51  
Zuschlag, zum Grundlohn 299  
Zuständigkeitsentscheid 364  
Zwangsarbeit 31  
Zwangsjahren 410  
zwingende Bestimmung (disposition impérative) 247

## 2. Stichwörter in französisch (der französisch- und italienischsprachigen Urteile)

### A

abandon d'emploi 483–484  
accord de résiliation 308  
activité effective 607  
agence  
– de travail intérimaire 596  
– temporaire 483–484  
alcoolémie 197–198  
allocation de maternité 220  
août, premier 180  
apprentissage 607  
arbitrage, exception d' 240–241  
arbitraire 224  
assurance  
– perte de gain 573  
– sociale 383–384  
assuré 120  
assureur 235, 573  
auteur d'une œuvre 152  
autres travailleurs 367–368  
auxiliaire 483–484  
avertissement 142  
avocat 170

### B

bonne foi 142, 320–321, 470  
bonus 607  
boursier communal 162  
bulletin de paie 470

### C

caisse  
– de chômage 120  
– de compensation AVS 383–384

- calcul
  - du délai de résiliation 586
  - du temps d’essai 338
- caractère difficile 451
- causalité naturelle 203–204
- certificat
  - de travail 293–294
  - de travail qualifié 586
  - de travail simple 586
  - médical 129, 483–484
- champ d’application 215–216
- clause
  - compromissaire 240–241
  - d’interdiction de concurrence 562
- coauteur d’une œuvre 152
- collaborateur 359–360
- compensation des vacances 157
- compétence *ratione materiae* 359–360, 459
- comportement inadéquat 451
- comptabilité 238
- concurrence, interdiction de 148, 562
- conflit 175–176, 451
- congé, voir aussi «licenciement»
  - non payé 338
  - -représailles 320–321
  - sur appel 367–368
- conjoint 475–476
- Conseil fédéral 215–216
- consultation
  - de la comptabilité 238
  - obligatoire 373
- contrat
  - d’enseignement 220
  - de mandat 459
  - de partenariat 359–360
  - de prestations 333
- contrat-type 573
- convention collective de travail 215–216, 271–272, 470, 573
- cotisations sociales 573
- Cour européenne des droits de l’homme 175–176
- créateur d’une œuvre 152
  
- D**
- décision d’un employeur public 391
- défaut
  - de caractère 320–321
  - de paiement du salaire 567–568
  
- délai
  - de péremption 170
  - de réflexion 308, 586
  - de résiliation 191, 439
  - échéance du 170
- dépendance économique 459
- dette de la masse 439
- disparité entre les parties 557
- disposition impérative 247
- dommage 573
- dommages-intérêts 162, 170
- double pertinence 459
- droit subjectif 305
- droits fondamentaux 224
- dumping salarial et social 475–476
  
- E**
- échéance du délai 170, 191
- égalité
  - de traitement 305, 607
  - salariale dans la fonction publique 305
  - salariale entre femmes et hommes 305
- élection de droit 247
- empêchement de travailler 129, 483–484
- employé, voir aussi «travailleur»
  - de la Confédération 142
  - payé à l’heure 180
  - public 175–176
  - saisonnier 220
- employeur public 391
- enseignement, contrat d’ 220
- entreprise
  - locataire de services 596
  - utilisatrice 483–484
- équipe 316, 451
- établissement public 224
- Etat tiers 247
- étranger 475–476
- ex post 483–484
- exception d’arbitrage 240–241
- existence d’un contrat de travail 383–384, 459
- expérience professionnelle du travailleur 148
  
- F**
- faillite 439
- faute du travailleur 451
- fiche de paie 470

fonction publique 175–176, 305

frais 557

– de formation continue 557, 600

– remboursement des 129

fumée passive 224

fumoir 224

## G

gratification 607

groupe de sociétés 373, 586

guide orange des sapeurs-pompiers 152

## H

harcèlement

– psychologique 142, 162, 203–204

– sexuel 193

heures supplémentaires 316

## I

incapacité de travailler 162

indemnité 175–176, 193, 316, 443, 451, 573

– d'assurance 235

– de départ 247

– en cas de licenciement 170, 247, 439

– journalière 220, 235, 573

– pour le service de piquet 367–368

– pour les vacances non prises 157

– pour tort moral 203–204

indépendant 383–384

individualité d'une œuvre 152

infraction pénale 596

instruction 383–384

interdiction de concurrence 148

intérimaire 596

interprétation d'une convention collective de travail 215–216

invalidité 162

ivresse 197–198

## J

job sharing 459

jours fériés 180

juste motif 197–198, 391, 443, 483–484, 567–568, 596

## L

libération de la place de travail 451

liberté

– contractuelle 135

– du travailleur de résilier 557

– personnelle du travailleur 600

licenciement 142, 162, 247, 325, 373, 451, 600

– abusif 170, 271–272, 320–321, 451, 475–476

– accord de 308

– collectif 373

– congé non payé 338

– congé-représailles 320–321

– économique 475–476

– en temps inopportun 573

– immédiat 142, 197–198, 391, 439, 443, 483–484, 567–568, 573, 596

– intervenant à l'occasion du transfert d'entreprise 325

– ordinaire 391, 443, 586

– par e-mail 483–484

– par fax 483–484

– préventif 475–476

lieu de travail 170

lieux publics 224

loi cantonale d'application 224

## M

maladie 235, 573

mandat 459

marin 247

masse en faillite 439

maternité 220

médecin 459

même motif 567–568

mobbing 142, 162, 203–204, 586

motif-prétexte 475–476

## O

œuvre 152

organe de contrôle 383–384

organisation du travail 383–384

## P

partenaire de vie 475–476

partenariat 359–360

peine conventionnelle 557

période de protection 573

personnalité

– du travailleur 271–272

- raison inhérente à la 320–321
- traits de caractère 451
- personnel technique 367–368
- perte de gain 573
- piquet, service de 367–368
- place de travail 451
- police cantonale 333
- police communale 333
- prescription 157, 607
- prestataire
  - de services 459
  - indépendant 383–384
- prestation de travail 333, 383–384
- prestations assurées 573
- prétention pour tort moral 451
- prévoyance professionnelle 235
- prime de risque 316
- principe
  - de la clause la plus favorable (Günstigkeitsvergleich) 470
  - de la proportionnalité 333
  - du créateur 152
- pro rata temporis 129, 600
- produits dangereux 152
- prolongation de la durée du temps d’essai 338
- protection
  - contre la fumée passive 224
  - de la personnalité 142, 162, 203–204, 238
  - légale contre le licenciement 338
- provision 470

## R

- raison
  - économique 325
  - inhérente à la personnalité 320–321, 475–476
- ratione materiae 359–360
- réflexion, délai de 308
- régime conventionnel dérogatoire 573
- règle procédurale 120
- remboursement
  - dégressif 600
  - des frais 129
  - des frais de formation 600
- rémunération
  - des jours fériés 180
  - discriminatoire 305

- renonciation 240–241
- renseignements sur les droits des travailleurs 235
- représentante 483–484
- résiliation, voir «licenciement»
- risque 316
  - économique 383–384

## S

- salaire 135, 162, 175–176, 316, 439, 557, 567–568, 600
  - 13<sup>ème</sup> 470
  - brut 470
  - dumping salarial 475–476
  - fixe minimum 470
- salariés payés à l’heure 220
- santé 142, 162, 203–204
  - publique 224
- sapeurs–pompiers 152
- secrets d’affaire ou de fabrication 148, 238
- sécurité au travail 142
- service de piquet 367–368
- sexuel, harcèlement 193
- stipulation pour autrui 333
- subordination 459
- subrogation 120
- successale 475–476
- supplément de salaire 316
- syndicat 271–272

## T

- télétravail 459
- temps
  - d’attente 367–368
  - d’essai 191, 338
  - d’intervention 367–368
- test d’alcoolémie 197–198
- théorie de la double pertinence 459
- tort moral 203–204, 451, 607
- transfert
  - d’entreprise 325
  - des rapports de travail 325
  - du personnel 333
- travail
  - de nuit 316
  - en équipes 316, 451
  - sur appel 459
  - temporaire 483–484

travailleur, vois aussi «employé»  
– annoncé comme indépendant  
383–384  
– de piquet 367–368  
– intérimaire 596  
– journalier 220  
– temporaire 220  
treizième salaire 316

## V

vacances 129, 157  
valeur litigieuse 293–294  
véhicule 129  
vol 596  
volonté du travailleur 586  
voyageur de commerce 220