

DOSSIER

Eine Publikationsreihe
des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes

Dossier Nr. 144/Dossier N° 144



Horizonte Arbeitszeit: Horizons durée du travail :

Von Arbeitszeiterfassung über Einsatzplanung zur Stresshaftung
Enregistrement de la durée du travail, responsabilité en matière de
stress et planification des horaires

Oktober/octobre 2020
Luca Cirigliano

Inhalt/Sommaire

Einleitung/Introduction	5
Arbeitszeitfragen und ihre rechtspolitische und kollektivrechtliche Aktualität: Gewerkschaftliche Analyse und Forderungen	6
1 Historisches und Allgemeines	6
2 Analysen und Forderungen	7
2.1 Arbeitszeiten	7
2.1.1 Entwicklungen in den letzten Jahren	7
2.1.2 Situation der Arbeitnehmenden – Auswirkungen der Veränderungen bei den Arbeitszeiten	8
2.1.3 Vereinbarkeit und die Arbeitszeitfrage	9
2.2 Zeitdilemma	15
2.2.1 Massnahmen und gewerkschaftliche Forderungen	17
2.2.2 Planbare und verlässliche Zeitstrukturen	17
2.2.3 Massnahmen de lege ferenda und subsidiär in GAV	18
2.2.4 Mutterschutz und Elternzeit	18
3 Fazit	19
Einseitige Arbeitszeitveränderungen durch den Arbeitgeber	20
1 Zusammenfassung	20
2 Einleitung	20
3 Einseitige Arbeitszeitänderungen durch Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebenden?	21
3.1 Rechtsnatur des Weisungsrechts	21
3.2 Schranken des Weisungsrechts	22
3.2.1 Im Allgemeinen	22
3.2.2 In Bezug auf Arbeitszeiten	22
3.3 Weisungsrecht und Treuepflicht	24
3.3.1 Einseitige Arbeitszeitverkürzung	24
3.3.2 Anordnung von Überstunden	25
3.3.3 Weisungsrecht und Antrag zur Vertragsänderung	26
4 Veränderung in den Arbeitszeiten durch Vertragsanpassung	27
4.1 Kurzarbeit	27
4.2 Vertragsänderung	29
4.2.1 Durch übereinstimmende Willenserklärung	29
4.2.2 Vertragsklauseln mit Recht auf einseitige Vertragsänderung	34
4.3 Änderungskündigung	34
4.3.1 Arten von Änderungskündigungen	34
4.3.2 Missbräuchlichkeit der Änderungskündigung	36
4.3.3 Massenänderungskündigung	36
5 Arbeitslosenversicherung	37
6 Fazit	37

Durées du travail et discrimination : solutions dans la perspective de l'égalité des sexes	39
1 Résumé	39
2 Introduction.....	39
3 L'égalité entre les sexes dans le monde du travail.....	40
3.1 Le droit international	40
3.2 Le droit suisse.....	42
3.2.1 bases constitutionnelles et légales.....	42
3.2.2 L'interdiction de la discrimination à raison du sexe.....	43
4 La dimension homme/femme du travail.....	47
4.1 Le taux d'occupation des femmes et des hommes	48
4.2 Les horaires de travail atypiques et la flexibilité du travail.....	48
4.3 La situation des hommes et des femmes dans la profession et le temps consacré au travail domestique et familial.....	49
5 Durées du travail et égalité entre les sexes : quelques situations problématiques	49
5.1 Le travail à temps partiel.....	50
5.2 Les horaires de travail irréguliers.....	52
5.3 Les assouplissements ou la suppression de l'obligation d'enregistrer le temps de travail	53
6 Durées du travail et maternité.....	53
6.1 Les aménagements résultant de la LTr.....	53
6.1.1 La protection de la santé.....	54
6.2 Les autres mesures de protection en matière de durée du travail.....	62
6.2.1 Le droit à un congé de maternité rémunéré	62
6.2.2 La protection du droit aux vacances	63
7 Durées du travail et responsabilités familiales	63
7.1 Les aménagements en faveur des travailleurs ayant des responsabilités familiales	64
7.1.1 L'art. 36 LTr.....	64
7.1.2 Les autres mesures de protection en matière de durée du travail.....	67
7.2 Une protection axée sur la maternité... ..	69
8 Quelques solutions dans la perspective de l'égalité des sexes.....	70
8.1 Vers une flexibilité accrue du temps de travail et une valorisation des formes particulières de travail	70
8.2 D'une protection centrée sur la maternité à une protection axée sur la parentalité.....	72
Aménagement de la durée du travail : Problèmes posés par la planification du temps de travail, le service de piquet et le travail sur appel	73
1 Aménager la durée du travail?	73
2 Travail typique, travail atypique, travail précaire	73
2.1 Travaux sur le sujet et définitions	73
2.2 En lien avec la durée du travail	75
2.3 Intérêt du travail atypique.....	75
3 Problématique	75
4 Fixation des horaires, service de piquet et travail sur appel: importance pratique et cadre légal	75
4.1 Importance pratique, chiffres	75
4.2 Cadre légal : Règles spécifiques	76
4.2.1 Droit public	76
4.2.2 Droit privé.....	76
4.3 Cadre légal : Règles générales	76

4.3.1	Droit public.....	76
4.3.2	Droit privé.....	77
5	Fixation des horaires.....	78
5.1	Droit privé.....	78
5.2	Droit public.....	79
5.2.1	Consultation sur les horaires.....	79
5.2.2	Communication des horaires.....	80
5.3	Modification des horaires de travail à court terme.....	81
5.3.1	Délimitation par rapport à la modification de la durée du travail.....	81
5.3.2	Droit privé.....	81
5.3.3	Droit public.....	81
6	Service de piquet et travail sur appel.....	82
6.1	Définitions.....	82
6.1.1	Service de piquet.....	82
6.1.2	Travail sur appel.....	82
6.1.3	Délimitations.....	83
6.2	Temps d'attente (Bereitschaftsdienst, Rufbereitschaft).....	85
6.2.1	Qualification de temps de travail en droit public.....	85
6.2.2	Qualification de temps de travail en droit privé.....	87
6.3	Garantie d'une durée minimale de travail (et donc d'un revenu minimal) en cas de travail sur appel.....	89
7	Conclusion.....	91
	Muster: Klage aus Verletzung der Fürsorgepflicht («Stresshaftung»)	92
1	Vorbemerkungen.....	92
1.1	Ausgangslage.....	92
1.2	Probleme und Risiken.....	92
2	Klageschrift.....	93
3	Ergänzende Hinweise.....	103

Einleitung/Introduction

Arbeitszeitfragen sind nicht erst seit der Corona-Pandemie und nicht nur rechtspolitisch von grosser Aktualität: politische Vorstösse im Parlament verlangen fundamentale Änderungen der Arbeitszeit- und Ruhezeitbestimmungen. Auch in der juristischen Praxis bleiben Arbeitszeitfragen virulent: ältere Arbeitnehmende oder Alleinerziehende bzw. Personen mit familiären Care-Aufgaben klagen über immer unregelmässigeren Einsatzpläne, Arbeit auf Abruf und zermürbende und schlecht bezahlte Pikett-Dienste.

Die Wahrung der Gesundheit am Arbeitsplatz und die Einhaltung der gesetzlichen Ruhezeiten sind ein Knackpunkt. Mit Stress am Arbeitsplatz zusammenhängende Krankheiten nehmen zu, es stellen sich immer häufiger Fragen nach der Stresshaftung des Arbeitgebers. Arbeitszeitfragen spielen auch seit der Aufhebung des Franken-Mindestkurses durch die Schweizer Nationalbank wieder eine stärkere Rolle: Viele Arbeitgeber verlängern unilateral die wöchentliche Arbeitszeit, ohne entsprechende Kompensation für die Arbeitnehmenden.

Und seit Beginn der Corona-Krise sind rund um Themen wie beispielsweise Homeoffice, Kinderbetreuung und Quarantäne neue Problemfelder aufgetaucht, in denen die Fragen rund um die Regelung von Arbeitszeit und Ruhezeiten, Gesundheitsschutz und Stress eine entscheidende Rolle spielen.

Les questions relatives à la durée du travail sont de la plus haute actualité, pas seulement depuis la pandémie de coronavirus et pas uniquement sous l'angle de la politique juridique. En effet, des interventions parlementaires demandent que des dispositions en matière de durée du travail et de durée du repos soient fondamentalement modifiées. Dans la pratique juridique aussi, ces questions sont toujours d'une très grande importance : les travailleurs et travailleuses âgés, les personnes élevant seules leurs enfants ou celles qui ont des tâches familiales de soins et d'assistance se plaignent d'horaires de travail toujours plus irréguliers, du travail sur appel, d'un service de piquet exténuant et mal payé.

La protection de la santé au travail, le respect des temps de repos prévus par la loi sont des points cruciaux. Les maladies liées au stress au travail augmentent. Des questions se posent toujours plus souvent sur la responsabilité de l'employeur/employeuse en matière de stress. Les questions relatives à la durée du travail jouent à nouveau un rôle plus important depuis l'abandon par la Banque nationale suisse (BNS) du taux plancher franc/euro. De fait, nombre d'employeurs/employeuses prolongent unilatéralement la durée hebdomadaire du travail sans prévoir de compensation pour leur personnel.

Et depuis le début de la crise sanitaire, de nouveaux domaines de tension sont arrivés au premier plan, par exemple autour du télétravail, de la garde des enfants ou de la quarantaine. Pour toutes ces situations, les questions de la réglementation du temps de travail et de repos, de la protection de la santé et du stress joueront un rôle primordial.

Arbeitszeitfragen und ihre rechtspolitische und kollektivrechtliche Aktualität: Gewerkschaftliche Analyse und Forderungen

Luca Cirigliano, SGB-Zentralsekretär

1 Historisches und Allgemeines

Das Schweizer Arbeitsrecht ist u.a. Dank der Arbeitszeitfrage im Zusammenhang mit dem Gesundheitsschutz entstanden: Das Glarner Fabrikgesetz von 1864, das den 12-Stunden-Tag einführte, bildete einen Meilenstein: 16 Stunden und mehr musste in den Fabriken gearbeitet werden, sechs Tage die Woche, Ferien gab es keine. Bis zur Glarner Landsgemeinde 1864, an der das erste Fabrikgesetz der Schweiz in Kraft trat. Einen entscheidenden Schritt machte 1877 das eidgenössische Fabrikgesetz mit dem 11-Stunden- bzw. am Samstag 10-Stunden-Tag.¹

Arbeitszeitfragen waren deshalb auch immer zentral im Forderungskatalog der Gewerkschaften: so gehörte die 48-Stunden-Woche zu den Hauptanliegen der Gewerkschaften, was sich u.a. in den neun Forderungen zum Landesstreik 1918 niederschlug: u.a. die Einführung der maximalen 48-Stunden-Woche.²

Die Gewerkschaften haben sich seit mehr als 100 Jahren für kürzere Arbeitszeiten, bessere Arbeitsbedingungen und höhere Löhne eingesetzt. Die Erfolge sind bemerkenswert. Unmittelbar vor dem Landesstreik vor 100 Jahren wurden in der Industrie noch 58 Stunden pro Woche gearbeitet. Mit dem Landesstreik kam die 48h-Woche. Heute sind es noch etwas über 41 Stunden.³

Der SGB sowie die SGB-Frauenkommission haben die Arbeitszeitfrage als einen der zentralsten definierenden Faktoren der Arbeitsbedingungen⁴ sowie der Essentialia des Arbeitsvertrages⁵ wiederholt in den letzten Kongressen behandelt⁶: Auf die dort verabschiedeten Positionspapiere und Anträge stützt sich das vorliegende Papier.

Das SGB-JuristInnen-Netzwerk hat eine Tagung der Arbeitszeitfrage gewidmet. Daraus sind die weiteren Beiträge dieses Dossiers entstanden. Die Aufsätze wurden einzeln in loser Folge in der Aktuellen Juristischen Praxis (AJP) publiziert.⁷

¹ Victor Schiwoff, Die Beschränkung der Arbeitszeit durch kantonale Gesetzgebung und durch das erste eidgenössische Fabrikgesetz von 1877, Bern 1952, bes. S. 41 ff.

² Valerie Boillat et al. (Hrsg.), Vom Wert der Arbeit, Zürich 2006, v.a. S. 125-129 sowie 146-166.

³ Zur historischen Entwicklung der Arbeitszeit in der Schweiz siehe weiter Bernard Degen, Arbeitszeit (Version vom: 21.01.2015), in: Historisches Lexikon der Schweiz (abrufbar unter <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/013910/2015-01-21/>; zuletzt eingesehen am 07.01.2020)

⁴ Das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (ArG; SR 822.11) regelt die Höchstarbeitszeiten in Art. 9 ff. Konkretisiert werden diese Bestimmungen in den Art. 13 ff. der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 (ArGV 1; SR 822.111). Eine Abhandlung zu zentralen juristischen Fragen betreffend die Arbeitszeit findet sich etwa bei Lukasz Grebski/Wolfgang Portmann, Kapitel 6 Ausgewählte Fragen zur Arbeitszeit, Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018, S. 173 ff.

⁵ Der Arbeitsvertrag ist ein befristetes oder unbefristetes Dauerschuldverhältnis. Der Arbeitnehmer schuldet dem Arbeitgeber keinen konkreten Arbeitererfolg, sondern sorgfältiges Tätigwerden während einer gewissen Arbeitszeit (siehe die Legaldefinition in Art. 319 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30 März 1911 [Fünfter Teil: Obligationenrecht] [OR; SR 220]).

⁶ SGB-Dossier Nr. 128, SGB-Frauenkongress 2018: Unsere Zeit ist mehr wert!; SGB-Dossier Nr. 106, SGB-Kongress vom 23. – 24. Oktober 2014: Positionspapiere und Resolutionen.

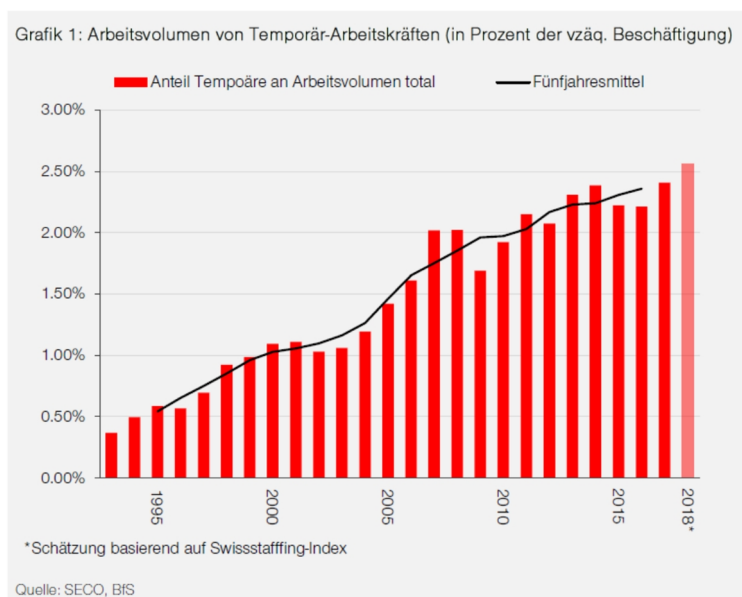
⁷ Gabriela Riemer Kafka, Einseitige Arbeitszeitveränderungen durch den Arbeitgeber, AJP 2017, S. 312 ff.; Stéphanie Perrenoud, Durées du travail et discrimination, AJP 2017, S. 657 ff.; Sabine Steiger-Sackmann,

2 Analysen und Forderungen

2.1 Arbeitszeiten

2.1.1 Entwicklungen in den letzten Jahren

Gewisse Arbeitgeber und ihnen nahestehende PolitikerInnen versuchen, das Unternehmerrisiko vermehrt auf die Arbeitnehmenden zu überwälzen. Dabei sind die Arbeitszeiten das wichtigste, wenn auch nicht das einzige Druckmittel: Löhne werden von einem Tag auf den anderen nicht mehr in Franken, sondern in Euro ausbezahlt; Arbeitszeiten und Löhne werden einseitig gekürzt oder unter dem Vorwand digitaler Organisationsformen der Arbeit wird sogar das Bestehen von Arbeitsverträgen verneint.⁸ Die Arbeitgeber machen Druck, die Arbeitszeiten und die Arbeitsbedingungen verstärkt einseitig nach ihren Wünschen anzupassen.⁹



Arbeitgeber in verschiedenen Branchen verlangen längere Wochen- und Jahresarbeitszeiten oder wünschen sich die praktische Abschaffung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit und der Arbeitszeiterfassung.¹⁰ Die Konsequenzen dieser geplanten Deregulierungsexzesse wären verheerend. Arbeitnehmer müssten nach der Pfeife des Arbeitgebers tanzen: Dieser würde einseitig Anfang, Dauer und Lage der Arbeitszeiten bestimmen. Gleichzeitig würde der Arbeitnehmerschutz im Arbeitsgesetz

Grundlagen und Tücken von Stresshaftungsklagen, AJP 2017, S. 729 ff.; Bassem Zein, Aménager la durée du travail, AJP 2017, S. 524 ff.

⁸ Vgl. z.B. die Überwälzung des Währungsrisikos mittels Zahlung von Euro-Löhnen Tobler Christa, Indirekte Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit durch Lohnsenkungen bei schwachem Euro-Kurs, in: Zur Emeritierung von J. Stöckli (Festschrift), Bäni Eva Maria et al. (Hrsg.), Zürich 2014, S. 649 ff. Zur Einführung von simulierten Verträgen zur Verhinderung von Bezahlung von Sozialbeiträgen sowie Umgehung anderer arbeitsrechtlicher Pflichten mittels digitaler Schwarzarbeit und Scheinselbständigkeit statt vieler Kurt Pärli, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Fragen der Sharing Economy, Problemstellung und Lösungsansätze bei der Plattform-Erwerbstätigkeit, Zürich 2019. Vgl. ebenso in diesem Dossier Gabriela Riemer-Kafka, Die einseitige Arbeitszeitverlängerung und Arbeitszeitverkürzung durch den Arbeitgeber.

⁹ Zur Zunahme von Temporärarbeit vgl. Daniel Lampart/Joël Bühler, SGB-Dossier 133: Temporärarbeit in der Schweiz, Bern 2019; zur Zunahme der Arbeit auf Abruf und der damit einhergehenden negativen Gesundheitsauswirkungen/Zunahme der psychosozialen Risiken sowie den damit verbundenen pharmakologischen Coping-Mechanismen vieler Arbeitnehmenden statt vieler Anne Eckhardt/Andreas Bachmann/Michèle Marty/Bernhard Rüttsche/Harry Telser, Human Enhancement, Zürich 2011, S. 114 ff.

¹⁰ Siehe die parlamentarischen Initiative Graber Konrad (GN 16.414) sowie die abbeschriebenen Pa Iv Keller-Sutter (GN 16.423)

abgebaut werden. Man dürfte keine Pausen mehr machen, man dürfte nicht mehr an Sonntagen frei nehmen, die wöchentliche Arbeitszeit müsste sich ganz nach den Wünschen des Arbeitgebers richten: Wenn viel Arbeit anfällt, müssten Arbeitnehmende auch durch die Nacht arbeiten, auch 60 Stunden und mehr. Und wenn Arbeitgeberverzug besteht, soll der Arbeitnehmer zuhause bleiben und Minusstunden generieren.

2.1.2 Situation der Arbeitnehmenden – Auswirkungen der Veränderungen bei den Arbeitszeiten

Zynischerweise segeln diese Deregulierungspläne unter der euphemistischen Fahne der «Flexibilisierung». Mit diesem Schlagwort sollen die Arbeitnehmenden bewusst in die Irre geführt werden, indem suggeriert wird, dass sie die Arbeitszeit so gestalten könnten, wie es ihren eigenen Bedürfnissen am besten entspricht. Genau das Gegenteil ist der Fall. In den letzten Jahren hat die Autonomie der Arbeitnehmenden abgenommen. Das haben Studien des Bundes jüngst wieder bestätigt.

Die neuste Europäische Studie über die Arbeitsbedingungen, die das SECO erhebt, zeigt, dass die Gefahren für die psychische Gesundheit der Arbeitnehmenden in der Schweiz zunehmen. Die Arbeitnehmenden arbeiten immer stärker fremdbestimmt: d.h. die Arbeitgeber entscheiden immer öfter ohne Rücksicht auf die Bedürfnisse der Arbeitnehmenden, wann zu arbeiten ist. Sie verlangen immer mehr Zeitflexibilität. Es muss nach Lust und Laune der Chefs gearbeitet werden. Fazit: Die Arbeitszeitautonomie nimmt ab. Das zeigen folgende Befunde:

- Konnten 2005 noch 14,3% der Arbeitnehmenden in der Schweiz ihre Arbeitszeiten vollständig selbst festlegen, waren es 2015 nur noch 11,7%.¹¹
- Konnten 2005 noch 33,5% der Arbeitnehmenden ihre Arbeitszeit innerhalb eines gewissen Rahmens autonom festlegen, waren es 2015 nur noch 19,5%.¹²
- 2005 gaben 45% der Arbeitnehmenden an, dass die Unternehmen ihre Arbeitszeiten ohne Änderungsmöglichkeit festlegten, 2015 erklärten dies bereits 58,1%.¹³
- 2005 erklärten 88,1% der Arbeitnehmenden, familiäre und soziale Verpflichtungen gut oder sehr gut mit den Arbeitszeiten vereinbaren zu können, 2015 waren es 87,8%.¹⁴

Dabei nimmt der Stress am Arbeitsplatz in der Schweiz kontinuierlich zu, wie Studien des SECO und der Gesundheitsförderung Schweiz zeigen. Je stärker die Stressbelastung von Erwerbstätigen ist, desto mehr zeigen sich in den Folgejahren auch schwerste gesundheitliche Beeinträchtigungen, sinkende Zufriedenheit sowie steigende Produktivitätsverluste. Nach dem Job-Stress-Index 2018 sind 27.1% der Erwerbstätigen in der Schweiz Stress ausgesetzt. Damit hat sich der Anteil gestress-ter ArbeitnehmerInnen gegenüber 2016 (25,4%) und 2015 (22,5%) erhöht.¹⁵ Auch die Arbeitnehmenden, die angeben, wenige Belastungen am Arbeitsplatz zu haben, sind gesunken.

¹¹ Sechste Europäische Erhebung über die Arbeitsbedingungen 2015 - Ausgewählte Ergebnisse zu den Schweizerischen Arbeitsbedingungen der abhängig Erwerbstätigen, SECO (Hrsg.), Bern 2017, S. 73 (abrufbar unter <https://bit.ly/2QQLgUs>; zuletzt besucht am 08.01.2020).

¹² Sechste Europäische Erhebung über die Arbeitsbedingungen 2015 (Fn. 11) S. 73.

¹³ Sechste Europäische Erhebung über die Arbeitsbedingungen 2015 (Fn. 11) S. 73.

¹⁴ Sechste Europäische Erhebung über die Arbeitsbedingungen 2015 (Fn. 11) S. 77.

¹⁵ Job-Stress-Index 2018, Faktenblatt 34, Gesundheitsförderung Schweiz (Hrsg.), S. 1 (abrufbar unter <https://bit.ly/2uqBi4I>; zuletzt eingesehen am 08.01.2020).

Diese Trends sind gefährlich, weil gemäss einer anderen Studie (ESENER) gleichzeitig nur 45,2% der Unternehmen in der Schweiz eine regelmässige Risikobeurteilung, z.B. zu Stress am Arbeitsplatz, durchführen. Im Vereinigten Königreich oder Dänemark sind es über 90% der Unternehmen, der Durchschnitt in der EU beträgt 74%. Entsprechend selten werden in der Schweiz Massnahmen zur Prävention z.B. von Stresserkrankungen getroffen. Und dies obwohl Dass diese einfach und effektiv sind, zeigen Beispiele aus dem Ausland: So hat der Volkswagen-Konzern in der Nacht einen Mail- und Serverstopp eingeführt. Solange der Gesetzgeber untätig bleibt und sogar droht, den bereits schwachen Arbeitnehmenden-Schutz insbesondere gegen psychosozialen Risiken im ArG noch weiter abzubauen obliegt es den Gewerkschaften, mittels spezifischer GAV-Bestimmungen, den psychosozialen Risiken zu begegnen.¹⁶

Dies hängt mit einer immer stärkeren Hierarchisierung und einseitigen Ausnutzung des schwachen Arbeitnehmerschutzes in der Schweiz durch die Arbeitgeber zusammen. Auch das Arbeitsvolumen hat wegen Sparmassnahmen zugenommen: Immer weniger Arbeitnehmende erledigten gleich viel oder gar mehr Arbeit. Das zeigt besonders drastisch die Situation in den Schweizer Spitälern, in der Pflege, bei den Lehrberufen und in anderen Branchen. Dass das Schweizer Arbeitsrecht jetzt noch weiter dereguliert werden soll ist besonders gefährlich angesichts der Realität.

Diejenigen, die sogar die Arbeitszeiterfassung abschaffen möchten¹⁷, wollen nicht nur diese für die Arbeitnehmenden fatale «einseitige Flexibilisierung» nach Wunsch und Laune des Arbeitgebers, sondern die Abschaffung des arbeitsrechtlichen Grundsatzes «Lohn gegen Zeit».¹⁸ Man würde arbeiten, ohne überhaupt einen Überblick zu haben, wie lange man das tut, Zuschläge für Nacht- und Sonntagsarbeit würden wegfallen, der Gratisarbeit wäre Tür und Tor geöffnet. Dabei ist heute dank der Digitalisierung die Arbeitszeiterfassung so einfach wie nie: man kann diese z.B. mittels einer App von überall hermachen: ob man im Homeoffice arbeitet, am festen Arbeitsplatz im Büro oder unterwegs im Zug.

2.1.3 Vereinbarkeit und die Arbeitszeitfrage

Vereinbarkeit von Beruf und Familie sind eigentlich ein Muss – nicht nur aus sozialen, sondern auch aus ökonomischen Gründen, damit das Geld zum Leben reicht. Arbeitszeiten müssen für die Arbeitnehmenden über Wochen hinaus planbar sein. Nur so können Care-Arbeit, die Bezahlung von Krippenplätze, Familie und Beruf unter einen Hut gebracht werden. Das gilt besonders für Frauen, die häufig in Teilzeit arbeiten, um die Verantwortung für unbezahlte Familienarbeit zu übernehmen.

Was es braucht ist also nicht eine einseitige Flexibilität nach Gnaden und Wünschen des Arbeitgebers, sondern planbare und geregelte Arbeitszeiten mit ausgebauten Mitbestimmungsrechten der Arbeitnehmerschaft bei ihrer Festsetzung/Gestaltung. Es braucht nicht einen Abbau, sondern einen Ausbau des Arbeitnehmerschutzes, welcher auch die neuen durch die Digitalisierung beeinflussten

¹⁶ Vgl. für andere Massnahmen Sabine Steiger-Sackmann, Was tun, wenn Arbeit krank macht?, Bern 2017 (abrufbar unter <https://bit.ly/2QYSvtO>; zuletzt eingesehen am 08.01.2020) sowie Luca Cirigliano/Corinne Egger, SGB-Dossier 134 Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz in Gesamtarbeitsverträgen (<https://bit.ly/2QYZ1AD>; zuletzt eingesehen am 08.01.2020)

¹⁷ Siehe die parlamentarische Initiativen Graber Konrad (GN 16.414) sowie Keller-Sutter (GN 16.423; abgeschrieben)

¹⁸ «Beim Arbeitsvertrag steht das Zeitmoment im Vordergrund. Der Arbeitnehmer stellt im Unterschied zum Werkvertrag seine Arbeitskraft während einer bestimmten Zeit zur Verfügung, meist hat er eine bestimmte Arbeitszeit einzuhalten.» (Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 319 N 4).

Arbeitsformen umfasst und diese im Sinne eines ausgebauten Gesundheitsschutzes regelt (Home Office, Arbeit für Plattformen, mobiles Arbeiten).¹⁹

Die Vereinbarkeit von Erwerbs- und Familienarbeit erweist sich heute und auch künftig als unabdingbar. Vereinbarkeit ist sowohl nötig aus Sicht der Gleichstellung (z.B. Recht auf wirtschaftliche Unabhängigkeit von Frau und Mann), als auch aus volkswirtschaftlichen Gründen. Eine bessere Vereinbarkeit erfordert Massnahmen auf drei Ebenen:

- Es braucht in der längerfristigen Perspektive eine generelle Verkürzung der Arbeitszeit und eine Umverteilung der Erwerbs- und Familienarbeit zwischen Frauen und Männern. Es braucht familienverträgliche Arbeitszeiten im Betrieb, aber auch Auszeiten wie Mutterschafts-, Vaterschafts- und Elternurlaub wie auch Auszeiten für pflegende Angehörige. Wichtig ist auch der Vollzug von Artikel 36 des Arbeitsgesetzes, der die Berücksichtigung der Wünsche von Arbeitnehmer/innen mit Familienpflichten regelt.
- Es braucht neben existenzsichernden Löhnen und der Lohngleichheit zwischen Männern und Frauen für gleichwertige Arbeit auch Transferzahlungen wie Familienzulagen.
- Es braucht angepasste Schulmodelle (Tagesschulen, Blockzeiten) und genügend bezahlbare Angebote für die familienergänzende Kinderbetreuung mit pädagogischen Konzepten und ausreichend Personal mit qualifizierter Ausbildung. Ebenso braucht es den Ausbau von Tagesstrukturen und Spitex für die Betreuung von alten und pflegebedürftigen Menschen.

Die bisher vorherrschenden Lösungsansätze zur besseren Vereinbarkeit zielen hauptgewichtig auf die Schaffung von familienergänzenden Kinderbetreuungsstrukturen ab. Dies ist richtig und auch zwingend notwendig. Kindertagesstätten und Tagesschulen alleine können aber nicht für eine ausgewogene Teilung von Erwerbs- und Familienarbeit sorgen. Ein flächendeckendes «Outsourcing» der Familienarbeit zu Gunsten einer möglichst langen und flexiblen Erwerbsarbeit kann keine gewerkschaftliche Perspektive sein. Vielmehr muss die Erwerbsarbeit auch in ihrer Dauer so ausgestaltet werden, dass für Männer und Frauen echte Freiräume für Familienarbeit offenbleiben.

Die Frage der Vereinbarkeit wird sich in den kommenden Jahren zuspitzen. Nicht nur erwerbstätigen Personen mit Kindern im Vorschul- und Schulalter stellen sich Probleme der Vereinbarkeit. Sie stellen sich auch Söhnen und Töchtern im Erwerbsalter, welche mit der Betreuung ihrer pflegebedürftigen Eltern konfrontiert sind oder Menschen im Erwerbsalter, welche sich in der Betreuung eines kranken oder pflegebedürftigen Kindes oder Partners bzw. Partnerin engagieren.

Massnahmen und Forderungen auf den Ebenen Geld (Mindestlöhne, Lohngleichheit etc.) und Infrastruktur (Krippen etc.) sind ständig im Fokus der Gewerkschaften. Massnahmen zur Bekämpfung der Lohnungleichheit sind nötiger denn je. Das zeigen die Daten der aktuellsten Lohnstrukturerhebung. Die nicht erklärte Lohndifferenz nahm zwischen 2012 und 2014 von 8.3% auf 7.4% wohl ab, erhöhte sich zwischen 2014 und 2016 aber wieder auf 7.7%.²⁰ In der Arbeitszeitpolitik jedoch hat sich der SGB in den letzten Jahren wenig positioniert. Punktuell gelang es den Gewerkschaften in Arbeitszeitfragen Verschlechterungen zu stoppen.

¹⁹ Freiwilliges, vom Arbeitgeber finanziertes ergonomisches Home-Office, Massnahmen für intakte Karriere-Chancen sowie die geregelte und v.a. begrenzte Erreichbarkeit und das Recht auf Abschalten im Rahmen der Digitalisierung gehören in jedem einschlägigen GAV. Siehe dazu Luca Cirigliano/Corinne Egger, Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz als Teil des kollektiven Arbeitsrechts, Jusletter vom 3. September 2018, insb. Rz. 258.

²⁰ Analyse der Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern anhand der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE) 2016; SECO (Hrsg.), Neuenburg 2019, S. 4 (abrufbar unter <https://bit.ly/37OU2JO>; zuletzt eingesehen am 08.01.2020).

Blickt man auf die letzten Jahre zurück, so sind der Erwerbsersatz bei Mutterschaft²¹, die Einführung von bezahlten Stillpausen²² sowie die bevorstehende Einführung eines bezahlten Vaterschaftsurlaubs²³ wenige aber sehr wichtige, von den Gewerkschaften hart erkämpften soziale Fortschritte auf der Ebene «Zeit». Fortschritte, an deren Erkämpfen die Gewerkschaften massgeblich beteiligt waren. Es ist an der Zeit, die Diskussion über Arbeitszeitpolitik wieder aufzunehmen: das war auch eine der zentralen Forderungen des epochalen Frauen*streiks von 2019.²⁴

Die vorherrschenden Arbeitszeiten in der Schweiz berücksichtigen den steigenden Bedarf nach einer besseren Vereinbarkeit von Erwerbs- und Familienarbeit noch viel zu wenig. Der Trend zeigt klar eine zunehmende zeitliche Belastung der Arbeitnehmenden und eine Aufweichung der bisher klar fixierten Grösse «Arbeitszeit». Die damit einhergehenden Schwierigkeiten werden in der Schweiz allzu oft auf individueller Basis gelöst. Eine kollektive Dynamik fehlt noch weitgehend.

2.1.3.1 Arbeitszeiten und Vereinbarkeit

Statistiken belegen diese Tatsache: Im Jahr 2018 waren in der Schweiz 79.9% Prozent der Frauen (zwischen 15 und 64 Jahren) erwerbstätig. Bei den 25- bis 54-jährigen Müttern mit Kindern unter 4 Jahren ist die Erwerbsquote deutlich gestiegen (2010: 67,4%; 2018: 75,7%). Der Anteil erwerbstätiger Mütter steigt mit dem Alter des jüngsten Kindes. Die Erwerbsquote liegt bei 83,2%, wenn das jüngste Kind zwischen 4 und 12 Jahren alt ist, und ist mit 85,5% noch höher, wenn es zwischen 13 und 17 Jahren alt ist.²⁵

2.1.3.2 Care- und Familienarbeit: Frauen tragen die Hauptverantwortung

In den meisten Paarhaushalten tragen die Frauen die Hauptlast der Hausarbeit, insbesondere wenn Kinder im Haushalt leben. Es lässt sich ein Unterschied nach Alter des jüngsten Kindes feststellen: Ist es zwischen 0 und 12 Jahre alt erledigen häufiger beide Partner die Hausarbeit als wenn es zwischen 13 und 24 Jahre alt ist.

²¹ Art. 16b ff. des Bundesgesetzes über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft vom 25. September 1952 (EOG; SR 834.1).

²² Art. 35a ArG und Art. 60 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 (ArGV 1; SR 822.111)

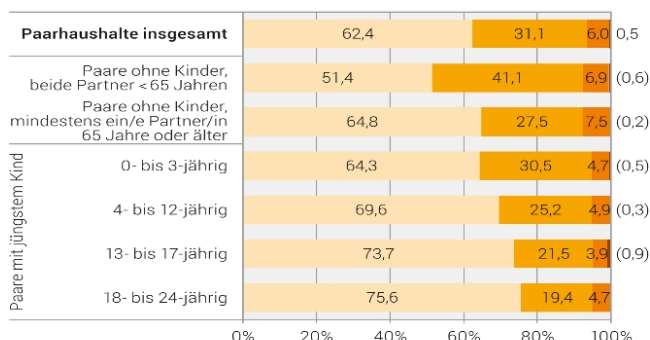
²³ Siehe dazu www.sgb.ch/themen/gleichstellung/detail/zwei-wochen-vaterschaftsurlaub-sind-nicht-genug (zuletzt eingesehen am 08.01.2020).

²⁴ Siehe www.14juni.ch/wp-content/uploads/2019/03/SGB-Forderungen-zum-Frauenstreik.pdf (zuletzt eingesehen am 08.01.2020).

²⁵ Schweizerische Arbeitskräfteerhebung 2018, BFS (Hrsg.), Bern 2019, S. 18 (abrufbar unter <https://bit.ly/2QF8JsV>; zuletzt eingesehen am 08.01.2020).

Aufteilung der Hausarbeit in Paarhaushalten, 2018

Beide Partner im Alter von 15–80 Jahren



Erledigung der Hausarbeit hauptsächlich...



(Zahl): Extrapolation aufgrund von weniger als 30 Beobachtungen. Die Resultate sind mit grosser Vorsicht zu interpretieren.

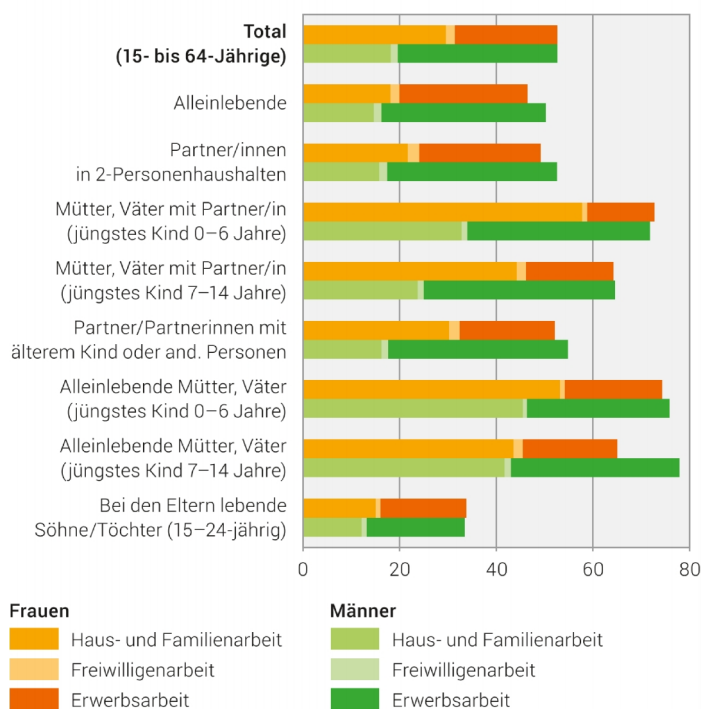
Quelle: BFS – Erhebung zu Familien und Generationen (EFG)

© BFS 2019

Mütter und Väter mit Kindern unter 15 Jahren sind oft sehr grossen zeitlichen Belastungen durch Erwerbs-, Haus- und Familienarbeit ausgesetzt. Frauen mit Kindern unter 7 Jahren investieren 59 Stunden pro Woche in die Haus- und Familienarbeit und nur 12 in die Erwerbsarbeit. Anders sieht es bei den Männern aus. Mit 32 Stunden pro Woche investieren sie deutlich weniger als Frauen in die Haus- und Familienarbeit, dafür aber mit 41 Stunden umso mehr in die Erwerbsarbeit. Sind die Kinder im Alter zwischen 7 und 14 Jahren, nimmt die Erwerbstätigkeit bei den Frauen um 4 Stunden pro Woche zu, bei den Vätern bleibt sie in etwa gleich.

Durchschnittlicher Aufwand für Erwerbsarbeit, Haus- und Familienarbeit und Freiwilligenarbeit, 2016

Ständige Wohnbevölkerung zwischen 15 und 64 Jahren nach Familiensituation, in Stunden pro Woche



Quelle: BFS – SAKE

© BFS 2017

Betreuung und Pflege für Kinder sowie Mahlzeiten zubereiten und Putzen gehören zu den zeitaufwändigsten Aufgaben. Väter mit Partnerin beteiligen sich hauptsächlich an der Kinderbetreuung. Der Mehraufwand für die Mahlzeitenzubereitung und das Putzen in einer Familie sowie für die Kleinkindbetreuung wird von den Müttern getragen.²⁶

Der Anteil der Bevölkerung ab 80 Jahren, der aus gesundheitlichen Gründen Hilfe von Angehörigen erhalten hat betrug 2017 bei den Männern 15,6 %, bei den Frauen 29,5 %.²⁷ In vielen Schweizer Haushalte lebt ein pflegebedürftiger Mensch – keineswegs nur Alte. Viele t der Pflegebedürftigen werden von Angehörigen gepflegt, in vielen Fällen von Frauen, die gleichzeitig noch im Erwerbsleben stehen.

2.1.3.3 Überlange Wochenarbeitszeiten

In der Schweiz ist die «Kultur der überlangen Arbeitszeiten» fest verankert. Im EU28/EFTA-Ländervergleich verzeichnet die Schweiz (zusammen mit Island) im Jahr 2018 mit 42 Stunden und 30 Minuten die höchste tatsächliche Arbeitszeit pro Woche bei den Vollzeitarbeitnehmenden (zum Vergleich bspw. Deutschland: 39 Stunden und 54 Minuten und Frankreich 37 Stunden und 36 Minuten). In der EU28 war der Durchschnitt 2018 bei 39 Stunden und 18 Minuten.²⁸

2.1.3.4 Teilzeitarbeit

2017 arbeiteten 36,7% der Erwerbstätigen, das entspricht 1,7 Millionen Personen, Teilzeit (Beschäftigungsverhältnis unter 90% der Normalarbeitszeit), was gegenüber zwanzig Jahren zuvor einer Zunahme von +8,4 Prozentpunkten entspricht. Bei Müttern mit kleinen Kindern und bei Erwerbstätigen im Dienstleistungssektor ist die Teilzeiterwerbstätigkeit stark verbreitet. In Europa liegt die Schweiz beim Teilzeitanteil an zweiter Stelle hinter den Niederlanden.²⁹

Teilzeitarbeit erfolgt häufig nicht freiwillig. Meistens ist die angespannte Situation bei der familienergänzenden Kinderbetreuung dafür verantwortlich. Immer mehr Personen besetzen eine Teilzeitstelle, weil sie keine Vollzeitstelle gefunden haben. 2018 befanden sich unter den Teilzeitarbeitend 357 000 Unterbeschäftigte, d.h. Personen, die mehr arbeiten möchten und kurzfristig verfügbar sind.³⁰

2.1.3.5 Lage der Arbeitszeiten

Die Arbeitszeiten sind in der Schweiz nicht nur länger, sondern auch etwas häufiger ungünstig gelegen als im europäischen Ausland. Die Nachtarbeit ist auf dem Vormarsch. Die Anzahl der Arbeitnehmenden, die in der Schweiz normalerweise nachts arbeiten, hat sich in den letzten zehn Jahren um rund 25 Prozent erhöht. 16 Prozent der Schweizer Erwerbstätigen leisten mindestens einmal im Monat Nachtarbeit. Am häufigsten sind Erwerbstätige im Gesundheits- und Sozialwesen (30.5 %)

²⁶ Aufteilung der verschiedenen Haushaltsaufgaben in Paarhaushalten 2018, BFS 2018 (Hrsg.) (abrufbar unter <https://bit.ly/2Qlw4dt>; zuletzt eingesehen am 08.01.2020)

²⁷ www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitswesen/informelle-hilfe.html (zuletzt eingesehen am 08.01.2020)

²⁸ Rund 7,9 Milliarden Arbeitsstunden im Jahr 2018, Medienmitteilung BFS vom 23.05.2019 (abrufbar unter <https://bit.ly/307dChv>; zuletzt eingesehen am 08.01.2020).

²⁹ 59% der Frauen und 18% der Männer arbeiten Teilzeit, Medienmitteilung des BFS vom 17.01.2019 (abrufbar unter <https://bit.ly/2taHfm9>; zuletzt eingesehen am 08.01.2020).

³⁰ Schweizerische Arbeitskräfteerhebung 2018 (Fn. 25) S. 15.

betroffen.³¹ . Eine starke Zunahme der Nachtarbeit ist vor allem bei den Frauen zu verzeichnen, hier tritt auch die Abendarbeit vermehrt auf.

Die Arbeit am Wochenende, namentlich am Sonntag, nimmt ebenfalls zu. Fast ein Viertel der Erwerbstätigen arbeitet mindestens einen Sonntag im Monat (23.4 %).³²Die stärkste Zunahme verzeichnen die Frauen. Danach arbeiten über 20 Prozent der erwerbstätigen Frauen regelmässig oder manchmal am Sonntag.

Die angespannte Situation bei den familienexternen Betreuungsmöglichkeiten lässt insbesondere Frauen auf atypische Arbeitszeiten ausweichen. Dabei erweist sich aber diese Lösung alles andere als familienfreundlich. Denn gemeinsame Familienzeiten lassen sich primär am Abend und am Wochenende realisieren.

2.1.3.6 Planbarkeit der Arbeitszeiten

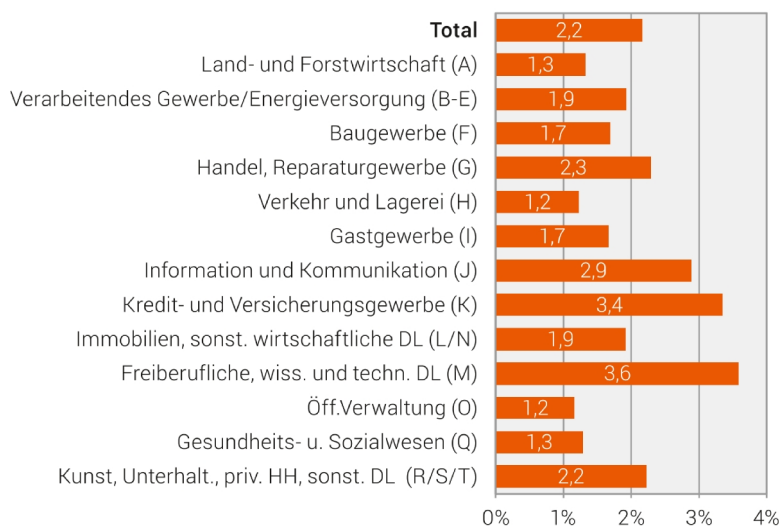
In der Schweiz wird flexibel gearbeitet. Fast die Hälfte aller Schweizer Beschäftigten hat keine festen täglichen Arbeitszeiten, sondern arbeitet in Gleitzeitsystemen oder anderen flexiblen Arbeitszeitformen. Nur etwas mehr als die Hälfte der Erwerbstätigen (54.5 %) gibt an, jeden Tag etwa die gleiche Anzahl Stunden zu arbeiten.³³

Durchschnittlich beträgt in der Schweiz die Zahl der jährlichen Überstunden über 2% der Normalarbeitszeit, in einzelnen Branchen sogar deutlich mehr als 3 %.

Überstundenquote der Vollzeitarbeitnehmenden, 2018

Nach Wirtschaftsabschnitten, ohne Erziehung und Unterricht (P)

**Jährliche Dauer der Überstunden in % der jährlichen Normalarbeitszeit.
Nur die während des Jahres nicht kompensierten Überstunden.**



Quelle: BFS – Arbeitsvolumenstatistik (AVOL)

© BFS 2019

Die Leistung von Überstunden ist insbesondere in der Branche der Finanzdienstleistung weit verbreitet. Da Überstunden nicht zwingend mit einem Lohnzuschlag abzugelten sind, sondern auch durch Freizeit in gleicher Höhe ausgeglichen werden können, bestehen für den Arbeitgeber wenig

³¹ Sechste Europäische Erhebung über die Arbeitsbedingungen 2015 (Fn. 11) S. 70.

³² Sechste Europäische Erhebung über die Arbeitsbedingungen 2015 (Fn. 11) S. 71.

³³ Sechste Europäische Erhebung über die Arbeitsbedingungen 2015 (Fn. 11) S. 7.

finanzielle Anreize, Überstundenarbeit einzudämmen. Oft verzichten Arbeitnehmende aufgrund des hohen Drucks auf jegliche Kompensation.

2.2 Zeitdilemma

Die steigende Erwerbstätigkeit der Frauen im Schweizer Arbeitsmarkt widerspiegelt noch die familiäre Arbeitsteilung halten mit dieser Entwicklung mit. Frauen übernehmen nach wie vor den grössten Teil der unbezahlten, familiären Betreuungs- und Sorge-Arbeit (Care-Arbeit), und die Bedingungen am Arbeitsmarkt nehmen keine Rücksicht auf diese Situation. Erwerbs- und Familienarbeit sind daher heute für die meisten Frauen nur noch mit grossem Aufwand und Stress zu vereinbaren. Die Frauen sind mit auseinander driftenden Ansprüchen konfrontiert, die sie in der täglichen Wirklichkeit kaum vereinbaren können. Das zeigt sich am Zeitdilemma, unter welchem insbesondere erwerbstätige Mütter zu leiden haben.

Lange Wochenarbeitszeiten erschweren die Vereinbarkeit von Beruf und Familie in hohem Mass: Normalarbeitszeiten von über 40 Stunden lassen kaum Zeit für die Erfüllung der familiären Verpflichtungen, so dass eine zeitliche Entlastung auf individueller Ebene via Teilzeitarbeit gesucht wird. Je länger die Wochenarbeitszeiten je mehr wird ein Vollzeitpensum für Arbeitnehmende mit Familienpflichten - in der überwiegenden Mehrheit Arbeitnehmerinnen - verunmöglicht. Überlange Wochenarbeitszeiten reduzieren das Familienleben vieler Männer auf einige wenigen Stunden abends und während des Wochenendes und zementieren so letztlich das traditionelle Rollenverhältnis. Wöchentliche Arbeitszeiten von mehr als 39 Stunden stellen besonders für Frauen ein Gesundheitsrisiko dar.³⁴

Die zeitliche Entlastung im Familieninteresse geht auf Kosten der Frauen. Teilzeitarbeit erfolgt bei Frauen häufig nicht freiwillig, sondern zwangsläufig. Sie müssen die ökonomischen und sozialen Nachteile der Teilzeitarbeit hinnehmen. Teilzeitarbeit bedeutet weniger Einkommen und eine häufig deutlich schlechtere sozialversicherungsrechtliche Abdeckung. Diese Einschnitte zeigen sich insbesondere beim Wegfall der Partnerschaft und führen dann häufig in die Armutsfalle. Zudem ist mit Teilzeitarbeit meist ein Karriereverzicht verbunden.

Teilzeitanstellungen sind besonders anfällig für unplanbare Arbeitszeiten. Teilzeitangestellte sind häufig Kapazitätspuffer. So sind etwa im Detailhandel vermehrt kleinere Teilzeitanstellungen anzutreffen, die jedoch mit regelmässiger Überstundenarbeit einhergehen. Diese Praxis wird durch die Rechtslage begünstigt: Zum einen sind Überstunden für den Arbeitgeber günstig und leicht anzuordnen, zum anderen greifen die arbeitsgesetzlichen Höchstarbeitszeiten und damit die Überzeitgrenzen bei Teilzeitanstellungen nicht. Der hohe Arbeitsdruck in vielen Betrieben wird häufig durch Teilzeitanstellungen abgedeckt. Insbesondere im Gesundheitswesen oder im Bildungsbereich gehören Anstellungen mit 80 Prozent oder weniger Stellenprozenten zum Standard.³⁵ Denn eine Vollzeitangestellte würde über kurz oder lang zu Gesundheitsproblemen führen. Das Problem einer übermässigen Arbeitsbelastung muss allzu häufig auf individueller Basis gelöst werden.

Die angespannte Situation bei den familienergänzenden Betreuungsmöglichkeiten lässt insbesondere Frauen auf atypische Arbeitszeiten ausweichen. Dabei erweist sich aber diese Lösung alles andere als familienfreundlich. Denn gemeinsame Familienzeiten lassen sich primär am Abend und am Wochenende realisieren.

³⁴ www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/standardmaenner-halten-neun-arbeitsstunden-pro-woche-mehr-aus-als-frauen/story/16407697 (zuletzt eingesehen am 08.01.2020).

³⁵ Burnout: Ausfälle auf Rekordhoch, NZZ am Sonntag vom 12. Januar 2020, S. 25.

Im Idealfall eröffnen flexible Arbeitszeiten den Arbeitnehmenden persönliche Spielräume und Zeitsouveränität. Folglich werden flexible Arbeitszeiten auch stets als Massnahme zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf postuliert. Flexible Arbeitszeiten sind jedoch ein trügerisches Instrument zur Vereinbarkeit von Erwerbs- und Familienarbeit. Sie führen im Arbeitsalltag allzu häufig zu unplanbaren Arbeitszeiten und erweisen sich dadurch als Vereinbarkeitshürden. Denn das Familienleben hält sich an verlässliche Zeitmuster wie festgelegte Anfangs- und Schliessungszeiten von Schulen und Tagesstrukturen für Kleinkinder. Solange die Flexibilisierung der Arbeitszeiten den Spielraum der Arbeitgeber erweitert und nicht jenen der Arbeitnehmenden, wird die Vereinbarkeit erschwert. Zurecht konstatieren Studien, dass in der Schweiz eine einseitige Flexibilität zugunsten des Arbeitgebers die Norm ist.³⁶

Ins Zeitdilemma geraten Eltern - meistens Mütter - auch bei der Krankheit der eigenen Kinder oder bei weiteren Situationen, die eine Kurzabsenz von der Arbeit erfordern. Familienpflichten haben Arbeitnehmende aber nicht nur gegenüber ihren Kindern. Sie können sie auch gegenüber ihren betagten Eltern oder Angehörigen haben. Die steigende Lebenserwartung und die allfällig damit verbundene langjährige Pflegedauer schaffen zahlreiche Situationen, welche die Unterstützung von erwerbstätigen Angehörigen erfordern.

Neue Managementformen wie etwa das zielorientierte Management, eine starke Anbindung an die Marktbedürfnisse oder das ständige Benchmarking haben das zentrale Element des Arbeitsverhältnisses, die Arbeitszeit, aufgeweicht. Die Arbeitszeit hat im Vergleich zur Arbeitsleistung an Bedeutung verloren. Nicht alle kommen mit diesem Paradigmenwechsel zu Recht: Arbeit ohne verlässliche Zeitvorgaben erweist sich häufig als Falle für die Arbeitnehmenden. Ständig im Einsatz zu sein, hat Auswirkungen auf das Familienleben wie auch auf die Gesundheit. Im Familienleben fehlen so verlässliche zeitliche Freiräume. Zudem führt die Aufweichung der Arbeitszeit als klare, messbare Grösse im Arbeitsverhältnis meistens zu Mehrarbeit. Die gesundheitlichen Folgen drücken sich meistens in Erschöpfungszuständen, Abgespanntheit oder Depressionen aus. Aber auch muskuloskelettale Beschwerden, wie etwa Rückenschmerzen, stehen häufig im Zusammenhang mit Stresssituationen am Arbeitsplatz. Der psychische Gesundheitszustand der Bevölkerung hat sich im Erwerbsalter deutlich verschlechtert. Seit 1986 hat sich die Anzahl Invaliden-Rentner/innen verdoppelt und die infolge psychischer Beeinträchtigung ausgesprochenen Renten haben sich fast vervierfacht.

Die gesundheitlichen Folgen werden heute entweder nicht auf den Bedeutungsverlust der Arbeitszeit zurückgeführt oder - wie etwa das Burnout - als tapfer erduldetes Schicksal der Leistungsträgergesellschaft zelebriert.

In der Schweiz gibt es keine griffigen gesetzlichen Höchst-arbeitszeiten. Das fördert überlange Arbeitszeiten und die starke Verbreitung von Überstunden. Der SGB setzt sich de lege ferenda für eine Verkürzung der wöchentlichen Arbeitszeit bzw. der Höchst-arbeitszeiten gem. Art. 9 ArG bzw. Art. 13 ff. ArGV 1 ein. Die gegenwärtige Regelung lässt - zumindest nach Lesart des SECO - tägliche Höchst-arbeitszeiten von bis zu 12,5 Stunden zu.³⁷

Zudem sollen in den GAV-Verhandlungen die Arbeitszeiten gezielt stärker gewichtet und vermehrt auf Vereinbarkeit ausgelegt werden.

³⁶ www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/sozial-und-sicher/Flexible-Arbeitszeit-nuetzt-vor-allem-Chefs/story/15711454 (zuletzt eingesehen am 08.01.2020).

³⁷ www.nzz.ch/wirtschaft/schon-heute-sind-in-der-schweiz-64-stunden-wochen-moeglich-ld.1464631 (zuletzt eingesehen am 08.01.2020).

2.2.1 Massnahmen und gewerkschaftliche Forderungen

Forderungen de lege ferenda und für GAV

- Mittelfristig eine Verkürzung der Wochenarbeitszeit als Offensive starten.
- 8-Stunden-Regel als Referenz des Normalarbeitsvertrages verteidigen angesichts parlamentarischer Angriffe³⁸.
- Mehr Ferien: 5 Wochen Ferien pro Jahr für alle, 6 Wochen ab dem 50. Altersjahr. Dies muss gerade in GAV durchgesetzt werden.
- Im Homeoffice ist der Einhaltung des Arbeitsgesetzes durch die Behörden spezielle Aufmerksamkeit zu schenken und Verbesserungen des Gesundheitsschutzes sind gesetzlich zu verankern, zum Beispiel auch das Recht auf Nichterreichbarkeit. GAV sollen das Homeoffice gerade was Arbeitszeiten, Pausen- und Ruhezeiten und andere psychosozialen Risiken angeht zweckmässig und im Sinne des Schutzes von Arbeitnehmenden regeln.
- Burnout und stressassoziierte psychische Krankheiten sind als Berufskrankheit anzuerkennen.
- Starke Einschränkung der Nacht- und Sonntagsarbeit und Reduktion der entsprechenden Bewilligungen.
- Einführung des Rechts auf eine (vorübergehende) Reduktion der Arbeitszeit auf Grund von Betreuungsaufgaben.
- Einführung des Rechts auf Urlaub bei längerer Krankheit der Kinder oder pflegebedürftiger Angehöriger.
- Einführung einer Elternzeit

2.2.2 Planbare und verlässliche Zeitstrukturen

Niedrigere Wochenarbeitszeiten können per se jedoch das Zeitdilemma nicht lösen. Solange keine klare Abgrenzung zwischen Arbeitszeit und Freizeit gezogen wird, droht der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin ständig im Einsatz zu sein und so trotz kürzeren Arbeitszeiten immer noch wenig Zeit für die Familie zu haben. Das Kriterium der Arbeitszeit ist wesentlicher Bestandteil des Arbeitsvertrages. Fällt die Erfassung der Arbeitszeit weg, haben meistens die Arbeitnehmenden das Nachsehen.

Flexible Arbeitszeitmodelle, welche die Zeitsouveränität der Arbeitnehmenden nicht erweitern, sondern primär der Risikoüberwälzung dienen, müssen eingeschränkt werden. Die negativen Auswirkungen solcher Arbeitszeitmodelle (bspw. die Vertrauensarbeitszeitmodelle) sind immer noch vielen Arbeitnehmenden nicht bewusst und werden häufig ohne wirksamen Widerstand hingenommen. Hier braucht es Aufklärung seitens der Gewerkschaften und Unterstützung bei der Kritik.

Die Flexibilität der Arbeitnehmenden erhalten die Arbeitgeber heute zu einem sehr günstigen Preis. Eine weit reichende Einsatzbereitschaft oder die ständige Erreichbarkeit müssen die Arbeitnehmenden heute vielerorts faktisch gratis in Kauf nehmen. Das Bewusstsein dafür, dass Flexibilität Kosten

³⁸ Siehe bspw. die parlamentarische Initiative Graber Konrad (GN 16.414).

verursacht und demnach einen Preis haben muss, ist auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt nicht gegeben. Dieses Bewusstsein muss geschaffen und ein Systemwechsel vollzogen werden.

Gleichzeitig sind Arbeitnehmende mit Betreuungspflichten auf eine gewisse Flexibilität bei der Arbeitszeitorganisation angewiesen. Im Familienleben treten immer wieder unvorhersehbare Situationen ein wie die Krankheit der Kinder oder andere Betreuungsempässe. Solche Situationen wirken sich für die Arbeitnehmenden sehr belastend aus und führen zu Konflikten am Arbeitsplatz. Hier braucht es klar durchsetzbare Ansprüche, welche die Arbeitnehmenden nicht zum Bittsteller degradieren.

Das Ausweichen auf atypische Arbeitszeiten - wie Sonntagsarbeit oder Nachtarbeit - darf keine Antwort auf die schwierige Vereinbarkeit sein. Längerfristig profitieren die Familien nicht von solchen Arbeitszeiten. Auch unter diesem Aspekt ist die Aufweichung des Verbots der Sonntags- und Nachtarbeit abzulehnen.

2.2.3 Massnahmen de lege ferenda und subsidiär in GAV

- Arbeitspläne müssen mindestens 4 Wochen im Voraus mitgeteilt werden. Wenn die Arbeitsansätze kurzfristig geändert werden, muss ein Zuschlag von 25% bezahlt werden.³⁹
- Wenn Arbeitnehmende ihre Arbeit zur Verfügung stellen, dann muss diese bezahlt werden. Bei Pikettdiensten sind die Wartezeiten auf ein Minimum zu reduzieren, und der Bereitschaftsdienst ist mit mindestens 25% des Lohnes zu honorieren.⁴⁰
- Arbeitszeiten müssen erfasst werden. Ohne die Arbeitszeiterfassung besteht keine ausreichende Kontrolle über die geleisteten Arbeitsstunden. Ausnahmen gemäss Art. 73a ArGV1 müssen restriktiv gehandhabt werden und es ist ein besonders Augenmerk in den GAV gem. Art. 71a ArGV1 auf Massnahmen zu Gesundheitsschutz und Vereinbarkeit zu setzen.
- Verankerung des Rechts auf bezahlte Absenzen von mindestens 5 Tage für kurzfristige Absenzen bei Krankheit der Kinder und Familienangehörigen (pro Krankheitsfall). 26 Wochen für schwer erkrankte oder verunfallte Kinder und Familienangehörigen und längere Beurlaubungen bei schweren Erkrankungen von Familienangehörigen.
- Die Umsetzung eines griffen Rechts auf planbare Arbeitszeiten, die mit Familienpflichten vereinbar sind, z. B. das Recht auf mit den Krippentagen kompatible feste Arbeitstage (bei Teilzeit, Arbeit im Stundenlohn, Arbeit auf Abruf) sowie auf ein Verbot kurzfristiger Arbeitszeitänderungen und Einsatzpläne für Eltern.

2.2.4 Mutterschutz und Elternzeit

Seit 1. Juli 2005 kennt die Schweiz einen Erwerbersatz bei Mutterschaft. Im europäischen Vergleich ist er allerdings sehr niedrig. Zudem bestehen Lücken (z.B. Adoptionsurlaub). zAuch der geplante Vaterschaftsurlaub ist zu kurz. Der gesetzliche Weg ist harzig. Vereinzelt sind schon heute bessere Lösungen über GAV-Regelungen erzielt worden.

Massnahmen de lege ferenda und GAV

³⁹ Heute sieht Art. 69 Abs. 1 ArGV 1 eine zu kurze Frist von 2 Wochen vor.

⁴⁰ Nach Art. 15 Abs. 2 ArGV 1 gilt bei Pikettdienst ausserhalb des Betriebes als bezahlte Arbeitszeit nur jene Zeit, in welcher der Arbeitnehmer tatsächlich zur Arbeit herangezogen wird.

- Der gesetzlich verankerte Erwerbsersatz bei Mutterschaft muss von heute 14 auf 18 Wochen verlängert werden.
- Im Rahmen von GAV-Verhandlungen soll der Erwerbsersatz bei Mutterschaft auf 18 Wochen (100 % bezahlt) ausgebaut und ein mehrwöchiger bezahlter Vaterschaftsurlaub eingeführt werden.
- Der SGB und seine Verbände setzen sich dafür ein, dass in allen Branchen ein gesetzlich und/oder vertraglich festgelegter Adoptionsurlaub gleicher Länge für ein Elternteil eingeführt wird: 14 Wochen bei Kindern bis 12 Jahren, diese müssen bei Elternpaaren hälftig aufgeteilt werden. Allenfalls könnten wir auch mit Elternzeit arbeiten (Also 24 Wochen hälftig geteilt).
- Gesetzlich verankert werden sollte ein 8-wöchiger bezahlter Vaterschaftsurlaub.
- Zusätzlich zur Mutterschafts- und Vaterschaftsurlaub braucht es eine gesetzlich verankerte bezahlte Elternzeit von mindestens 24 Wochen, die hälftig zwischen den Eltern aufgeteilt werden muss.
- Bei gleichgeschlechtlichen Paaren ist dem nicht-gebärendem Elternteil bzw. Eltern ebenso Urlaub sowie Elternzeit zu gewähren.

3 Fazit

Die rechtliche Situation ist in der Schweiz was Arbeitszeiten, die Planbarkeit sowie Vereinbarkeit von Familie, Beruf sowie Gleichberechtigung der Geschlechter angeht noch stark verbesserungsfähig. Bis entsprechend Änderungen in Gesetz und Verordnung vollzogen werden, müssen Verbesserungen via GAV gemacht werden und, soweit möglich, über die Praxis der Gerichte.

Zu letzterem Punkt zumindest will dieses Dossier einen Beitrag leisten.

Mit den Beiträgen, die in diesem Dossier vereint sind, werden folgende Punkte aus Arbeitnehmenden-Perspektive und für Gewerkschaften und ihre Rechtsdienste möglichst praxisnah behandelt:

- Die verbotene einseitige Arbeitszeitverkürzung durch den Arbeitgeber mit entsprechender Lohnreduktion als Sparmassnahme
- Arbeitszeitregelungen durch den Arbeitgeber und Diskriminierung besonders von Frauen
- Die Stresshaftung des Arbeitgebers
- Die Rechtslage bei Pikett und Arbeit auf Abruf

Einseitige Arbeitszeitveränderungen durch den Arbeitgeber

Prof. Gabriela Riemer-Kafka, Universität Luzern⁴¹

1 Zusammenfassung

Absatzschwierigkeiten veranlassen Unternehmer, das wirtschaftliche Risiko zu minimieren und auch auf die Arbeitnehmer abzuwälzen. Eine der möglichen Massnahmen zu diesem Zweck besteht in der Anordnung verkürzter oder verlängerter Arbeitszeiten, jeweils mit den entsprechenden Konsequenzen auf den Lohn. Im folgenden Beitrag wird der Frage nachgegangen, ob Arbeitszeitveränderungen durch das einseitige Weisungsrecht des Arbeitgebers oder konsensual durch eine Vertragsänderung rechtmässig vorgenommen werden können. Soweit diese nicht unter Wahrung der Kündigungsfrist durch Änderungsvertrag sondern durch Änderungskündigung erfolgen, sind vom Arbeitgeber je nach den Umständen auch die Bestimmungen über die Massenentlassung und die missbräuchliche Kündigung zu beachten. Der Arbeitnehmer hat zu berücksichtigen, dass eine schuldhafte Ablehnung zumutbarer Arbeitszeitanpassungen im Interesse der Erhaltung des Arbeitsplatzes zu arbeitslosenversicherungsrechtlichen Sanktionen führen kann.

2 Einleitung

Das Schweizer Arbeitsrecht ist hinsichtlich seiner konkreten Ausgestaltung ein politischer Dauerbrenner. Dieses muss auf den gesellschaftlichen, technologischen und ökonomischen resp. marktwirtschaftlichen Wandel reagieren, will es nicht an Aktualität verlieren und der Wirtschaft unseres Landes zum Hemmschuh werden. Im Moment viel diskutiert werden Fragen, die sich mit der veränderten Rollenverteilung in der Familie und dem Wunsch nach flexiblen Arbeitsformen (Teilzeitarbeit, verschiedene Formen von Jobsharing, Gleitzeitarbeit oder Jahresarbeitszeit) befassen. Nicht minder bewegen uns die sich zeigenden Probleme im Zusammenhang mit der Digitalisierung und «Entgrenzung» der Arbeit, welche nicht nur den Arbeitnehmerbegriff sondern auch den Arbeitgeberbegriff mit all seinen Konsequenzen, wie z.B. Sozialversicherungsunterstellung und Beitragspflichten, Arbeitnehmerschutz oder gerichtliche Zuständigkeiten, an seine Grenzen bringen. Auch die Mobilität und Globalisierung der Märkte wirken sich aufs nationale Arbeitsrecht aus, indem vor allem feste Grössen wie Arbeits- und Ruhezeiten sowie der Gesundheitsschutz durch das Bedürfnis nach jederzeitiger Erreichbarkeit ins Wanken geraten. Bei all diesen neuen Fragen darf aber nicht aus den Augen gelassen werden, dass das Arbeitsrecht in einem Spannungsverhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen steht und somit nicht nur einseitig wirtschaftsfreundlich ausgestaltet sein darf. Vielmehr hat das Arbeitsrecht auch den wahren Ressourcen der Wirtschaft, nämlich den Arbeitnehmenden, Rechnung zu tragen und auf ihre Interessen am Erhalt der Arbeitsplätze sowie auf ihre Bedürfnisse nach einem von der Arbeitswelt abgegrenzten Privatleben und der Erhaltung der Gesundheit Rücksicht zu nehmen.

Da wirtschaftliche Überlegungen für den Fortbestand und die Weiterentwicklung eines Unternehmens sowie die Erhaltung von Arbeitsplätzen im Vordergrund stehen, liegt das Augenmerk der Unternehmensführung nicht nur auf der Ertragssteigerung sondern auch auf der Tiefhaltung der Produktionskosten. Zu letzteren zählen auch die Personalkosten, während auf der Ertragsseite der Absatz der Produkte die massgebende Rolle spielt. Der erfolgreiche Absatz der Produkte in einem globalisierten Markt hängt nicht nur von der Qualität der Erzeugnisse, sondern auch von deren Preis ab. Dieser wird von verschiedenen Faktoren bestimmt und ist nicht zuletzt auch devisenabhängig.

⁴¹ An dieser Stelle sei meiner Lehrstuhlassistentin Frau MLaw Olivia Kaderli für die wertvolle Unterstützung beim Verfassen dieses Artikels gedankt.

Verteuert sich der Schweizer Franken durch Aufwertung gegenüber einer Fremdwährung, belastet dies den Export ins Ausland, weil die Schweizer Güter teurer werden.

Besonders in wirtschaftlichen Krisenzeiten werden Möglichkeiten gesucht, um die Rentabilität und Kosteneffizienz des Betriebs zu erhalten. Nebst verschiedenen Formen von betrieblichen Prozess- und Strukturanpassungen, technologischen Rationalisierungsmassnahmen, Kurzarbeit, Personalabbau oder Lohnkürzungen werden auch Arbeitszeitverkürzungen oder -verlängerungen als «Heilmittel» eingesetzt. Anlass zu Anpassungen der Arbeitsbedingungen, insbesondere der Arbeitszeiten können, aber auch persönliche Veränderungen bei Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden sein, so z.B. gesundheitliche Probleme und dauerhafte Leistungsverminderung, der Wunsch nach Weiterbildung, mehr Freizeit oder derjenige zur besseren Koordination von Familie und Beruf.

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, welche arbeitsvertraglichen Möglichkeiten für Arbeitszeitveränderungen zur Verfügung stehen und ob diese auch einseitig erfolgen können.

3 Einseitige Arbeitszeitänderungen durch Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebenden?

3.1 Rechtsnatur des Weisungsrechts

Das Weisungsrecht resultiert aus dem typischen *Unterordnungsverhältnis* zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden und umfasst das Recht, über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmenden im Betrieb allgemeine Anordnungen zu erlassen und ihnen besondere Weisungen zu erteilen (Art. 321d OR). Im Gegensatz zum Antrag auf Änderung des Arbeitsvertragsinhalts, der auf der Ebene gleichgestellter Vertragspartner ausgehandelt wird und bei dem die massgebenden Eckpfosten des Arbeitsverhältnisses eingeschlagen werden, handelt es sich beim Weisungsrecht um vertragsausfüllende Konkretisierungen bestehender Vertragsinhalte, weshalb dieses als einseitiges Gestaltungsrecht des Arbeitgebers konzipiert ist.⁴² Unterschieden wird zwischen allgemeinen Anordnungen und besonderen Weisungen. Bezüglich des Inhalts von Weisungen können Zielanweisungen, Fachanweisungen und Verhaltensanweisungen unterschieden werden. Erstere sind allgemein im Betrieb geltende Richtlinien, letztere sind konkrete, individuelle Anweisungen, so insbesondere auch solche bezüglich der Dauer oder Lage der Arbeitszeiten eines einzelnen Arbeitnehmenden.

Der Arbeitgebende kann aber auch durch vertragliche Abmachung auf sein Weisungsrecht verzichten und es dem Arbeitnehmenden in der Form übertragen, als dieser selbständig über die Ausgestaltung bestimmter Vertragspunkte entscheiden darf. In Bezug auf Arbeitszeiten spricht man auch von Zeitautonomie, was immer dann der Fall ist, wenn Gleitarbeitszeit vereinbart wird, aber in der Regel auch bei Homeoffice oder leistungszielorientierter Arbeit sowie je nach Ausgestaltung auch bei Jahresarbeitszeit.

Der Arbeitgeber kann jederzeit Weisungen erteilen, aufheben oder ändern. Sie müssen jedoch für den Arbeitnehmenden klar und verständlich erfolgen sowie von diesem überhaupt empfangen werden, damit sie Verbindlichkeit erlangen. Stillschweigende Weisungen sind denkbar, müssen aber auf besonders aussagekräftigen, konkludenten Handlungen basieren. Weisungen haben in direktem Zusammenhang mit der Vertragserfüllung zu stehen und sind nur im üblichen Mass zu erteilen.⁴³

⁴² STREIFF ULLIN/ VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 321d N 2.

⁴³ Streiff/ von Kaenel/Rudolph, Art. 321d N 2.

3.2 Schranken des Weisungsrechts

3.2.1 Im Allgemeinen

Das Weisungsrecht unterliegt verschiedenen Schranken. Weisungen können gültig nur erlassen werden, sofern nicht zwingendes oder dispositives Gesetzesrecht, Gesamt- und Normalarbeitsverträge, Betriebsordnungen und Einzelarbeitsverträge entgegenstehen. Ein im Einzelarbeitsvertrag geregelter Arbeitsort oder Aufgabenbereich sowie die darin geregelten Arbeitszeiten bilden eine wichtige vertragliche Schranke des Weisungsrechts.

Weiter beschränken der Persönlichkeitsschutz nach Art. 328 OR sowie das Rechtsmissbrauchsverbot resp. der Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB das Weisungsrecht dahingehend, dass unzumutbare, unverhältnismässige, unsinnige, schikanöse oder einen Arbeitnehmenden ohne sachlichen Grund benachteiligende Weisungen unzulässig sind. Grundsätzlich sind Weisungen des Arbeitgebers vom Arbeitnehmenden nach Treu und Glauben zu befolgen (Art. 321d Abs. 2 OR).

3.2.2 In Bezug auf Arbeitszeiten

3.2.2.1 Grundsatz

Die Bestimmung des Umfangs und der Lage von Arbeitszeiten zählen zum wesentlichen Vertragsinhalt, da sich sowohl das Arbeitspensum als auch der Lohn nach der zur Verfügung gestellten Arbeitszeitdauer richten. Insofern können sie grundsätzlich *nicht einseitig* durch eine Weisung i.S.v. Art. 321d OR abgeändert werden, mit Ausnahme von kleineren zumutbaren Anpassungen, wie z.B. eine vorübergehende Verlängerung oder Verkürzung von nur wenigen Minuten pro Tag. Jedenfalls sind auch dann die Persönlichkeit des Arbeitnehmenden, d.h. die persönlichen, familiären oder sozialen Verhältnisse des Arbeitnehmenden, sowie der Grundsatz von Treu und Glauben zu beachten. Sofern jedoch vertraglich eine Bandbreite zu leistender Wochenarbeitsstunden vorgesehen ist (z.B. 40-41 Stunden) oder Jahresarbeitszeit vereinbart wurde, kann sich eine Weisung in Bezug auf Arbeitszeiten innerhalb der vertraglichen Grenzen bewegen. Der Arbeitsvertrag kann auch einen Vorbehalt zugunsten des Arbeitgebers enthalten, dass dieser unter bestimmten Voraussetzungen und unter Beachtung der Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmenden i.S.v. Art. 27 ZGB die Arbeitszeiten auch einseitig verändern darf. Für den Arbeitnehmenden muss ein solcher Vorbehalt klare Grenzen setzen, damit der Vertragsinhalt bestimmbar bleibt.

Im Falle von Gleitzeitarbeit oder bei Jobsharing ist es dem Arbeitgeber aufgrund der dem Arbeitnehmenden zukommenden und vertraglich vereinbarten Gestaltungsfreiheit grundsätzlich nicht erlaubt, durch Weisungen auf die Einteilung der Arbeitszeit Einfluss zu nehmen. Eine Anordnung, welche auf die Beschränkung der Arbeitspflicht nur auf die Blockzeit unter Ausschluss der Gleitzeit zielt, bedeutet einen unzulässigen Eingriff in die vertraglich zugesicherte Zeitautonomie. Damit einherginge die Verpflichtung des Arbeitnehmenden, den negativen Gleitzeitsaldo zwecks Wahrung der Soll-Zeit zu einem späteren Zeitpunkt auszugleichen, d.h. die Gleitfreiheit wird in vertragswidriger Form gleich doppelt eingeschränkt. Den Arbeitnehmenden trifft grundsätzlich keine Befolungspflicht, vorbehalten bleiben Zumutbarkeit und Treuepflicht.

3.2.2.2 Ausnahme: Überstunden

Art. 321c Abs. 1 OR bestimmt als Konkretisierung des Weisungsrechts des Arbeitgebenden und der Treuepflicht des Arbeitnehmenden, dass der Arbeitgeber in seinem Interesse liegende Überstundenarbeit anordnen darf und diese bei Zumutbarkeit für den Arbeitnehmer in Abweichung von

verabredeten oder üblichen Arbeitszeit eine Mehrarbeitszeit geleistet werden muss.⁴⁴ Von Überstundenarbeit ist auch auszugehen, wenn eine vertragliche Erhöhung der bisherigen Arbeitszeit an einem Rechtsmangel leidet⁴⁵, und die Arbeitnehmenden die Mehrzeit in Unkenntnis des Rechtsmangels in gutem Treuen leisten. Insbesondere darf aus der wiederholten Entgegennahme des «gekürzten» Lohns oder der Ausrichtung von freiwilligen Leistungen als Ausgleich für die Mehrstunden nicht auf einen Verzicht auf Überentschädigungszulagen resp. eine konkludente Einwilligung in die Lohnkürzung geschlossen werden, da dadurch der zwingende Charakter von Art. 321c Abs. 1 OR i.V.m. Art. 341 OR ausgehebelt würde. Ebenso wenig ist das Zuwarten mit der Geltendmachung der dem Arbeitnehmenden gemäss Art. 321c Abs. 3 OR zustehenden Lohnnachforderung rechtsmissbräuchlich, da dadurch die für Lohnforderungen geltende Verjährungsfrist von fünf Jahren illusorisch würde.⁴⁶

Im Falle vereinbarter Gleitzeitarbeit darf der Arbeitgeber in Ausübung seines Weisungsrechts unter den gleichen in Art. 321c Abs. 1 OR genannten Bedingungen die Zeitautonomie des Arbeitnehmenden einschränken und ihm eine Arbeitspflicht auch ausserhalb des ordentlichen Stundenplans resp. der Blockzeiten auferlegen⁴⁷, sofern dies dem Arbeitnehmenden zumutbar ist.⁴⁸ Eine andere Frage ist jedoch, ob resp. ab wann die angeordnete Arbeitszeit im Falle von Gleitzeit überhaupt als Überstundenarbeit zu qualifizieren ist. Sind die Blockzeiten, die vertragliche Soll-Zeit oder die Ist-Zeit Massstab für die zu leistende Mehrarbeit? Ausgehend von der Definition von Überstunden als eine über der vertraglichen oder üblichen Arbeitszeit liegende Mehrarbeitszeit ist auch bei Gleitzeit von der in einer bestimmten Arbeitsperiode zu leistenden Soll-Arbeitszeit auszugehen. Daraus lassen sich verschiedene Varianten ableiten⁴⁹:

- Überstunden liegen nur bei einem positiven, über der Soll-Zeit liegenden Gleitzeitsaldo vor. Dadurch werden jedoch die im Interesse des Arbeitgebers geleisteten notwendigen Überstunden in die Gleitzeit verlegt, was einer ausserordentlichen Fälligkeit der Arbeitsleitung, aber nicht der Erbringung von Überstunden als Mehrleistung entspricht. Dies gilt umso mehr, als der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Anordnung von Überstunden einen negativen Gleitzeitsaldo hätte.
- Überstunden liegen nur vor, wenn innerhalb einer Arbeitsperiode angeordnete Überstunden zusammen mit den bereits geleisteten Ist-Stunden die *persönliche* Soll-Zeit des Arbeitnehmenden überschreiten. In diesem Fall müsste ein vorhandener positiver Gleitzeitsaldo unbeachtlich bleiben und auf die nächste Arbeitsperiode weitergeschoben werden, während ein negativer Gleitzeitsaldo zwangsweise auszugleichen wäre. Die Zeitautonomie wird somit von der Überstundenanordnung miterfasst.
- Überstunden liegen nur vor, wenn am Ende einer Abrechnungsperiode die Soll-Zeit des Arbeitnehmenden überschritten ist. Da die Abrechnungsperiode mit den eigentlichen Arbeitszeiten nichts zu tun hat, haftet dieser Variante etwas Willkürliches an.

⁴⁴ Im Einverständnis mit dem Arbeitnehmenden kann diese gemäss Abs. 2 durch Freizeit von entsprechender Länge ausgeglichen werden. Mittels schriftlicher Vereinbarung kann gemäss Abs. 3 sowohl auf die Zeitkompensation als auch die Entschädigungspflicht bei Überstunden wegbedungen werden.

⁴⁵ Überschreitet z.B. die neu vereinbarte Arbeitszeit eine GAV-Höchstarbeitszeit oder eine im GAV vorgesehene mögliche Einwilligung in die Vertragsänderung erfolgt von einer Arbeitnehmervertretung ohne entsprechende Ermächtigung, so leidet die Willenserklärung an einem zur Nichtigkeit führenden Rechtsmangel.

⁴⁶ BGer 4A_194/2013, 18. 9. 2013, E. 4.

⁴⁷ ROGER WYLER, Die gleitende Arbeitszeit nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1976, S. 37, 78 ff.

⁴⁸ Eine Unzumutbarkeit kann insbesondere bei ausserhalb der Blockzeit zu erfüllenden Betreuungspflichten vorliegen.

⁴⁹ Vgl. WYLER, S. 77 ff.

- Überstunden liegen nur vor, wenn innerhalb einer Arbeitsperiode angeordnete Überstunden zusammen mit den bereits geleisteten Ist-Stunden des Arbeitnehmenden die *betriebliche* Soll-Zeit innerhalb einer Arbeitsperiode (z.B. Arbeitstag, Arbeitswoche) überschreiten. Damit wird die Zeitautonomie weniger berührt als bei der Bezugnahme auf die persönliche Soll-Zeit.

Da die Gleitfreiheit als solche und das Recht des Arbeitnehmenden, die Verteilung der Arbeitszeit frei vornehmen zu können, sich dem arbeitgeberischen Weisungsrecht i.S.v. Art. 321c Abs. 1 OR entzieht und die Überstundenarbeit ihrer Definition nach vorübergehender Natur ist, sollte ein im Zeitpunkt ihrer Anordnung bestehender positiver oder negativer Gleitzeitsaldo m.E. von der Anordnung von Überstunden unberührt bleiben. Dies würde bedeuten, dass während einer beschränkten Zeit die Zeitautonomie ausgesetzt würde und an deren Stelle die tägliche pensumsbezogene Soll-Zeit tritt. Überstunden entsprechen der Überschreitung dieser Soll-Zeit.

3.3 Weisungsrecht und Treuepflicht

3.3.1 Einseitige Arbeitszeitverkürzung

Es stellt sich jedoch die Frage, ob sich aus der allgemeinen Treuepflicht des Arbeitnehmenden eine Pflicht zur Befolgung von vertragswidrigen Weisungen ableiten lässt, denn gemäss Art. 321a Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmende die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in gutem Treuen zu wahren. Bei der Treuepflicht handelt es sich zum einen in der Regel um eine Unterlassungspflicht und zum anderen wird sie durch das Recht des Arbeitnehmenden zur Wahrung seiner eigenen berechtigten Interessen begrenzt. Ob es auch zur Wahrung berechtigter Interessen des Arbeitgebenden gehört, dass die Belegschaft zwecks Existenzsicherung des Betriebes oder zwecks Mittragung wirtschaftlicher, konjunktureller oder finanzmarktmässiger Probleme eine Arbeitszeitänderung (mit entsprechenden Lohnfolgen) hinzunehmen hat, ist jedoch fraglich. Ein zulässiger und vom Gesetzgeber vorgesehener Anwendungsfall der u.a. auf einseitiger Weisung beruhenden Treuepflicht ist gemäss Art. 321c Abs. 1 OR die Pflicht zur Leistung von notwendigen, betrieblich oder wirtschaftlich bedingten Überstunden, sofern diese dem Arbeitnehmenden zumutbar sind. Eine Pflicht zur Leistung von notwendigen «Minusstunden» hingegen lässt sich aus dem Gesetz nicht ableiten, da im Falle der Anordnung einer gekürzten Arbeitszeit durch den Arbeitgeber wegen eines zu geringen Arbeitsanfalls und der Zurückweisung der vom Arbeitnehmenden ordnungsgemäss angebotenen Arbeit ersterer gemäss Art. 324 OR, eine relativ zwingende Bestimmung i.S.v. Art. 362 OR, in Annahmeverzug gerät und weiterhin lohnzahlungspflichtig bleibt. Die einseitige Anordnung von Minusstunden steht auch im Widerspruch zur Anordnung von Kurzarbeit, welche gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. d AVIG nur mit Zustimmung des Arbeitnehmenden eingeführt werden darf, ansonsten sich der Arbeitgebende ebenfalls in Annahmeverzug i.S.v. Art. 324 Abs. 1 OR versetzt.⁵⁰ Arbeitsorganisation, Auftragsbeschaffung sowie der ganze Bereich der Kalkulation und Preisfestsetzung sind Aspekte des unternehmerischen Handelns und fallen daher als Wirtschaftsrisiko eindeutig in den Risikobereich der Arbeitgebenden.⁵¹ Nicht nur das Betriebs- sondern auch das Wirtschaftsrisiko hat dieser grundsätzlich selbst zu tragen. Daraus folgt, dass er das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko den Arbeitnehmenden

⁵⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324 N 7. Ob jedoch eine ohne ausdrückliche Zustimmung zur Kurzarbeit erfolgte Befolgung der verkürzten Arbeitszeit ohne Protest gegen die entsprechende Lohnkürzung als konkludente Einwilligung zur Vertragsänderung gedeutet werden kann, muss in Frage gestellt werden. Vgl. dazu REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband, Der Arbeitsvertrag, Art. 319 – Art. 362 OR, 1. Abschnitt, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319 - Art. 330b OR, Bern 2010, Art. 324 N 9, welche jedoch im Fall von Kurzarbeit – wohl ausgehend von Art. 6 OR – von einer Vermutung der Zustimmung ausgehen.

⁵¹ STREIFF/ VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324 N 5; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Art. 324 N 14.

nicht durch einseitige Weisung überbinden darf. Würde er sich auf eine entsprechende Vertragsklausel berufen können, wäre diese, weil der zwingenden Norm von Art. 324 Abs. 1 OR widersprechend, nichtig und der Lohnanspruch während der Freistellungszeit bliebe erhalten.⁵² Nicht vergleichen lässt sich die Situation einer durch finanzmarktpolitische oder wirtschaftliche Entwicklungen eingetretenen (existenziellen) Krise des Betriebs mit einer Notsituation, wie z.B. einer durch Zufall oder höhere Gewalt entstandenen Gefahr für die Betriebsstätte oder die Produktionsmittel. Aufgrund der Risikoverteilung ist diese Gefahr ebenfalls dem Arbeitgeber zuzuordnen, doch lässt sich in einem solchen Fall aus der Treuepflicht ableiten, dass einzelne ausgefallene Arbeitsstunden aus Billigkeitsgründen ohne zusätzliche Entschädigung nachzuholen wären. Eine Lohnreduktion in einem solchen Fall ist jedoch kaum je anzunehmen.⁵³ Einseitige Weisungen, welche die Arbeitszeit verkürzen und dem Arbeitsvertrag widersprechen, müssen somit vom Arbeitnehmenden nicht auf der Grundlage seiner arbeitsrechtlichen Treuepflicht befolgt werden, auch wenn der Betrieb aus wirtschaftlichen Gründen in seiner Existenz gefährdet ist.⁵⁴ Seiner Rechtsansprüche aus dem Arbeitsvertrag, insbesondere der Lohnforderung, geht er während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht verlustig, da sich der Arbeitgeber mit der widerrechtlichen Weisung resp. der Nichtzuweisung von Arbeit grundsätzlich in Annahmeverzug i.S.v. Art. 324 OR versetzt.⁵⁵ Darüber hinaus stehen dem Arbeitnehmenden auch die Rechtsbehelfe gemäss Art. 97 Abs. 1 OR oder Art. 28 ff. ZGB zur Verfügung. Eine wegen Geltendmachung der Lohnforderung oder Ablehnung der Arbeitszeitverkürzung erfolgende Kündigung ist i.S.v. Art. 336 Abs. 1 lit. c und d OR missbräuchlich.⁵⁶

3.3.2 Anordnung von Überstunden

Die einseitige Anordnung der Verlängerung der Arbeitszeit bei gleichbleibendem Lohn ist von der Treuepflicht und der Pflicht zur Leistung von Überstunden grundsätzlich nur gedeckt, wenn die Voraussetzungen von Art. 321c Abs. 1 sowie Abs. 3 OR bezüglich des Erfordernisses einer vorgängigen schriftlich erfolgten vertraglichen Wegbedingung einer Entschädigungs- resp. eines Zeitausgleichs erfüllt sind. Eine solche liegt jedoch nur vor, wenn Ereignisse wie übermässiger Arbeitsanfall, Behebung eines Schadensfalls, Einspringen für ausfallende Arbeitskollegen, Erledigung von Zusatzaufgaben und Ähnliches vorliegen. Es muss somit eine Situation gegeben sein, bei der die zu erbringende Arbeitsleistung in der dafür vorgesehenen Zeit objektiv nicht möglich ist. Zudem muss die Arbeitszeitausdehnung im Rahmen der durch das Arbeitsgesetz festgelegten Höchstgrenzen liegen und zumutbar sein, und zwar in dem Sinne, dass ihr keine persönlichen Hindernisse, familiäre oder andere Pflichten entgegenstehen und sie nicht gegen Treu und Glauben angeordnet wird. Dies ist dann der Fall, wenn die Überstundenanordnung u.a. aus Gründen einer durch den Arbeitgebenden verschuldeten betrieblichen Fehlorganisation «notwendig» wird. Eine Arbeitszeitverlängerung zwecks Senkung der Produktionskosten (z.B. Einsparung von Personalkosten) bzw. zwecks Steigerung der Rentabilität ist vom Zweck von Art. 321c OR jedoch nicht gedeckt und daher unzumutbar und gegen Treu und Glauben verstossend.⁵⁷ Leistet der Arbeitnehmende die Überstunden aber trotz fehlender gesetzlicher Voraussetzungen auf Anordnung oder als Duldung des Arbeitgebenden, so

⁵² JAR 2004, S. 444 sowie STAEHELIN ADRIAN, Züricher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319 – 330a OR, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 324 N 29; STREIFF/ VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322 N 13.

⁵³ STREIFF/ VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321d N 3.

⁵⁴ REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, Art. 322 N 19.

⁵⁵ Vgl. das Beispiel in BGE 132 III 115 E. 5 betr. Anpassung und Flexibilisierung der Arbeitszeiten entsprechend dem Arbeitsanfall (Pflicht für Minusstunden und Kompensation mit Überstunden); STREIFF/ VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324 N 3.

⁵⁶ STREIFF/ VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336 N. 8.

⁵⁷ Im BGer 4A_194/2013, 18.9.2013, E. 4 äussert sich jedoch nicht zur Frage der Notwendigkeit von Überstunden. Konkret ging es um geleistete Mehrarbeit, welche auf einer GAV-widrigen Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretung bezüglich der Erhöhung der Arbeitszeit beruhte.

stehen ihm die Ansprüche gemäss Art. 321c Abs. 3 OR dennoch zu. Der Arbeitnehmende hat aber auch das Recht, die Überstundenarbeit zu verweigern. Eine deshalb ausgesprochene Kündigung ist als Rache Kündigung gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. d OR missbräuchlich.⁵⁸ Werden durch die Anordnung des Arbeitgebers arbeitsgesetzliche Bestimmungen verletzt, so kann der Arbeitnehmende gestützt auf Art. 342 Abs. 2 OR seine Ansprüche aus dem Arbeitsgesetz zivilrechtlich verfolgen. Überdies können seitens der Behörden gemäss Art. 50 ff. ArG auch Massnahmen des Verwaltungszwanges ergriffen werden. Der Arbeitnehmende kann im Verletzungsfall gemäss Art. 54 ArG auch Anzeige bei der zuständigen Behörde einreichen.

3.3.3 Weisungsrecht und Antrag zur Vertragsänderung

Eine dem Arbeitsvertrag widersprechende Änderung von Arbeitszeiten kann gültig nur durch eine Vertragsänderung vorgenommen werden, falls nötig sogar mittels Änderungskündigung. Wie ist jedoch das Schweigen auf eine solche einseitige Anordnung oder die widerspruchslose Befolgung des Arbeitnehmenden zu beurteilen? Befolgt der Arbeitnehmende die vertrags- und gesetzeswidrige Weisung un widersprochen⁵⁹, sei es aus Unkenntnis der Rechtslage, der wirklichen Bedürfnisse und finanziellen Lage des Arbeitgebenden oder aus Angst vor nachteiligen Folgen bei einer Widersetzung, kann darin kein stillschweigendes Einverständnis in die vertrags- oder gesetzeswidrige Weisung erblickt werden, insbesondere wenn sie zum Nachteil des Arbeitnehmenden ist.⁶⁰ Kommt hinzu, dass einseitige Weisungen nur empfangs- und nicht zustimmungsbedürftig sind. Der Arbeitnehmende kann somit die ihm gemäss Art. 321c Abs. 3 oder 324 Abs. 1 OR zustehenden Lohnansprüche geltend machen, vorbehalten bleibt im Fall von Überstunden deren vertragliche Wegbedingung gemäss Art. 321c Abs. 3 OR. Ein nachträglicher Verzicht ist aber wegen des zwingenden Charakters von Art. 321c Abs. 1 und Art. 324 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 341 OR nichtig.

Es stellt sich aber bei der mehrmals un widersprochenen Befolgung einer dem Arbeitsvertrag zuwiderlaufenden Weisung die Frage der stillschweigenden Einwilligung in eine Vertragsänderungs offer te. Im Falle von Lohnänderungen geht die bundesgerichtliche Rechtsprechung davon aus, dass bei mind. dreimaliger Entgegennahme des gekürzten nach Treu und Glauben von einem konkludenten Einverständnis in die Lohnkürzung resp. Vertragsänderung ausgegangen werden darf, wobei der Vertragsänderungswille unmissverständlich zum Ausdruck kommen muss.⁶¹ Diese Rechtsprechung darf m.E. jedoch nicht auf die Befolgung vertragswidriger Weisungen übertragen werden. Da es sich bei einer Weisung nicht um einen klaren Antrag zur Vertragsänderung handelt und der Wille zur Vertragsänderung nicht offensichtlich zum Ausdruck gebracht wird, ist aufgrund der Unklarheitsregel und des Grundsatzes «in dubio contra stipulatorem» davon auszugehen, dass es sich nicht um eine Offerte zur Vertragsänderung, sondern bloss um eine unzulässige Weisung handelt. In der Befolgung einer vertragswidrigen Weisung, sei es aus Angst vor Nachteilen oder aus Unkenntnis, kann somit nicht auf eine Zustimmung zur Vertragsänderung geschlossen werden.⁶² Zu diesem Schluss führt auch die Überlegung, dass der Vertragsänderungswille des Weisungsberechtigten unklar und damit nicht rechtsgenügend dargetan ist und die Befolgung der Weisung somit vielmehr

⁵⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336 N. 8.

⁵⁹ Befolgt ein Arbeitnehmer die vertragswidrige Weisung trotz erhobenem Widerspruch weiter, so gilt dies als Widerruf des Widerspruchs.

⁶⁰ Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 7. Februar 2012, E. 4.2 in: JAR 2013, S. 518; vgl. auch im Zusammenhang mit im Rahmen einer Massenentlassung ausgesprochenen Kündigungen BGE 132 III 406 E. 2.6, wonach aus dem passiven Verhalten der Arbeitnehmenden nicht aufgrund von Treu und Glauben auf einen Verzicht auf Verlängerung der Kündigungsfrist i.S.v. Art. 335g Abs. 4 OR geschlossen werden darf.

⁶¹ BGE 109 II 327 E. 2.b; BGer 4A_443/2010, 26.11.2010, E. 10.1.4 und 10.3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322 N 15; PORTMANN WOLFGANG, in: HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 322 N 9.

⁶² PORTMANN, Basler Kommentar, Art. 321d N 5; REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321d N 47; a.M. STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Art. 321d N 17.

als Offerte des Arbeitnehmenden zur Vertragsänderung betrachtet werden müsste, was bei einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen eher ungewöhnlich wäre. Würde die Befolgung vertragswidriger Weisungen leichthin als konkludente Einwilligung zu einer Änderungs-offerte verstanden, so würde auch der Schutzgedanke von Art. 321c Abs. 1 oder 324 OR ausgehöhlt und der Arbeitgebende in die komfortable Lage versetzt, dass er keine Änderungskündigungen aussprechen muss und somit im Falle von einer grösseren Anzahl betroffener Arbeitnehmender auch die Regeln über die Massenentlassung umgehen kann.

Einseitige Arbeitszeitveränderungen gehen jedoch in der Regel mit Lohnkürzungen einher. Solche Lohnkürzungen wegen Minusstunden können sich jedoch nicht auf Art. 82 OR, den normalen Leistungsverzug des Arbeitnehmers, stützen, da ihn an der Arbeitsverhinderung kein Verschulden trifft und die Minusstunden i.S.v. Art. 324 OR, d.h. der Betriebsrisikolehre, durch den Arbeitgeber veranlasst wurden. Soweit wiederholt ein gekürzter Lohn ausbezahlt wird und der Arbeitnehmende diesen unwidersprochen annimmt, darf m.E. weder davon ausgegangen werden, dass es sich um einen Lohnverzicht durch Erlassvertrag i.S.v. Art. 115 OR, welcher nicht im Einklang mit Art. 341 OR stehen würde, noch um eine Vertragsänderung und eine entsprechende konkludente Einwilligung handelt. Nur wenn ein ausdrücklicher Antrag auf Lohnkürzung ausgesprochen wird, ist mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Anwendung der zu Art. 6 OR entwickelten Praxis davon auszugehen, dass mit der wiederholten Annahme eines gekürzten Lohnes vermutungsweise eine konkludente Zustimmung zur Vertragsänderung erfolgt resp. eine nachträgliche Lohnnachforderung rechtsmissbräuchlich und gegen Treu und Glauben verstossend wäre. Der Arbeitnehmer hat aber die Möglichkeit, die Vermutung umzustossen und Umstände geltend zu machen, aus denen der Arbeitgeber auf die Nichtzustimmung hätte schliessen müssen.⁶³

4 Veränderung in den Arbeitszeiten durch Vertragsanpassung

4.1 Kurzarbeit

Um Entlassungen und Arbeitslosigkeit im Falle einer vorübergehenden schlechten wirtschaftlichen Lage zu verhindern, kann der Arbeitgeber im Betrieb Kurzarbeit einführen. Bei der eigentlichen Kurzarbeit, welche im Arbeitslosenversicherungsgesetz (Art. 31-41 AVIG) geregelt wird, handelt es sich um eine voraussichtlich vorübergehende teilweise oder vollständige Einstellung der Arbeit.⁶⁴ Der Lohn wird entsprechend gesenkt und es werden Produktions- und Lohnkosten eingespart. Die Arbeitszeit gilt gemäss Art. 46 Abs. 2 AVIV als verkürzt, wenn sie zusammen mit den geleisteten, die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit übersteigenden Mehrstunden die normale vertragliche resp. übliche Arbeitszeit nicht erreicht.⁶⁵ Im Falle von betrieblichen Gleitzeitsystemen gelten als Mehrstunden

⁶³ BGer 4A_223/2010, 12.7.2012, E. 2.1.2; PORTMANN, Baiser Kommentar, Art. 322 N 9a; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322 N 15; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Art. 322 N 44 und BRUNNER CHRISTIANE/BÜHLER JEAN-MICHEL/WAEBER JEAN BERNARD/BRUCHEZ CHRISTIAN, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005, Art. 320 N 11. Der Meinung des Bundesgerichts folgend aber REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, Art. 322 N 19.

⁶⁴ Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben Arbeitnehmer, wenn sie beitragspflichtig sind bzw. das Mindestalter für die AHV-Beitragspflicht noch nicht erreicht haben, ein anrechenbarer Arbeitsausfall besteht, wenn ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis vorliegt sowie der Arbeitsausfall voraussichtlich nur vorübergehend ist und die Arbeitsplatzerhaltung erwartet wird (Art. 31 Abs. 1 AVIG). Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hingegen haben Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist, der mitarbeitende Ehegatte des Arbeitgebers sowie Personen mit massgeblichem Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Arbeitgebers (Art. 31 Abs. 3 AVIG).

⁶⁵ Betr. Berechnung des Arbeitsausfalls, wenn wegen der Frankenstärke vor Einführung von Kurzarbeit die Arbeitszeit vorübergehend erhöht wurde vgl. Weisung des Seco vom 9. März 2015 betr. Vorübergehende Erhöhung der Arbeitszeit aufgrund der Frankenstärke – Auswirkungen auf den Bezug von Kurzarbeitsentschädigung.

nur diejenigen Stunden, welche Zeitsaldi bis zu 20 Arbeitsstunden übersteigen sowie betrieblich festgelegte und für Festtagsbrücken vorgesehene Vor- und Nachholstunden.

Kurzarbeit setzt einen Arbeitsausfall voraus, weil es für eine volle Arbeitsleistung an einem momentanen Bedarf fehlt. Voraussetzungen für Kurzarbeit sind Arbeitsausfälle, welche nicht zum üblichen, wiederkehrenden und somit voraussehbaren Betriebsrisiko gehören, also wirtschaftlicher, und nicht branchenspezifischer, Natur sind. Als wirtschaftlich gelten diese Gründe dann, wenn sie durch den Markt beeinflusst werden, d.h. das Produkt auf Grund von konjunkturellen Faktoren, die sich auf den Absatz auswirken, keinen resp. einen erschwerten Absatz findet.⁶⁶ Als wirtschaftliche Gründe nicht anerkannt, weil normal und regelmässig, werden die üblichen Schwankungen an den Devisenmärkten und Börsen. Sofern jedoch die Devisenkurse durch behördliche Massnahmen, sofern sie nicht voraussehbar und normal sind, ins Rutschen geraten, so wird dies von der Arbeitslosenversicherung als aussergewöhnliches Betriebsrisiko gewertet.⁶⁷ Weitere Voraussetzungen für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung sind die Zustimmung des Arbeitnehmers⁶⁸ und die Unvermeidbarkeit der Kurzarbeit, d.h. im Sinne der Schadenminderungspflicht die Unmöglichkeit einer Zuweisung anderer Arbeit oder eines betrieblichen vorübergehenden Umdisponierens. Was die Zustimmung des Arbeitnehmers betrifft, stellt sich die Frage, der Arbeitnehmer die Zustimmungserklärung persönlich erteilen muss oder ob er dafür auch ein Gremium wie die betriebliche Mitarbeitervertretung oder seine Gewerkschaft ermächtigen darf. Grundsätzlich gehört der Abschluss des Arbeitsvertrags nicht zu den höchstpersönlichen Rechten und ist daher problemlos der Vertretung zugänglich, weshalb bei ausgewiesenem Einverständnis des Arbeitnehmenden eine betriebliche Mitarbeitervertretung oder die Gewerkschaft einer Änderung von Arbeitszeiten zustimmen darf.⁶⁹ Kein konkretes Einverständnis der betroffenen Arbeitnehmenden muss hingegen dann eingeholt werden, wenn die Kurzarbeit und die Voraussetzungen ihrer Anordnung im Sinne einer Abweichung von der regulären Arbeitszeit im GAV selber bereits normativ geregelt sind. Wird Kurzarbeit ohne Zustimmung des AN angeordnet, bleibt der Lohn weiterhin voll geschuldet (Art. 324 Abs. 1 OR).⁷⁰

Auch während der Kurzarbeit steht der Arbeitnehmer weiterhin in seinem (ungekündigten) Arbeitsverhältnis. Kommt es jedoch während der Kurzarbeit zu Entlassungen, ist ab der Kündigungszustellung bis zum Ende der Kündigungsfrist der volle Lohn vom Arbeitgeber geschuldet. Kurzarbeitszeitschädigungen werden nicht mehr ausgerichtet, da Arbeitnehmende in gekündigtem Arbeitsverhältnis von der Anspruchsberechtigung ausgenommen sind (Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG) und der Zweck der Vermeidung von Entlassungen nicht mehr erreicht werden kann. Der Arbeitnehmende kann bei einer Kündigung während oder unmittelbar nach der Kurzarbeit den ganzen erlittenen Ausfall beim Arbeitgeber geltend machen, da er seine Zustimmung zur Kurzarbeit nur unter der (stillschweigenden) Bedingung des Arbeitsplatzerhalts gegeben hat.⁷¹

⁶⁶ THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, Rz 479, in: Ulrich Meyer (Hrsg.), SBVR XIV, Soziale Sicherheit-Sécurité sociale, 3. Auflage, Basel 2016.

⁶⁷ Vgl. Weisung des seco vom 27. Januar 2015 betr. Kurzarbeit – Aufgabe des Mindestkurses des Schweizer Frankens von CHF 1.20 gegenüber dem Euro.

⁶⁸ Die Zustimmung erfolgt gemäss AVIG-Praxis KAE, D 27 (Stand 1.1.2016) formularmässig schriftlich (dies aber nur im Interesse der Beweisbarkeit und nicht als Gültigkeitserfordernis) und kann auch durch eine dafür legitimierte Arbeitnehmervertretung erfolgen.

⁶⁹ BGer 4A_555/2011, 23.2.2012, E. 2.3.3: Die alleinige Zustimmung einer Gewerkschaft oder AN-Vertretung *ohne* Grundlage in einem GAV reicht jedoch nicht: PORTMANN, Basler Kommentar Art. 324 N. 16, ebenfalls REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar Art. 324 N 45. Für die Möglichkeit der vorgängigen Zustimmung im Arbeitsvertrag oder Bestätigung der Zustimmung der Arbeitnehmenden durch die betriebliche Arbeitnehmervertretung gem. MWG vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH Art. 324 N. 7. Verneinend JAR 1980 S. 181.

⁷⁰ VISCHER FRANK/MÜLLER ROLAND, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014, §11 N.19.

⁷¹ STREIFF/VONKAENEL/RUDOLPH, Art. 324 N 7, mit Verweis auf weitere (gleiche und eine gegenteilige) Lehrmeinungen und kantonale Entscheide.

4.2 Vertragsänderung

4.2.1 Durch übereinstimmende Willenserklärung

4.2.1.1 Im Allgemeinen

Vertragsänderungen können während der Dauer des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich jederzeit im gegenseitigen Einvernehmen vorgenommen werden, und zwar auch in Bezug auf die Regelung der Arbeitszeiten. Dabei ist zu beachten, dass bei Vorliegen von Gesamtarbeitsverträgen der Spielraum sehr viel kleiner ist als bei Einzelarbeitsverträgen.

Gesamtarbeitsverträge können alle Inhalte eines EAV zum Gegenstand haben, also auch Löhne und Arbeitszeiten (z.B. 40-Stunden-Woche). Aufgrund ihrer normativen Wirkungen gelten sie auch ohne Übernahme in den Einzelarbeitsvertrag.⁷² Aufgrund der gemäss Art. 357a Abs. 1 OR geltenden Einhaltungspflicht sind auch die Bestimmungen über die Arbeitszeit zu befolgen.⁷³ Änderungen des GAV sind gemäss Art. 356c Abs. 1 OR wie deren Abschluss durch die Vertragsparteien und in Schriftform vorzunehmen. Sofern es ein Gesamtarbeitsvertrag vorsieht, kann die übereinstimmende Willenserklärung auch zwischen Arbeitgeberschaft und Arbeitnehmervertretung zustande kommen.⁷⁴ Auch nur vorübergehende Änderungen der Arbeitszeit, Art. 321c OR vorbehalten, kann ein Arbeitgeber demnach nicht einseitig durchsetzen. Dies würde der Schutzfunktion des GAV, die Ausnützung der wirtschaftlich schwächeren Partei durch den Arbeitgeber zu verhindern, entgegenlaufen.⁷⁵ In einem Einzelarbeitsvertrag oder in einer Betriebsordnung darf von gesamtvertraglichen Regelungen nur zugunsten des Arbeitnehmenden abgewichen werden, da die normativen Bestimmungen für Arbeitnehmende gemäss Art. 357 Abs. 2 OR relativ zwingend gelten und unverzichtbar sind. Eine Arbeitszeitverkürzung ohne Lohnfolgen wäre somit durchaus möglich. Enthält ein Gesamtarbeitsvertrag für eine Bestimmung jedoch eine Öffnungsklausel und wird darin auf die Unabdingbarkeit verzichtet, kann der Einzelarbeitsvertrag diesbezüglich eine für den Arbeitnehmenden ungünstigere Bestimmung enthalten.⁷⁶

Der Einzelarbeitsvertrag als zweiseitiges Rechtsgeschäft kommt gemäss Art. 1 OR durch übereinstimmende ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung zustande. Entsprechend müssen auch sämtliche Vertragsänderungen durch übereinstimmende Willenserklärung erfolgen. Ist eine besondere Formvorschrift für Abschluss und Vertragsänderung vorbehalten worden, gilt gemäss Art.

⁷² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 357 N 2

⁷³ VISCHER/MÜLLER, §36 N 22. Art. 357a OR statuiert eine Einwirkungspflicht der GAV-Parteien. So steht ein Verband bei Verletzung des Vertrages eines seiner Mitglieder in der Pflicht, von diesem die Vertragsbefolgung zu verlangen. Dazu sind Abmahnungen, statutarische und gesetzliche Mittel wie Disziplinar massnahmen, Verweise, Bussen, falls vereinbart Konventionalstrafen und Schadenersatzpflichten bis hin zum Ausschluss anzuwenden. Diese Einwirkungspflicht gilt auch bei Verletzung von normativen Bestimmungen wie die Verletzung der Arbeitszeiten oder Lohnregelungen, nebst den Möglichkeiten des betroffenen Arbeitnehmenden (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 357a N 3). In einem durch Verbände abgeschlossenen Gesamtarbeitsvertrag können die Parteien auch einen gemeinsamen Anspruch auf Einhaltung des Vertrages gegenüber den beteiligten Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden vereinbaren (Art. 357b OR). Mit dieser sogenannten Durchführung als Vertragsgemeinschaft können die GAV-Parteien als Ergänzung zur Einwirkung nach Art. 357a OR und der Klagemöglichkeit der Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden direkt gegen die dem GAV unterstellten Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden vorgehen und die Vertragsbefolgung verlangen und durchsetzen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 357a N 5). Der Vertragsgemeinschaft steht bei normativen Bestimmungen ein Anspruch auf Feststellung zu, Individualansprüche können nicht geltend gemacht werden. Der Feststellungsanspruch besteht neben und unabhängig von einer Leistungsklage des Betroffenen.

⁷⁴ Beispiel in BGer 194/2013, 18.9.2013.

⁷⁵ BGE 115 II 251 E. 4.a.

⁷⁶ STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Arbeitsverhältnisse, 2. Teilband, Der Arbeitsvertrag, Art. 319 – Art. 362 OR, 3. Abschnitt, Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag Art. 356 – 360 OR, Bern 1999, Art. 357 N 15

16 Abs. 1 OR die Vermutung, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen. Erbringen die Parteien jedoch die vertraglichen Leistungen trotz Nichteinhaltung der Form über eine längere Zeitdauer vorbehaltlos bzw. nehmen sie widerspruchslos entgegen, wird gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine konkludente Zustimmung zur Vertragsänderung und damit verbunden ein konkludenter Verzicht auf den Formvorbehalt angenommen.⁷⁷ Daraus folgt, dass einseitige Vertragsänderungen grundsätzlich nicht zulässig sind. Hingegen ist es zulässig, im Arbeitsvertrag selber, unter Wahrung der Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers (Art. 27 ZGB) und einer genügenden Bestimmbarkeit, in Form einer Änderungsklausel eine einseitige Vertragsänderung durch den Arbeitgeber oder Arbeitnehmer vorzusehen.⁷⁸

4.2.1.2 In Bezug auf Arbeitszeiten

Eine konkrete Bestimmung zur Vereinbarung der Arbeitszeit und deren Inhalt sieht das Gesetz nicht vor. Art. 319 OR äussert sich lediglich im Rahmen des Begriffs des Einzelarbeitsvertrags dahingehend, dass sich der Arbeitnehmer durch den Einzelarbeitsvertrag auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit verpflichtet. Die Informationspflicht gemäss Art. 330b OR auferlegt dem Arbeitgeber, spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses die wöchentliche Arbeitszeit schriftlich mitzuteilen.⁷⁹ Sodann regelt Art. 321c OR die Überstundenarbeit, welche nur liegt vor, wenn Arbeit über dem zeitlichen Umfang geleistet wird, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist.

Eine Änderung des Arbeitspensums sowie auch der Lage der Arbeitszeiten, soweit letztere *regelmässigen* Charakter haben, unterliegen einer konsensualen Vertragsänderung. Mit dieser wird auf unbestimmte Zeit, sofern nicht eine Befristung der Neuregelung vorgesehen ist, der Inhalt des Arbeitsvertrages neu gestaltet. Dies bezieht sich auf die Arbeitszeitverkürzung mit entsprechender Lohnreduktion gleichermaßen wie auf die Arbeitszeitverlängerung bei gleichbleibendem Lohn. Ziel von Arbeitszeitveränderungen in angespannten wirtschaftlichen Situationen oder im Fall der «Verteuerung» der Arbeitskraft ist die Verbilligung des Faktors «Arbeit», sodass Arbeitszeitverkürzungen in der Regel mit einer entsprechenden Lohnkürzung einhergehen oder bei gleichbleibendem Lohn die Arbeitszeit verlängert wird, womöglich als Kompensation von ersatzlosen Personalabgängen. Wird somit vom Arbeitgebenden eine Arbeitszeitänderung unter Hinweis auf solche Bedingungen und äussere Umstände vorgeschlagen oder sind den Arbeitnehmenden diese Umstände nach Treu und Glauben bewusst, ist davon auszugehen, dass mit der Arbeitszeitänderung auch eine Lohnkürzung verknüpft ist. Sollen jedoch Arbeitszeitänderungen quasi «out of the blue» eingeführt werden, so darf der Arbeitnehmende annehmen, dass es sich um eine solche ohne lohnmässige Nachteile handelt, somit auch die Regel von Art. 6 OR zum Tragen kommt. Da sich der Konsens nicht allein auf die Arbeitszeitveränderung sondern auch auf die Lohnhöhe zu beziehen hat, muss nämlich im Fall von Lohnnachteilen auch ein diesbezüglicher Konsens vorliegen.⁸⁰ In wirtschaftlich schwierigen Zeiten sollten Arbeitszeitänderungen in jedem Fall nur befristet ausgesprochen oder zumindest von bestimmten Bedingungen abhängig gemacht werden, wie z.B. Entwicklung der Devisenkurse.

Grundsätzlich gilt auch bei flexiblen Arbeitszeitmodellen, wie insbesondere Gleitzeitarbeit oder Jahresarbeitszeit, dass das vertraglich über eine kürzere oder längere Zeitdauer *vereinbarte Arbeitspensum* eingehalten werden muss, selber also nicht flexibel ist. Bei den flexiblen Arbeitszeitformen geht

⁷⁷ BGer 4A_443/2010, 26.11. 2010, E. 10.1.3.

⁷⁸ REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, Art. 322 N 19.

⁷⁹ Bei dieser Informationspflicht handelt es sich lediglich um eine Ordnungsvorschrift, die keine Sanktionen nennt. Eine Verletzung hat deshalb keine Auswirkung auf die Gültigkeit des Arbeitsvertrags. Jedoch stellt die Informationspflicht als arbeitsvertragliche Nebenpflicht einen Teilgehalt der Fürsorgepflicht dar und ist daher selbständig klagbar.

⁸⁰ REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, Art. 322 N 19.

es letztlich darum, dass die Lage der Arbeitszeit innerhalb eines bestimmten Zeitraums frei veränderbar ist. Dies gilt für die gleitende Arbeitszeit, die Jahresarbeitszeit sowie bei Arbeit auf Abruf. Den beiden Letztgenannten ist die Möglichkeit eigen, dass der Arbeitgeber je nach Arbeitsanfall den effektiven Beschäftigungsumfang zeitlich reduzieren oder verlängern kann, mithin das Betriebsrisiko auf die Arbeitnehmenden abwälzen kann. Bei den eigentlichen Gleitzeitmodellen hingegen wird dem Arbeitnehmer das Recht eingeräumt, über Lage und Umfang seiner Arbeitszeit in den festgelegten Grenzen selber zu befinden (sog. Zeitautonomie), vorbehalten bleibt ein vertraglich dem Arbeitgebenden eingeräumtes Weisungsrecht. Bei der unechten Arbeit auf Abruf steht dem Arbeitnehmenden das Recht zu, die Arbeitsaufforderung abzulehnen resp. die konkreten Einsatzbedingungen jeweils selber zu bestimmen bzw. auszuhandeln.⁸¹ Im Fall von echter Arbeit auf Abruf geht man in der Lehre davon aus, dass bei längeren regelmässigen Arbeitseinsätzen ein Vertrauenstatbestand geschaffen wird resp. die uneigentliche Teilzeit vom Arbeitgeber stillschweigend und konkludent in eine eigentliche mit festem Arbeitsplan überführt wird. Wie lange die Regelmässigkeit andauern muss, damit dem Arbeitsvertrag der Charakter der uneigentlichen Teilzeit abhandenkommt, wurde bis anhin in der Lehre nicht erörtert. Es ist aber davon auszugehen, dass der regelmässige Einsatz, sofern er nicht zum vorneherein als befristet ausgegeben wird⁸², mindestens drei Monate anhalten muss, um ein Vertrauensverhältnis entstehen zu lassen. Eine plötzliche Reduktion der Arbeitseinsätze stellt in dieser Situation eine unzulässige Überwälzung des Betriebsrisikos auf den Arbeitnehmer dar mit der Folge, dass der Arbeitgeber gemäss Art. 324 Abs. 1 OR in Verzug gerät oder eine Arbeitszeitanpassung mittels einer Änderungskündigung ins Auge fassen müsste.⁸³

So gesehen bestimmt sich die Arbeitszeit aufgrund einer Vereinbarung, und zwar ausdrücklich bei einem Gesamt-, Normal- oder Einzelarbeitsvertrag⁸⁴ oder im Fall einer fehlenden oder unklaren Vereinbarung durch Vertragsauslegung resp. Lückenfüllung aufgrund von Branchen- und Ortsüblichkeit⁸⁵ oder konkludent durch Übung von gewisser Dauer bzw. Erfüllung einer bestimmten Aufgabe resp. Funktion.⁸⁶ Vereinbarungen dürfen jedoch nicht so ausgelegt werden, dass die Schutzfunktion des Arbeitsrechts untergraben wird. Zudem sind unklare Bestimmungen, die der Arbeitgeber eindeutiger hätte regeln können oder auf die der Arbeitnehmer keinen Einfluss hat, nach der Regel «in dubio contra stipulatorem» auszulegen. Die Bestimmung resp. Bestimmbarkeit der Arbeitszeit ist schon deshalb erforderlich, weil die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes und der dazugehörigen Verordnungen zu beachten sind. Nicht nur müssen zwingend, auch für Teilzeitangestellte mit mehreren Arbeitgebern, die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 45 bzw. 50 Stunden gemäss Art. 9 und Art. 13 ff. ArG eingehalten werden, sondern auch die Ruhezeiten und Überzeitgrenzen sind von den Arbeitszeiten abhängig. Darüber hinaus würde eine unbegrenzte Arbeitszeit gegen die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmenden i.S.v. Art. 27 ZGB verstossen.

Im Falle von gewünschten Änderungen der Arbeitszeit ist von Bedeutung, dass diejenige Vertragspartei, von der der Antrag ausgeht, in der Regel ist es der Arbeitgebende, deutlich macht, ob es sich um eine Vertragsänderung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit oder ob es nur um eine vorübergehende Weisung in Bezug auf Verlegung von Arbeitszeiten handelt. Auf eine Offerte zur Vertragsänderung kann auch geschlossen werden, wenn sich aus den bekannten und offensichtlichen Umständen nach Treu und Glauben ergibt, dass es sich um eine solche handelt. Eine solche Situation

⁸¹ Vgl. den Fall einer Lehrerin, welche jedes Semester die Arbeitsbedingungen neu aushandeln konnte BGer 4A_509/2009, 7. 1.2010, E. 2.3.

⁸² Bei der Aneinanderreihung von mehreren befristeten Einsätzen müssten auch hier die Regeln über den Kettenarbeitsvertrag zur Anwendung kommen.

⁸³ REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, Rz 103.

⁸⁴ **Auch die Angabe einer Bandbreite (z.B. 35-40 Std./Woche, 180-200 Std./Monat) oder einer Mindestzusage an Arbeitsstunden (z.B. mind. 20 Std./Woche, mind. 80 Std./Monat) ist zulässig.**

⁸⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321 N 92.

⁸⁶ PORTMANN, Basler Kommentar, Art. 321 N 7.

ist im Fall wirtschaftlicher Krisen anzunehmen. Die Einwilligung kann ausdrücklich erfolgen – es kann sogar auch für Vertragsänderungen eine bestimmte Form im Vertrag vorbehalten sein – oder auch stillschweigend durch Duldung und widerspruchslose Befolgung der Änderungsangebote resp. widerspruchslose Hinnahme der in der Regel tieferen Lohnzahlungen des Arbeitgebers über eine längere Zeitdauer. Grundsätzlich gilt Art. 4 Abs. 1 OR, wonach das Stillschweigen auf eine ausgesprochene Angebote als Ablehnung zu werten ist, erst recht im Falle einer nachteiligen Änderungsangebote. Soweit es sich aber um eine im Interesse des Adressaten bzw. Arbeitnehmenden positive Arbeitszeitänderung ohne negative Lohnfolgen handelt, kann i.S.v. Art. 6 OR aufgrund der besonderen Natur des Geschäfts bei widerspruchsloser Befolgung von einer stillschweigenden Einwilligung ausgegangen werden.⁸⁷ Aber auch im Falle einer nachteiligen Arbeitszeitveränderung, so insbesondere eine mit Lohnkürzungen verbundene Arbeitszeitverkürzung oder eine bei gleichbleibendem Lohn angeordnete Arbeitszeitverlängerung, wendet die bundesgerichtliche Rechtsprechung auf Stillschweigen bzw. widerspruchslose Entgegennahme der reduzierten Leistungen Art. 6 OR an, insbesondere wenn nicht mit einer ausdrücklichen Annahme gerechnet werden muss.⁸⁸ Auch im Fall einer negativ sich auswirkenden Vertragsänderung soll nämlich «nach den Umständen» vom Offertsteller dann auf eine stillschweigende Einwilligung geschlossen werden können, wenn für den Adressaten der Änderungsangebote nach Treu und Glauben erkennbar ist, dass der Offertsteller von einem stillschweigenden Einverständnis ausgeht⁸⁹ oder wenn der Adressat weiss oder erkennen müsste, dass bei einer ausdrücklichen Ablehnung der Änderungsangebote bestimmte negative Massnahmen ergriffen oder eine Kündigung ausgesprochen würden.⁹⁰ Mit anderen Worten geht man auch beim Arbeitsverhältnis von der Vermutung aus, dass aus Angst vor durch die Arbeitgebenden ergriffenen Nachteilen das Stillschweigen des Arbeitnehmenden als Akzept gilt. Das Vorliegen solcher Umstände hat der Arbeitgeber zu beweisen.⁹¹

Die vom Bundesgericht entwickelte Rechtsprechung in Bezug auf die Anwendung von Art. 6 OR im Arbeitsrecht ist nicht unproblematisch und in der Lehre zu Recht auch schon kritisiert worden.⁹² Die differenzierte Regelung von Art. 6 OR verschafft m.E. Rechtsunsicherheit, weil Arbeitnehmende in der Regel nicht wissen können, welche Konsequenzen ein Schweigen «nach den Umständen» nach sich zieht. Es ist ihnen m.E. nicht zuzumuten, «nach Treu und Glauben» beim Arbeitgeber, den sie vielleicht persönlich gar nicht kennen, zu forschen, ob er von einem stillschweigenden Einverständnis ausgeht oder ob er eine ausdrückliche Reaktion erwartet. Bei den vom Bundesgericht im Zusammenhang mit Art. 6 OR aufgestellten Bedingungen handelt es sich um innere gedankliche Vorgänge, die für den Aussenstehenden nicht immer einfach zu erkennen sind. Insbesondere darf sich der Arbeitnehmende darauf verlassen dürfen, dass sich der Arbeitgeber an die Abmachungen im Arbeitsvertrag hält. Art. 6 OR steht auch im Widerspruch zu dem grundsätzlich im Arbeitsrecht verankerten Schutzgedanken gegenüber der schwächeren Vertragspartei. Da es in der Regel um Vertragsänderungen zu Lasten der Arbeitnehmenden geht und aufgrund der Kündigungsfreiheit für den Arbeitnehmenden gerade in wirtschaftlich angespannten Zeiten das Damoklesschwert einer Kündigung für den Fall einer Ablehnung der Änderungsangebote immer im Raum steht⁹³, läuft die bundesgerichtliche Rechtsprechung darauf hinaus, dass der Arbeitgebende in jedem Fall von einem

⁸⁷ REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, Art. 324 N 9.

⁸⁸ Statt vieler BGer 4A_216/2013, 29. 7.2013, E. 6.3.

⁸⁹ BGE 109 II 327, E. 2b.

⁹⁰ BGer 4A_135/2015, 14.8. 2015, E. 2.1, 4A_223/2010, 12.7. 2010, E. 2.

⁹¹ BGer 4A_216/2013, 29.7. 2013, E. 6.3; 4C.242/2005,9.11. 2005, E. 4.3

⁹² PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, Rz 582; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321d N 3.

⁹³ Vgl. das Beispiel in BGer 4A_194/2013, 18.9.2013, E. 1, wonach dem Arbeitnehmer in Folge seiner Ablehnung der Lohnreduktion wegen des starken Frankens gekündigt wurde.

stillschweigenden Akzept ausgehen kann, mit anderen Worten faktisch doch eine einseitige Vertragsänderung vorgenommen wird. Insbesondere hat es der Arbeitgeber in der Hand, bei der Belegschaft vorgängig entsprechende Unsicherheiten zu verbreiten und ist nicht verpflichtet, vorbehalten bleibt die Konsultationspflicht bei Massenentlassungen gemäss Art. 335f Abs. 3 lit. a OR, den Arbeitnehmenden Informationen über den Geschäftsgang zu liefern.

Sodann handelt es sich bei einer aus wirtschaftlichen Gründen erfolgten und ohne Änderungskündigung ausgesprochenen Arbeitszeitverkürzung mit entsprechender Lohnreduktion um den Antrag für eine Reduktion des Arbeitspensums, welche grundsätzlich zwar jederzeit, auch ohne Aussprechen einer Änderungskündigung, einvernehmlich möglich ist.⁹⁴ Dennoch stellt sich die Frage, ob die Vertragsänderung im Fall einer eindeutigen Abwälzung des Betriebs- resp. Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmenden nicht analog als teilweisen Aufhebungs- resp. Erlassvertrag i.S.v. Art. 115 OR qualifiziert werden könnte, der, falls die Kündigungsfrist nicht eingehalten wird, als Umgehung von Art. 324 OR zu werten ist oder aufgrund des angestrebten Zweckes die Nichtigkeit der Vertragsänderung zur Folge hätte.⁹⁵ In Bezug auf Aufhebungsverträge, welche in Umgehung zwingender Bestimmungen geschlossen wurden und die Kündigungsfristen nicht einhalten, nehmen die Gerichte immer dann eine Umgehungsabsicht an, wenn die Aufhebungsvereinbarung keine Vorteile für den Arbeitnehmenden bietet. Als gültig wird gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Aufhebungsvertrag dann qualifiziert, wenn beide Parteien einen echten Vergleich machen und gegenseitig auf ihre Rechte und Pflichten verzichten.⁹⁶ In einem jüngeren Urteil spricht sich das Bundesgericht dafür aus, dass der Aufhebungsvertrag nicht einzig die normale Kündigung ersetzen darf, sondern dem Arbeitnehmenden gegenüber einer normalen Kündigung namhafte Vorteile bieten soll.⁹⁷ PORTMANN spricht sich dafür aus, dass die Gültigkeit eines Aufhebungsvertrags vom vernünftigen Interesse (des Arbeitnehmenden) am Aufhebungsvertrag abhängen soll.⁹⁸ Ob jedoch die Vermeidung einer Kündigung bereits als vernünftiges Interesse des Arbeitnehmenden zu betrachten ist, kann nicht durchwegs bejaht werden. Es dürfte sicherlich dann nicht gegeben sein, wenn mit der Vertragsänderung existenzielle Bedrohungen verbunden sind. Zudem ist generell zu bedenken, dass mit einer solchen Vereinbarung nicht nur die Lohnzahlung während der Kündigungsfrist in Frage gestellt wird, sondern zusätzlich die Bestimmungen über die Massenentlassung umgangen werden.

Da bei Vertragsänderungen für den Arbeitnehmenden viel auf dem Spiel stehen kann, sollte im Fall von *unvorteilhaften* Änderungsofferten eine klare Regel gelten, nämlich dass die Vermutung des stillschweigenden Akzepts nur im Fall einer vorteilhaften Änderungsofferte, also einer ohne Lohnreduktion, gilt. Bei unvorteilhaften Änderungsofferten jedoch sollte m.E. Art. 6 OR keine Anwendung finden dürfen. Im letztgenannten Fall ist somit auf eine ausdrückliche Willenserklärung hinzuwirken, denn dies ermöglicht dem Arbeitnehmenden oder der Arbeitnehmervertretung zudem eine Verhandlungsmöglichkeit in Bezug auf das Ausmass der Vertragsänderung. Eine klare Regelung in diesem Punkt dient darüber hinaus auch der Arbeitslosenversicherung für die Abklärung der Leistungsbedingungen, falls sie um den Ersatz allfälliger Erwerbsausfälle angegangen wird.

⁹⁴ Aufgrund der Einwilligung in die Lohnreduktion handelt es sich nicht um einen Arbeitgeberverzug i.S.v. Art. 324 Abs. 1 OR, weshalb auch keine Anrechnung von anderweitigen Erwerbseinkünften i.S.v. Art. 324 Abs. 2 OR in Frage kommt: JAR 2015, S. 600.

⁹⁵ Vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335d N 10 m.w.H.

⁹⁶ BGer 4C.122/2000, 17.7.2000, E. 2.a..

⁹⁷ BGer 4A_209/2008, 31.7.2008, E. 3.1 a.E. betr. Verdoppelung der normalen Kündigungsfrist, erheblicher Beitrag an Outplacement.

⁹⁸ PORTMANN, Basler Kommentar, Art. 335 N 31.

4.2.2 Vertragsklauseln mit Recht auf einseitige Vertragsänderung

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit lässt Vertragsklauseln mit Recht auf einseitige Vertragsänderung zu, beispielsweise die Änderung des Arbeitsortes. Solche Änderungsrechte können auch die Arbeitszeiten betreffen, so insbesondere die Anordnung von Gleitzeitarbeit oder von kapazitätsorientierter Arbeitszeit.

Da der Arbeitnehmende bei solchen Klauseln im Voraus einer einseitigen Anpassung zustimmt, muss die mögliche künftige Anpassung einerseits zumindest bestimmbar sein und andererseits auch an bestimmte Voraussetzungen geknüpft werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind von der global erklärten Zustimmung zu allgemeinen Vertragsbedingungen alle ungewöhnlichen Bestimmungen ausgenommen, wenn auf deren Vorhandensein nicht besonders aufmerksam gemacht wurde.⁹⁹ Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung einer Partei beeinträchtigt, desto eher gilt sie als ungewöhnlich und bedarf einer expliziten Zustimmung des Arbeitnehmenden.

Des Weiteren gelten auch zwingendes Recht und gesetzliche Zustimmungserfordernisse als Grenzen einseitiger Vertragsgestaltungsrechte. Gesetzliche und gesamt- oder normalarbeitsvertragliche Regelungen wie Lohnbestimmungen sind einzuhalten. Der Persönlichkeitsschutz i.S.v. Art. 27 ZGB und das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens¹⁰⁰ als Ausfluss der Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR sind zu wahren. Es dürfen keine zwingenden Kündigungsfristen umgangen darf nicht verletzt werden. Auch ist eine Vertragsklausel, mit der das Unternehmensrisiko i.S.v. Art. 324 OR auf die Arbeitnehmenden abgewälzt werden soll, unzulässig. Ferner ist die Pflicht, nach Treu und Glauben zu handeln (Art. 2 Abs. 1 ZGB) und das einseitige Gestaltungsrecht nach billigem Ermessen auszuüben, zu beachten. Auch das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) ist auf die einseitige Vertragsanpassung anwendbar. Wird bei mehreren Arbeitnehmenden eine einseitige Änderung vorgenommen, darf nicht in diskriminierender Weise gegen das ebenfalls aus Art. 328 OR fliessende Gleichbehandlungsgebot verstossen werden.

Im Rahmen der erwähnten Schranke der übermässigen Selbstbindung nach Art. 27 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 20 OR sind *unbeschränkte* einseitige Änderungsrechte des Arbeitgebers, die wesentliche Aspekte des Arbeitsverhältnisses betreffen, so insb. die einseitige Veränderung von Arbeitszeiten, Lohn, Ferien, Kündigungsfristen und Aufgabenbereiche, nichtig resp. durch das Gericht auf das zulässige Mass zu beschränken. Ist eine Klausel nicht zu beanstanden, wird sie jedoch in unzulässiger Weise ausgeübt, ist die Ausübung als widerrechtlich und damit als nichtig anzusehen. Der Arbeitnehmende kann in diesem Fall die nichtige Änderung missachten, ohne dass er eine Vertragsverletzung begeht.

4.3 Änderungskündigung

4.3.1 Arten von Änderungskündigungen

Soweit keine einvernehmliche Vertragsänderung in Bezug auf die Arbeitszeiten und auch kein Anwendungsfall von Art. 321c OR vorliegt, führen zwei weitere Wege zur Gültigkeit der Vertragsänderung:

Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei, vorbehältlich der Sperrfristen gemäss Art. 336c OR, jederzeit, auch ohne besonderen Grund, gültig gekündigt werden (Art. 335 Abs. 1 OR). Grundsätzlich ist die Kündigungserklärung als einseitiges Gestaltungsrecht bedingungsfeind-

⁹⁹ RUDOLPH ROGER/VON KAENEL ADRIAN, Aktuelle Fragen zur Arbeitszeit, AJP 2/2012, S. 203.

¹⁰⁰ Vgl. auch Art. 36 ArG.

lich, doch werden Potestativbedingungen als zulässige Unterform der bedingten Kündigung anerkannt, so auch die Änderungskündigung. Unterschieden werden als eigentlichen Änderungskündigung Formen wie die mit der Offerte für geänderte Arbeitsbedingungen verknüpfte bedingte Kündigung, die unbedingte Kündigung mit gleichzeitigem Anbieten eines neuen, geänderten Vertrages sowie die als normale Kündigung zu verstehende uneigentliche Änderungskündigung, die ausgesprochen wird, nachdem neue Arbeitsbedingungen abgelehnt wurden. Mit der eigentlichen Änderungskündigung kann der Arbeitgebende eine aufschiebend bedingte Kündigung aussprechen, indem die Kündigungserklärung auf einen bestimmten Zeitpunkt hin nur dann wirksam wird, wenn die gewünschte Arbeitszeitänderung abgelehnt wird. Der Vertrag läuft hingegen ungekündigt und nahtlos, aber mit geändertem Inhalt, weiter, wenn die Vertragsänderung angenommen wird. Es kann sich aber auch um eine resolutive bedingte Änderungskündigung handeln, indem die Kündigung mit der Änderungs-offerte so verknüpft wird, dass bei Annahme der Änderungs-offerte die ausgesprochene Kündigung als gegenstandslos dahinfällt. In beiden Fällen ist innerhalb einer bestimmten Frist ein Akzept oder eine Ablehnung der Änderungs-offerte erforderlich, wobei dies am besten durch ausdrückliche Erklärung zu erfolgen hat. Im Falle des Schweigens auf die mit der Kündigung ausgesprochene Änderungs-offerte gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Vermutung von Art. 6 OR ebenfalls. Diese Vermutung sollte m.E. in dieser Situation ebenfalls nicht zur Anwendung gelangen, vorbehalten bleibt natürlich eine vorgängige Auslegung und Definition des Stillschweigens auf eine Offerte als Zustimmung oder Ablehnung. Auch in dieser konkreten Kündigungssituation kann, entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁰¹, nicht aus den Umständen geschlossen werden, dass die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses zu schlechteren Konditionen für den Arbeitnehmenden immer nur vorteilhafter sei als eine Kündigung.¹⁰²

Heikel ist die Rechtslage dann, wenn mit oder ohne Kündigungserklärung oder Kündigungsandrohung ein Arbeitsverhältnis entsprechend neuer Arbeitsbedingungen weitergeführt wird. Bedeutet dies eine Fortsetzung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses oder die Zustimmung zu den neuen Vertragsbedingungen? Da Arbeitszeitänderungen in aller Regel mit Lohnkürzungen verbunden sind, ist von Art. 4 Abs. 1 OR ausgehend anzunehmen, dass ein Stillschweigen als Ablehnung der Offerte gilt und der Vertrag zu den bisherigen Konditionen weiterläuft. Doch auch im Falle von Lohnkürzungen hat das Bundesgericht in Anwendung von Art. 6 OR bei der widerspruchslosen Entgegennahme des gekürzten Lohnes während mindestens drei Monaten auf die Vermutung einer konkludenten Einwilligung in die Änderungs-offerte geschlossen, sofern der Arbeitnehmer nicht nachweisen kann, dass der Arbeitgeber aufgrund gegebener Umstände doch auf Ablehnung hätte schliessen müssen.¹⁰³ Diese Sichtweise des Bundesgerichts, welche in der Literatur auf Kritik stösst¹⁰⁴, misst dem Vertrauensgrundsatz eine sehr hohe Bedeutung bei und leistet m.E. dem Bruch des Grundsatzes «pacta sunt servanda» Vorschub, weil der Arbeitgeber aufgrund der latenten Kündigungsgefahr für den Arbeitnehmenden aus dessen Stillschweigen oder der wiederholten Entgegennahme des reduzierten Lohns in den allermeisten Fällen auf Annahme schliessen darf und somit faktisch jederzeit eine einseitige Vertragsänderung herbeiführen und das zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehende Machtgefälle und das wirtschaftliche Abhängigkeitsverhältnis ausnützen kann.¹⁰⁵ Kommt hinzu, dass mit der Annahme der stillschweigenden Einwilligung für den Arbeitgeber zwar

¹⁰¹ Vgl. dazu BGer 4A_223/2010, 12.7. 2010, E. 2.4.

¹⁰² GEISER THOMAS, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, AJP 1/1999, S. 68.

¹⁰³ BGer 4A_223/2010, 12.7. 2010, E. 2.1.2. Demgegenüber hat das Gewerbliche Schiedsgericht Basel-Stadt mit Urteil vom 12. April 2011 (in: JAR 2012, S. 439 f.) aufgrund fehlender Begründung der Lohnreduktion seitens des Arbeitgebers trotz mehr monatiger Entgegennahme des gekürzten Lohns nicht konkludente Einwilligung sondern Lohnstundung angenommen.

¹⁰⁴ PORTMANN, Basler Kommentar, Art. 322 N 9a; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, ART. 322 N 15; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 320 N 11 UND STAEHELIN, Art. 322 N 44. Der Meinung des Bundesgerichts folgend aber REHBINDER/STÖCKLI, Art. 322 N 19.

¹⁰⁵ In diesem Sinn auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322 N 15.

Rechtssicherheit erreicht wird, für den Arbeitnehmer jedoch indirekt auch eine Aushebelung der Verjährungsfrist, während welcher er Nachforderungen stellen könnte.

4.3.2 Missbräuchlichkeit der Änderungskündigung

Beschränkt wird die Kündigungsfreiheit durch den zeitlichen und sachlichen Kündigungsschutz. So führt eine missbräuchliche Kündigung zu einer Entschädigungspflicht (Art. 336 ff. OR). Dasselbe gilt für Änderungskündigungen. Soll mit einer solchen eine Vertragsverschlechterung für die Gegenseite auf einen Termin durchgesetzt werden, ohne dass die Kündigungsfrist eingehalten wird, liegt eine missbräuchliche Änderungskündigung vor. Ebenfalls Missbräuchlichkeit liegt vor, wenn eine unbillige, sachlich nicht gerechtfertigte Vertragsverschlechterung durchgesetzt werden soll, ohne dass betriebliche oder marktbedingte Gründe eine solche Vertragsänderung rechtfertigen. Soweit es sich um eine uneigentliche Änderungskündigung handelt, indem erst nach erfolgter Ablehnung der Änderungsangebote die Kündigung ausgesprochen wird oder verstösst ein neuer Vertrag gegen gesetzliche oder gesamt- oder normalarbeitsvertragliche Bestimmungen und lehnt der Arbeitnehmende diesen Vertrag ab, handelt es sich um Rachekündigungen i.S.v. Art. 336 Abs. 1 lit. d OR, die als missbräuchlich zu werten ist.¹⁰⁶ Des Weiteren kann eine Änderungskündigung missbräuchlich sein, wenn damit das Unternehmensrisiko auf den Arbeitnehmenden abgewälzt werden soll.

Eine Änderungskündigung darf wie eine ordentliche Kündigung nicht zu Unzeit erfolgen, die gesetzlichen oder vertraglichen Sperrfristen sind einzuhalten, weshalb eine Kündigung zur Unzeit gemäss Art. 336c Abs. 2 OR nichtig ist.

4.3.3 Massenänderungskündigung

Die Bestimmungen der Massenentlassung sollen soweit möglich Arbeitsplätze erhalten und die Auswirkungen der Massenentlassung mildern. Werden mehrere Änderungskündigungen ausgesprochen, ist fraglich, ob hierfür ebenfalls die Bestimmungen über die Massenentlassung angewendet werden müssen. Zwar ist es wenig hilfreich, wenn der Arbeitgeber wegen einer kleinen Vertragsänderung bereits das in Art. 335f OR vorgesehene Konsultationsverfahren und die schriftliche Mitteilung an das kantonale Arbeitsamt durchführen muss. Ziel ist in solchen Fällen nicht die Vertragsauflösung sondern deren Weiterführung mit geändertem Inhalt. Auch wenn in der Regel eine Anzahl der Arbeitnehmenden sich mit der Änderungsangebote einverstanden erklärt und es infolge nicht zur Vertragsauflösung kommt, handelt es sich auch bei der Änderungskündigung um eine vom Arbeitgebenden ausgesprochene gültige Kündigung. Massgebend für die Anwendung der Bestimmungen zur Massenentlassung ist nicht die Anzahl tatsächlich aufgelöster Arbeitsverhältnisse sondern die Tatsache, dass die Kündigungen ausgesprochen werden.¹⁰⁷ Ob eine Kündigung nämlich zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses führt, ist in keinem Fall von vorneherein sicher. Gerade der Zweck der Konsultationspflicht liegt denn auch u.a. in der Möglichkeit der Rückgängigmachung von Kündigungen. Aufgrund der Bedingung, sei sie resolutiver oder suspensiver Art, hat es der Arbeitnehmer zwar in der Hand, ob die Kündigung rechtswirksam wird. Man könnte daher meinen, die Kündigung sei letztlich durch den Arbeitnehmenden ausgelöst worden. Da der Zweck der Bestimmungen zur Massenentlassung jedoch einerseits in der Konsultation der Arbeitnehmervertretung sowie der Aushandlung sozialverträglicher Lösungen resp. Erhaltung der Arbeitsplätze und andererseits im Schutz des Arbeitsmarktes vor einer plötzlich auftretenden grossen Zahl von Arbeitslosen liegt, müssen auch die Änderungskündigungen von Art. 335d OR erfasst sein. Eine andere Lösung würde der Umgehung der Bestimmungen zur Massenentlassung Vorschub leisten und vor allem

¹⁰⁶ BGer 4C.317/2006, 4. 1.2007, E. 3.7; 4A_194/2011, 5.7. 2011, E. 6.

¹⁰⁷ GEISER, AJP 1/1999, S. 65.

auch den Arbeitnehmenden die in Art. 335g Abs. 4 sowie Art. 336 Abs. 2 lit. c OR vorgesehenen Schutzbestimmungen vorenthalten.

Da bei der uneigentlichen Änderungskündigung erst bei Ablehnen der neuen Offerte eine Kündigung ausgesprochen wird, kommen die Bestimmungen über die Massenentlassung erst dann zum Tragen, wenn die Anzahl der Arbeitnehmenden, die das neue Angebot ablehnen und der Arbeitgeber diesen deshalb die Kündigung ausspricht, die Quorenbestimmungen nach Art. 335d OR erfüllen.

Bei der eigentlichen Änderungskündigung kündigt der Arbeitgeber bereits gleichzeitig mit dem Vorlegen des neuen Vertrags. Verzichten wider Erwarten so viele Arbeitnehmende auf das neue Angebot, dass die Quoren nach Art. 335d OR erfüllt sind, hat es der Arbeitgeber verpasst, seinen Pflichten nach Art. 335f ff. OR nachzukommen. Ihm muss bei blosser Eventualvorsatz die Möglichkeit eingeräumt werden, seinen Pflichten ohne Sanktionen noch nachzukommen.

5 Arbeitslosenversicherung

Die Ablehnung einer Änderungs-offerte sowie der Verzicht auf Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag haben auch Auswirkungen auf Ansprüche gegenüber der Arbeitslosenversicherung. Gemäss Art. 11 Abs. 3 AVIG ist ein Arbeitsausfall nur anrechenbar, sofern der versicherten Person keine Lohn- oder Entschädigungsansprüche zustehen. Art. 30 Abs. 1 lit. a und d AVIG sieht vor, dass Personen in der Anspruchsberechtigung eingestellt werden, wenn sie durch eigenes Verschulden arbeitslos geworden sind oder zumutbare Arbeit nicht annehmen. Dem Verschulden gleichgesetzt ist Eventualvorsatz, wenn die versicherte Person wissen muss, dass ihr Verhalten zu einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses führt.¹⁰⁸ Unzumutbar ist eine Arbeit, wenn sie den gesamt- oder normalarbeitsvertraglichen Bestimmungen nicht entspricht, wenn ein Betrieb Entlassungen vorgenommen hat, um Wiedereinstellung zu wesentlich schlechteren Bedingungen zu tätigen, so z.B. bei Lohnsenkungen von 10-15%.¹⁰⁹ Unzumutbar ist gemäss Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG i.V.m. Art. 41a Abs. 2 AVIV auch die Annahme von Arbeit bei einem Lohn, der tiefer als 70% resp. 80% des versicherten Verdienstes ist und keine Kompensationszahlungen i.S.v. Art. 24 Abs. 4 AVIG zu leisten sind.¹¹⁰ So betrachtet ist die Aufgabe der bisherigen Arbeitsstelle umso mehr verschuldet und wird auch noch strenger beurteilt, wenn im Zuge einer Änderungskündigung der Lohn nicht unter diese Grenze fallen würde und das Änderungsangebot vom Arbeitnehmenden ausgeschlagen wird.¹¹¹ Unzumutbar ist jedoch in jedem Fall eine Vertragsänderung ohne Einhaltung der Kündigungsfrist.¹¹²

Die Dauer der Einstelltage richtet sich nach dem Verschulden der versicherten Person, welches aufgrund der konkreten Verhältnisse einzustufen ist. Das Bundesgericht überprüft jedoch nur noch Ermessensüberschreitung, da das den Arbeitslosenkassen eingeräumte Ermessen gross ist.

6 Fazit

Die einseitige vorübergehende Veränderung der Arbeitszeiten durch den Arbeitgeber stösst auf rechtliche Grenzen, da die Arbeitszeiten als wesentlicher Vertragsinhalt nur unter ganz begrenzten Voraussetzungen einseitig veränderbar sind. Insbesondere kann zwar durch Ausübung des einseitigen Weisungsrechts als Gestaltungsrecht die Arbeitszeit verkürzt werden, doch bleibt dabei der

¹⁰⁸ AVIG-Praxis/ALE, D18

¹⁰⁹ NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, Rz 302.

¹¹⁰ Betr. die Voraussetzungen für Zwischenverdienst bei Änderungskündigung vgl. Art. 41a Abs. 3 AVIV sowie AVIG-Praxis/ALE B298 sowie D19 und 66 ff.

¹¹¹ Als zumutbar betrachtet wurde eine Lohnsenkung durch Änderungskündigung von 20%: BGer 8C_836/2015, 26.2. 2016, E. 2; als unzumutbar bei mehr als 30%: EVG C 348/00, 21.2.2001, E. 2.d.

¹¹² EVG C 151/04, 30. 11.2004, E. 2.2.

Anspruch auf den vollen vertraglich abgemachten Lohn erhalten. Es handelt sich in einem solchen Fall um eine teilweise Freistellung, welche den Arbeitgebenden in Arbeitgeberverzug i.S.v. Art. 324 OR versetzt. Umgekehrt ist eine Erhöhung der Arbeitszeit ohne Lohnerhöhung, aber auch eine solche mit Lohnausgleich, nur unter den Voraussetzungen von Art. 321c OR zulässig. Aus der Treuepflicht des Arbeitnehmenden kann ebenfalls keine Pflicht zur Übernahme des Wirtschaftsrisikos durch die Arbeitnehmerschaft abgeleitet werden, auch wenn der Wunsch nach Arbeitszeitveränderung und Reduktion des Produktions- und Personalkosten für den Betrieb eine wirtschaftliche Entlastung und vielleicht sogar eine Überlebensfrage bedeutet. Vielmehr erfordert jede Veränderung des Vertragsinhalts die Zustimmung des Vertragspartners, sei dies ausdrücklich, stillschweigend, konkludent durch widerspruchslose mehrmalige Hinnahme der veränderten Arbeitsbedingungen oder auf Druck einer ausgesprochenen oder angedrohten Änderungskündigung. Soweit es sich um die widerspruchslose resp. stillschweigende Befolgung vertragswidriger Bedingungen handelt, wird hier die Meinung vertreten, dass die vom Bundesgericht entwickelten Kriterien zur vermutungsweise Annahme einer stillschweigenden Einwilligung i.S.v. Art. 6 OR angesichts der herrschenden Bedingungen auf dem Wirtschafts- und Arbeitsmarkt überdacht werden sollten, da sie faktisch doch einer vom Arbeitgeber einseitig diktierten Vertragsänderung gleichkommen. Mithin kann eine Arbeitszeitveränderung rechtmäßig nur auf dem Weg der Änderungskündigung und unter Einhaltung der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfristen erfolgen, sofern nicht in Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsverträgen Vertragsänderungsvorbehalte bzw. bestimmte Regeln für ein- oder zweiseitige Vertragsänderungen vorgesehen sind. Mit der Änderungskündigung sind die Bestimmungen über die Massenentlassung i.S.v. Art. 335d ff. OR sowie auch diejenigen über die missbräuchliche Kündigung i.S.v. Art. 336 OR zu beachten. Die Freiheit jeder Vertragspartei eines Arbeitsvertrages, Vertragsinhalte zu ändern, gegebenenfalls unter Androhung der Kündigung bei Ablehnung der Änderungsangebote, sowie die Freiheit der Arbeitsvertragsauflösung, entbindet zumindest den Arbeitnehmenden nicht davon, einen Blick auch auf die arbeitslosenversicherungsrechtlichen Konsequenzen einer Arbeitsvertragsauflösung zu werfen. Die Freiheit, eine Änderungsangebote abzulehnen, wird nämlich dadurch relativiert, als die Arbeitslosenversicherung bei schuldhafter Verursachung der Arbeitslosigkeit Einstelltagel verfügen kann. Schuldhaft ist die Arbeitslosigkeit dann, wenn die Vertragsänderung i.S.v. Art. 16 AVIG dem Arbeitnehmenden zumutbar gewesen wäre. Die Erhaltung des Arbeitsplatzes hat für die Arbeitnehmenden somit immer seinen Preis.

Durées du travail et discrimination : solutions dans la perspective de l'égalité des sexes

Stéphanie Perrenoud, Université Neuchâtel

1 Résumé

Le droit du travail accorde des aménagements en matière de durée du travail à certaines catégories d'employés, en particulier aux travailleuses en situation de maternité. Les mesures destinées à la conciliation des vies familiale et professionnelle sont en effet actuellement largement centrées sur la protection de la maternité. Dans une perspective d'égalité entre les sexes, il conviendrait d'orienter cette protection autour de la parentalité, afin de tenir compte des obligations familiales tant des travailleuses que des travailleurs, et de permettre aux parents de trouver le juste équilibre entre vie professionnelle et vie familiale. Si beaucoup reste à faire dans ce domaine, diverses pistes peuvent être explorées afin de d'améliorer la situation des travailleurs ayant des responsabilités familiales et donc, de renforcer l'égalité des sexes, notamment s'agissant d'un assouplissement et d'une individualisation des horaires de travail.

2 Introduction

La durée du travail, dans une perspective d'égalité des sexes, est une thématique qui requiert d'analyser la place de l'homme et de la femme dans le monde du travail et, plus spécifiquement, d'examiner les aménagements que réserve le droit du travail aux personnes qui ont des enfants à charge, soit les mesures destinées à la conciliation des vies professionnelle et familiale.

Le droit est actuellement largement centré sur la protection de la maternité. Il n'existe, en effet, à ce jour, ni congé de paternité digne de ce nom en Suisse, ni congé parental. Les pères se retrouvent ainsi relégués à l'arrière plan, puisque seul un congé de maternité de 14 semaines est accordé aux travailleuses, au moment où elles deviennent mères (art. 329f CO¹¹³, art. 16b-h LAPG¹¹⁴).

Les formes particulières de travail, qui permettent aux travailleurs de concilier vie professionnelle et vie familiale, sont en outre encore peu développées en Suisse, de sorte que beaucoup reste à faire dans ce domaine. De surcroît, ces différents types d'emplois, à l'instar du travail à temps partiel, qui est une caractéristique de la vie professionnelle des femmes et des mères, s'accompagnent souvent de désavantages, susceptibles de poser des problèmes sous l'angle de l'égalité des sexes.

L'objet de la présente contribution consiste à donner un aperçu des différentes mesures protectrices qui existent en Suisse, en matière de temps de travail et de flexibilité du travail, tout en mettant en évidence les difficultés que les hommes et les femmes rencontrent lorsqu'ils deviennent parents.

Après une brève présentation des bases légales qui postulent en faveur de l'égalité des sexes dans le monde du travail (*infra*, I.), nous nous intéresserons à la dimension homme/femme du travail (*infra*, II.), puis examinerons l'interdiction de la discrimination entre les sexes dans l'aménagement des conditions de travail et, en particulier, les problèmes que peuvent soulever certaines formes particulières de travail (*infra*, III.). Les protections dont bénéficient les femmes en leur qualité de mères ou de futures mères, en matière de temps de travail et de congés seront ensuite analysées (*infra*, IV.),

¹¹³ Code des obligations du 30 mars 1911 (CO), RS 220.

¹¹⁴ Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952 (LAPG), RS 834.1.

de même que les mesures protectrices accordées aux travailleurs ayant des responsabilités familiales (*infra*, V.). En guise de synthèse, nous esquisserons quelques pistes de solutions, susceptibles d'améliorer la conciliation des vies professionnelle et familiale et, plus largement, de contribuer à l'égalité des sexes dans le monde du travail (*infra*, VI.).

3 L'égalité entre les sexes dans le monde du travail

3.1 Le droit international

Différents instruments de droit international postulent en faveur de l'égalité des sexes dans le monde du travail.

L'Organisation internationale du Travail, institution qui a vu le jour le 28 juin 1919 et dont l'action a agi comme un véritable « *stimulant* » sur la législation sociale suisse¹¹⁵, a adopté un instrument spécifiquement consacré à l'égalité entre femmes et hommes dans le monde du travail. Il s'agit de Convention n° 156 concernant l'égalité de chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes (travailleurs ayant des responsabilités familiales) du 23 juin 1981¹¹⁶, qui enjoint aux Etats membres d'« *instaurer l'égalité effective de chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes* », afin que les personnes ayant des responsabilités familiales qui occupent ou désirent occuper un emploi soient à même d'exercer leur droit d'occuper ou d'obtenir cet emploi « *sans faire l'objet de discrimination et, dans la mesure du possible, sans conflit entre leurs responsabilités professionnelles et familiales* » (art. 3 § 1 Conv. OIT n° 156). La Convention n° 156 est complétée par une Recommandation (Rec. OIT n° 165)¹¹⁷, qui, invite les Etats, en particulier : à introduire plus de souplesse dans l'organisation des horaires de travail et à mettre en place des périodes de repos, ainsi que des congés (art. 18 Rec. OIT n° 165) ; à prendre en considération les besoins particuliers des travailleurs, en particulier ceux découlant de leurs responsabilités familiales, dans l'organisation du travail par équipes et lors de l'affectation au travail de nuit (art. 19 Rec. OIT n° 165) ; à protéger les travailleurs à temps partiel et les travailleurs temporaires – dont beaucoup ont des responsabilités familiales –, en veillant à ce que ce type d'emplois soit réglementé et contrôlé d'une manière adéquate, et à ce que les conditions d'emploi de ces travailleurs, y compris l'assujettissement à la sécurité sociale, soient, dans la mesure du possible, équivalentes à celles des travailleurs occupés à plein temps et des travailleurs permanents (art. 21 Rec. OIT n° 165) ; à introduire un congé parental à l'issue du congé de maternité, de même qu'un congé en cas de maladie d'un enfant dont le travailleur a la charge (art. 22 et 23 Rec. OIT n° 165). La Conv. OIT n° 156 n'ayant toutefois pas été ratifiée par la Suisse, elle n'est pas contraignante à l'intérieur de nos frontières¹¹⁸.

¹¹⁵ EICHHOLZER Eduard, Aperçu sur l'histoire du droit du travail en Suisse, *Revue Syndicale Suisse* n° 7/8-1957, pp. 197-212, p. 210. Sur ce point, cf. également, BERENSTEIN Alexandre, L'influence des conventions internationales du travail sur la législation suisse, *Revue internationale du travail* n° 6-1958, pp. 553-578 ; DÄHLER Emil, *Die Sozialpolitik der Internationalen Arbeitsorganisation und ihr Einfluss auf die Sozialgesetzgebung in der Schweiz*, Kolb, St-Gall 1976.

¹¹⁶ Convention de l'Organisation internationale du travail n° 156 concernant l'égalité de chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes : travailleurs ayant des responsabilités familiales, du 23 juin 1981.

¹¹⁷ Recommandation de l'Organisation internationale du travail n° 165 concernant l'égalité de chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes : travailleurs ayant des responsabilités familiales, du 23 juin 1981.

¹¹⁸ En tant que traités internationaux, les Conventions adoptées par l'OIT ne sont juridiquement contraignantes que pour les Etats qui les ont ratifiées. Les Recommandations, dont la fonction consiste à compléter et préciser les Conventions, ne sont pas soumises à ratification et n'ont pas force de loi (elles ne font qu'énoncer des principes directeurs destinés à guider les Etats). Les Conventions et Recommandations de l'OIT forment un ensemble communément qualifié de « *Code international du travail* » (BARTOLOMEI DE LA CRUZ Hector/EUZEBY Alain, *L'Organisation internationale du Travail (OIT)*, Presses Universitaires de France, Paris 1997, pp. 3 et 69).

Le Conseil de l'Europe a également adopté des instruments qui postulent en faveur de l'égalité des sexes dans le monde du travail. Ainsi, la Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996 (CSEr)¹¹⁹, qui constitue le « *pendant matériel* » de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) en matière de droits sociaux¹²⁰, contient un art. 27, qui consacre « *le droit des travailleuses et travailleurs ayant des responsabilités familiales à l'égalité des chances et de traitement* ». Cette disposition précise que l'égalité des chances et de traitement passe, notamment, par la mise en place de conditions d'emploi adaptées aux travailleurs ayant des responsabilités familiales, également en termes de sécurité sociale, par le développement des structures de garde des enfants, ainsi que par l'octroi, à chaque parent, de la possibilité d'obtenir un congé parental, qui soit assorti de la garantie de l'emploi. La Charte sociale européenne ne déploie cependant pas d'effets contraignants en Suisse, puisqu'il s'agit de l'un des derniers Etats du Conseil de l'Europe (avec Monaco, le Liechtenstein et Saint-Marin) à ne pas avoir ratifié cet instrument¹²¹.

Quant à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme¹²², elle peut également concourir à l'égalité entre les femmes et les hommes dans le monde du travail. Dans l'affaire Markin contre la Russie, la Cour a en effet admis que si un « droit » à un congé parental ne peut pas être déduit de l'art. 8 CEDH, qui consacre le droit au respect de la vie privée et familiale, l'art. 14 CEDH oblige les Etats qui mettent en place un tel dispositif à le faire d'une manière compatible à l'égalité des sexes¹²³.

Finalement, au niveau de l'Organisation des Nations Unies, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), qui a été adoptée le 18 décembre 1979 et ratifiée par la Suisse le 27 mars 1997¹²⁴, oblige les Etats parties à prendre toutes les mesures appropriées afin d'abolir la discrimination à l'égard des femmes. Cet instrument ne concerne toutefois pas spécifiquement les travailleurs ayant des responsabilités familiales, puisqu'il n'est invocable que par les femmes et se veut dès lors le reflet d'une conception asymétrique de l'égalité entre les sexes. De surcroît, le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral considèrent que les dispositions de la CEDEF ne sont, pour l'essentiel, pas directement applicables à l'intérieur de nos frontières, car formulées de manière trop vague ; en d'autres termes, il s'agit de dispositions programmes, qui laissent

¹¹⁹ Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1999, STE 163. Cet instrument succède à Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, entrée en vigueur le 26 février 1965 (STE 035), qui ne contenait pas de prescription axée sur l'égalité entre travailleuses et travailleurs ayant des responsabilités familiales.

¹²⁰ BERENSTEIN Alexandre, Charte sociale européenne, in : Jean-Pierre Fragnière/Roger Girod (éds), Dictionnaire suisse de politique sociale, 2^e éd., Lausanne 2002, p. 60.

¹²¹ La Suisse n'a pas non plus ratifié la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961. La ratification a été rejetée par le Conseil des Etats en date du 7 mars 1984 (FF 1984 I 28) et par le Conseil national, le 2 décembre 1987 (FF 1987 IV 1584). Une initiative parlementaire « *Ratification de la Charte sociale européenne* » (Iv. pa. 91.419 ; Groupe socialiste), déposée le 19 juin 1991, a en outre été classée en date du 17 décembre 2004 (BOCN 2004, pp. 2168-2170). Le 13 septembre 2016, le Conseil national a accepté une motion demandant au Conseil fédéral de renoncer à ratifier la Charte sociale européenne révisée (BOCN 2016, pp. 1293-1294). Le Conseil des Etats l'a quant à lui rejetée le 15 décembre 2016 (BOCE 2016, pp. 1228-1229). Cf. Motion « *Renoncement à la ratification de la Charte sociale européenne* » (Mo. 15.3804 ; Thomas de Courten, UDC). Cf. aussi Rapport du Conseil fédéral sur la Charte sociale européenne révisée, donnant suite au postulat 10.3004 de la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats « *Compatibilité de la Charte sociale européenne révisée avec l'ordre juridique suisse* » du 12 janvier 2010, du 2 juillet 2014, FF 2014 5449.

¹²² Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1950, approuvée par l'Assemblée fédérale le 3 octobre 1974 et entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 (CEDH), RS 0.101.

¹²³ CrEDH, aff. Konstantin Markin contre Russie (requête n° 30078/06), arrêt du 22 mars 2012. Cf. aussi ATF 140 I 305, c. 10.1.

¹²⁴ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes conclue le 18 décembre 1979 par l'Assemblée générale des Nations Unies, approuvée par l'Assemblée fédérale le 4 octobre 1996 et entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997, RS 0.108.

le libre choix aux Etats parties quant aux moyens à utiliser pour atteindre les buts fixés, de sorte que les particuliers ne peuvent pas en déduire de droits¹²⁵. Il n'empêche que le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CoEDEF) – organe chargé de contrôler le respect de la Convention par les Etats qui l'ont ratifiée – a recommandé, en 2003, aux autorités helvétiques, d'entreprendre des campagnes pour mieux faire prendre conscience du fait que « *la maternité a une fonction sociale et qu'hommes et femmes sont, de concert, responsables de l'éducation et de l'épanouissement de leurs enfants* », en précisant que ces campagnes devraient permettre également de souligner le rôle des hommes et d'ouvrir la voie à un débat sur la question de la paternité et du congé parental, « *facteurs importants dans le partage des responsabilités familiales et dans la garantie de l'égalité aux femmes sur le marché du travail et dans la vie sociale* »¹²⁶ ; en 2009, ce même Comité a affirmé la nécessité de « *permettre aux femmes et aux hommes de concilier leurs responsabilités familiales et professionnelles* » et de « *promouvoir le partage équitable des tâches domestiques et familiales entre hommes et femmes, en offrant notamment davantage de structures d'accueil des enfants et le congé de paternité payé* »¹²⁷.

3.2 Le droit suisse

3.2.1 Bases constitutionnelles et légales

En Suisse, la Constitution fédérale consacre le principe de l'égalité entre les sexes (cf. art. 8 al. 3 Cst. : « L'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale »)¹²⁸. Ce principe fondamental, qui a été inscrit dans l'ordre juridique suisse en 1981, a été transposé, dans les relations de travail entre particuliers, par la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg)¹²⁹, qui interdit formellement à l'employeur de « discriminer les travailleurs à raison du sexe, soit directement, soit indirectement, notamment en se fondant sur leur état civil ou leur situation familiale ou, s'agissant de femmes, leur grossesse » (art. 3 al. 1 LEg)¹³⁰.

¹²⁵ Message relatif à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 23 août 1995, FF 1995 IV 869 (893-895). Cf. aussi ATF 125 I 21, c. 4b : « *Das Übereinkommen enthält diesbezüglich aber keine konkrete Verpflichtung, sondern überlässt den Vertragsstaaten die Wahl der Mittel, mit denen sie die Untervertretung von Frauen im politischen und öffentlichen Leben beheben wollen.* »

¹²⁶ Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes sur le premier et le deuxième rapport de la Suisse du 31 janvier 2003 (CEDAW/C/2003/1/CRP.3/Add.1/Rev.1), § 47.

¹²⁷ Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes sur le troisième rapport de la Suisse, du 7 août 2009 (CEDAW/C/CHE/CO/3), § 38.

¹²⁸ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101.

¹²⁹ Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg), RS 151.1.

¹³⁰ La protection contre les discriminations à raison du sexe qui résulte de la LEg s'adresse à tous les travailleurs salariés et s'applique tant dans les rapports de travail régis par le Code des obligations, que dans ceux relevant du droit public fédéral, cantonal ou communal (art. 2 LEg). Elle est invocable dans l'ensemble des différents stades de la relation de travail, ce qui implique que l'employeur est obligé de veiller au respect de l'égalité entre les sexes pendant toute la durée du contrat de travail, y compris au moment de l'embauche et lors de la résiliation des rapports de travail (cf. art. 3 al. 2 LEg). En outre, l'interdiction de la discrimination est applicable dès qu'une mesure a pour effet de discriminer un travailleur de l'un ou l'autre sexe, de sorte que l'illicéité de la mesure n'est subordonnée ni à l'existence d'une intention discriminatoire de l'employeur, ni même à la condition que ce dernier ait conscience de la discrimination. Sur ce point, cf. Message concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) et l'arrêté fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale du 24 février 1993, FF 1993 I 1163 (1212). Cf. aussi ATF 127 III 207, c. 5b ; ATF 113 Ia 107, c. 4a. Cf. également AUBRY GIRARDIN Florence, Commentaire de l'art. 3 LEg, in : Gabriel Aubert/Karine Lempen (éds), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Slatkine, Genève 2011, n° 9 ad art. 3 LEg (cité : CLEg-AUBRY GIRARDIN) ; LEMPEN Karine, Commentaire de l'art. 3 LEg, in : Gabriel Aubert/Karine Lempen (éds), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Slatkine, Genève 2011, n° 5 ad art. 3 LEg (cité : CLEg-LEMPEN) ; WYLER Rémy, Commentaire de l'art. 6 LEg,

Si la Constitution attribue à la Confédération une compétence législative générale en matière de protection des travailleurs (art. 110 Cst.) et lui donne le mandat d'instaurer une assurance-maternité (art. 116 Cst.), elle ne contient, en revanche, aucune disposition visant à conférer des droits aux travailleurs, en leur qualité de pères. A l'heure actuelle, il n'existe en effet pas de mandat d'instituer une assurance-paternité, sur le modèle de l'art. 116 Cst. La protection des travailleurs ayant des responsabilités familiales découle donc, principalement, de la loi fédérale sur le travail (LTr)¹³¹, des dispositions du Code des obligations relatives au contrat de travail (art. 319-362 CO), et, s'agissant des travailleuses, des art. 16*b-h* LAPG, qui introduisent le droit à une allocation de maternité durant les 14 semaines suivant l'accouchement.

3.2.2 L'interdiction de la discrimination à raison du sexe

L'interdiction de la discrimination consacrée par l'art. 3 LEg est une interdiction absolument impérative¹³², qui vise toute discrimination, aussi bien directe, qu'indirecte¹³³.

3.2.2.1 La discrimination directe à raison du sexe

Une discrimination à raison du sexe est dite « directe », lorsqu'elle « se fonde explicitement sur le critère du sexe ou sur un critère ne pouvant s'appliquer qu'à l'un des deux sexes et qu'elle n'est pas justifiée objectivement »¹³⁴.

Ainsi, par exemple, l'employeur qui refuserait, par principe, d'autoriser une employée à diminuer son taux d'activité à son retour de congé de maternité, se rend coupable d'une discrimination directe à raison du sexe¹³⁵. Il en va de même de l'employeur qui réserverait la possibilité de travailler selon des modalités flexibles aux mères de famille ou aux pères de famille, sans étendre cette faculté aux parents de l'autre sexe.

Si une présomption d'illicéité existe en faveur des différences de traitement basées sur le sexe, il s'agit toutefois d'une présomption réfragable, de sorte que celle-ci peut être renversée en apportant la preuve que la différence de traitement repose sur une justification objective¹³⁶. Les différences biologiques et fonctionnelles¹³⁷ entre les sexes, qui excluent absolument une égalité de traitement,

in : Gabriel Aubert/Karine Lempen (éds), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Slatkine, Genève 2011, n° 11 *ad* art. 6 LEg (cité : CLEg-WYLER).

¹³¹ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr), RS 822.11.

¹³² Cela signifie que toute dérogation (prévue dans une convention collective, un contrat-type de travail, un contrat individuel de travail ou un règlement d'entreprise, p. ex.) est, de plein droit, sanctionnée de nullité. Cf. FF 1993 I 1163 (1212). Cf. aussi ATF 130 III 145, c. 3.2 ; ATF 127 III 207, c. 4b.

¹³³ Sur les notions de discrimination « directe » et « indirecte », cf., p. ex., PERRENOUD Stéphanie, La protection de la maternité : étude de droit suisse, international et européen, IDAT n° 39, Staempfli, Berne 2015, pp. 274-278 et les références (cité : PERRENOUD).

¹³⁴ FF 1993 I 1163 (1210).

¹³⁵ Sur les discriminations liées à la maternité, cf. spécifiquement PERRENOUD Stéphanie, La protection contre les discriminations fondées sur la maternité selon la LEg, in : Jean-Philippe Dunand/Karine Lempen/Pascal Mahon (éds), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle 2016, pp. 73-94.

¹³⁶ FF 1993 I 1163 (1211).

¹³⁷ Le sexe peut représenter un facteur déterminant pour l'exécution du travail, dans les métiers du spectacle ou de la mode (acteurs, comédiens, chanteurs, mannequins, modèles, strip-teaseurs, etc.) où, pour des raisons d'authenticité, il arrive qu'un emploi ne puisse être occupé que par une personne de sexe féminin ou masculin. Le sexe peut également se révéler être un facteur déterminant pour certaines activités de soutien psychologique. Pour déterminer si la décision d'un employeur d'engager uniquement des femmes ou des hommes est admissible, les tribunaux doivent rechercher, dans le cas d'espèce, si celle-ci repose sur une justification objective ou si, au contraire, elle reflète une conception stéréotypée des rôles masculin et féminin. Sur ce point, cf. FF 1993 I 1163 (1212). Cf. aussi GEISER Thomas, Die Regeln über die Anstellungsdiskriminierung und die Beförderungsdiskriminierung im Gleichstellungsgesetz, ZBJV/RJB, 1996, pp. 555-578 ; CLEg-LEMPEN (note 18),

constituent de telles justifications¹³⁸. La maternité, comprise comme la capacité des femmes à donner la vie (grossesse, accouchement, convalescence et allaitement), constitue précisément la seule différence biologique entre les sexes qui permet de justifier objectivement qu'hommes et femmes soient traités différemment. La protection doit toutefois rester en relation avec la maternité entendue dans son acception biologique (fonction reproductrice, nécessité de récupérer après l'accouchement, allaitement maternel, notamment) ; si la mesure tend à permettre à la femme de jouer son rôle social de mère, véhiculant ainsi une conception traditionnelle stéréotypée des rôles entre les sexes (selon laquelle la femme s'occupe du ménage et des enfants pendant que l'homme travaille à l'extérieur pour subvenir aux besoins de la famille), elle doit, en revanche, être considérée comme discriminatoire.

Les aménagements en matière de temps de travail et de repos pendant la maternité qui découlent des art. 35a-b LTr ne contreviennent ni au principe de l'égalité juridique entre les sexes (art. 8 al. 3 Cst.), ni à l'interdiction de la discrimination à raison du sexe dans les relations de travail (art. 3 al. 1 LEg)¹³⁹, étant donné qu'ils reposent sur une différence biologique entre les sexes. Dans le même sens, l'employeur qui accorde à ses travailleuses un congé de maternité de 14 ou 16 semaines rémunéré à 100 % n'agit pas non plus de manière discriminatoire. Bien qu'une telle mesure réserve un traitement plus favorable aux femmes qu'aux hommes lors de la venue au monde d'un enfant, celui-ci trouve sa justification dans une différence biologique entre les sexes. L'employeur devrait, en revanche, se voir reprocher un comportement prohibé s'il s'agissait de l'octroi d'un congé parental (soit, un congé d'une certaine durée à prendre à l'issue du congé de maternité)¹⁴⁰.

3.2.2.2 La discrimination indirecte à raison du sexe

Une discrimination à raison du sexe est « indirecte » lorsque « le critère utilisé pourrait s'appliquer à l'un ou l'autre sexe, mais qu'il a ou peut avoir pour effet de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans être justifié objectivement » ; en d'autres termes, il y a discrimination indirecte « lorsque les deux sexes sont traités formellement de manière égale, mais que l'un d'eux est désavantagé dans les faits, sans que la discrimination soit justifiée par un motif objectif »¹⁴¹.

La discrimination indirecte est le reflet d'une conception matérielle de l'égalité puisqu'elle présuppose que les « effets » d'une mesure soient examinés sur les femmes et les hommes, en tant que

n^{os} 16-19 ad art. 3 LEg ; LEMPEN Karine, Le point sur la loi fédérale sur l'égalité, Revue fribourgeoise de jurisprudence (RFJ), 2003, pp. 261-279, pp. 266-267 (cité : LEMPEN) ; UEBERSCHLAG Jakob, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 2 GlG) : unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève 2009, n^{os} 85-89 et 105-106, pp. 34-35 et 40-41.

¹³⁸ Cf., p. ex., ATF 129 I 265, c. 3.2 ; ATF 126 I 1, c. 2a.

¹³⁹ BIGLER-EGGENBERGER Margrith, Et si la Justice ôtait son bandeau ?, Helbing & Lichtenhahn, Genève/Bâle/Munich 2003, n^{os} 75 et 270, pp. 38 et 134 : « *La grossesse et la maternité sont des faits exigeant impérativement un traitement différent* » ; CLEg-LEMPEN (note 18), n^o 7 ad art. 3 LEg, p. 37 ; LEMPEN (note 25), p. 266. Sur ce point, cf. également, PERRENOUD (note 21), pp. 278-287.

¹⁴⁰ Dès lors que le but d'un congé parental est de permettre l'éducation de l'enfant (soit un rôle qui est propre aux parents, et non uniquement à la mère), l'octroi d'un tel congé (rémunéré ou non) aux seules femmes, sans permettre aux pères de profiter d'une partie de celui-ci, viole le principe de l'égalité entre les sexes (art. 8 al. 3 Cst., art. 3 LEg). Sur ce point, cf. ATF 140 I 305. Pour un commentaire de cet arrêt, cf. PÄRLI Kurt, Väter haben keinen Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung – Ein Kommentar zum Urteil des Bundesgerichtes (BGE 140 I 305), SZS/RSAS n^o 2-2015, pp. 152-156 ; PERRENOUD Stéphanie, Le congé de maternité : une discrimination à l'égard des pères ?, AJP/PJA n^o 12-2014, pp. 1652-1671.

¹⁴¹ FF 1993 I 1163 (1177 et 1210).

« *groupes* » sociaux¹⁴². Afin de déterminer si une mesure a ou peut avoir pour résultat de désavantager une plus forte proportion de personnes d'un sexe, le juge doit s'éloigner du cas concret et s'inspirer de l'expérience générale de la vie ; pour ce faire, il peut recourir à des données statistiques ou à des probabilités¹⁴³. Introduit une discrimination indirecte, la mesure qui, selon toute vraisemblance, est propre à désavantager un pourcentage considérablement plus élevé de personnes de l'un ou l'autre sexe¹⁴⁴. Les tribunaux n'ont pas arrêté le seuil à partir duquel le pourcentage de personnes du même sexe désavantagé est réputé être « *considérablement plus élevé* »¹⁴⁵.

Si les différences injustifiées de traitement fondées sur la grossesse ou la maternité sont des discriminations directes, celles opérées entre travailleurs occupés à temps plein et à temps partiel sont, pour leur part, constitutives de discriminations indirectes¹⁴⁶. A cet égard, les critères de distinction mentionnés à l'art. 3 al. 1 LEg (la grossesse, l'état civil et la situation familiale), ne sont qu'« *exemplatifs* »¹⁴⁷. D'autres critères, tel, par exemple, celui du taux d'occupation, tombent en effet également sous le coup de la prohibition des discriminations à raison du sexe, dans la mesure où ils ont pour effet de désavantager une plus grande proportion de personnes de l'un ou l'autre sexe.

Les différences de traitement qui reposent sur le critère de la situation familiale ou sur le critère de la flexibilité peuvent également se révéler discriminatoires. Bien que d'apparence neutre, ces critères affectent en effet de manière significative l'activité professionnelle des femmes, puisque, comme nous le constaterons (*infra*, II.), ce sont elles qui, aujourd'hui encore, assument la majorité des tâches ménagères et familiales¹⁴⁸. L'employeur qui priverait les employés à temps partiel (ou les travailleurs ayant des responsabilités familiales) de la possibilité d'obtenir des horaires flexibles devrait donc se voir reprocher une discrimination indirecte à raison du sexe dans l'aménagement des conditions de travail¹⁴⁹. Subordonner l'occupation de certains postes ou fonctions à la condition que la personne travaille à plein temps revient également à prêter les femmes, puisqu'elles sont plus nombreuses que les hommes à occuper des postes à un taux d'activité réduit (*infra*, II.). Il en irait de même d'une mesure accordant un traitement moins favorable aux travailleurs ayant bénéficié d'un congé parental, à supposer qu'un tel congé soit pris par un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes¹⁵⁰. Quant à l'employeur qui, en cas de nécessité de réduire son effectif de personnel, licencierait en premier lieu les travailleurs ayant le moins d'ancienneté, il pourrait également se voir reprocher un comportement constitutif d'une discrimination indirecte à l'égard des femmes, dès lors que celles-ci sont plus nombreuses que les hommes à interrompre leur carrière professionnelle pour des raisons familiales¹⁵¹.

¹⁴² CLEg-LEMPEN (note 18), n° 9 *ad* art. 3 LEg. *Cf.* aussi ARIOLI Kathrin, Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung, AJP/PJA n° 11-1993, pp. 1327-1335, p. 1328 ; FREIVOGEL Elisabeth, Kommentar zu Art. 3 GIG, in : Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2^e éd., Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2009, n° 7 *ad* art. 3 LEg (cité : K GLG-FREIVOGEL).

¹⁴³ FF 1993 I 1163 (1211).

¹⁴⁴ FF 1993 I 1163 (1216).

¹⁴⁵ CLEg-LEMPEN (note 18), n° 9 *ad* art. 3 LEg.

¹⁴⁶ Pour des exemples au niveau de l'Union européenne, *cf.* CJCE, aff. 170/84, Bilka, arrêt du 13 mai 1986, ECLI:EU:C:1986:204 ; CJCE, aff. 96/80, Jenkins, arrêt du 31 mars 1981, ECLI:EU:C:1981:80.

¹⁴⁷ FF 1993 I 1163 (1211).

¹⁴⁸ FF 1993 I 1163 (1182 et 1210). *Cf.* aussi CLEg-LEMPEN (note 18), n° 10 *ad* art. 3 LEg ; K GLG-FREIVOGEL (note 30), n° 19 *ad* art. 3 LEg.

¹⁴⁹ Pour un exemple au niveau de l'Union européenne s'agissant du critère de la flexibilité, *cf.* CJCE, aff. 109/88, Danfoss, arrêt du 17 octobre 1989, ECLI:EU:C:1989:383.

¹⁵⁰ Pour un exemple au niveau de l'Union européenne, *cf.* CJUE, aff. C-7/12, Riežniece, arrêt du 20 juin 2013, ECLI:EU:C:2013:410.

¹⁵¹ CLEg-LEMPEN (note 18), n° 10 *ad* art. 3 LEg.

Le caractère discriminatoire d'une mesure, qui, sur la base d'un critère apparemment neutre, a pour effet de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, disparaît lorsque celle-ci repose sur une justification objective¹⁵². Ainsi, une distinction peut être justifiée objectivement, même si elle a pour effet de désavantager un plus grand nombre de femmes ou d'hommes, lorsqu'elle est exigée par l'exécution du travail ou lorsqu'elle « *poursuit un but légitime, sans rapport avec la répartition des rôles entre les sexes, par exemple un objectif de politique sociale* »¹⁵³. Dans ce domaine, il convient cependant de faire preuve de vigilance car « *une motivation apparemment objective peut fort bien cacher un stéréotype sexuel* »¹⁵⁴. Le juge doit donc « *procéder à une pesée des intérêts en jeu sous l'angle du principe de proportionnalité* » : il ne suffit pas que le but poursuivi soit objectivement justifié, encore faut-il que « *le critère utilisé soit nécessaire et propre à atteindre ce but et que l'on ne puisse raisonnablement exiger de l'employeur qu'il choisisse un critère moins discriminatoire ou qu'il prenne des mesures afin de réduire l'effet discriminatoire* »¹⁵⁵.

Au vu de ce qui précède, les dispositions prises par l'employeur en application de l'art. 36 LTr, afin de tenir compte des responsabilités familiales des travailleurs dans la fixation des heures de travail et de repos, ne sont, par exemple, pas discriminatoires. Il en va de même des dispositions qui accordent des droits ou protections dont la durée dépend de l'ancienneté des travailleurs dans l'entreprise (*cf.*, p. ex., art. 324*a-b* et art. 336*c* CO).

3.2.2.3 Une discrimination entre personnes de sexe opposé

L'interdiction de la discrimination selon l'art. 3 LEg ne vaut qu'entre les sexes, c'est-à-dire entre travailleurs, d'une part, et travailleuses, d'autre part. Les discriminations entre personnes du même sexe ne tombent en effet pas sous le coup de la disposition précitée¹⁵⁶. Ainsi, lorsqu'une mesure défavorise les travailleurs ayant des responsabilités familiales par rapport aux travailleurs sans enfants, l'on ne peut admettre une discrimination au sens de l'art. 3 LEg que dans la mesure où la différence de traitement affecte une plus grande proportion d'hommes ou de femmes¹⁵⁷. Si l'interdiction de la discrimination est inconditionnelle, son application n'est toutefois pas subordonnée à l'exigence que l'employeur ne discrimine pas également entre hommes ou entre femmes¹⁵⁸. En effet, « *sauf à justifier la discrimination par la discrimination* », nier le caractère discriminatoire d'une mesure introduisant à la fois une différence de traitement injustifiée entre les sexes et entre personnes du même sexe (il en va ainsi, par exemple, du refus d'un employeur d'engager une femme en raison de sa grossesse ou de son rôle de mère, qui est constitutif d'une discrimination des femmes non seulement par rapport aux hommes, mais également par rapport aux femmes sans enfant) n'est pas soutenable¹⁵⁹. Il suffit donc qu'une partie de l'effectif des travailleuses ou des travailleurs soit discriminée par rapport au sexe opposé pour admettre une discrimination à raison du sexe¹⁶⁰.

¹⁵² FF 1993 I 1163 (1211). *Cf.* aussi CLEg-LEMPEN (note 18), n° 11 *ad art.* 3 LEg ; K GLG-FREIVOGEL (note 30), n° 9-12 *ad art.* 3 LEg.

¹⁵³ FF 1993 I 1163 (1211). *Cf.* aussi TF, arrêt 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, c. 5.1 ; ATF 130 III 145, c. 5.2.

¹⁵⁴ FF 1993 I 1163 (1211).

¹⁵⁵ FF 1993 I 1163 (1211). *Cf.* aussi ATF 130 III 145, c. 5.2.

¹⁵⁶ *Cf.*, p. ex., TF, arrêt 8C_78/2009 du 21 août 2010, c. 11.2.2 (considérant non publié in ATF 136 II 393) et 11.3 ; ATF 127 III 207, c. 4b. *Cf.* aussi CLEg-AUBRY GIRARDIN (note 18), n° 27-28 *ad art.* 3 LEg ; CLEg-LEMPEN (note 18), n° 2 *ad art.* 3 LEg ; CLEg-WYLER (note 18), n° 13 lit. b *ad art.* 6 LEg.

¹⁵⁷ Sur ce point, *cf.* PÄRLI Kurt, Eltern im Arbeitsverhältnis, FamPra.ch 2016, pp. 933-955, pp. 938-939.

¹⁵⁸ ATF 127 III 207, c. 4b. *Cf.* aussi CLEg-WYLER (note 18), n° 13 lit. b *ad art.* 6 LEg.

¹⁵⁹ ATF 127 III 207, c. 4b. *Cf.* aussi CLEg-AUBRY GIRARDIN (note 18), n° 27-28 *ad art.* 3 LEg, pp. 80-81 ; CLEg-LEMPEN (note 18), n° 2 *ad art.* 3 LEg ; CLEg-WYLER (note 18), n° 13 lit. b *ad art.* 6 LEg, p. 157 ; LEMPEN (note 25), pp. 265-266.

¹⁶⁰ CLEg-LEMPEN (note 18), n° 2 *ad art.* 3 LEg, p. 34.

3.2.2.4 Les actions en cas de discrimination

Les travailleurs victimes ou menacés d'une discrimination disposent de différents droits (*cf.* art. 5 LEg).

En cas de discrimination à l'embauche ou lors de la résiliation des rapports de travail, la personne lésée peut requérir le versement d'une indemnité¹⁶¹. Lorsque la discrimination porte sur l'aménagement des conditions de travail, le travailleur peut demander à ce que la discrimination cesse et donc, à ce que les aménagements demandés lui soient accordés (art. 5 al. 1 LEg). Si le travailleur est par la suite licencié, il s'agira d'un congé-représailles au sens de l'art. 10 LEg. Dans ce cas, l'employé (e) pourra soit exiger son réengagement, soit demander le versement d'une indemnité pour licenciement abusif, dont le montant ne peut excéder 6 mois de salaire (art. 10 LEg, art. 336a CO). Un congé-représailles (ou congé de rétorsion) doit être admis, par exemple, lorsqu'une travailleuse reçoit son licenciement après avoir vainement demandé à son employeur d'obtenir une réduction de son taux d'occupation à son retour de congé de maternité.

Conformément à l'art. 6 LEg, la partie qui allègue être victime ou menacée d'une discrimination peut se limiter à rendre vraisemblable l'existence de celle-ci. Cet allègement du fardeau de la preuve ne vaut toutefois pas lorsque la discrimination porte sur un refus d'embauche.

4 La dimension homme/femme du travail

La situation des femmes et des hommes dans le monde du travail peut être exprimée au travers de différents chiffres. Avant d'examiner ceux-ci, il faut insister sur le fait que les dernières décennies du XX^e siècle ont été marquées par de profondes mutations dans le monde du travail. On assiste, effectivement, à un recul de l'emploi normal¹⁶², parallèlement à l'émergence de nouvelles formes de travail flexible. Ces formes particulières d'emploi (ou travail atypique), qui ont fait leur apparition afin de permettre au marché du travail de réagir rapidement face aux changements de l'économie et de la société, qui exigent une certaine flexibilité, englobent, notamment, les emplois à temps partiel, les relations de travail de durée déterminée, le travail temporaire ou encore le travail sur appel. Si ces nouvelles formes d'emploi amènent de la flexibilité à l'employeur, elles peuvent se révéler synonyme de conditions d'emploi précaires pour le travailleur.

¹⁶¹ En cas de discrimination à l'embauche, la personne lésée qui entend demander réparation doit ouvrir action en justice dans les 3 mois à compter du moment où le refus d'embauche a été communiqué (art. 8 al. 2 LEg) ; elle pourra lors se voir accorder une indemnité, qui atteindra, au maximum un montant correspondant à 3 mois du salaire auquel elle aurait eu droit si elle avait été engagée (art. 5 al. 2 et 4 LEg). S'il s'agit d'un licenciement discriminatoire, la personne lésée doit faire opposition à son congé dans le délai de congé et ouvrir action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat (art. 9 LEg ; *cf.* aussi art. 336b CO) ; le montant de l'indemnité qui pourra lui être accordée ne peut excéder 6 mois du salaire qui était le sien avant d'être licenciée (art. 5 al. 2 et 4 LEg).

¹⁶² La notion d'emploi normal (ou emploi typique, classique ou traditionnel) qualifie un emploi salarié, de durée indéterminée, exercé à plein temps et de manière régulière pour un même employeur. Sur ce point, *cf.* également Rapport du Conseil fédéral élaboré en réponse au postulat 97.3070 Rennwald du 6 mars 1997 (Formes de travail atypiques), du 1^{er} novembre 2006, p. 3 : la notion d'emploi traditionnel désigne un « *emploi dépendant, stable, bénéficiant d'une protection sociale, dont les conditions (horaire de travail, salaire, prestations sociales) sont réglées sur une base minimale par une convention collective de travail, le droit du travail et le droit social* ».

4.1 Le taux d'occupation des femmes et des hommes

Actuellement, environ 60 % des travailleuses exercent une activité à temps partiel, contre seulement 16 % des travailleurs de sexe masculin¹⁶³. Les femmes sont aussi plus nombreuses que les hommes en situation de multiactivité, puisque 9.6 % des femmes occupent plus d'un emploi, contre seulement 5.5 % des hommes¹⁶⁴.

Si les femmes travaillent quatre fois plus souvent que les hommes à temps partiel, elles ont également plus de mal à trouver un taux d'occupation qui leur convienne. Le taux de sous-emploi (soit la part des personnes actives qui travaillent à temps partiel, qui souhaiteraient travailler plus et qui seraient disponibles dans les 3 mois pour travailler à un taux d'occupation plus élevé) est en effet de 10.2 % chez les femmes, contre 3.3 % chez les hommes¹⁶⁵.

Si le travail avec un taux d'occupation réduit est une caractéristique de l'activité professionnelle des femmes, cette affirmation est encore plus vraie lorsque celles-ci deviennent mères, puisque 80.6 % des mères et 37.7% des femmes sans enfant exercent une activité à temps partiel¹⁶⁶.

Bien que le travail à temps partiel soit nettement plus répandu chez les mères que chez les femmes actives sans enfants, lorsque l'on compare le taux d'occupation des pères et des hommes sans enfants, l'on parvient au résultat inverse. En effet, si 11.4 % des pères travaillent à temps partiel, ce taux passe à 13.4 % chez les hommes sans enfant¹⁶⁷. Les hommes sans enfant optent donc plus souvent pour le temps partiel que les pères.

Les chiffres qui précèdent montrent que l'arrivée d'un enfant se traduit par une diminution du taux d'occupation des femmes. Le fait de devenir père, en revanche, ne semble pas entraîner de modification significative dans la vie professionnelle des hommes.

4.2 Les horaires de travail atypiques et la flexibilité du travail

S'agissant des horaires de travail atypiques et de la flexibilité du travail, on constate que les hommes travaillent plus souvent de nuit, alors que les femmes travaillent plus fréquemment le soir, le samedi et le dimanche¹⁶⁸. Le travail sur appel est également plus répandu chez les femmes que chez les hommes (6.1 % contre 3.7 %)¹⁶⁹.

Quant aux horaires de travail flexibles, ils sont majoritairement réservés aux hommes : environ la moitié des hommes bénéficient d'horaires de travail flexibles, alors que les femmes ne sont que 37.6 % à se voir offrir cette possibilité¹⁷⁰. Si les hommes sont plus nombreux que les femmes à disposer de la liberté de choisir quand faire des pauses et à pouvoir décaler d'une heure ou plus le début ou la fin de leur journée de travail pour s'occuper de leurs enfants, les femmes sont, en revanche, plus nombreuses à pouvoir prendre un jour de congé afin d'être en mesure de s'occuper

¹⁶³ Ces informations sont disponibles sur le site internet de l'Office fédéral de la statistique (OFS), à l'adresse www.bfs.admin.ch.

¹⁶⁴ OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE (OFS), La qualité de l'emploi en Suisse, Neuchâtel 2015, p. 31. Cf. aussi OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE (OFS), La multiactivité en Suisse – Une étude basée sur les résultats de l'enquête suisse sur la population active (ESPA) de 1991 à 2009, Neuchâtel, octobre 2010.

¹⁶⁵ OFS, La qualité de l'emploi en Suisse (note 52), pp. 10, 31 et 33.

¹⁶⁶ OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE (OFS), Les mères sur le marché du travail – Enquête suisse sur la population active, Neuchâtel, octobre 2016, p. 3.

¹⁶⁷ OFS, Les mères sur le marché du travail (note 54), p. 3.

¹⁶⁸ OFS, La qualité de l'emploi en Suisse (note 52), pp. 31 et 33.

¹⁶⁹ OFS, La qualité de l'emploi en Suisse (note 52), p. 33.

¹⁷⁰ OFS, La qualité de l'emploi en Suisse (note 52), p. 32.

de leurs enfants¹⁷¹. Les femmes sont également plus nombreuses à être parties à un contrat de travail de durée déterminée¹⁷².

4.3 La situation des hommes et des femmes dans la profession et le temps consacré au travail domestique et familial

Les femmes occupent généralement des positions hiérarchiques moins élevées que les hommes : elles sont en effet nettement plus nombreuses que les hommes à travailler comme salariées sans fonction dirigeante (62.7 % de femmes contre 45.7 % d'hommes), alors que les hommes travaillent plus fréquemment en tant qu'indépendants (14.4 % d'hommes contre 9.9 % de femmes) ou comme salariés membres de la direction (8.6 % d'hommes contre 4.3 % de femmes) ou exerçant une fonction dirigeante (24.9 % d'hommes contre 16.4 % de femmes)¹⁷³. Il faut relever que ces différences persistent même lorsque hommes et femmes ont un niveau de formation égal et que cette réalité s'explique vraisemblablement par le fait que les femmes consacrent plus de temps que les hommes aux tâches ménagères¹⁷⁴.

Une femme en couple avec de jeunes enfants passe en effet deux fois plus de temps à effectuer des tâches ménagères qu'un homme¹⁷⁵. Cette réalité explique donc la surreprésentation des mères au sein de l'effectif des travailleurs à temps partiel. En outre, les responsabilités domestiques et familiales sont susceptibles de limiter la marge de manœuvre des femmes et leur possibilité d'accumuler une expérience professionnelle suffisante.

La flexibilité accrue dont bénéficient les hommes dans leurs horaires de travail (*supra*, B.) s'explique probablement par le fait qu'ils occupent généralement des positions hiérarchiques plus élevées que les femmes, et jouissent, dès lors, d'une plus grande liberté dans l'aménagement de leurs conditions de travail.

5 Durées du travail et égalité entre les sexes : quelques situations problématiques

Comme nous l'avons vu, l'art. 3 LEg interdit la discrimination à raison du sexe dans les relations de travail (*supra*, I., B., 2.). Cette interdiction trouve application, notamment, dans l'aménagement des conditions de travail (*cf.* art. 3 al. 2 LEg), lesquelles comprennent, en particulier, la réglementation du temps de travail, soit le taux d'activité et les horaires de travail, ainsi que l'octroi de périodes de congés.

Bien que les formes particulières d'emploi amènent de la flexibilité, elles peuvent également mener à des situations susceptibles de se révéler problématiques sous l'angle de l'interdiction de la discrimination dans l'aménagement des conditions de travail. Si le travail à temps partiel peut être une source de discrimination entre les sexes (*infra*, A.), les horaires de travail irréguliers peuvent, pour leur part, confronter les travailleurs ayant des responsabilités familiales à certaines difficultés (*infra*, B.). La fixation de limites à la durée du travail, par le biais, notamment, de l'obligation d'enregistrer le temps de travail, instaure des garde-fous puisqu'elle tend à garantir que les travailleurs bénéficient

¹⁷¹ OFS, La qualité de l'emploi en Suisse (note 52), pp. 32 et 33.

¹⁷² OFS, La qualité de l'emploi en Suisse (note 52), p. 33.

¹⁷³ Ces informations sont disponibles sur le site internet de l'Office fédéral de la statistique (OFS), à l'adresse <http://www.bfs.admin.ch>.

¹⁷⁴ Ces informations sont disponibles sur le site internet de l'Office fédéral de la statistique (OFS), à l'adresse <http://www.bfs.admin.ch>.

¹⁷⁵ Sur ce point, *cf.* OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE (OFS), Les pères engagés dans la sphère domestique et familiale, Neuchâtel, novembre 2013, pp. 8-9.

de suffisamment de temps libre en dehors de leur activité professionnelle, afin de préserver la santé des travailleurs (*infra*, C.).

5.1 Le travail à temps partiel

Si le travail à temps partiel, qui est une caractéristique de la vie professionnelle des femmes (*supra*, II.), permet une meilleure conciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale, il est généralement associé à des conditions d'emploi plus précaires que le travail à temps plein. Cette forme de travail peut également constituer un obstacle à la formation continue et à la réalisation d'une véritable carrière professionnelle¹⁷⁶.

Dans le dessein de garantir l'égalité de traitement entre travailleurs occupés à plein temps et à temps partiel, l'OIT a adopté, en 1994, une Convention spécifique en la matière¹⁷⁷. Cet instrument n'a cependant pas été ratifié par nos autorités et ce, malgré le dépôt d'une initiative parlementaire en ce sens en 2007¹⁷⁸.

Le travail à temps partiel est généralement synonyme d'une couverture sociale insuffisante, notamment en matière de prévoyance professionnelle, puisque n'ont accès à ce régime que les travailleurs qui réalisent un salaire annuel minimal de CHF 21'150.- auprès d'un même employeur (art. 2, 7 et 8 LPP)¹⁷⁹. Les interventions parlementaires requérant une meilleure prise en considération de la situation des travailleurs à temps partiel dans le cadre du deuxième pilier se sont d'ailleurs multipliées ces dernières années¹⁸⁰.

Les travailleurs occupés à temps partiel peuvent également bénéficier d'une moins bonne protection en cas d'accidents, étant donné que les accidents non professionnels ne sont couverts par l'assurance-accidents que dans la mesure où l'assuré travaille au moins 8h par semaine pour un même employeur (art. 7 al. 2 et 8 al. 2 LAA¹⁸¹, art. 13 OLAA¹⁸²)¹⁸³.

¹⁷⁶ Sur ce point, *cf.*, p. ex., Motion « *Formation professionnelle. Favoriser l'accès aux procédures de qualification des travailleurs à temps partiel* » (Mo. 15.3554 ; Marina Carobbio-Guscetti, PS), déposée le 11 juin 2015.

¹⁷⁷ Convention de l'Organisation internationale du Travail n° 175 concernant le travail à temps partiel du 24 juin 1994.

¹⁷⁸ Initiative parlementaire « *Pour une meilleure protection du travail à temps partiel* » (lv. pa. 07.457 ; Christine Goll, PS), déposée le 22 juin 2007.

¹⁷⁹ Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP), RS 831.40.

¹⁸⁰ Motion « *Améliorer la prévoyance professionnelle pour les salariés occupant plusieurs postes à temps partiel* » (Mo. 14.3624 ; Jürg Grossen, Parti Vert'libéral), déposée le 20 juin 2014 ; Motion « *Prévoyance des personnes travaillant pour plusieurs employeurs ou ayant de bas revenus* » (Mo. 12.3974 ; Béa Heim, PS), déposée le 12 octobre 2012 ; Interpellation « *Mesures contre la discrimination du travail à temps partiel dans la LPP* » (I. 12.3492 ; Josiane Aubert, PS) du 13 juin 2012 ; Postulat « *Améliorer la prévoyance professionnelle des salariés à employeurs multiples* » (Po. 12.3318 ; Anita Fetz, PS), déposé le 13 mars 2012 ; Initiative parlementaire « *Personnes travaillant à temps partiel. Des prestations LPP plutôt que l'aide sociale* » (lv. pa. 11.482 ; Christa Markwalder, PLR), déposée le 30 septembre 2011 ; Interpellation « *Assurés travaillant à temps partiel. Réduction des prestations pour cause de surassurance ou de surindemnisation* » (I. 10.3982 ; Hildegard Fässler-Osterwalder, PS) du 15 décembre 2010. *Cf.* aussi Rapport de l'OFAS « *Analyse de solutions éventuelles en vue d'améliorer l'assujettissement au régime obligatoire LPP des travailleurs atypiques, conformément à l'art. 2, al. 4, 1^{re} phrase, LPP* » du 11 mars 2008.

¹⁸¹ Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA), RS 832.20.

¹⁸² Ordonnance sur l'assurance-accidents du 20 décembre 1982 (OLAA), RS 832.202.

¹⁸³ *Cf.*, notamment, l'initiative parlementaire « *Encouragement du travail à temps partiel* » (lv. pa. 97.411 ; Maria Roth-Bernasconi, PS), déposée le 20 mars 1997, qui demandait à ce que le nombre minimal d'heures hebdomadaires de travail permettant de bénéficier de l'assurance obligatoire contre les accidents non professionnels soit supprimé.

Les personnes travaillant à temps partiel sont aussi susceptibles d'être prétéritées lorsqu'elles présentent une invalidité. L'évaluation de l'invalidité des travailleurs à temps partiel qui accomplissent des travaux habituels s'effectue en effet en application de la méthode mixte, laquelle mène généralement à un taux d'invalidité moindre à celui auquel on parviendrait si l'invalidité avait été évaluée en application de la méthode ordinaire de comparaison des revenus (art. 16 LPGA¹⁸⁴)¹⁸⁵. Dans un arrêt rendu le 2 février 2016, dans le cadre de l'affaire di Trizio contre la Suisse, la Cour européenne des droits de l'Homme (CourEDH) a d'ailleurs jugé que dans la mesure où la méthode mixte d'évaluation de l'invalidité concerne très majoritairement des femmes, elle n'est pas compatible avec le principe de l'égalité de traitement et de l'interdiction des discriminations (art. 14 CEDH), en relation avec le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH)¹⁸⁶. Dans cette affaire, Madame di Trizio s'était vu supprimer son droit à la demi-rente d'invalidité dont elle bénéficiait jusqu'alors, suite à la naissance de ses jumeaux. En devenant mère, Madame di Trizio cessait en effet d'appartenir à la catégorie des travailleurs à temps plein, pour entrer dans celle des travailleurs à temps partiel accomplissant leurs travaux habituels. Il en découlait que l'évaluation de son taux d'invalidité devait désormais être effectuée en application de la méthode mixte (en lieu et place de la méthode ordinaire de comparaison des revenus), changement qui se traduisait par la perte de son droit à une rente d'invalidité. Suite à la décision de la CourEDH, le Tribunal fédéral a rendu un nouvel arrêt, dans lequel il a reconnu à Madame di Trizio le droit de continuer à bénéficier de la demi-rente d'invalidité qui lui était servie jusqu'à son accouchement¹⁸⁷. Si cet arrêt apporte un épilogue heureux à l'affaire di Trizio, sa portée doit cependant être fortement relativisée puisque le Tribunal fédéral estime que, malgré la décision de la CrEDH, sous réserve des cas correspondant exactement à la situation de Madame di Trizio, la méthode mixte d'évaluation de l'invalidité peut continuer à être appliquée ; ce n'est en effet que dans l'hypothèse où un droit à une rente d'invalidité est réduit ou supprimé en raison d'un changement de statut de la personne concernée (passage de la catégorie des travailleurs à temps plein à celle des travailleurs à temps partiel accomplissant leurs travaux habituels) trouvant sa cause dans une obligation familiale (généralement, une naissance), que le Tribunal fédéral considère que le recours à la méthode mixte contrevient à l'interdiction de la discrimination entre les sexes¹⁸⁸.

Il se peut que les travailleurs à temps partiel subissent des désavantages dans d'autres domaines encore (en matière de droit à des vacances payées et à des jours fériés payés ou de rémunération des heures supplémentaires et du travail supplémentaire, notamment). S'agissant du travail supplémentaire, étant donné que la durée maximale de la semaine de travail (arrêtée à 45 ou 50 heures, selon les cas, par l'art. 9 LTr) s'applique indifféremment aux travailleurs à temps plein et aux travailleurs à temps partiel, ces derniers doivent effectuer beaucoup plus d'heures de travail au-delà de l'horaire de travail contractuel pour arriver dans le champ du travail supplémentaire donnant droit à un supplément de salaire de 25 % ou à l'octroi d'un temps libre de même durée. Afin de mieux prendre en compte la situation des travailleurs à temps partiel, différentes interventions parlementaires ont demandé au Conseil fédéral de fixer la durée du maximale du travail hebdomadaire en

¹⁸⁴ Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), RS 830.1.

¹⁸⁵ Sur ce point, cf. Rapport du Conseil fédéral « Assurance-invalidité : évaluation du taux d'invalidité des personnes travaillant à temps partiel » du 1^{er} juillet 2015, en réponse au postulat de Beat Jans (12.3960 « Assurance-invalidité. Les travailleurs à temps partiel sont désavantagés ») du 28 septembre 2012.

¹⁸⁶ CEDH, aff. Di Trizio contre la Suisse (requête n° 7186/09), arrêt rendu le 2 février 2016. Pour un commentaire de cet arrêt, cf. PERRENOUD Stéphanie/BURGAT Sabrina/MATTHEY Fanny, L'affaire Di Trizio contre la Suisse – La méthode mixte d'évaluation de l'invalidité et l'égalité de traitement, ou quand deux et deux ne font pas quatre..., AJP/PJA 2016, pp. 1187-1211.

¹⁸⁷ TF, arrêt 9F_8/2016 du 20 décembre 2016. Cet arrêt révisé l'arrêt 9C_49/2008 du 28 juillet 2008.

¹⁸⁸ TF, arrêt 9F_8/2016 du 20 décembre 2016, c. 4.

proportion du taux d'activité¹⁸⁹. En date du 8 mai 2015, le Conseil fédéral a toutefois proposé de s'en tenir au *statu quo*, estimant que la situation actuelle permet un juste équilibre entre les impératifs liés à la protection de la santé des travailleurs à temps partiel et le besoin de flexibilité des entreprises, dès lors que l'art. 36 LTr subordonne l'affectation des travailleurs ayant des responsabilités familiales à un travail supplémentaire à leur consentement (*infra*, V.)¹⁹⁰. Par ailleurs, concernant les heures supplémentaires (soit, les heures qui excèdent le nombre d'heures fixé par le contrat, l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective, mais qui demeurent en deçà de la limite fixée par la LTr pour la durée maximale hebdomadaire du travail), le Conseil fédéral est d'avis que les travailleurs à temps partiel ne sont pas défavorisés par rapport aux travailleurs à temps plein, puisque la réglementation découlant de l'art. 321 c al. 3 CO (qui prévoit que si les heures de travail supplémentaires ne sont pas compensées par un congé, avec l'accord du travailleur, et qu'aucune clause contraire n'est stipulée dans un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective, l'employeur est tenu de verser le salaire normal, augmenté d'un supplément d'au moins 25 %, pour les heures de travail supplémentaires) est applicable indistinctement à ces deux catégories de travailleurs ; le Conseil fédéral conclut ainsi que les employés à temps partiel se voient « *octroyer un supplément de salaire ou une compensation par un congé non seulement pour le travail supplémentaire mais aussi en règle générale pour les heures de travail supplémentaires* »¹⁹¹.

5.2 Les horaires de travail irréguliers

Etant donné que les horaires de travail irréguliers sont généralement difficilement conciliables avec une vie de famille, l'art. 69 al. 1 OLT 1¹⁹² exige que les travailleurs soient entendus lors de la planification et de la modification des horaires de travail. En particulier, les horaires doivent être communiqués suffisamment tôt aux travailleurs, en règle générale 2 semaines à l'avance au plus tard, afin de leur permettre de s'organiser. Seules des raisons impérieuses permettent de raccourcir à ce délai d'annonce (urgence). L'art. 14 al. 4 OLT 1 ajoute qu'une modification à bref délai du plan ou de l'horaire du service de piquet et des interventions qui en découlent n'est possible que moyennant le consentement des travailleurs concernés lorsque ceux-ci ont des responsabilités familiales, et en l'absence de toute autre solution acceptable pour l'entreprise (*infra*, V.).

Dans certains secteurs, toutefois, en particulier dans le milieu hospitalier, il arrive fréquemment que les horaires soient annoncés tardivement, notamment afin de faire face à des urgences ou pour remédier à une pénurie de personnel. En pareille hypothèse, il importe que les employeurs remédient rapidement à la situation et qu'ils communiquent les horaires à leur personnel en respectant les prescriptions légales.

Une motion a récemment été déposée, afin de demander à ce que la durée du délai d'annonce des horaires de travail soit portée à 4 semaines, et, qu'en cas de changements à l'intérieur de ce délai, l'employeur soit tenu de verser un supplément en temps et en salaire aux travailleurs¹⁹³. Le Conseil

¹⁸⁹ Motion « *Heures supplémentaires. Egalité de traitement entre travail à temps partiel et travail à plein temps* » (Mo. 15.3102 ; Jacques-André Maire, PS), déposée le 11 mars 2015 ; Initiative parlementaire « *Juste rémunération des heures supplémentaires pour les personnes travaillant à temps partiel* » (lv. pa. 06.401 ; Franziska Teuscher, Parti écologiste suisse) déposée le 14 mars 2006.

¹⁹⁰ Avis du Conseil fédéral du 8 mai 2015 relatif à la Motion « *Heures supplémentaires. Egalité de traitement entre travail à temps partiel et travail à plein temps* » (Mo. 15.3102 ; Jacques-André Maire, PS), déposée le 11 mars 2015.

¹⁹¹ Avis du Conseil fédéral du 8 mai 2015 relatif à la Motion « *Heures supplémentaires. Egalité de traitement entre travail à temps partiel et travail à plein temps* » (Mo. 15.3102 ; Jacques-André Maire, PS), déposée le 11 mars 2015.

¹⁹² Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT 1), RS 822.111.

¹⁹³ Motion « *Annonce des horaires de travail. Relèvement du délai à quatre semaines* » (Mo. 15.3101 ; Jacques-André Maire, PS), déposée le 11 mars 2015.

fédéral a toutefois proposé de rejeter cette motion, au motif qu'un délai d'annonce de 4 semaines, assorti de coûts supplémentaires pour l'employeur en cas de dérogation, serait une contrainte trop rigide pour les entreprises¹⁹⁴.

5.3 Les assouplissements ou la suppression de l'obligation d'enregistrer le temps de travail

Une autre situation problématique susceptible d'affecter particulièrement les travailleurs ayant des responsabilités familiales pourrait se présenter si l'obligation d'enregistrer le temps de travail venait à être supprimée.

Actuellement, afin d'assurer la protection de la santé des travailleurs, l'enregistrement du temps de travail constitue la règle. Les art. 73a-b OLT 1 introduisent cependant certains assouplissements. Ainsi, par exemple, depuis le 1^{er} janvier 2016, les employés qui disposent d'une grande autonomie dans leur travail et perçoivent un salaire annuel supérieur à CHF 120'000.-, ne sont plus obligés de saisir leur temps de travail. Les heures de travail effectuées ne faisant plus l'objet d'un contrôle, il y a donc un risque accru que les employés passent trop de temps au travail, situation pouvant se traduire par un épuisement professionnel (burn-out).

Certaines initiatives parlementaires ont, en outre, récemment été déposées, afin d'introduire de nouvelles exceptions à l'obligation d'enregistrer le temps de travail¹⁹⁵. Ces initiatives demandent également, notamment, une suppression de la durée maximale de la semaine de travail et une réduction des temps de repos dans certains secteurs d'activité (secteur tertiaire, soit le secteur des services, des employés exerçant une fonction dirigeante et des spécialistes occupant une position similaire, etc.). De telles initiatives peuvent se révéler dangereuses sous l'angle de la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale, puisqu'elles remettent en cause certaines mesures de protection inscrites dans la loi sur le travail. Des risques existent, en particulier, pour la santé des travailleurs et pour leurs possibilités de concilier obligations professionnelles et privées.

6 Durées du travail et maternité

Pendant la maternité, les travailleuses bénéficient de certains aménagements en matière de temps de travail. Si ceux-ci découlent principalement de la loi sur le travail (*infra*, A.), des mesures en ce sens sont également consacrées par le droit privé du travail et par le droit des assurances sociales (*infra*, B.).

6.1 Les aménagements résultant de la LTr

La LTr et ses ordonnances d'application contiennent deux catégories de mesures protectrices de la maternité : des mesures axées sur la protection de la santé (art. 35 LTr ; *infra*, 1.), ainsi que des

¹⁹⁴ Avis du Conseil fédéral du 8 mai 2015 relatif à la Motion « *Annnonce des horaires de travail. Relèvement du délai à quatre semaines* » (Mo. 15.3101 ; Jacques-André Maire, PS), déposée le 11 mars 2015 : « *Une telle restriction de la flexibilité aurait des conséquences négatives sur la compétitivité des entreprises suisses et sur leurs employés. Une telle mesure est inopportune dans la situation actuelle, en particulier étant donné la force du franc. Il revient aux parties impliquées de s'attaquer aux éventuels problèmes dans la mise en œuvre des dispositions actuelles. L'adoption d'une solution par les partenaires sociaux peut être nécessaire si la branche est particulièrement concernée* ».

¹⁹⁵ Initiative parlementaire « *Introduire un régime de flexibilité partielle dans la loi sur le travail et maintenir des modèles de temps de travail éprouvés* » (lv. pa 16.414 ; Konrad Graber, PDC), déposée le 17 mars 2016 ; Initiative parlementaire « *Libérer le personnel dirigeant et les spécialistes de l'obligation de saisie du temps de travail* » (lv. pa 16.423 ; Karin Keller-Sutter, PLR), déposée le 14 mars 2016.

mesures qui introduisent un régime particulier en matière de temps de travail et de repos (art. 35a-b LTr ; *infra*, 2.).

Avant de procéder à l'analyse de ces deux types de mesures, il faut insister sur le fait que ces protections ne sont pas universelles. La LTr n'est, en effet, pas invocable par tous les travailleurs, puisque certaines entreprises et catégories de travailleurs échappent à tout ou partie des prescriptions qu'elle énonce (*cf.* art. 2-4 LTr)¹⁹⁶. En particulier, la LTr ne s'applique pas aux ménages privés (*cf.* art. 2 al. 1 lit. g LTr)¹⁹⁷ ; le personnel de maison (femmes de ménage, p. ex.) échappe ainsi à la protection garantie par les art. 35-35b LTr. Par ailleurs, seules les dispositions relatives à la protection de la santé (art. 6, 35 et 36a LTr, art. 61-65 OLT 1, art. 34 OLT 3¹⁹⁸, OProMa¹⁹⁹) sont invocables par le personnel des administrations fédérales, cantonales et communales (*cf.* art. 2 al. 1 lit. a, art. 3a lit. a LTr). Dès lors que la liste des dispositions de protection de la santé contenue à l'art. 3a LTr est exhaustive, nous sommes d'avis que les autres dispositions, en particulier les art. 35a-b LTr et 60 OLT 1, ne trouvent pas application dans les entreprises partiellement soumises à la LTr²⁰⁰. Cette question est cependant controversée, puisque certains auteurs estiment que les art. 35a-b LTr et 60 OLT 1 sont tout de même applicables, car formant un tout avec l'art. 35 LTr²⁰¹. Dans un arrêt rendu le 11 août 2016, le Tribunal fédéral s'est abstenu de se prononcer au sujet de cette question, refusant de trancher le point de savoir si l'interdiction légale de travailler durant les 8 semaines qui suivent un accouchement (art. 35a al. 3 LTr) trouve application dans la fonction publique²⁰².

6.1.1 La protection de la santé

L'art. 35 al. 1 LTr consacre le devoir de l'employeur d'« occuper les femmes enceintes et les mères qui allaitent de telle sorte que leur santé et la santé de l'enfant ne soient pas compromises » et d'« aménager leurs conditions de travail en conséquence ». Cette disposition retranscrit, dans le domaine spécifique de la protection de la maternité, l'obligation générale de l'employeur de protéger la personnalité et la santé de ses travailleurs (art. 27-28 CC²⁰³, 328 CO et 6 LTr), qui constitue un véritable devoir auquel l'employeur ne saurait se soustraire. La protection garantie par l'art. 35 al. 1 LTr est invocable par la travailleuse dès le premier jour de sa grossesse et son bénéfice perdure jusqu'à la fin de la période d'allaitement.

La plupart des mesures qui concourent à la protection de la santé pendant la maternité sont centrées sur les travaux dangereux et pénibles et ne portent donc pas spécifiquement sur le temps de

¹⁹⁶ Concernant le champ d'application personnel de la LTr, *cf.*, p. ex., GEISER Thomas, Commentaire des art. 1-5 LTr, in : Thomas Geiser/Adrian Von Kaenel/Rémy Wyler (éds), Loi sur le travail : loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, Staempfli, Berne 2005, *ad* art. 1-5 LTr, pp. 24-110 (cité : GEISER, CLTr). *Cf.* également, PERRENOUD (note 21), pp. 372-379.

¹⁹⁷ La notion de « ménage privé » (art. 2 al. 1 lit. g LTr) fait référence à « la personne [qui] occupe des travailleurs dans son appartement pour ses besoins privés et non pas à des fins commerciales ». *Cf.* GEISER, CLTr (note 84), n° 39 *ad* art. 2 LTr, pp. 60-61.

¹⁹⁸ Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail du 18 août 1993 (Protection de la santé ; OLT 3), RS 822.113.

¹⁹⁹ Ordonnance du DEFR sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité du 20 mars 2001 (OProMa), RS 822.111.52.

²⁰⁰ *Cf.* PERRENOUD (note 21), pp. 384-385 et 716. Dans le but de remédier à cette lacune, une pétition « Améliorer la situation des femmes enceintes travaillant dans les services publics » a été déposée le 26 octobre 2013 (Pét. 13.2054 ; Florian Zürcher). Cette pétition, qui demandait expressément à ce que les femmes enceintes occupées dans les administrations publiques se voient également reconnaître la faculté de se dispenser d'aller travailler, a été repoussée par le Conseil des Etats et par le Conseil national en date des 11 décembre 2014 et 20 mars 2015 (BOCE 2014, p. 1332 ; BOCN 2015, pp. 560-561).

²⁰¹ *Cf.*, notamment, MICHEL Jean-Tristan, Les cadres supérieurs en droit du travail suisse en particulier au sein de la société anonyme, CEDIDAC n° 98, Lausanne 2016, pp. 180-184.

²⁰² ATF 142 II 425, c. 5.3.

²⁰³ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210.

travail. Deux dispositions doivent toutefois être mentionnées. Il s'agit de l'art. 14 OProMa, qui interdit l'affectation à du travail de nuit ou en équipes lorsqu'il s'agit de tâches directement liées à des activités dangereuses ou pénibles (*infra*, a.), et de l'art. 61 OLT 1, qui prescrit un allègement de la tâche, et qui porte donc sur la durée du travail (*infra*, b.).

6.1.1.1 L'interdiction des travaux dangereux ou pénibles effectués de nuit ou en équipes

Etant donné que durant la maternité, une femme est plus sensible aux nuisances et aux contraintes découlant de son milieu et de ses conditions de travail et que l'enfant (à naître) est susceptible d'être affecté en cas d'exposition à certaines substances chimiques ou biologiques pouvant avoir de graves conséquences, l'art. 35 al. 2 LTr interdit – ou assortit de conditions particulières – l'affectation d'une employée à des travaux susceptibles de se révéler nocifs à sa santé et/ou à celle de l'enfant (à naître), en raison de leur dangerosité ou de leur pénibilité²⁰⁴. Les travaux dangereux ou pénibles sont répertoriés à l'art. 62 al. 3 OLT 1, ainsi que dans l'ordonnance sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité du 20 mars 2001 (*cf.* art. 7-16 OProMa).

En particulier, l'art. 14 OProMa proscriit, pendant toute la grossesse et la période d'allaitement, l'affectation à du travail de nuit ou en équipes lorsqu'il s'agit de tâches directement liées à des activités dangereuses ou pénibles au sens des art. 7-13 OProMa (manutention manuelle de charges lourdes, activités exposant au bruit, travaux qui impliquent une exposition à des substances toxiques ou foetotoxiques, *etc.*) ou d'activités organisées dans le cadre d'un système de travail en équipes particulièrement préjudiciable à la santé

Si l'employeur n'est pas en mesure de proposer un poste jugé équivalent et ne présentant aucun danger pour la santé à une travailleuse occupée à des travaux interdits par l'art. 14 OProMa (art. 64 al. 3 OLT 1)²⁰⁵, il devra renoncer à l'occuper et lui verser le 80 % de son salaire (y compris une indemnité équitable pour la perte du salaire en nature) en application de l'art. 35 al. 3 LTr (*cf.* aussi art. 65 OLT 1)²⁰⁶. Dans cette hypothèse, la travailleuse perçoit son salaire sur la base d'un avis d'inaptitude²⁰⁷.

²⁰⁴ Sur les différents travaux pénibles et dangereux et les obligations de l'employeur découlant de l'art. 35 al. 2 LTr, *cf.*, p. ex., PERRENOUD (note 21), pp. 719-742, 1063-1068 et 1079-1082.

²⁰⁵ Au sujet de l'obligation de l'employeur de proposer un travail équivalent et sur l'équivalence de l'occupation proposée, *cf.* PERRENOUD (note 21), pp. 740-742 ; WYLER Rémy, Commentaire des art. 33-36 LTr, in : Thomas Geiser/Adrian Von Kaenel/Rémy Wyler (éds), Loi sur le travail : loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, Staempfli, Berne 2005, n° 22 *ad* art. 35 LTr et n° 3 *ad* art. 35b LTr, pp. 436-437 et 452-453 (cité : WYLER, CLTr).

²⁰⁶ TF, arrêt 4C.36/2007 du 26 mars 2007, c. 4.1 et 6. *Cf.* aussi AUBERT David, Le droit au salaire en cas d'absence pendant la grossesse et la période d'allaitement, in : Rémy Wyler (éd.), Panorama en droit du travail, Recueil d'études réalisées par des praticiens, IDAT n° 35, Berne 2009, pp. 141-162, pp. 152 et 159 (cité : AUBERT) ; HENSCH Angela, Sonderregelungen für schwangere und stillende Arbeitnehmerinnen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, AJP/PJA 2012, pp. 1088-1102, p. 1093 (cité : HENSCH, Sonderregelungen) ; JUILLELAT Odile, Les droits de la mère qui allaite, in : Rémy Wyler (éd.), Panorama II en droit du travail, IDAT n° 38, Staempfli, Berne 2012, pp. 347-377, pp. 358-359 ; PERRENOUD (note 21), pp. 740-742, 756-759, 1066-1068, 1080-1082 et 1094-1095 ; WYLER, CLTr (note 93), n° 24-25 *ad* art. 35 LTr, p. 438.

²⁰⁷ Conformément à l'art. 3 al. 1 OProMa, le médecin qui suit la grossesse (soit, généralement, le gynécologue) indique, dans le certificat d'aptitude, si l'activité au poste concerné peut être poursuivie (aptitude), si elle peut être continuée sous certaines conditions (aptitude avec restrictions ou aptitude dite conditionnelle), ou si elle doit être interrompue (inaptitude). Un avis d'inaptitude doit être délivré dans deux cas de figure : lorsqu'une analyse de risques révèle un danger pour la santé si un aménagement du poste de travail n'est pas possible ou n'a pas eu lieu ; en l'absence d'analyse de risques, en cas de risque supposé de danger pour la santé, conformément au principe de précaution.

6.1.1.2 L'allègement de la tâche

L'art. 61 OLT 1 introduit des mesures d'allègement qui portent sur le « *facteur temps* »²⁰⁸. A teneur de cette disposition, les travailleuses enceintes qui exercent principalement leur activité en station debout ont droit, dès le 4^e mois de grossesse, à un repos quotidien de 12 heures au minimum ainsi qu'à une courte pause de 10 minutes après chaque tranche de 2 heures de travail en sus des pauses prévues à l'art. 15 LTr²⁰⁹ (art. 61 al. 1 OLT 1). Les pauses supplémentaires garanties par cette disposition « *comptent comme temps de travail rémunéré* »²¹⁰.

L'art. 61 OLT 1 limite également la durée du travail accompli en position debout. La station debout, qui « *évolue en une nuisance additionnelle aux contraintes posturales* »²¹¹, peut en effet provoquer des douleurs dorsales ainsi que des troubles de la circulation au niveau des jambes et, partant, exercer « *une influence néfaste sur l'évolution de la grossesse* »²¹². Pour cette raison, l'art. 61 al. 2 OLT 1 prohibe, à compter du 6^e mois de grossesse, toute occupation de travailleuses enceintes à des activités exercées en station debout plus de 4 heures par jour. Si les heures de travail effectuées en station debout peuvent être réparties librement au cours de la journée de travail, dès que le maximum de 4 heures est atteint, l'employeur a l'obligation de proposer à l'employée un travail qui ne l'oblige pas à rester debout pour le temps restant de la journée de travail²¹³. Dans l'hypothèse où l'employeur ne parvient pas à fournir une telle activité de substitution à son employée, il est tenu de lui verser le 80 % de son salaire pour le temps durant lequel le travail est proscrit (*cf.* art. 35 al. 3 LTr)²¹⁴.

La protection conférée par l'art. 61 OLT 1 s'adresse tout particulièrement aux vendeuses, aux coiffeuses, aux sommelières ou encore aux infirmières²¹⁵.

6.1.2 L'aménagement des conditions de travail

La LTr ne se limite pas à obliger l'employeur à protéger la santé (art 35 LTr, art. 61-65 OLT 1 ; *supra*, 1.). Elle contient également des normes qui prescrivent un aménagement des conditions de travail. Cette protection repose sur les art. 35*a-b* LTr, qui réglementent l'occupation durant la maternité, d'une part (art. 35*a* LTr et 60 OLT 1 ; *infra*, a.), et le travail du soir et de la nuit, d'autre part (art. 35*b* LTr ; *infra*, b.).

²⁰⁸ SECRETARIAT D'ETAT A L'ECONOMIE (SECO), Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2, état janvier 2017, Berne 2016, *ad* art. 61 al. 1 OLT 1, p. 161-1 (cité : SECO, Commentaire LTr).

²⁰⁹ A teneur de l'art. 15 LTr, tout employé a droit à des pauses dont la durée ne peut être inférieure à un ¼ heure si la journée de travail dure plus de 5 heures et ½, à une ½ heure si la journée de travail est supérieure à 7 heures et à une heure si la journée de travail excède 9 heures (art. 15 al. 1 lit. a-c LTr). Lorsque le travailleur n'est pas autorisé à quitter sa place de travail, les pauses comptent comme du temps de travail (art. 15 al. 2 LTr). *Cf.* TF, arrêt 4A_343/2010 du 6 octobre 2010, c. 4.4 (le fait qu'une caissière employée dans un casino soit obligée de prendre ses pauses dans un local spécialement prévu à cet effet ne permet pas d'assimiler le temps de pause à du temps de travail au sens de l'art. 15 al. 2 LTr).

²¹⁰ SECO, Commentaire LTr, *ad* art. 61 al. 1 OLT 1 (note 96), p. 161-1. *Cf.* aussi HENSCH, Sonderregelungen, p. 1094 (note 94) ; PERRENOUD (note 21), p. 718. *Contra* : SUBILIA Olivier, Les horaires de travail selon la LTr, Editions Bis et Ter, Lausanne 2012, p. 50 : les courtes pauses au sens de l'art. 61 al. 1 OLT 1 ne constituent pas du temps de travail obligatoirement rémunéré.

²¹¹ SECO, Commentaire LTr, *ad* art. 61 OLT 1 (note 96), p. 161-1.

²¹² WYLER CLTr (note 15), n° 11 *ad* art. 35 LTr, p. 431.

²¹³ SECO, Commentaire LTr, *ad* art. 61 al. 2 OLT 1 (note 96), p. 161-1.

²¹⁴ HENSCH, Sonderregelungen (note 94), p. 1094 ; PERRENOUD (note 21), pp. 718-719 et 756-759.

²¹⁵ SECO, Commentaire LTr (note 96), *ad* art. 61 OLT 1, p. 161-1 ; WYLER, CLTr (note 93), n° 11 *ad* art. 35 LTr, p. 431.

6.1.2.1 L'occupation durant la maternité

L'occupation durant la maternité est régie par les art. 35a LTr et 60 OLT 1, dispositions qui consacrent le droit de la travailleuse de ne pas être occupée durant certaines périodes de sa maternité (*infra*, i.), qui formulent une interdiction absolue d'occupation pendant les 8 premières semaines *post partum* (*infra*, ii.), qui fixent certaines limites à la durée du travail (*infra*, iii.), et qui consacrent un droit à disposer de pauses rémunérées pour l'allaitement (*infra*, iv.).

6.1.2.1.1 Le droit de ne pas être occupée

Conformément à l'art. 35a al. 1-2 LTr, les femmes enceintes ne peuvent être occupées que si elles y consentent et elles disposent de la faculté de se dispenser d'aller au travail ou de le quitter, sur simple avis de leur part à leur employeur²¹⁶. Si les accouchées disposent des mêmes droits jusqu'à la fin de la 16^e semaine *post partum* (art. 35a al. 3 LTr), en cas d'allaitement, ces droits sont invocables tant et aussi longtemps que la mère allaite son enfant (art. 35a al. 1-2 LTr)²¹⁷. Les mères qui allaitent doivent par ailleurs bénéficier du temps nécessaire à l'allaitement (art. 35a al. 2 LTr), temps qui compte, depuis le 1^{er} juin 2014, comme du temps de travail rémunéré durant la première année de la vie de l'enfant, dans la mesure arrêtée par l'art. 60 al. 2 OLT 1 (*infra*, iv.).

L'art. 35a LTr permet, par exemple, à une travailleuse enceinte d'exiger de son employeur, moyennant une réduction équivalente de son salaire, une diminution de son taux de travail ; cette disposition peut également être invoquée afin de bénéficier d'un congé prénatal non rémunéré²¹⁸. L'employeur ne saurait en effet exiger un certificat médical pour une absence avalisée par l'art. 35a LTr et ce, quelle qu'en soit la durée²¹⁹. La faculté offerte par l'art. 35a al. 1-2 LTr n'étant pas subordonnée à l'exigence que la grossesse provoque un empêchement objectif de travailler, il en résulte que la femme enceinte (tout comme la mère qui allaite) dispose d'une « *liberté de choix* » lui permettant de décider librement si elle veut maintenir son activité ou momentanément en rester éloignée²²⁰. Le refus de travailler d'une travailleuse en application des droits que lui confère l'art. 35a LTr ne saurait constituer un motif de licenciement (licenciement immédiat pour abandon de poste, p. ex. ; cf. art. 337d CO), dès lors que l'employeur est avisé de la grossesse et du fait que la travailleuse invoque son état pour justifier ses absences ; le congé donné dans ces circonstances doit être tenu pour abusif (art. 336 CO)²²¹. Un congé ordinaire signifié pendant la grossesse ou durant les 16 semaines qui suivent l'accouchement est par ailleurs frappé de nullité, car notifié en temps inopportun (cf. art. 336c CO). Si la travailleuse est libre de demander une diminution de son taux d'occupation pendant la période de maternité, l'employeur ne saurait, à l'inverse, lui imposer une modification de son taux de travail, étant donné que la protection contre le licenciement en temps inopportun s'étend également au congé-modification.

²¹⁶ Sur le droit des travailleuses enceintes de se dispenser de travailler, cf. PERRENOUD (note 21), pp. 749-755 et 759-761.

²¹⁷ Sur le droit des accouchées et des mères qui allaitent de se dispenser de travailler, cf. PERRENOUD (note 21), pp. 1073-1075, 1084-1085 et 1100-1101.

²¹⁸ Sur ces aspects, cf. BRUCHEZ Christian, La nouvelle assurance-maternité et ses effets sur le droit du contrat de travail, SJ 2005 II, pp. 247-274, p. 265 ; HENSCH, Sonderregelungen (note 94), p. 1091 ; PERRENOUD (note 21), p. 750 ; WYLER, CLTr (note 93), n° 10 *ad* art. 35 LTr, p. 430.

²¹⁹ TF, arrêt 4C.57/2007 du 15 mai 2007, c. 3.3 ; TF, arrêt 4C.271/2000 du 15 février 2001. Cf. aussi SG, KG, arrêt du 10 février 2004, c. II. 4c, JAR 2005, pp. 418-421.

²²⁰ FAVRE Christian/MUNOZ Charles TOBLER Rolf A., Le contrat de travail : code des obligations (art. 319-362 CO), loi fédérale sur l'égalité, loi fédérale sur le travail, loi sur le service de l'emploi et la location de services, Code annoté de la jurisprudence fédérale et cantonale, 2^e éd., Editions Bis & Ter, Lausanne 2010, n° 3.2 *ad* art. 324a CO et n° 1.1 *ad* art. 35a LTr, pp. 131 et 585. Cf. aussi TF, arrêt 4C.57/2007 du 15 mai 2007, c. 3.3 ; TF, arrêt 4C.271/2000 du 15 février 2001, c. 2b.

²²¹ TF, arrêt 4C.271/2000 du 15 février 2001, c. 2b.

Les femmes, qui font usage de leur droit de ne pas être occupées, n'ont, cependant, pas de droit au salaire pendant les périodes où elles ne fournissent pas leur prestation de travail. Ce n'est que si l'absence résulte d'une incapacité de travail, attestée au moyen d'un certificat médical, qu'elles bénéficieront d'une protection économique, en application de l'art. 324a CO, disposition qui consacre l'obligation de l'employeur de verser son plein salaire à la travailleuse, pendant un temps limité²²² ; la grossesse en tant que telle ne constitue en effet pas un empêchement de travailler et ne permet dès lors pas de fonder l'obligation de l'employeur de verser le salaire sur la base de la disposition précitée. Au cours de la 1^{ère} année de service, l'employeur est tenu de payer le salaire pendant 3 semaines ; par la suite, le salaire est dû pour une période plus longue, fixée en application des échelles bernoise, bâloise ou zurichoise. La maternité autorise donc la travailleuse à réduire passagèrement son taux d'occupation, mais elle ne permet pas de fonder un droit au salaire pour les périodes durant lesquelles la travailleuse ne fournit pas sa prestation de travail.

Si une travailleuse souhaite arrêter de travailler quelque temps avant son accouchement, sans être en incapacité de travail, elle ne percevra donc pas de revenu. Dès lors que l'allocation de maternité vise le stade de la convalescence *post partum* (elle est octroyée pendant 14 semaines, à compter du jour de l'accouchement et ne peut, en aucun cas, être octroyée avant la naissance de l'enfant ; cf. art. 16c al. 1 LAPG) et que les absences résultant de l'exercice des droits conférés par l'art. 35a al. 1-2 LTr ne s'accompagnent pas d'une protection économique, force est de constater qu'il n'existe pas de congé prénatal général et obligatoire en Suisse. Seule la conclusion d'une assurance facultative d'indemnités journalières en cas de maternité, par la travailleuse ou par son employeur, permet à la future mère de bénéficier d'un congé prénatal rémunéré. Il peut s'agir d'une assurance facultative d'indemnités journalières au sens de la LAMal²²³ ou d'une assurance privée soumise à la LCA²²⁴. Si l'assurance obéit aux règles de la LAMal, l'art. 74 al. 2 de cette loi prévoit d'ailleurs expressément que les indemnités journalières de maternité « *doivent être versées pendant 16 semaines, dont au moins 8 après l'accouchement* ». La possibilité de bénéficier d'un congé prénatal rémunéré est donc expressément envisagée. En revanche, s'il s'agit d'une assurance privée, un éventuel droit à un congé prénatal rémunéré dépend des conditions générales d'assurance.

En droit suisse, il n'existe pas, à l'heure actuelle, d'assurance obligatoire permettant aux futures mères de bénéficier d'un congé prénatal rémunéré²²⁵, ce qui n'est au demeurant pas conforme à l'art. 10 § 2 du Pacte ONU I²²⁶, instrument contraignant pour la Suisse, qui dispose que les mères doivent bénéficier d'une protection spéciale « *pendant une période de temps raisonnable avant et après la naissance des enfants* », et que cette protection doit, pour les mères salariées, comprendre l'octroi « *pendant cette même période, d'un congé payé ou d'un congé accompagné de prestations de sécurité sociale adéquates* »²²⁷. A l'intérieur de nos frontières, l'on déplore également l'absence

²²² Au cours de la première année de service, l'employeur est tenu de payer le salaire pendant 3 semaines ; par la suite, le salaire est dû pour une période plus longue, fixée en application des échelles bernoise, bâloise ou zurichoise.

²²³ Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal), RS 832.10.

²²⁴ Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (LCA), RS 221.229.1.

²²⁵ Un postulat « *Interruptions de travail avant l'accouchement et congé prénatal* » (Po. 15.3793 ; Liliane Maury Pasquier) a été déposé le 19 juin 2015 afin de charger le Conseil fédéral de présenter un rapport concernant l'interruption de l'activité professionnelle des femmes enceintes avant l'accouchement et évaluant l'opportunité d'agir sur le plan politique afin d'introduire un congé prénatal rémunéré. Ce postulat ayant été adopté par le Conseil des Etats en date du 8 septembre 2015, un rapport du Conseil fédéral devrait être élaboré à plus ou moins moyen terme sur ce sujet.

²²⁶ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels conclu à New York le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations Unies, approuvé par l'Assemblée fédérale le 13 décembre 1991 et entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992, A/RES/2200 (XXI), RS 0.103.1.

²²⁷ Sur l'absence de congé prénatal rémunéré en Suisse et la nécessité de conformer le droit suisse aux standards de protection découlant du Pacte ONU I, cf. PERRENOUD (note 21), pp. 1146-1149 et 1344-1346.

d'assurance obligatoire couvrant la perte de gain en cas de maladie, les absences résultant d'incapacités de travail pour cause de maladie ou de complications médicales liées à une maternité n'étant assorties d'une protection économique que dans les limites arrêtées par le droit du travail (art. 324a CO). Par ailleurs, il faut encore relever que lorsqu'une travailleuse invoque les droits que lui confère l'art. 35a al. 1-2 LTr et ne fournit pas sa prestation de travail pendant une longue période, la suspension de son droit au salaire pendant ce congé non payé est susceptible de se répercuter sur son assujettissement aux assurances sociales (perte de la couverture d'assurance-accidents obligatoire, notamment ; cf. art. 3 al. 2 LAA²²⁸ : « L'assurance cesse de produire ses effets à la fin du 31^e jour qui suit le jour où prend fin le droit au demi-salaire au moins »)²²⁹.

Une autre lacune de notre droit, qui doit aussi être signalée, résulte de l'absence de protection économique pendant les 15^e et 16^e semaines *post partum*, période durant laquelle la mère dispose pourtant d'un droit de ne pas travailler en vertu de l'art. 35a al. 3 LTr. Etant donné que le droit aux allocations de maternité cesse, au plus tard, à l'échéance de la 14^e semaine *post partum* (cf. art. 16d LAPG) et que les droits conférés par l'art. 35a LTr ne permettent pas de fonder une obligation salariale de l'employeur sur la base de l'art. 324a CO, le droit à tout ou partie du salaire durant les 15^e et 16^e semaines *post partum* dépend donc, à l'heure actuelle, du bon vouloir de l'employeur²³⁰. Une solution intéressante, qui permettrait de pallier l'absence de protection économique durant cette période, consisterait à conférer à la mère le droit de prendre ses vacances en prolongement de son congé de maternité. En l'état actuel des choses, si les jeunes mères ne peuvent pas exiger de leur employeur qu'il consente à leur accorder des vacances à l'issue de leur congé de maternité, l'art. 329c CO enjoint toutefois à l'employeur de fixer la date des vacances en tenant compte des désirs de ses travailleurs, dans la mesure compatible avec les intérêts de l'entreprise (cf. aussi art. 36 al. 1 LTr ; *infra*, V.). L'employeur doit donc effectuer une pesée des intérêts, et ce n'est que si des impératifs liés à l'entreprise rendent la prolongation du congé de maternité impossible, qu'il pourra refuser la demande émise en ce sens par une travailleuse. L'art. 328 CO, relatif à la protection de la personnalité des travailleurs, oblige également l'employeur à prendre en compte les intérêts légitimes d'une collaboratrice qui demande à ce que ses vacances interviennent en prolongement de son congé de maternité.

6.1.2.1.2 L'interdiction légale de travailler

L'art. 35a al. 3 LTr interdit formellement l'occupation des travailleuses pendant les 8 semaines qui suivent leur accouchement²³¹. S'agissant d'une interdiction absolue, une mère ne peut en aucun cas travailler durant cette période, même si elle en exprimerait le souhait.

La période d'interdiction légale de travailler est un cas d'empêchement non fautif au sens de l'art. 324a CO²³², de sorte que l'employeur a l'obligation, pendant cette période, de verser aux mères qui ne bénéficient pas de l'allocation de maternité (faute d'en remplir les conditions d'octroi ; cf. art. 16b

²²⁸ Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA), RS 832.20.

²²⁹ Sur ce point, cf. PERRENOUD (note 21), pp. 753-755.

²³⁰ Sur l'absence de protection économique durant les 15^e et 16^e semaines *post partum*, cf. PERRENOUD (note 21), pp. 1073-1075, 1100-1101, 1264 et 1346-1348.

²³¹ L'interdiction légale de travailler durant les semaines qui suivent l'accouchement est un principe ancien, qui était déjà consacré par l'art. 15 al. 2 la loi fédérale sur les fabriques du 23 mars 1877 (loi fédérale concernant le travail dans les fabriques du 23 mars 1877, RO 3 224.). Il a toutefois fallu patienter jusqu'au 1^{er} juillet 2005, date de l'entrée en vigueur des art. 16b-h LAPG, pour qu'une protection économique soit garantie pendant ce congé de maternité forcé. Au sujet de l'interdiction légale de travailler et sur l'origine de ce principe, cf. PERRENOUD (note 21), pp. 331-333, 339-341, 360-363, 1070-1073 et 1097-1098.

²³² Sur ce point, cf. PERRENOUD (note 21), pp. 1070-1073 et 1097-1098 et les références. Cf. également TF, arrêt 4A_495/2007 du 12 janvier 2009, c. 4.3.2.2 ; TF, arrêt 4C.36/2007 du 26 mars 2007, c. 4.2 ; TF, arrêt 4C.189/2005 du 17 novembre 2005, c. 3.3.

LAPG) le 100 % de leur salaire sur la base de l'art. 324a al. 1 CO²³³. Cette obligation trouve également application pendant une éventuelle période de report du droit aux allocations de maternité, pour le laps de temps qui coïncide avec l'interdiction légale de travailler (art. 16c al. 2 LAPG)²³⁴. L'employeur est aussi tenu de verser aux mères qui percevaient un salaire mensuel supérieur à CHF 7'350.- avant leur accouchement, le différentiel entre le montant maximal de l'allocation de maternité (CHF 196.- par jour ; cf. art. 16f LAPG) et le 80 % de leur salaire, pendant la période de 8 semaines durant laquelle elles sont contraintes de demeurer éloignées de leur travail, en application de l'art. 324b al. 2 CO²³⁵. Dans ces trois hypothèses, l'obligation salariale de l'employeur ne vaut toutefois que tant et aussi longtemps que le crédit de salaire afférent à l'année de service considérée au sens de l'art. 324a al. 2 CO n'est pas épuisé.

Les travailleuses qui échappent totalement ou partiellement à l'application de la LTr (cf. art. 2-4 LTr) ne sont pas soumises à l'interdiction légale de travailler, avec pour corollaire qu'elles ne peuvent pas exiger de leur employeur qu'il leur verse tout ou partie de leur salaire pendant cette période. Si cette solution s'impose en l'état actuel du droit, elle n'en demeure pas moins insatisfaisante.

6.1.2.1.3 La limitation de la durée du travail

L'art. 60 al. 1 OLT 1 pose des limites à la durée du travail puisqu'il interdit à l'employeur de prolonger la durée ordinaire convenue de la journée de travail des femmes enceintes et des mères qui allaitent et précise que cette durée ne peut en aucun cas excéder 9 heures²³⁶. S'agissant d'une prescription impérative, une femme enceinte ou une mère qui allaite ne saurait être affectée à des heures supplémentaires (art. 321c CO) ou à du travail supplémentaire (art. 12-13 LTr), quand bien même elle y consentirait expressément.

Dans l'hypothèse où son contrat de travail arrête une durée quotidienne de travail supérieure à 9 heures, la travailleuse enceinte ou la mère qui allaite peut prétendre au versement de son salaire afférent aux heures excédentaires qu'elle ne peut effectuer compte tenu de l'interdiction posée par l'art. 60 al. 1 OLT 1. Cette interdiction doit en effet être regardée comme un cas d'empêchement non fautif de travailler au sens de l'art. 324a al. 3 CO.

Si, de notre point de vue, l'art. 60 al. 1 OLT 1 ne s'oppose pas à une augmentation du taux d'activité d'une femme occupée à temps partiel, il ne doit toutefois pas s'agir d'une hausse passagère du taux de travail et celle-ci ne doit pas résulter de l'accomplissement d'heures supplémentaires ou de travail supplémentaire²³⁷. Ainsi, l'art. 60 al. 1 OLT 1 ne fait pas obstacle, par exemple, à la conclusion d'un avenant au contrat de travail prévoyant une augmentation du taux d'activité de 40 % à 60 %. En

²³³ Au sujet de l'obligation de l'employeur de verser le salaire en cas de refus des allocations de maternité, et, en particulier, pour un panorama des différentes opinions doctrinales et une proposition de solution qui permettrait d'améliorer la protection économique des mères qui ne remplissent pas les conditions posées par l'art. 16b LAPG, cf. PERRENOUD (note 21), pp. 1226-1245 et 1350-1353.

²³⁴ Dans cette hypothèse, l'obligation salariale existe pendant la période d'interdiction légale de travailler et perdure au-delà dans la mesure où la mère produit un certificat médical attestant la nécessité de sa présence auprès du nouveau-né. Sur la possibilité de demander le report de l'allocation de maternité et le revenu de la mère durant cette période, cf. PERRENOUD (note 21), pp. 1149-1159 et 1348-1350.

²³⁵ Sur l'obligation de l'employeur de compléter le différentiel entre l'allocation de maternité et le 80 % du salaire que la travailleuse percevait avant son accouchement, et, en particulier, pour un panorama des différentes opinions doctrinales et une proposition de solution, cf. PERRENOUD (note 21), pp. 1174-1187 et 1350-1353.

²³⁶ Au sujet de la limitation de la durée du travail, cf. PERRENOUD (note 21), pp. 755-756 et 1086 et les références.

²³⁷ De cet avis également, WYLER, CLTr (note 93), n° 10 ad art. 35 LTr, p. 430.

revanche, un accord qui stipulerait que la travailleuse enceinte s'engage à augmenter son taux d'activité de 20 % pour faire face à une surcharge passagère de travail (pendant deux ou trois mois, p. ex.) ne serait pas admissible.

6.1.2.1.4 Le droit à des pauses rémunérées pour allaiter

L'occupation durant la maternité comprend également un volet qui concerne les pauses d'allaitement²³⁸.

Conformément à l'art. 35a al. 2 LTr, les mères qui allaitent ont le droit de disposer du temps nécessaire à l'allaitement. Ce droit est invocable durant la première année de vie de l'enfant et il s'accompagne d'une protection économique²³⁹. L'art. 60 al. 2 OLT 1 indique, en effet, que le temps passé à allaiter (ou à tirer le lait) doit être comptabilisé comme temps de travail rémunéré. La durée des pauses rémunérées dépend du nombre d'heures quotidiennes de travail (30 minutes au minimum si la journée de travail n'excède pas 4 heures, 60 minutes au minimum pour une journée de travail de plus de 4 heures, respectivement 90 minutes au minimum lorsque la journée de travail dépasse 7 heures ; cf. art. 60 al. 2 OLT 1).

La rémunération des pauses d'allaitement est une institution récente en Suisse. Son introduction a eu lieu le 1^{er} juin 2014, date de l'entrée en vigueur d'une modification de l'art. 60 OLT 1²⁴⁰, qui a permis à la Suisse de ratifier la Convention n° 183 de l'OIT sur la protection de la maternité²⁴¹. Avant cette date, si le temps réservé à l'allaitement était, totalement ou partiellement, assimilé à du temps de travail, aucune base légale ne permettait, cependant, de fonder l'obligation de l'employeur de verser le salaire. La modification de l'art. 60 OLT 1 représente donc une amélioration considérable de la protection des mères au travail.

6.1.2.2 Les particularités concernant le travail du soir et de la nuit

Les normes qui prescrivent un aménagement des conditions de travail portent également sur le travail du soir et de la nuit.

Conformément à l'art. 35b al. 1 LTr, l'employeur est tenu de proposer un travail de jour équivalent aux femmes enceintes qui accomplissent un travail du soir ou de la nuit (soit, un travail entre 20 heures et 6 heures)²⁴², de même qu'aux accouchées dès la 9^e semaine *post partum* et jusqu'à la fin de la 16^e semaine qui suit la naissance²⁴³. Etant donné que cette injonction s'adresse à l'employeur et vise à éviter qu'une travailleuse ne soit employée contre son gré en dehors de l'horaire diurne de travail (une telle occupation risquerait en effet de porter atteinte à sa santé et/ou à celle de l'enfant), la travailleuse est libre de décider si elle souhaite, ou non, poursuivre son emploi le soir et la nuit. Si

²³⁸ Sur le droit des mères qui allaitent de bénéficier du temps nécessaire à l'allaitement, cf. aussi PERRENOUD (note 21), pp. 1086-1094.

²³⁹ Nous considérons que seule la rémunération des pauses d'allaitement est limitée à la première année de vie de l'enfant (cf. art. 60 al. 2 OLT 1). Les autres droits invocables pendant la période d'allaitement (art. 35 et 35a al. 1 LTr, art. 60 al. 1, 62 et 64 al. 1 OLT 1) valent tant et aussi longtemps que dure l'allaitement.

²⁴⁰ Modification de l'OLT 1 du 30 avril 2014, RO 2014 999.

²⁴¹ Convention de l'Organisation internationale du Travail (OIT) n° 183 sur la protection de la maternité, adoptée le 15 juin 2000, approuvée par l'Assemblée fédérale le 14 décembre 2012 et entrée en vigueur pour la Suisse le 4 juin 2015, RS 0.822.728.3.

²⁴² Est réputé « *travail de jour* », le travail effectué entre 6 heures et 20 heures ; le « *travail du soir* » est celui qui a lieu entre 20 heures et 23 heures, respectivement le « *travail de nuit* », celui qui se déroule entre 23 heures et 6 heures (art. 10 al. 1 et 16 LTr). Sur ces notions, cf. SOLTERMANN Daniel, Die Nacht aus arbeitsrechtlicher Sicht, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Heft 59, Staempfli, Berne 2004, pp. 27-30.

²⁴³ Sur les particularités en matière de travail du soir et de la nuit pendant la maternité, cf. PERRENOUD (note 21), pp. 746-749, 756-759, 1075-1077 et 1096 et les références.

elle ne désire plus être occupée entre 20 heures et 6 heures, son employeur a l'obligation de lui proposer un travail de jour équivalent²⁴⁴. Si l'employeur n'y parvient pas, la collaboratrice est libérée de son obligation de travailler et en droit d'exiger de son employeur qu'il lui verse le 80 % de son salaire (calculé sans d'éventuelles majorations pour le travail de nuit), y compris une indemnité équitable pour la perte du salaire en nature (art. 35*b* al. 2 LTr)²⁴⁵. A l'inverse, si l'employeur propose un travail de jour équivalent à une travailleuse et que celle-ci le refuse, il est alors délié de son obligation de verser le salaire sur la base de l'art. 35*b* al. 2 LTr²⁴⁶. Tout comme le salaire versé en application de l'art. 35 al. 3 LTr (*supra*, 1.2), la rémunération versée par l'employeur en vertu de l'art. 35*b* al. 2 LTr est indépendante du droit au salaire en cas d'empêchement non fautif de travailler au sens de l'art. 324*a* CO²⁴⁷.

Durant les 8 semaines qui précèdent l'accouchement, le travail du soir ou de la nuit fait l'objet d'une interdiction absolue (*cf.* art. 35*a* al. 4 LTr), de sorte qu'une femme enceinte n'est pas autorisée à exercer une activité entre 20 heures et 6 heures, quand bien même elle en exprimerait le souhait. La période d'interdiction de 8 semaines étant déterminée en référence à la date pronostiquée de l'accouchement (et non pas sur la base de la date effective de cet événement), sa durée sera augmentée ou réduite, selon que l'accouchement intervient avant ou après le terme prévu. Un accouchement prématuré peut donc avoir pour effet de supprimer totalement la période durant laquelle le travail de nuit est strictement prohibé.

6.2 Les autres mesures de protection en matière de durée du travail

La protection de la maternité ne se résume pas aux mesures consacrées par la LTr. Le Code des obligations et la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain contribuent également à la protection des travailleuses enceintes et des jeunes mères, s'agissant, notamment, de la durée du travail, puisqu'il en découle, en particulier, un droit à un congé de maternité rémunéré de 14 semaines (*infra*, 1.), ainsi qu'une protection du droit aux vacances (*infra*, 2.)²⁴⁸.

6.2.1 Le droit à un congé de maternité rémunéré

Depuis le 1^{er} juillet 2005, les travailleuses bénéficient d'un congé de maternité de 14 semaines (art. 329*f* CO), assorti du versement d'allocations de maternité couvrant le 80 % du salaire (art. 16*b-h* LAPG)²⁴⁹.

²⁴⁴ La notion de l'équivalence du travail est identique à celle posée par l'art. 35 al. 3 LTr (disposition qui régit l'obligation de l'employeur de proposer un travail équivalent en cas de travail dangereux ou pénible) et doit également être appréciée avec mansuétude. Sur ce point, *cf.* PERRENOUD (note 21), pp. 740-742 et 748 ; WYLER, CLTr (note 93), n° 22 *ad* art. 35 LTr et n° 3 *ad* art. 35*b* LTr, pp. 436-437 et 452-453.

²⁴⁵ AUBERT (note 94), p. 154 ; HENSCH, Sonderregelungen (note 94), p. 1093 ; PERRENOUD (note 21), pp. 746-749, 756-759, 1075-1077 et 1096 ; WYLER, CLTr (note 93), n° 5 *ad* art. 35*b* LTr, pp. 453-454.

²⁴⁶ Sur ce point, *cf.* HENSCH, Sonderregelungen (note 94), p. 1093 ; PERRENOUD (note 21), p. 748 ; WYLER, CLTr (note 93), n° 3 et 5 *ad* art. 35*b* LTr, pp. 452 et 453-454.

²⁴⁷ *Cf.* PERRENOUD (note 21), pp. 749 et 757-758.

²⁴⁸ Le Code des obligations offre également une protection de l'emploi durant la maternité (*cf.* art. 336 et 336*c* CO). Malgré celle-ci, il semble, qu'actuellement, de plus en plus de femmes reçoivent leur licenciement à leur retour de congé de maternité. Deux interpellations ont en effet été déposées, au mois de mars 2016, afin de questionner le Conseil fédéral sur l'ampleur de ce phénomène. *Cf.* Interpellation « *Devenir mère et se faire vivre ?* » (I. 16.3079 ; Ana Rebecca Ruiz, PS), déposée le 14 mars 2016 ; Interpellation « *Licenciement à l'issue du congé-maternité* » (I. 16.3248 ; Silvia Schenker ; PS), déposée le 18 mars 2016.

²⁴⁹ Au sujet de l'allocation de maternité (art. 16*b-h* LAPG), *cf.*, p. ex., MAHON Pascal/MATTHEY Fanny, Le régime des allocations pour perte de gain, in: Ulrich Meyer (éd.), *Soziale Sicherheit, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Band XIV, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2016, pp. 1957-1984 ; PERRENOUD (note 21), pp.

Le congé de maternité rémunéré poursuit un double objectif puisqu'il s'agit, d'une part, de garantir une période de ménagement à la travailleuse après son accouchement, nécessaire à sa convalescence et à son repos et lui permettant également de tisser des liens affectifs avec son enfant et, d'autre part, de compenser sa perte de revenu pendant la période où elle demeure éloignée de son poste de travail²⁵⁰. L'introduction de l'allocation de maternité avait également pour but de décharger les employeurs de la charge financière afférente aux congés de maternité, et d'améliorer ainsi les chances des femmes sur le marché du travail²⁵¹.

6.2.2 La protection du droit aux vacances

D'une manière générale, l'art. 329b CO autorise l'employeur à réduire la durée des vacances de ses employés en cas d'absences de ceux-ci : alors que les absences fautives permettent une réduction du droit aux vacances de 1/12^e par mois complet d'absence, dès le premier mois complet d'absence (art. 329b al. 1 CO), lorsque l'empêchement de travailler résulte d'une cause inhérente à la personne du travailleur (maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale, p. ex.), le travailleur bénéficie d'un délai de grâce d'un mois, de sorte qu'une réduction du droit aux vacances (à raison de 1/12^e par mois complet d'absence) ne peut intervenir qu'après 2 mois complets d'absence (art. 329b al. 2 CO).

Les travailleuses disposent d'une protection supplémentaire de leur droit aux vacances s'agissant des absences en relation avec leur maternité, puisque l'art. 329b al. 3 CO interdit à l'employeur de diminuer les vacances d'une employée si, en raison d'une grossesse, elle a été empêchée de travailler pendant deux mois au plus, ou si elle a bénéficié des allocations de maternité au sens des art. 16b-h LAPG. Les travailleuses enceintes jouissent ainsi d'un délai de grâce de 2 mois pour les empêchements de travailler résultant de la grossesse et, les jeunes mères, d'un délai de grâce de 14 semaines, qui coïncide avec le congé de maternité rémunéré (cf. art. 329f CO, art. 16b-h LAPG)²⁵². En cas d'absence durant la grossesse, une réduction du droit aux vacances (à raison de 1/12^e par mois complet d'absence) ne peut intervenir qu'après 3 mois complets d'absence (délai d'attente d'un mois auquel s'ajoute un délai de carence de 2 mois). Le congé de maternité fédéral de 14 semaines (art. 16b-h LAPG, art. 329f CO) est un délai de grâce spécifique, qui vient s'ajouter au délai de grâce de 2 mois applicable aux absences résultant de la grossesse.

7 Durées du travail et responsabilités familiales

Le droit du travail introduit différents aménagements en faveur des travailleurs ayant des responsabilités familiales en matière de durées du travail (*infra*, A.). Malgré ceux-ci, force est toutefois de constater que l'essentiel des mesures protectrices s'adresse aux mères et que les pères sont relégués à l'arrière-plan (*infra*, B.).

1113-1218 ; STEIGER-SACKMANN Sabine, Mutterschaftsentschädigung, in : Sabine Steiger-Sackmann/Hans-Jakob Mosimann (éds), Recht der Sozialen Sicherheit–Sozialversicherungen, Opferhilfe, Sozialhilfe, Beraten und Prozessieren, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band XI, Bâle 2014, pp. 1153-1178.

²⁵⁰ Cf. Avis du Conseil fédéral relatif au rapport du 3 octobre 2002 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national au sujet de l'initiative parlementaire « Révision de la loi sur les allocations pour perte de gain. Extension du champ d'application aux mères exerçant une activité lucrative » du 6 novembre 2002, FF 2003 1032 (1034) : « Il importe d'accorder à la mère une période de repos après l'accouchement, lui permettant de récupérer, de s'occuper du nouveau-né et de développer la relation mère-enfant sans être accablée par des soucis financiers ».

²⁵¹ AEPPLI Daniel C., Forschungsbericht « Wirkungsanalyse Mutterschaftsentschädigung », Schlussbericht, definitive Version, in Zusammenarbeit mit DemoSCOPE Research & Marketing, Bâle, août 2012, p. 1.

²⁵² Sur la protection du droit aux vacances pendant la maternité, cf., p. ex., PERRENOUD (note 21), pp. 920-936 et 1271-1276.

7.1 Les aménagements en faveur des travailleurs ayant des responsabilités familiales

Des aménagements en faveur des travailleurs ayant des responsabilités familiales découlent de plusieurs dispositions légales. La plus connue est l'art. 36 LTr, qui est spécialement consacré aux « *travailleurs ayant des responsabilités familiales* » (*infra*, 1.). D'autres dispositions, à l'instar, par exemple, des art. 321 c et 329 c CO, ont également une incidence sur l'occupation de cette catégorie d'employés (*infra*, 2.).

7.1.1 L'art. 36 LTr

L'art. 36 LTr est spécifiquement consacré aux travailleurs ayant des responsabilités familiales.

Si depuis le 1^{er} août 2000²⁵³, cette disposition s'adresse tant aux travailleurs qu'aux travailleuses, à l'origine, elle ne concernait que les femmes ayant la charge d'un ménage²⁵⁴. Il aura fallu attendre le début du XXI^e siècle pour que les travailleurs ayant des responsabilités familiales soient protégés indépendamment de leur sexe, et donc, pour que les tâches familiales soient considérées comme pouvant être assumées aussi bien par des hommes que par des femmes.

La notion de « *responsabilités familiales* », à laquelle se réfère l'art. 36 LTr, englobe l'éducation des enfants jusqu'à l'âge de 15 ans, ainsi que la prise en charge de membres de la parenté ou de proches qui nécessitent des soins (*cf.* art. 36 al. 1 LTr). Le SECO a précisé que l'éducation des enfants comprend « *toutes les tâches qui rendent la présence de la personne chargée de la garde nécessaire ou souhaitable, que les enfants ne sont pas encore en mesure d'assumer à eux seuls ou pour lesquelles ils ne disposent pas encore du discernement nécessaire* », tels que, par exemple, l'envoi des enfants à l'école, la préparation d'un repas chaud pour midi ou pour le soir ou encore l'accompagnement pour participer à certaines activités particulières²⁵⁵.

L'art. 36 LTr institue trois types de mesures en faveur des travailleurs ayant des responsabilités familiales : une obligation de l'employeur de tenir compte des responsabilités familiales lors de la fixation des heures de travail et de repos (*infra*, a.), un régime particulier s'agissant du travail supplémentaire (*infra*, b.), ainsi que le droit à un congé pour le temps nécessaire à la garde d'un enfant malade (*infra*, c.).

7.1.1.1 L'obligation de l'employeur de tenir compte des responsabilités familiales lors de la fixation des heures de travail et de repos

L'art. 36 al. 1 LTr oblige l'employeur à tenir compte des responsabilités familiales des travailleurs lors de la fixation des heures de travail et de repos. Il s'agit donc, pour l'employeur, de concilier au

²⁵³ Modification de la LTr du 20 mars 1998, RO 2000 1569.

²⁵⁴ Dans sa teneur d'origine (demeurée en vigueur jusqu'au 31 juillet 2000), l'art. 36 LTr, qui était intitulé « *Femmes tenant un ménage* » disposait ce qui suit : 'En fixant les heures de travail et les repos, l'employeur doit tenir un ménage avoir les égards pour les femmes qui tiennent un ménage où elles vivent avec des proches. A leur demande, il leur accordera, vers midi, une pause d'au moins une heure et demie. ²Les femmes qui tiennent un ménage où elles vivent avec des proches ne peuvent être occupées à du travail supplémentaire que si elles y consentent et il est interdit de les de les occuper à des travaux accessoires dans les entreprises industrielles (RO 1966 57). Les lois fédérales sur le travail dans les fabriques des 23 mars 1877 (RO 3 224) et 18 juin 1914 (RO 30 539), ancêtres de la LTr, contenaient déjà des prescriptions sur le travail des femmes ayant la tenue d'un ménage. Sur ce point, *cf.* PERRENOUD (note 21), pp. 342-343 et 365-366.

²⁵⁵ SECO, Commentaire LTr, *ad* art. 36 LTr (note 96), p. 036-1. Sur la notion de « *responsabilités familiales* », *cf.* aussi HENSCH Angela, Arbeitnehmer mit Familienpflichten, AJP/PJA 2016, pp. 1631-1644, pp. 1632-1633 (cité : HENSCH, Arbeitnehmer mit Familienpflichten).

mieux les impératifs, découlant pour le travailleur, de sa situation personnelle (horaires des établissements et transports scolaires, p. ex.) et les besoins de l'entreprise²⁵⁶. A cet égard, l'art. 36 al. 2 LTr précise que les travailleurs qui ont des responsabilités familiales peuvent, à leur demande, bénéficier d'une pause de midi d'au moins une heure et demie. Une telle pause ne doit toutefois être accordée que dans la mesure où elle est justifiée par des responsabilités familiales, c'est-à-dire, dans la mesure où elle ne sert pas à favoriser d'autres objectifs, tels, par exemple, des loisirs²⁵⁷. Le SECO a précisé que lorsque plusieurs personnes se partagent les responsabilités familiales (le père et la mère, p. ex.), c'est en général celle qui s'occupe de la prise en charge pour une période donnée qui peut faire valoir son droit à cet assouplissement, insistant, toutefois, sur le fait que la répartition des tâches découlant des responsabilités familiales, en fonction de l'intérêt de la famille, revient exclusivement aux parents²⁵⁸.

Si l'art. 36 al. 1 LTr oblige l'employeur à tenir compte des responsabilités familiales lors de la fixation des heures de travail et de repos, cette disposition ne confère toutefois pas un droit aux parents de demander à bénéficier d'une réduction (temporaire) de leur taux de travail²⁵⁹. Seules les travailleuses bénéficient d'une telle prérogative pendant la période de maternité (*cf.* art. 35a al. 1-2 LTr ; *supra*, IV., A., 2., a., i.).

7.1.1.2 Un régime particulier s'agissant du travail supplémentaire

L'art. 36 al. 2 LTr subordonne l'affectation de travailleurs ayant des responsabilités familiales à un travail supplémentaire, au consentement de ceux-ci. Cette catégorie de travailleurs est dès lors en droit de refuser d'effectuer tout travail supplémentaire qui les mènerait à négliger leurs responsabilités familiales²⁶⁰.

Le travail supplémentaire est défini à l'art. 12 LTr. Il s'agit d'une notion qui ne doit pas être confondue avec les heures supplémentaires au sens de l'art. 321 c CO. Alors que le travail supplémentaire se réfère au travail dont la durée excède la durée maximale de la semaine de travail, arrêtée à 45 ou 50 heures par l'art. 9 LTr, les heures supplémentaires englobent les « *heures de travail effectuées au-delà de l'horaire contractuel* »²⁶¹. Si les travailleurs ayant des responsabilités familiales ne doivent pas être affectés à un travail supplémentaire sans leur consentement, ils peuvent, en revanche, être tenus d'accomplir des heures supplémentaires, mais uniquement, dans la mesure où ils sont à même de s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le leur demander (*cf.* art. 321 c al. 1 CO ; *infra*, 2., b.).

7.1.1.3 L'octroi d'un congé pour la garde d'un enfant malade

L'art. 36 al. 3 LTr oblige l'employeur à accorder, sur présentation d'un certificat médical, un congé aux travailleurs ayant des responsabilités familiales « *pour le temps nécessaire à la garde d'un enfant malade* ». Ce congé, qui est limité à trois jours de travail par cas de maladie, doit permettre de remédier aux difficultés que peuvent rencontrer les travailleurs lorsqu'ils doivent organiser, à court terme, la garde d'un enfant malade²⁶². Tant les travailleurs occupés à plein temps que les travailleurs à

²⁵⁶ WYLER, CLTr (note 93), n° 4 *ad* art. 36 LTr, p. 458.

²⁵⁷ WYLER, CLTr (note 93), n° 6 *ad* art. 36 LTr, p. 459. *Cf.* aussi PERRENOUD (note 21), p. 1078.

²⁵⁸ SECO, Commentaire LTr (note 96), *ad* art. 36 LTr, p. 036-1.

²⁵⁹ HENSCH, Arbeitnehmer mit Familienpflichten (note 143), p. 1641 ; PÄRLI Kurt, Eltern im Arbeitsverhältnis, FamPra.ch 2016, pp. 933-955, pp. 945-946 (cité : PÄRLI, Eltern).

²⁶⁰ SECO, Commentaire LTr (note 96), *ad* art. 36 LTr, p. 036-1.

²⁶¹ WYLER, CLTr (note 93), n° 5 *ad* art. 36 LTr, p. 458.

²⁶² Au sujet de l'octroi d'un congé pour la garde d'un enfant malade, *cf.* HENSCH, Arbeitnehmer mit Familienpflichten (note 143), pp. 1634-1640 ; PÄRLI Kurt, Die Pflege von kranken und behinderten Kindern durch Angehörige :

temps partiel ont droit à ce congé²⁶³, et celui-ci est assimilé à un empêchement non fautif de travailler au sens de l'art. 324a al. 1 CO, compte tenu de l'obligation légale des parents de pourvoir à l'entretien de leur enfant (*cf.* art. 272, 276 al. 1-2 et 301 CC)²⁶⁴.

Le Code des obligations contient également une disposition similaire à l'art. 36 al. 3 LTr, qui permet aux travailleurs ayant des responsabilités familiales de bénéficier d'un congé pour la garde d'un enfant malade. Il s'agit de l'art. 329 al. 3 CO, relatif aux « *congés usuels* ». Cette disposition permet donc aux personnes non soumises à la LTr de bénéficier également d'un congé rémunéré selon l'art. 324a CO, dont la durée est limitée au temps nécessaire à la recherche d'une solution de garde, lorsqu'elles doivent faire face à la maladie d'un enfant²⁶⁵.

En principe, tant le congé (art. 329 al. 3 CO, art. 36 al. 3 LTr) que le droit au salaire (art. 324a CO) ne valent que pour la durée nécessaire pour permettre au parent de trouver une solution de garde extérieure ; l'hypothèse où l'enfant, gravement malade, est hospitalisé et a besoin de garder un contact très suivi avec ses parents est cependant réservée. La durée maximale mentionnée à l'art. 36 al. 3 LTr (trois jours) ne doit donc pas être comprise comme une limite absolue, les particularités du cas d'espèce étant de nature à justifier une absence de plus longue durée²⁶⁶. Ainsi, il a été jugé que l'absence d'une travailleuse, pendant trois mois, afin de s'occuper de son enfant, âgé de cinq mois et gravement malade, devait être assimilée à un empêchement de travailler au sens de l'art. 324a CO ; dans cette affaire, le Tribunal a considéré que compte tenu de la gravité de l'état de santé de l'enfant, il ne pouvait être reproché à la mère de ne pas avoir recherché une solution de garde²⁶⁷.

La période pendant laquelle un report des allocations de maternité est demandé par la mère (*cf.* art. 16c al. 2 LAPG et art. 24 RAPG²⁶⁸) est également assimilée à un empêchement de travailler tombant sous le coup de l'art. 324a CO. La Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève a en effet jugé que la période d'ajournement de l'allocation de maternité constitue un empêchement non fautif de travailler inhérent à la personne de la travailleuse au sens de l'art. 324a al. 1 CO, pour la durée de l'interdiction légale de travailler (art. 35a al. 3 LTr), respectivement pour une plus longue période si la nécessité de la présence de la mère auprès de l'enfant est attestée par un certificat médical²⁶⁹.

Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Problemstellungen, Pflegerecht 2015, pp. 45-47, p. 45 (cité : PÄRLI, Die Pflege) ; PÄRLI, Eltern (note 147), pp. 943-945 ; PERRENOUD (note 21), pp. 792-795, 1078-1079 et 1376-1377 ; RÜETSCHI David, Die Rechte des Arbeitnehmers bei der Betreuung kranker Kinder und anderer Angehöriger, in : Private law : national, global, comparative : Festschrift für Ingeborg Schwenzler zum 60. Geburtstag, Vol. 2, Staempfli, Berne 2011, pp. 1449-1463 (cité : RÜETSCHI) ; WYLER, CLTr (note 93), n° 7 *ad* art. 36 LTr, p. 459.

²⁶³ HENSCH, Arbeitnehmer mit Familienpflichten (note 143), p. 1635.

²⁶⁴ GE, CAPH, arrêt du 27 octobre 2011 (CAPH/175/2011), c. 2.3, JAR 2012, pp. 473-478.

²⁶⁵ TF, arrêt 4C.459/1997 du 7 avril 1998, c. 4b, JAR 1999, pp. 232-238. *Cf.* aussi GE, CAPH, arrêt du 17 octobre 2008 (CAPH/184/2008), c. 2.1.4, JAR 2009, pp. 522-526. *Cf.* également PERRENOUD (note 21), pp. 792-795 et 1079 ; RÜETSCHI (note 150), pp. 1453-1454.

²⁶⁶ GE, CAPH, arrêt du 17 octobre 2008 (CAPH/184/2008), c. 2.1.4, JAR 2009, pp. 522-526. *Cf.* aussi BE, Regionalgericht Bern-Mittelland, arrêt du 24 janvier 2013 (CIV 12 6727 BAK).

²⁶⁷ BE, OG, arrêt du 27 juin 2004, JAR 2005, pp. 352-356. Pour un autre exemple, *cf.* SG, KG, arrêt du 10 juin 1992, JAR 1994, pp. 147-148.

²⁶⁸ Règlement sur les allocations pour perte de gain du 24 novembre 2004 (RAPG), RS 834.11.

²⁶⁹ GE, CAPH, arrêt du 17 octobre 2008 (CAPH/184/2008), c. 2.2.3, JAR 2009, pp. 522-526. Pour un autre exemple, *cf.* BE, Regionalgericht Bern-Mittelland, arrêt du 24 janvier 2013 (CIV 12 6727 BAK). *Cf.* également le commentaire de cet arrêt par RUDOLPH Roger, Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Aufschub der Mutterschaftsentschädigung infolge Spitalaufenthalt des neugeborenen Kindes (Art. 324a OR, Art. 16c EOG, Art. 24 EOV) – Besprechung des Entscheids des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 24. Januar 2013 (CIV 12 6727 BAK), ARV/DTA 2013, pp. 235-239.

Malgré l'opinion contraire du Conseil fédéral²⁷⁰, nous sommes d'avis que la législation helvétique ne tient pas suffisamment compte de la situation des parents d'un enfant, qui, en raison d'une grave maladie, doit être hospitalisé pendant plusieurs semaines, mois ou années²⁷¹. Le versement du salaire sur la base de l'art. 324a CO représente en effet, de notre point de vue, une solution insatisfaisante, puisque le droit au congé rémunéré trouve ses limites dans le crédit de salaire de l'art. 324a al. 2 CO.

Ces dernières années, différentes interventions parlementaires ont requis la mise en place d'un congé rémunéré, d'une durée suffisante, pour les parents d'enfants gravement malades²⁷². Une modification de la LAPG, afin de prévoir l'octroi d'allocations pour perte de gain aux parents d'enfants gravement malades (sur le modèle des allocations de maternité ; cf. art. 16b-h LAPG), pourrait, de notre point de vue, constituer une solution intéressante permettant de prendre en compte les difficultés auxquelles les familles peuvent être confrontées.

7.1.2 Les autres mesures de protection en matière de durée du travail

D'autres dispositions de la LTr, de l'OLT 1 et du Code des obligations introduisent également des aménagements de la durée du travail en faveur des travailleurs ayant des responsabilités familiales.

7.1.2.1 Les aménagements concernant le travail de nuit et le service de piquet

Les travailleurs ayant des responsabilités familiales bénéficient d'aménagements en matière de travail de nuit et de service de piquet.

L'art. 46 lit. d OLT 1, adopté sur la base de l'art. 17e LTr, dispose qu'en cas de travail de nuit, l'employeur doit offrir son soutien aux travailleurs assumant des tâches d'éducation, afin de leur permettre d'assumer eux-mêmes ces tâches ou de les confier à des tiers. Le Seco précise, à cet égard, que lorsqu'il « *s'avère impossible de mettre en place des horaires de travail qui permettent aux travailleurs d'assumer eux-mêmes leurs tâches éducatives ou familiales, l'employeur doit alors les aider à organiser leur vie familiale en conséquence, par exemple en les aidant à trouver d'autres solutions, en les soutenant dans leurs démarches ou éventuellement en leur offrant une aide financière pour faire garder leurs enfants* »²⁷³.

L'art. 30 OLT 1 (cf. aussi art. 25-26 LTr) indique, pour sa part, que le travail de nuit pendant une période de plus de six semaines sans alternance avec un travail de jour n'est admis que pour autant qu'il soit indispensable pour des raisons d'exploitation ou que la majorité des travailleurs concernés

²⁷⁰ Cf. Avis du Conseil fédéral des 18 février 2009 et 24 février 2010 relatifs aux motions « *Allocation de présence parentale* » (Mo. 08.3839 ; Gisèle Ory) et « *Présence parentale auprès d'enfants gravement malades* » (Mo. 08.3838 ; Liliane Maury Pasquier) et au postulat « *Congé rémunéré d'une durée suffisante pour les parents d'enfants gravement atteints dans leur santé* » (Po. 09.4199 ; Anne Seydoux-Christe).

²⁷¹ PERRENOUD (note 21), pp. 1376-1377. Sur ce point, cf. aussi OLIVET Martyna, Enfants malades : pas de congé parental rémunéré, Bulletin DEI, n° 4-2009, p. 14, pour qui « *Le peu de protection offert par le droit du travail aux parents confrontés à la maladie grave d'un enfant représente une lacune indéniable de notre système de sécurité sociale* » ; PÄRLI, Die Pflege (note 150), p. 46.

²⁷² Cf. Interpellation « *Soutien aux parents d'un enfant gravement malade* » (I. 15.3776 ; Valérie Piller Carrard) du 19 juin 2015 ; Postulat « *Congé rémunéré d'une durée suffisante pour les parents d'enfants gravement atteints dans leur santé* » (Po. 09.4199 ; Anne Seydoux-Christe), déposé le 10 décembre 2009 ; Initiative parlementaire « *Congé pour les parents d'enfants malades* » (Iv. pa 08.516 ; Ricardo Lumengo), déposée le 19 décembre 2008 ; Motion « *Allocation de présence parentale* » (Mo. 08.3839 ; Gisèle Ory), déposée le 16 décembre 2008 ; Motion « *Présence parentale auprès d'enfants gravement malades* » (Mo. 08.3838 ; Liliane Maury Pasquier), déposée le 16 décembre 2008.

²⁷³ Seco, Commentaire LTr (note 96), ad art. 46 OLT 1, p. 146-2.

demandent par écrit que l'on renonce à l'alternance entre travail de jour et travail de nuit parce que l'alternance n'est pour eux pas acceptable, en particulier pour des raisons personnelles ou familiales.

Quant au service de piquet, nous rappelons que l'art. 14 al. 4 OLT 1 dispose qu'« *une modification à bref délai du plan ou de l'horaire du service de piquet et des interventions qui en découlent n'est possible qu'avec le consentement des travailleurs ayant des responsabilités familiales, et en l'absence de toute autre solution acceptable pour l'entreprise* » (*supra*, III., B.).

7.1.2.2 Les aménagements résultant du Code des obligations

Le Code des obligations contient différentes dispositions qui portent, plus ou moins directement, sur la durée du travail des travailleurs ayant des responsabilités familiales.

Ainsi, les art. 321 *c* et 329 *c* CO obligent l'employeur à tenir compte des responsabilités familiales lors de la demande d'heures supplémentaires et lors de la fixation des vacances. Si les travailleurs ayant des responsabilités familiales ne doivent pas être affectés à un travail supplémentaire sans leur consentement (*supra*, 1., a.), ils peuvent, en revanche, être tenus d'accomplir des heures supplémentaires, mais uniquement, dans la mesure où ils sont à même de s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le leur demander (*cf.* art. 321 *c* al. 1 CO). Seule la présence d'un motif justifié autorise donc l'employeur à exiger d'un travailleur ayant des responsabilités familiales qu'il effectue des heures supplémentaires. Cela signifie que l'employeur qui sollicite l'accomplissement d'heures supplémentaires doit tenir compte des éventuelles responsabilités familiales du travailleur²⁷⁴. Rappelons que pendant la grossesse et la période d'allaitement, tant les heures supplémentaires que le travail supplémentaire font l'objet d'une interdiction absolue (art. 60 al. 1 OLT 1 ; *supra*, IV., A., 2., a., iii.). Quant à l'art. 329 *c* CO, il fonde le droit des travailleurs ayant des responsabilités familiales à prendre des vacances pendant les vacances scolaires, lorsque cela est compatible avec les besoins de l'entreprise²⁷⁵.

Les travailleurs bénéficient également d'une protection de leur droit aux vacances pour leurs absences résultant de l'accomplissement de responsabilités familiales (art. 329 *b* al. 2 CO). L'employeur doit en effet respecter un délai d'attente (1 mois) et un délai de carence (1 mois) avant de réduire les vacances d'un travailleur absent sans sa faute pour des raisons familiales (garde d'un enfant malade, p. ex.).

Les absences dues à l'accomplissement de responsabilités familiales permettent en outre de prétendre à l'octroi d'un congé usuel au sens de l'art. 329 al. 3 CO. Le congé pour la garde d'un enfant malade, par exemple, donne droit au versement du salaire en application de l'art. 324 *a* CO, pour le temps nécessaire à la recherche d'une solution de garde (*supra*, 1., c.). Un droit à un congé de paternité découle également de l'art. 329 al. 3 CO ; s'il s'agit d'un congé rémunéré sur la base de l'art. 324 *a* CO, sa durée varie en règle générale, entre un et deux jours (*infra*, B.).

Si les travailleurs ayant des responsabilités familiales sont également protégés contre le licenciement abusif (l'art. 336 CO s'oppose, par exemple, au licenciement d'un (e) employé (e) en raison d'absences liées à la garde d'un enfant malade), le bénéfice de la protection contre le congé en temps inopportun est réservé aux seules travailleuses en situation de maternité (art. 336 *c* al. 1 lit. c CO).

Il convient encore de mentionner l'art. 328 CO, qui consacre l'obligation générale de l'employeur de protéger la personnalité du travailleur, et qui fonde, en particulier, le devoir de l'employeur d'avoir des égards envers les travailleurs qui ont des responsabilités familiales.

²⁷⁴ WYLER, CLTr (note 93), n° 5 *ad* art. 36 LTr, p. 458.

²⁷⁵ PÄRLI, Eltern (note 147), p. 940.

7.2 Une protection axée sur la maternité...

Malgré les différentes dispositions que nous venons de mentionner, force est de constater que le droit suisse est, actuellement, plus axé sur la protection de la maternité que sur la protection de la parentalité²⁷⁶.

Pour preuve, il n'existe, en effet, ni de congé de paternité digne de ce nom, ni de congé parental.

Le Code des obligations ne régit pas spécifiquement le congé de paternité. Il s'agit d'un « *congé usuel* » au sens de l'art. 329 al. 3 CO, c'est-à-dire d'un congé accordé en raison, d'« *événements sociaux* », à l'instar du mariage du travailleur ou du décès de proches parents. Le congé de paternité déduit de l'art. 329 al. 3 CO est un congé rémunéré sur la base de l'art. 324a CO, dont la durée oscille généralement entre un et deux jours. Des congés de paternité peuvent, cependant, être introduits par le biais du contrat de travail, d'une convention collective ou d'un règlement d'entreprise²⁷⁷. De telles mesures dépendent toutefois du bon vouloir de l'employeur, puisque les travailleurs n'ont aucun droit à exiger celles-ci. Dans les rapports de travail soumis au droit public, la situation est sensiblement différente. Dans l'administration fédérale, les pères bénéficient, en effet, depuis le 1^{er} juillet 2013, d'un congé de paternité rémunéré de 10 jours (art. 40 al. 3 lit. b O-OPers : « *Un congé payé est accordé à l'employé lors des événements suivants : [...] naissance de son enfant (congé paternité) ou de l'enfant du partenaire enregistré : 10 jours de travail à prendre, en bloc ou séparément, durant les 12 mois après la naissance d'un ou de plusieurs enfants* »²⁷⁸). Dans les administrations cantonales, la durée des congés de paternité rémunérés oscille entre 1 et 10 jours²⁷⁹. Au vu de l'insuffisance de la situation, les interventions parlementaires requérant la mise en place d'un véritable congé de paternité se sont multipliées depuis 2006, tant au niveau fédéral qu'à l'échelon cantonal, si bien que le Conseil fédéral a adopté un rapport sur la question en date du 30 octobre 2013²⁸⁰.

L'absence de congé parental atteste également de l'insuffisance de la protection accordée aux travailleurs ayant des responsabilités familiales en Suisse. Au sein de l'Union européenne, une directive²⁸¹ oblige les Etats membres à octroyer un droit individuel à un congé parental, rémunéré ou non et d'une durée minimale de 4 mois, aux travailleurs, hommes et femmes, en raison de la naissance ou de l'adoption d'un enfant. Comme nous l'avons déjà indiqué, au niveau du Conseil de l'Europe, la Charte sociale européenne enjoint également aux Etats parties d'accorder un droit à un congé parental après le congé de maternité, tout en laissant le soin aux Etats d'en définir les conditions et modalités d'octroi (cf. art. 27 § 2 CSEr ; supra, I., A.). Bien que des congés parentaux aient vu le jour depuis les années 1970-1980, notamment en Finlande, en Norvège, en Suède, en France, ou en Italie, il n'y a pas encore de congé parental en Suisse, à tout le moins dans les rapports de travail soumis au droit privé. Et ce n'est pas faute d'avoir essayé. La première requête en ce sens remonte en effet au 13 décembre 1977, lors du dépôt de l'initiative parlementaire « *Politique familiale* » par la

²⁷⁶ Cf. également, p. ex., PÄRLI, Eltern (note 147), p. 933 : « *Elterschaft ist bis heute im Arbeitsrecht vorwiegend ein Mutter- und Frauenthema* ».

²⁷⁷ Pour des exemples, cf. PÄRLI, Eltern (note 147), pp. 947 et 951-952.

²⁷⁸ Ordonnance du Département fédéral des finances (DFF) concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers) du 6 décembre 2001, RS 172.220.111.31.

²⁷⁹ Pour un aperçu des différentes pratiques cantonales, cf. PÄRLI, Eltern (note 147), pp. 946-951.

²⁸⁰ Rapport du Conseil fédéral « *Congé de paternité et congé parental, Etat des lieux et présentation de divers modèles* », en réponse au postulat Fetz (11.3492) du 6 juin 2011, du 30 octobre 2013.

²⁸¹ Directive 2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BUSINESSSEUROPE, l'UEAPME, le CEEP et la CES et abrogeant la Directive 96/34/CE, JO L 68 du 18 mars 2010, pp. 13-20.

Conseillère nationale Gabrielle Nanchen²⁸². L'initiative populaire « *Pour une protection efficace de la maternité* » du 21 janvier 1980²⁸³ avait également plaidé en faveur de l'instauration d'un congé parental, mais en vain. Il serait pourtant souhaitable d'introduire un congé parental en Suisse, afin de favoriser la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale et, partant, afin de faire un pas de plus en direction de l'égalité des sexes. S'il n'existe pas de congé parental dans les rapports de travail soumis au droit privé, certaines conventions collectives de travail et certaines entreprises accordent toutefois de tels congés. Dans la fonction publique, la situation est différente. Ainsi, dans l'administration fédérale, une base légale régissant spécifiquement le congé parental a été introduite avec effet au 1^{er} juillet 2013 (*cf.* art. 17 a al. 4 LPers : « *Le Conseil fédéral fixe le nombre minimal de jours de vacances et la durée minimale du congé parental en cas de naissance ou d'adoption* »). Malgré cette base légale, toutefois, aucune disposition d'exécution n'a érigé le congé parental en un congé distinct des congés standards auxquels les employés de l'administration fédérale peuvent prétendre en vertu des art. 17 a al. 1 LPers et 68 OPers. Les collaborateurs qui souhaitent interrompre momentanément leur activité professionnelle afin de s'occuper de leur enfant dans les premiers mois suivant sa naissance, bénéficient ainsi uniquement de la possibilité de demander un congé standard payé, partiellement payé ou non payé (art. 17 a al. 1 LPers). Un art. 60a OPers, entré en vigueur également avec effet au 1^{er} juillet 2013, a toutefois permis d'introduire une mesure intéressante. Cette disposition autorise en effet les parents, à demander, après la naissance ou l'adoption d'un enfant, une réduction de leur taux d'occupation de 20 %. Au niveau cantonal, certaines législations sur la fonction publique accordent un droit à un congé parental. Il s'agit, toutefois, de congés non rémunérés, dont la durée s'élève à 3 mois à Neuchâtel (art. 74 a LSt-NE²⁸⁴), 1 année dans le canton de Vaud (art. 35 al. 1 lit. f LPers-VD, art. 79-82 RLPers-VD²⁸⁵) ou 2 ans dans le canton de Genève (art. 34A RPAC-GE²⁸⁶)²⁸⁷.

8 Quelques solutions dans la perspective de l'égalité des sexes

Une meilleure prise en considération des responsabilités familiales pourrait devenir réalité en s'engageant dans la voie d'une flexibilité accrue du travail (*infra*, A.) et en orientant la protection accordée au moment de la naissance d'un enfant non plus sur la seule maternité, mais sur la parentalité (*infra*, B.). Ces deux perspectives permettraient sans aucun doute de renforcer l'égalité des sexes.

8.1 Vers une flexibilité accrue du temps de travail et une valorisation des formes particulières de travail

Afin que l'égalité entre les sexes puisse pleinement sortir ses effets dans le monde du travail, il serait nécessaire de permettre, tant aux hommes qu'aux femmes, de trouver le juste équilibre entre vie professionnelle et vie familiale. Pour ce faire, il convient de soutenir le modèle familial où les deux parents travaillent, et d'accorder, aux hommes et aux femmes, les mêmes droits et les mêmes obligations en ce qui concerne le travail et la famille. Il s'agit donc, d'une part, de permettre aux femmes d'exercer une activité lucrative sans qu'elles se retrouvent pénalisées en raison de leurs responsabilités familiales, et, d'autre part, de reconnaître le rôle de père, en offrant aux hommes la possibilité

²⁸² Initiative parlementaire « *Politique familiale* » (lv. pa. 77.231 ; Gabrielle Nanchen), déposée le 13 décembre 1977 (BOCN 1983, pp. 439-451 et 457-471 ; BOCN 1986, pp. 135-152 ; BOCN 1987, pp. 215-219). Au sujet de cette initiative, *cf.* PERRENOUD (note 21), pp. 439-441.

²⁸³ Aboutissement de l'initiative populaire « *Pour une protection efficace de la maternité* », FF 1980 I 825. Au sujet de cette initiative, *cf.* PERRENOUD (note 21), pp. 441-445.

²⁸⁴ Loi neuchâteloise sur le statut de la fonction publique du 28 juin 1995 (LSt-NE), RSN 152.510.

²⁸⁵ Règlement d'application de la loi sur le personnel de l'Etat de Vaud du 9 décembre 2002 (RLPers-VD), RSV 172.31.1.

²⁸⁶ Règlement d'application de la loi genevoise générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 24 février 1999, RSG 5 05.01.

²⁸⁷ Sur ce point, *cf.* PÄRLI, Eltern (note 147), pp. 952-953.

d'organiser différemment leur vie professionnelle afin de leur donner les moyens de s'investir pleinement dans leur vie de famille. Les hommes se plaignent, en effet, d'effectuer des horaires trop longs alors que les femmes, à l'inverse, souhaiteraient travailler à un taux d'occupation plus élevé (*supra*, II.). Une action au niveau des horaires de travail, afin d'assouplir et d'individualiser ceux-ci paraît donc s'imposer.

Actuellement, la principale forme de flexibilité du temps de travail réside dans le travail à temps partiel, une forme de travail très majoritairement exercée par les femmes, qui est souvent synonyme de travail moins qualifié et moins bien rémunéré, et qui offre moins d'opportunités en termes de formation et de carrière et s'accompagne, par ailleurs, d'une moins bonne couverture sociale (*supra*, III.). Il sied donc de mettre travail à temps partiel et travail à temps plein sur pied d'égalité à tout point de vue (salaire, indemnisation des heures supplémentaires, formation continue, promotions, attribution des tâches, *etc.*). Il est également nécessaire de valoriser le travail à temps partiel et de promouvoir cette forme d'emploi, pour les femmes et les hommes, dans toutes les professions et à tous les échelons hiérarchiques.

Des innovations en matière de travail à temps partiel sont d'ailleurs possibles, étant donné que ce type d'emploi est susceptible de revêtir de nombreuses formes : travail à temps partiel quotidien (travail chaque jour, selon un horaire quotidien individuel fixe ou flexible de 3, 4, 5, 6 ou 7 heures), travail à mi-temps (travail à 50 %, réparti de manière fixe ou flexible sur des matins et/ou des après-midi), horaire de travail calculé sur une base hebdomadaire (travail toute la journée, sur un nombre réduit de jours par semaine), *etc.*²⁸⁸. L'annualisation de l'horaire de travail, procédé applicable à tous les taux d'occupation partielle, constitue aussi une solution intéressante (travail à 50 % toute l'année, 2 ½ jours par semaine, à raison de jours fixes ou non ; travail à 50 % en alternant les semaines à 2 jours et 3 jours pleins de travail, à raison de jours fixes ou non ; travail à un taux de 60 % pendant 6 mois et à 40 % et pendant les 6 autres mois ; *etc.*), de même que le télétravail²⁸⁹ ou le partage de postes (jobsharing) ou de postes à responsabilités (topsharing)²⁹⁰, tels que le jobpairing²⁹¹ ou le jobsplitting²⁹². Différentes interventions parlementaires ont d'ailleurs été déposées en matière de flexibilité du temps de travail ces dernières années²⁹³. Offrir la possibilité aux travailleurs du secteur

²⁸⁸ Sur ces aspects, *cf.*, p. ex., BUREAU FEDERAL DE L'EGALITE ENTRE FEMMES ET HOMMES, Fairplay-at-work – Dans les entreprises, Berne 2003 ; BUREAU FEDERAL DE L'EGALITE ENTRE FEMMES ET HOMMES, Fairplay-at-work – Pour les pères de famille, Berne 2003 ; PLANTENGA Janneke/REMERY Chantal, Flexible working time arrangements and gender equality : A comparative review of 30 European countries, Commission européenne, Bruxelles 2010 ; PLANTENGA Janneke/REMERY Chantal, Reconciliation of work and private life : A comparative review of thirty European countries, Commission européenne, Bruxelles 2005 ; SECRETARIAT D'ETAT A L'ECONOMIE (SECO), Manuel PME Travail et famille 2016 – Mesures visant à concilier vie professionnelle et vie familiale dans les petites et moyennes entreprises, 2^e éd., Berne 2016.

²⁸⁹ Si le télétravail présente l'avantage de mettre l'accent sur les résultats et non sur la présence physique de l'employé à son poste de travail, il s'accompagne du risque d'amenuiser les frontières entre vie professionnelle et vie privée, puisque le lieu de travail est en partie au domicile du travailleur. Sur le télétravail, *cf.*, spécifiquement Rapport du Conseil fédéral « *Conséquences juridiques du télétravail* », en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz du 16 novembre 2016.

²⁹⁰ Sur ce point, *cf.*, p. ex., DELLEY Régine, Le topsharing : un moyen pour briser le plafond de verre ?, in : Jean-Philippe Dunand/Karine Lempen/Pascal Mahon (éds), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle 2016, pp. 305-316.

²⁹¹ Le jobpairing permet de partager un emploi à plein temps entre deux personnes, qui assument en commun les responsabilités.

²⁹² Le jobsplitting qualifie le partage d'un emploi à plein temps entre deux personnes, qui se répartissent les tâches et les obligations qu'il comporte, chacune assumant uniquement les responsabilités qui lui ont été attribuées.

²⁹³ *Cf.*, p. ex., Initiative parlementaire « *Assouplir les conditions encadrant le télétravail* » (Iv. pa ; 16.484 Thierry Burkart), déposée le 1^{er} décembre 2016 ; Motion « *Administration fédérale. 20 pour cent de postes à temps partiel pour les hommes d'ici à 2020* » (Mo. 14.3948 ; Aline Trede), déposée le 26 septembre 2014 ; Interpellation « *Promouvoir les possibilités de travail à temps partiel pour les hommes* » (I. 13.3723 ; Ursula Schneider Schüttel) du 18 septembre 2013 ; Motion « *Télétravail. La Confédération doit montrer l'exemple* » (Mo. 12.4120

privé de réduire passagèrement leur taux de travail, sur le modèle de l'art. 60a OPers, est également une piste à exploiter²⁹⁴. La flexibilisation et/ou la réduction du temps de travail présente par ailleurs des avantages également pour les employeurs puisqu'elle est susceptible de s'accompagner d'une augmentation de l'efficacité et de la productivité.

8.2 D'une protection centrée sur la maternité à une protection axée sur la parentalité

Actuellement, la protection des travailleurs ayant des responsabilités familiales est largement orientée sur la protection de la maternité et la conciliation des vies familiale et professionnelle ne va pas encore de soi. Les parents, femmes et hommes, rencontrent en effet toujours des difficultés dans le monde du travail. Alors que les mères sont confrontées au risque de se voir licencier à leur retour de congé de maternité, les hommes n'ont pas encore obtenu le droit à un véritable congé de paternité, et il ne s'agit là que de deux exemples. Un postulat chargeant le Conseil fédéral d'établir un rapport sur les discriminations dont sont victimes les parents dans le monde du travail vient d'ailleurs d'être déposé et atteste de l'actualité de la question²⁹⁵.

En matière de politique familiale, la Suisse est généralement à la traîne comparativement aux Etats qui l'entourent. Il suffit de penser à l'institution de l'assurance-maternité qui n'a vu le jour, à l'intérieur de nos frontières, qu'en 2005 seulement. L'introduction d'un congé de paternité rémunéré et d'un congé parental représenterait une avancée significative dans le domaine de la protection de la maternité, et, plus largement, dans le domaine de la protection de la parentalité. Outre la reconnaissance du rôle des pères pendant les premiers mois de vie d'un enfant, de tels congés permettraient d'effectuer un pas de plus vers la conciliation entre vies professionnelle et familiale, et, partant, un pas de plus en direction de l'égalité des sexes. Un développement des structures de garde d'enfants (crèche d'entreprise, arrangements entre entreprises et institutions existantes afin de garantir la priorité aux enfants de leurs employés, etc.) est également nécessaire afin de permettre aux parents de concilier travail et famille. Plus globalement, il s'agit de promouvoir les mesures qui permettent un partage des responsabilités parentales entre les conjoints et donc, d'axer la protection sur la parentalité.

Concilier vie privée et vie professionnelle est d'une importance cruciale, pour les travailleurs, certes, mais également pour la société tout entière, en particulier pour l'avenir des retraites, puisque ce sont les enfants d'aujourd'hui qui assureront la viabilité financière, notamment, de l'AVS. Les mesures permettant de concilier vie professionnelle et vie familiale doivent donc être regardées comme un investissement pour l'avenir.

; Jürg Grossen), déposée le 12 décembre 2012 ; Postulat « *Développement du télétravail. Conséquences juridiques* » (Po. 12.3166 ; Lucrezia Meier-Schatz), déposé le 14 mars 2012 ; Interpellation « *Concilier travail et famille grâce au télétravail* » (I. 11.3663 ; Barbara Schmid-Federer) du 17 juin 2011 ; Initiative parlementaire « *Réglementer le télétravail en Suisse* » (Iv. pa 11.433 ; Ricardo Lumengo), déposée le 14 avril 2011 ; Interpellation « *Encouragement du travail à temps partiel* » (I. 11.3300 ; Barbara Schmid-Federer) du 18 mars 2011 ; Interpellation « *Mise en œuvre du temps partiel et des emplois partagés* » (I. 09.4256 ; Katharina Prelicz-Huber) du 11 décembre 2009 ; Motion « *Topsharing. Encouragement du partage des responsabilités de direction* » (Mo. 09.3315 ; Brigit Wyss), déposée le 20 mars 2009 ; Motion « *Création de postes à temps partiel et de postes partagés* » (Mo. 09.3066 ; Katharina Prelicz-Huber) déposée le 9 mars 2009 ; Postulat « *Choisir son temps de travail* » (Po. 06.3531 ; Jean-Claude Rennwald), déposé le 5 octobre 2006 ; Postulat « *Travail à temps partiel pour les hauts cadres de l'administration fédérale* » (Po. 04.3674 ; Maria Roth-Bernasconi), déposé le 14 décembre 2004.

²⁹⁴ Une récente initiative parlementaire demande une adaptation du Code des obligations, afin d'inscrire le droit des employés de demander une réduction de leur taux d'occupation de 20 % après la naissance d'un enfant. Cf. Initiative parlementaire « *Mieux concilier travail et famille. Droit à une réduction du taux d'occupation suite à une naissance* » (Iv. pa 15.470 ; Nadine Masshardt), déposée le 18 juin 2015.

²⁹⁵ Postulat « *Discriminations frappant les parents sur le marché de l'emploi. Etablir un rapport et un plan d'action* » (Po. 16.3589 ; Regula Rytz), déposé le 17 juin 2016.

Aménagement de la durée du travail : Problèmes posés par la planification du temps de travail, le service de piquet et le travail sur appel

Bassem Zein, Office fédéral de la justice

1 Aménager la durée du travail?

Le contrat de travail se caractérise par la fourniture de la prestation de travail dans la durée (art. 319, al. 1, CO), contrairement par exemple au contrat d'entreprise, où l'entrepreneur « s'oblige à exécuter un ouvrage » (art. 363, al. 1, CO). La durée du travail telle que nous l'entendons ici ne se rapporte pas à la durée du contrat, déterminée ou indéterminée, mais bien au temps pendant lequel la prestation de travail doit être fournie. Précisons pour commencer ce à quoi l'aménagement de la durée du travail renvoie.

Tout d'abord, nous traiterons tant de la durée du travail que des horaires de travail. Alors que la durée du travail désigne la quantité de temps travaillé (combien de temps la travailleuse²⁹⁶ doit-elle travailler ?), les horaires de travail se rapportent au moment où la prestation de travail doit être effectuée (quand doit-elle travailler ?).

Ensuite, aménager la durée ou les horaires de travail implique qu'ils soient modifiés selon certaines modalités. Notre perspective est ici celle de la durée ou des horaires variables, caractéristiques des rapports de travail dits flexibles.

Le besoin d'avoir une durée du travail ou des horaires variables vient de ce que le modèle de travail de référence implique une durée et des horaires fixes. Nous nous référons à ce modèle comme point de départ.

Pour mieux cerner la problématique posée par la durée ou les horaires variables, nous évoquerons les discussions sur le travail typique, atypique et précaire (II). Nous verrons ainsi la problématique générale (III), qui sera ensuite étudiée pour les trois formes de travail flexible citées dans le titre (IV à VI) : d'une part, la planification du temps de travail qui sera ici abordée sous l'angle de la fixation des horaires de travail et des horaires de travail variables et, d'autre part, le service de piquet et le travail sur appel. Nous terminerons par un aperçu sur les assurances sociales (VII) et sur le droit de l'Union européenne et étranger (VIII).

2 Travail typique, travail atypique, travail précaire

2.1 Travaux sur le sujet et définitions

Le travail typique et l'apparition de formes de travail atypiques est un phénomène qui a marqué le monde du travail ces dernières décennies et a été à ce titre très étudié et discuté. Nous nous limiterons ici aux travaux de l'Organisation internationale du travail (OIT) sur le sujet et à ceux intervenus au niveau fédéral en Suisse.

²⁹⁶ Nous utiliserons le terme de travailleuse pour tenir compte de la réalité du travail atypique et précaire, qui concerne souvent les femmes en majorité, sauf si l'on se réfère à une source utilisant le masculin. Nous utiliserons par symétrie le terme d'employeuse.

Le Bureau international du travail (BIT) a publié le 14 novembre 2016 un rapport intitulé « L'emploi atypique dans le monde »²⁹⁷. Ce rapport s'inscrit dans l'Initiative de l'OIT sur le futur du travail, lancée à l'occasion du centenaire de l'OIT en 2019. Il fait suite à un premier rapport du BIT de février 2015²⁹⁸, qui a servi de base à une réunion d'experts sur le sujet.

En Suisse, le Conseil fédéral adopte, le 1^{er} novembre 2006, un rapport en réponse à un postulat 97.3070 Rennwald « Formes de travail atypiques »²⁹⁹. Il se fonde sur deux études, l'une portant sur les emplois précaires en Suisse et l'autre sur le travail sur appel³⁰⁰. En 2010, l'étude sur les emplois précaires en Suisse sera actualisée³⁰¹. C'est l'initiative 02.417 Dormann « Réglementer le travail sur appel », du 22 mars 2002, qui a motivé le lancement de ces deux études.

Dans les travaux de l'OIT, la relation d'emploi typique est définie comme un engagement de durée indéterminée, à temps plein et s'inscrivant dans une relation directe, bilatérale, de subordination³⁰². Le travail typique est la forme de travail à laquelle ont été associées les protections découlant du droit du travail et des assurances ou de la sécurité sociale³⁰³. Le travail atypique comprend toute forme de travail qui n'entre pas dans la définition du travail typique³⁰⁴. Le travail atypique n'est pas en soi moins avantageux mais ne va pas toujours s'insérer tout à fait dans le système protecteur construit autour du modèle de travail typique³⁰⁵. Cela étant, le travail précaire ne sera pas automatiquement associé au travail atypique³⁰⁶. Le rapport de l'OIT propose ainsi de définir des critères d'insécurité qui serviront à analyser toute forme de travail, plutôt que d'associer travail atypique et précaire³⁰⁷.

Le rapport du Conseil fédéral de 2006 était sur la même ligne. Un « emploi traditionnel » ou « normal », est un « emploi dépendant, stable, bénéficiant d'une protection sociale,... » et les « emplois non traditionnels » sont ceux qui ne répondent pas à la définition de l'emploi traditionnel.³⁰⁸ L'emploi précaire est celui qui présente une insécurité (temporelle, économique ou quant à la protection) non

²⁹⁷ International Labour Office, Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects, Geneva ILO, 2016 (rapport complet en anglais, cité : ILO, 2016) et L'emploi atypique dans le monde: identifier les défis, ouvrir des perspectives. Vue d'ensemble (en français, cité : OIT, 2016 (vue d'ensemble)), disponibles sous www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/publications/lang-fr/index.htm. Les sites internet et documents en ligne cités dans cet article ont été consultés la dernière fois le 24.2.2017.

²⁹⁸ Bureau international du travail, Les formes atypiques d'emploi, disponible sous www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_protect/-protrav/-travail/documents/meetingdocument/wcms_338275.pdf.

²⁹⁹ Disponible sous <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-7955.html>.

³⁰⁰ Respectivement, ECOPLAN, (Michael Marti, Stephan Osterwald, André Müller), Prekäre Arbeitsverhältnisse in der Schweiz – Theoretisches Konzept und empirische Analyse der Entwicklungen von 1992 bis 2002 (disponible sous [www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_Formulare/Wirtschaftslage/Arbeitsmarkt/Prek%C3%A4re%20Arbeitsverh%C3%A4ltnisse%20in%20der%20Schweiz.pdf](http://www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_Formulare/Wirtschaftslage/Arbeitsmarkt/Prek%C3%A4re%20Arbeitsverh%C3%A4ltnisse%20in%20der%20Schweiz.pdf.download.pdf/Prek%C3%A4re%20Arbeitsverh%C3%A4ltnisse%20in%20der%20Schweiz.pdf)) et Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht (FAA), Université de Saint-Gall (Fred Henneberger, Alfonso Sousa-Poza, Alexandre Ziegler), Eine empirische Analyse der Arbeit auf Abruf in der Schweiz - Determinanten und ökonomische Bewertung dieser Beschäftigungsform (disponible sous [www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_Formulare/Wirtschaftslage/Arbeitsmarkt/Eine%20empirische%20Analyse%20der%20Arbeit%20auf%20Abruf%20in%20der%20Schweiz.pdf](http://www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_Formulare/Wirtschaftslage/Arbeitsmarkt/Eine%20empirische%20Analyse%20der%20Arbeit%20auf%20Abruf%20in%20der%20Schweiz.pdf.download.pdf/Eine%20empirische%20Analyse%20der%20Arbeit%20auf%20Abruf%20in%20der%20Schweiz.pdf)). Ces études furent commandées par la Commission de surveillance du fonds de compensation de l'assurance-chômage.

³⁰¹ ECOPLAN (Philipp Walker, Michael Marti, Kathrin Bertschy), Die Entwicklung atypisch-prekärer Arbeitsverhältnisse in der Schweiz Nachfolgestudie zur Studie von 2003, disponible sous www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/20655.pdf

³⁰² ILO, 2016 (n.2), 1-2 ; OIT, 2016 (vue d'ensemble), 1.

³⁰³ ILO, 2016 (n.2), 10-11.

³⁰⁴ Le rapport établit 4 catégories de travail atypique : OIT, 2016 (vue d'ensemble) (n. 2), 2-3.

³⁰⁵ ILO, 2016 (n.2), 14.

³⁰⁶ ILO, 2016 (n.2), 18.

³⁰⁷ ILO, 2016 (n.2), 18-19.

³⁰⁸ CONSEIL FÉDÉRAL (n. 4), 3.

souhaitée et non compensée financièrement, qui provient d'un risque assumé à l'origine par l'employeur et transféré au travailleur³⁰⁹.

2.2 En lien avec la durée du travail

Le travail typique, à plein temps, se caractérise par une durée du travail fixe, par un temps de travail et un temps libre qui alterneront de manière régulière et dont la séparation sera clairement établie. A l'opposé, la durée du travail atypique sera variable, ses horaires changeants et pouvant tomber à des moments normalement dédiés au temps libre, comme la nuit ou le week-end et la séparation du temps libre sera plus floue.

2.3 Intérêt du travail atypique

Le travail atypique présente des intérêts divers qui se rapportent tant à des facteurs objectifs qu'à l'intérêt de l'employeur ou du travailleur. Ainsi, des fluctuations saisonnières ou un service en continu, notamment pour traiter d'urgences, sont des exemples de facteurs objectifs. Pour les entreprises, le travail atypique peut répondre à une volonté d'assurer la production ou un service de manière continue, à répondre à des augmentations ponctuelles de la demande ou au besoin de caler les coûts salariaux à la demande pour faire face à la concurrence et rester profitable. Enfin, les travailleuses pourront trouver dans certaines formes de travail atypique une plus grande autonomie et la possibilité de mieux concilier le travail avec leur vie familiale ou privée. La personne qui travaille ne pourra bénéficier de ces avantages que si elle peut librement aménager son temps de travail ou du moins avoir la garantie que ses intérêts seront pris en compte.

3 Problématique

Cet aperçu sur le travail typique, atypique et précaire nous permet de mieux cerner la nature des problèmes que nous allons examiner. Nous allons décrire le cadre légal suisse, du point de vue du droit du travail. Il s'agira de voir comment ce cadre dont le référent supposé est le travail typique, s'accommode des 3 modalités de travail atypique qui sont dans notre cas les horaires variables, le service de piquet et le travail sur appel. Est-ce qu'il peut s'y adapter ou y a-t-il des « problèmes » ?

4 Fixation des horaires, service de piquet et travail sur appel: importance pratique et cadre légal

4.1 Importance pratique, chiffres

L'Enquête suisse sur la population active (ESPA) établit des distinctions entre divers types d'horaires de travail. Ainsi, les personnes actives (respectivement salariées) ayant des horaires fixes ou travaillant du lundi au vendredi sont dénombrées, de même que les personnes travaillant avec ou sans horaires bloqués, sur une base annuelle, sans prescriptions formelles, le week-end uniquement ou selon un horaire variable (c'est-à-dire variant entre jours de la semaine et week-end). L'office fédéral de la statistique (OFS) a utilisé en 2014 ces données pour déterminer si les horaires de travail flexibles étaient répandus chez les personnes salariées en Suisse³¹⁰. Ce sont ainsi 44,6% des personnes salariées qui travaillent selon des horaires flexibles³¹¹ en 2014 contre 41,6% en 2004.

³⁰⁹ CONSEIL FEDERAL (n. 4), 4-5.

³¹⁰ OFS, Communiqué de presse du 16 avril 2015, Progression des horaires de travail flexibles, disponible sous www.bfs.admin.ch/bfsstatic/dam/assets/39464/master

³¹¹ Horaires hebdomadaires ou mensuels avec ou sans heures bloquées, horaire annuel, pas de prescriptions formelles.

Le service de piquet n'est pas recensé par les statistiques mais son importance pratique est recon- nue, dans le secteur de la santé par exemple. Le travail sur appel fait quant à lui l'objet d'un relevé statistique. Ce sont 187'000 salarié-e-s qui travaillent sous cette forme en 2015 ou 5% de l'ensemble des salarié-e-s, dont une nette majorité de femmes (58,6%). Cette forme de travail est restée quanti- tativement stable ces dernières années. Toutefois, une augmentation des cas où le nombre d'heures minimum n'est pas garanti est observée depuis 2013: de 92'000 contre 80'000 qui disposent d'un minimum garanti en 2013, leur nombre a passé à 117'000 contre 67'000 en 2015.

4.2 Cadre légal : Règles spécifiques

4.2.1 Droit public

Les règles sur la durée du travail se trouvent en droit public principalement dans la loi sur le travail dans l'industrie l'artisanat et le commerce (LTr)³¹² et ses ordonnances d'application. Les formes de travail qui nous intéressent ici font l'objet de diverses règles spécifiques. Tout d'abord, la fixation des horaires de travail est réglée aux art. 47 et 48 LTr et 69 à 71 OLT 1³¹³. La durée du travail est définie à l'art. 13 OLT 1 et l'application de cette définition au service de piquet est concrétisée aux art. 14 et 15 OLT 1. Diverses règles concrétisent l'application du dispositif de la LTr au service de piquet, comme l'art. 19, al. 3, OLT 1 concernant le repos quotidien.

4.2.2 Droit privé

Par contre, le droit privé du travail, qui comprend avant tout les art. 319 ss du code des obligations (CO)³¹⁴, ne contient pas de règles spécifiques sur la fixation des horaires de travail, le service de piquet ou le travail sur appel. Le régime juridique de ces formes de travail sera dégagé des règles générales.

4.3 Cadre légal : Règles générales

4.3.1 Droit public

Les règles spéciales mentionnées ci-dessus (let. B, ch. 1) s'insèrent dans le dispositif général de protection de la LTr.

Rappelons tout d'abord que la LTr s'applique à « toutes les entreprises publiques et privées » (art. 1, al. 1, LTr), sous réserve toutefois d'une série d'exceptions (art. 2 à 4 LTr). Ensuite, si la LTr s'applique, le régime général de protection est sujet à diverses dérogations, notamment en faveur de certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs (art. 27 LTr, concrétisée dans l'OLT 2³¹⁵). Mentionnons à titre d'exemple les cliniques et hôpitaux, qui bénéficient d'un régime dérogatoire en vertu de l'art. 15 OLT 2.

La durée du travail et de repos (ch. III de la loi, art. 9 à 28) est au centre du dispositif protecteur de la LTr. Sont ainsi réglés la durée maximale de travail (art. 9 à 13 LTr), le travail de nuit et du dimanche (art. 16 à 20 LTr), le repos quotidien (art. 15a LTr) et le congé hebdomadaire (art. 21 LTr) ainsi que les pauses (art. 15 LTr). La qualification de temps de travail est un préalable à l'application de bien

³¹² RS 822.11

³¹³ Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail, RS 822.111

³¹⁴ RS 220

³¹⁵ Ordonnance 2 relative à la loi sur le travail (Dispositions spéciales pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs), RS 822.112

des dispositions dans ce dispositif, comme le respect des durées maximales du travail ou des temps de repos.

4.3.2 Droit privé

Le droit suisse ne connaît pas de durée légale du travail. Celle-ci relève du contrat de travail. La durée contractuelle du travail est-elle soumise à des restrictions en droit privé ? Cette question revêt une importance particulière pour les contrats de travail qui ne sont pas soumis à la LTr.

Aucune règle n'exige expressément que la durée du travail soit fixée dans le contrat ni ne pose des exigences minimales à respecter. Cependant, la durée du travail détermine l'étendue de la prestation principale de la travailleuse, élément essentiel du contrat de travail qui est en corrélation directe avec l'obligation de payer le salaire. Plusieurs avis en concluent qu'elle doit au moins être déterminable³¹⁶ voire même déterminée³¹⁷. Quand bien même, les régimes flexibles, comme les horaires de travail flexibles (*gleitende Arbeitszeit*), le temps de travail annualisé ou les durées du travail irrégulières sont de l'avis général possibles³¹⁸. Le Tribunal fédéral a de même jugé à l'ATF 124 III 249³¹⁹, en lien avec le travail sur appel, que la durée du travail ne doit être ni déterminée ni déterminable (voir ci-dessous ch. VI, b, 2, a).

Une durée maximale de travail n'est en outre pas prévue. Les règles protectrices du droit privé du travail doivent toutefois être respectées. La protection de la personnalité doit être relevée en particulier (art. 328, CO). Elle concrétise les art. 27 et 28 du code civil (CC)³²⁰, et comprend la protection de la santé du travailleur (art. 328, al. 2, CO). Le code des obligations prévoit en outre divers congés, comme le congé hebdomadaire (art. 329, al. 1, CO) ou le congé de maternité (art. 329f CO), et les vacances (art. 329a ss CO). Une limite maximale de la durée du travail qui soit clairement définie ne peut malgré ces règles pas être dégagée, même s'il paraît évident qu'une personne ne pourra pas travailler 24 heures sur 24 sans interruption³²¹. Le droit privé ne s'oppose par contre pas à ce qu'une personne soit disponible 24 heures sur 24, même si là encore, certaines limites doivent être respectées³²².

Enfin, l'art. 330b, al. 1, let. e, CO prescrit à l'employeur d'informer le travailleur par écrit sur la durée hebdomadaire du travail. Est-ce que cette disposition impose de fixer la durée hebdomadaire du travail dans le contrat ? La réponse donnée par la doctrine est négative, le but de la norme n'étant pas d'enlever la flexibilité admise en droit du travail avant l'adoption de cette norme³²³.

³¹⁶ THOMAS GEISER, Grundlagen und Schranken flexibler Arbeitszeiten im Einzelarbeitsvertragsrecht, PJA 1997, 1327 ss, 1329; HANS-PETER EGLI, Neue Tendenzen bei der Teilzeitarbeit, RSJ 2000, 205 ss, 207

³¹⁷ PASCALE BYRNE-SUTTON, Le contrat de travail à temps partiel, Zurich 2001, 103-104.

³¹⁸ Voir p.ex., GEISER (n. 21), 1330 ss; BSK CO I-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321 n. 10 ss ou, sur le travail à temps partiel irrégulier, GABRIEL AUBERT, Le travail à temps partiel irrégulier, in: Mélanges Alexandre Berenstein, Lausanne 1989, 215 ss, 217.

³¹⁹ Cons. 2a.

³²⁰ RS 210.

³²¹ THOMAS GEISER, Flexibilisierung der Arbeitszeiten – Möglichkeit und Schranken, in EVA-MARIA BÄNI/ ANGELA OB- RIST (éds.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zurich/Saint-Gall 2014, 233 ss., 241.

³²² Voir l'analyse de REMO WAGNER, Die Rund-um-die-Uhr-Betreuung in der Pflege, Ein Beitrag zur Qualifikation und Zulässigkeit von 24-Stunden-Arbeitsmodellen von privatrechtlich-erwerbswirtschaftlichen Spitex-Anbietern, PJA 2016, 768 ss, 775-777.

³²³ THOMAS PIETRUSZAK, Die Informationspflichten des Arbeitgebers gemäss Art. 330b OR – zu Hintergrund, Inhalt und Rechtsfolgen der neuen Regelung, in: Jusletter 29. Mai 2006, n. 30; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 330b CO n. 10

Si la durée du travail ne doit pas être déterminée précisément dans le contrat, comment va-t-elle être établie ? Trois possibilités se présentent : elle peut résulter d'un accord entre les parties, d'une décision unilatérale de l'employeur ou d'une décision unilatérale de la travailleuse. L'accord se matérialisera sur le plan juridique dans un contrat individuel de travail ou dans une convention collective. La décision unilatérale de l'employeur trouve également un fondement juridique dans la faculté qu'a celui-ci de donner des instructions (art. 321d CO), cette faculté devant toutefois respecter le cadre légal et contractuel. Le travailleuse quand à lui n'est pas habilitée par une règle légale à prendre des décisions de manière unilatérale. Cette faculté ne pourra donc se fonder que sur un accord avec l'employeur dans ce sens.

La durée du travail pourra ainsi être fixe. Elle découlera alors du contrat ou d'une convention collective. L'accord sur une durée fixe pourra également être tacite et se fonder sur une pratique régulière qui s'est établie au cours de la relation de travail³²⁴. Une fluctuation du temps de travail est possible malgré la durée fixe, à travers le régime des heures supplémentaires (art. 321c CO).

Si par contre le contrat prévoit que la durée du travail est variable, la durée devra être fixée dans le cours de la relation contractuelle, d'un commun accord ou de manière unilatérale.

Enfin, d'autres règles impératives vont avoir une influence sur la durée ou les horaires de travail. Ainsi, l'art. 321c, al. 1, CO définit les heures supplémentaires par rapport à une durée fixée dans le contrat, par l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective de travail. L'art. 324 CO relatif à la demeure de l'employeur et les art. 335 ss CO sur les délais de congé peuvent également jouer un rôle. Celui-ci sera examiné plus en détail en rapport avec le travail sur appel (ch. VI, C).

5 Fixation des horaires

5.1 Droit privé

A l'instar de la durée de travail, le code des obligations ne contient pas de règles relatives aux horaires de travail. La fixation des horaires de travail pourra donc tout d'abord être régie dans une convention collective ou dans le contrat individuel. A défaut d'accord, ou pour compléter ou concrétiser celui-ci, l'employeur a la faculté de déterminer les horaires de travail sur la base du pouvoir de donner des instructions (art. 321d CO), puisque la fixation des horaires relève typiquement de ce pouvoir³²⁵.

Le pouvoir de donner des instructions doit cependant respecter les prescriptions contractuelles ou celles d'une convention collective applicable. Il doit également respecter les règles impératives du droit du travail de même que le principe de la bonne foi. Parmi les restrictions légales, la protection de la personnalité du travailleur (art. 328 CO) est en particulier à prendre en compte. Elle comprend la protection de la sphère privée et commande à ce titre de respecter la vie privée et en particulier familiale de la travailleuse³²⁶. Une réaction à tout moment et sans que l'employeuse puisse justifier

³²⁴ Voir arrêt du 14.5.2012, 4A_743/2011, cons. 3.6 (taux d'occupation fixé « en considérant le temps que requiert, selon l'expérience de la vie » la tenue d'un ménage et l'accompagnement de l'employeuse dans ses déplacements) et décision tribunal des prud'hommes de Zurich du 19.9.2014, AN120013, aspect cité dans STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Update Arbeitsvertrag 3/2016, art. 321 CO n. 9 (pratique longue et inchangée relative au temps de travail fonde un accord contractuel).

³²⁵ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321d CO n. 17.

³²⁶ AUBERT (n. 24), 233 ; THOMAS GEISER, Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Flexibilisierung der Arbeit, PJA 1998, 1019 ss, 1023.

d'un intérêt quelconque pour la modification des horaires n'est de même pas exigible en vertu notamment du principe de la bonne foi³²⁷. Dans ce sens, une certaine prévisibilité et même un délai d'annonce des nouveaux horaires sont des conditions posées par certains auteurs pour que l'instruction de l'employeuse soit admissible³²⁸. Si l'instruction de l'employeuse visant à modifier les horaires ne respecte pas ces conditions, elle sera illicite et ne devra de ce fait pas être suivie par la personne qui travaille³²⁹.

5.2 Droit public

Les règles spécifiques prévues dans la LTr et l'OLT 1 sur les horaires de travail sont de deux ordres : d'une part, l'employeur doit consulter les travailleurs sur les horaires de travail (1) et d'autre part, leur communiquer de nouveaux horaires (2).

5.2.1 Consultation sur les horaires

L'art. 48 LTr traite de l'information et de la consultation des travailleurs. Cette disposition s'inscrit dans le cadre général posé par la loi sur la participation³³⁰ et constitue un droit de participation particulier mentionné à l'art. 10, let. a, de la loi. L'art. 48, al. 1, let. b, LTr prévoit que l'information et la consultation doivent porter sur l'organisation du temps de travail et l'aménagement des horaires de travail. Nous traitons ici de la consultation. L'information sera intégrée au chapitre qui suit sur la communication des horaires.

Ce sont les travailleuses ou leurs représentantes dans l'entreprise qui doivent être informés et consultés. Vu le lien avec l'art. 10 de la loi sur la participation, les représentantes des travailleuses sont celles désignées conformément aux art. 5 à 8 de loi sur la participation. Il ne s'agira pas de représentantes externes à l'entreprise comme des expertes ou des représentantes syndicales, même si l'intervention de ces personnes est envisageable, en dehors des heures de travail et aux frais des personnes mandataires³³¹. L'art. 48, al. 2, LTr détaille les modalités de la consultation. Les travailleurs ou leurs représentants ont le droit d'être entendus sur les horaires et d'en débattre et ce, avant que l'employeur ne prenne une décision. La consultation doit donc intervenir assez tôt pour permettre la prise de connaissance du projet d'horaires et l'articulation de propositions³³². L'employeur n'est pas tenu d'accepter les propositions, mais doit motiver leur rejet total ou partiel.

L'art. 69, al. 1, 1^{ère} phrase, OLT 1, bien qu'il concrétise l'art. 47 LTr sur l'affichage de l'horaire de travail, reprend l'obligation de consulter prévue à l'art. 48, al. 1, let. b, LTr, puisqu'il prévoit que les travailleurs sont « entendus » lors de la planification et de la modification des horaires de travail en vigueur dans l'entreprise. C'est l'art. 48 LTr qui est déterminant pour savoir qui l'employeuse doit consulter³³³ et ce que comprend l'obligation de consulter. L'art. 69, al. 1, OLT 1 énumère des types d'horaires pour lesquels la consultation doit avoir lieu, comme les horaires usuels ou le service de piquet et montre que l'information dans le cadre de l'art. 47 LTr vaut aussi pour des modèles d'horaires variables. Cela vaut à notre avis aussi pour la consultation.

³²⁷ GEISER (n. 31), 1023.

³²⁸ Commentaire Staempfli – DUNAND, art. 319 n. 59 ; AUBERT (n. 24), 233.

³²⁹ ATF 132 III 115, cons. 5.2.

³³⁰ Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans l'entreprise, RS 822.14.

³³¹ SECO, Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2, Berne, novembre 2016, 048-1.

³³² *Ibid.*

³³³ Sur ce point, FRANK VISCHER (PIERRE SIEGENTHALER), Commentaire LTr (GEISER/VON KAENEL/WYLER), art. 47 LTr n. 1.

L'information et la consultation sur le service de piquet se rapporte aux plages d'intervention pendant lesquelles la travailleuse doit être à disposition et ne comprend pas une obligation d'annonce pour chaque intervention effective. Les interventions ne peuvent en effet par définition pas être prévues à l'avance et la pratique relative aux règles sur le piquet (art. 14 et 15 OLT 1) montre que le délai d'annonce peut être très court. Pour ces raisons et par analogie, l'information et la consultation sur les horaires n'impose pas un délai d'annonce des interventions en cas de travail sur appel. La communication des interventions effectives se rapporte dans ce cas par ailleurs également à la durée du travail qu'il s'agit de déterminer.

L'art. 36, al. 1, LTr enjoint à l'employeur de tenir compte des intérêts des responsabilités familiales des travailleurs. Si la disposition s'adresse à l'employeuse, qui doit assurer la prise en compte de ces intérêts indépendamment d'une consultation, elle indique que les responsabilités familiales des travailleuses peuvent être légitimement intégrées dans le processus de consultation.

5.2.2 Communication des horaires

Outre l'obligation générale d'information prévue à l'art. 48 LTr, l'art. 47, al. 1, let. a, LTr oblige l'employeur à porter l'horaire de travail à la connaissance des travailleurs. La communication se fait par voie d'affichage ou par tout autre moyen approprié. La portée de l'information en cas d'horaires variables reste à déterminer. Pour le modèle de l'horaire de travail flexible (*gleitende Arbeitszeit*), l'interprétation de l'art. 47 LTr va dans le sens d'une information sur le cadre applicable comme les heures limites le matin et le soir ou les heures bloquées³³⁴.

La communication doit avoir lieu en cas de changements d'horaires – l'art. 69, al. 1, OLT 1 parle de « nouveaux horaires » -, en cas d'arrivée de nouveaux collaborateurs ou de transfert à un autre poste³³⁵. S'il n'y a pas de lieu d'affichage auquel toutes les personnes qui travaillent peuvent accéder, une communication personnalisée peut être nécessaire³³⁶. En outre, l'obligation de procéder à un affichage général est complétée par l'art. 70 OLT 1, qui concrétise l'art. 48 LTr : une information et une instruction adéquate concernant l'organisation du temps de travail et l'aménagement des horaires de travail doivent être données. Elles devraient s'adresser à chaque personne individuellement, car elles doivent intervenir « au début des rapports de travail, de même qu'en cas de modification quelconque des conditions de travail ».

L'art. 69, al. 1, 2^{ème} phr. OLT 1 prévoit que les dates d'introduction des horaires de travail en vigueur sont communiquées aux travailleurs suffisamment tôt. La disposition précise que le délai de communication sera en règle générale d'au moins deux semaines avant une intervention prévue sur la base de nouveaux horaires. Ce délai doit permettre à la travailleuse de planifier correctement ses loisirs et sa vie familiale³³⁷.

³³⁴ Dans ce sens, SECO (n. 36), 047-1, FRANK VISCHER (PIERRE SIEGENTHALER), Commentaire LTr (GEISER/VON KÄNEL/WYLER), art. 47 LTr n. 5 et -MÜLLER/MADUZ, OFK-ArG art. 47 LTr n. 1.

³³⁵ SECO (n. 36), 047-1.

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ SECO (n. 36), 169-1.

5.3 Modification des horaires de travail à court terme

5.3.1 Délimitation par rapport à la modification de la durée du travail

Pour savoir si l'annonce de nouveaux horaires modifie également la durée du travail, il faut déterminer comment celle-ci est définie. Si une durée hebdomadaire fixe est convenue, un nouveau plan horaire prévoyant moins ou plus d'heures sera à considérer comme une modification de la durée du travail et devra être traité comme tel. Si la durée du travail par semaine ou par mois est flexible, comme en cas de temps de travail annualisé, les variations qui entrent dans le cadre de la flexibilité aménagée conventionnellement n'équivaldront pas à une modification de la durée du travail mais à sa fixation pour la durée considérée selon le modèle choisi.

Si effectivement la durée du travail est modifiée, elle pourra être réduite, l'employeuse devant toutefois payer le salaire pour la pleine durée convenue (art. 324 CO). Une augmentation de la durée du travail ne sera possible qu'aux conditions posées à l'art. 321c, al. 1, CO pour les heures supplémentaires et, le cas échéant, aux art. 9 ss LTr pour le travail supplémentaire, au-delà de 45 ou 50 heures de travail. En dehors de ces règles, une modification à court terme ne sera pas possible, car un congé-modification ne peut prendre effet qu'au terme du délai de congé³³⁸.

5.3.2 Droit privé

Si nous sommes effectivement en présence d'une modification des horaires, les règles exposées ci-dessus (let. A) nous montrent que toute modification ne sera pas possible. Les règles posées dans le contrat individuel ou une convention collective applicable doivent être respectées. Pour les horaires également, les conditions d'un congé-modification doivent être respectées.

L'accord entre les parties pourra résulter de dispositions explicites dans le contrat sur les horaires et leur modification ou d'une pratique constitutive d'un accord. Le contrat peut également prévoir que les horaires doivent être fixés d'un commun accord³³⁹.

Même sans accord aucun, le pouvoir de donner des instructions de l'employeuse est soumis aux limites légales. L'admissibilité d'une modification à court terme devra être appréciée à la lumière des circonstances du cas concret, comme le besoin d'une telle modification pour l'employeuse, les limites légitimes découlant de la vie privée et notamment familiale de la travailleuse et le délai dans lequel la modification interviendra.

5.3.3 Droit public

Une modification à court terme doit respecter l'obligation de consulter avant la décision de modification (art. 48, al. 2, LTr) et le délai de 15 jours fixé pour la communication des horaires (art. 69, al. 1, OLT 1). Cette dernière règle permet toutefois une certaine flexibilité puisque le délai sera « en général » de 15 jours. Les exceptions seront ainsi possibles mais devront répondre à des raisons impératives. Une information rapide, directe et complète est tout de même requise dans ces cas³⁴⁰. De même, la consultation pourra se faire dans des délais courts si les circonstances l'exigent. Mais les travailleuses devront avoir la possibilité de donner leur avis et de faire des propositions.

³³⁸ ATF 123 III 246, cons. 4.

³³⁹ Voir l'arrêt du Tribunal fédéral du 13 mars 2013, 4A_290/2012, cons. 3.2.3 (clause exigeant un accord et accord résultant d'horaires inchangés pendant deux ans).

³⁴⁰ SECO (n. 36), 169-1.

Des délais plus brefs sont inhérents aux situations où du travail supplémentaire au sens des art. 12 LTr et 25 et 26 OLT 1 est autorisé, puisque l'urgence figure parmi les conditions d'admission du travail supplémentaire (art. 12, al. 1, let. a, LTr)³⁴¹. Une modification à brefs délais est par ailleurs admise par les dispositions relatives au service de piquet, à condition que l'entreprise n'ait aucune autre solution acceptable et que les travailleurs ayant des responsabilités familiales y consentent (art. 14, al. 4, OLT 1).

6 Service de piquet et travail sur appel

6.1 Définitions

6.1.1 Service de piquet

Le service de piquet est défini à l'art. 14, al. 1 OLT 1. Il s'agit selon cette définition du :

- temps pendant lequel le travailleur se tient prêt à intervenir,
- le cas échéant,
- en sus du travail habituel,
- 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.

Le service de piquet fait partie de ces formes de travail où la travailleuse se tient à disposition de l'employeuse en attente d'une activité, qui n'est accomplie qu'en cas de nécessité. Ces éléments de définition sont des éléments communs à ces formes de travail. Une spécificité en découle toutefois : la personne qui est de piquet est tenue d'intervenir. La décision d'accomplir un travail est donc du ressort de l'employeuse.

Les deux derniers éléments de définition font la particularité du service de piquet. Tout d'abord, le temps mis à disposition s'ajoute au temps de travail habituel. Le travailleur a donc une durée normale de travail et effectuera, en plus de cette durée normale, un service de piquet³⁴². Ensuite, la finalité des interventions est spécifiée : il s'agit de faire face à des « situations particulières », comme des perturbations ou des situations d'urgence. Le piquet ne peut donc servir à accomplir des tâches habituelles.

6.1.2 Travail sur appel

Le travail sur appel constitue une autre forme de travail où la personne se tient à disposition pour des interventions éventuelles. Il ne fait pas l'objet d'une définition légale en droit public ou en droit privé du travail. Si l'on garde les éléments généraux de la définition légale du service de piquet, le travail sur appel sera une forme de travail où « le travailleur se tient prêt à intervenir le cas échéant »³⁴³. Une différence notable avec le service de piquet est l'absence de durée normale de travail en dehors du temps d'attente. L'ensemble de la prestation de travail est soumis au régime de l'appel. Les interventions porteront par conséquent aussi sur l'activité habituelle de la travailleuse.

³⁴¹ Dans ce sens, SECO (n. 36), 169-1.

³⁴² Voir toutefois CHRISTOPH SENTI, Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Pikettendienst, ZBJV 2006, 645 ss, 660, qui n'inclut pas cet élément.

³⁴³ Voir aussi la définition à l'ATF 124 III 249, cons. 2a.

Dans le cas du travail sur appel « proprement dit » ou au sens strict (*echte Arbeit auf Abruf*)³⁴⁴, la travailleuse ne peut refuser les interventions proposées par l'employeuse. Comme le régime de l'appel s'applique à toute la durée du travail, la travailleuse ne saura pas à l'avance combien il va travailler ni quand et n'aura pas la liberté d'aménager son temps, qu'il doit réserver pour les appels éventuels de l'employeuse.

Un élément qui joue un rôle dans cette forme de travail est le délai d'annonce des interventions. L'idée qu'il s'agit d'un élément constitutif de la définition est parfois exprimée, soit en disant que plus le délai est court plus il s'agira de travail sur appel, soit en mettant une limite maximale à hauteur du délai admis pour un congé-modification³⁴⁵. D'autres auteurs mentionnent une disponibilité immédiate ou dans des délais courts sans en faire un élément de définition³⁴⁶.

Une durée ou des horaires de travail fixés dans le contrat sont également utilisés comme critère de délimitation du travail sur appel³⁴⁷. La durée fixée peut être une durée de travail effectivement fixe (p.ex., 20 heures) ou une durée minimale. Des horaires fixes pendant lesquels une prestation est effectuée sur le lieu de travail ne sont pas concevables, car la personne ne serait plus sur appel. Il se peut par contre que ces horaires soient ceux pendant lesquels la personne qui travaille doit se tenir à disposition³⁴⁸. Les horaires de travail sont alors compris dans ce sens particulier et non dans le sens usuel.

6.1.3 Délimitations

6.1.3.1 Travail sur appel « improprement dit » (*unechte Arbeit auf Abruf*) ou au sens large

Le Tribunal fédéral et une partie de la doctrine parlent de travail sur appel « improprement dit » lorsque la travailleuse est à disposition de l'employeuse mais peut refuser les offres de celui-ci³⁴⁹. Une partie de la doctrine estime qu'il s'agit d'une forme de travail auxiliaire³⁵⁰. Sur le fond, le régime juridique de cette forme de travail est de l'avis général différent de celui du travail sur appel au sens strict. L'accord de base portant sur la possibilité d'engagements futurs n'est pas un contrat de travail

³⁴⁴ Voir ATF 124 III 249, cons. 2a et arrêt du Tribunal fédéral du 7 janvier 2010, 4A_509/2009, cons. 2.3.

³⁴⁵ Respectivement, CHRISTOPH SENTI, Bemerkungen, Bundesgericht, 4. Zivilabteilung, 6.5.1998, i.S. X. c. Y. GmbH, Berufung: BGE 124 III 249 ff., PJA 1998, 1241 ss, 1242; THOMAS GEISER, Problemkreis Arbeit auf Abruf – Juristische Lösungsansätze zur Wiedereinführung der Planbarkeit der Arbeit, disponible sous www.unia.ch/uploads/media/Geiser_Arbeit_auf_Abruf.doc, ch. 1.26.

³⁴⁶ GIACOMO RONCORONI, Arbeit auf Abruf und Gelegenheitsarbeit, PJA 1998, 1410 ss, 1413; ADRIAN STAEHELIN, Die Flexibilisierung des Arbeitsverhältnisses, in: Peter GAUCH/ Jörg SCHMID (éds.), Rechtswentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Zurich 2001, 383 ss, 385.

³⁴⁷ Ni durée ni horaires déterminés d'avance : RONCORONI, (n. 51), 1413 ; CAROLINE FRANZ WALDNER, Chancen und Risiken flexibilisierter Arbeitsverhältnisse für Frauen, PJA 2000, 1211 ss, 1217; BYRNE-SUTTON (n. 22), 58-59 et 93; EGLI (n. 21), 208. Diverses formes de travail sur appel admises suivant si la durée ou les horaires sont déterminés d'avance : SENTI (n. 47), 647-648; WOLFGANG S. HARDER, Freie Mitarbeit und ähnliche Formen freier Zusammenarbeit – Ein Beitrag zur Abgrenzung von Beschäftigungsformen in der Grauzone zwischen abhängiger und selbständiger Arbeit, Berne 2000, 50; EDI CLASS, Rechtsansprüche bei Arbeit auf Abruf, plädoyer 5/98, 36 ss, 36; FRED HENNERBERGER/STEFAN RIEDER, Bemessung der Entschädigung der Wartezeiten bei echter Arbeit auf Abruf, PJA 2011, 1057 ss, 1057.

³⁴⁸ Dans ce sens, SENTI (n. 47), 648.

³⁴⁹ Arrêts du Tribunal fédéral cités ci-dessus, n. 50 et, entre autres, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 319 n. 18 ; FRANK VISCHER/ROLAND M. MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, 4^{ème} éd., Bâle 2014, §7 n. 16 ; JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag – Kommentar zu den Art. 319-343 OR, 3^{ème} éd., Bâle 2014, art. 319 CO n. 11f.

³⁵⁰ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 319 CO n. 35 ; BSK CO I-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321 n. 19; ZK-STAEHELIN, art. 319 n. 58; CHRISTIANE BRUNNER/JENA-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WEBER/CHRISTIAN BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail (selon le Code des obligations), 3^{ème} éd., Lausanne 2010, Travail à temps partiel n. 4 et 6. Egalement, arrêt du 20 décembre 2006 de la cour d'appel des prud'hommes du canton de Genève, JAR 2007, 433, cons. 2.2.

à durée indéterminée mais un contrat-cadre qui règle les conditions des engagements concrets³⁵¹. La durée minimale du travail garantie pour le travail sur appel au sens strict, telle que discutée ci-dessous (let. C), ne vaut de même pour cette forme de travail³⁵², car la travailleuse est libre de prendre des engagements auprès d'autres employeuses.

6.1.3.2 Travail occasionnel (ou auxiliaire)

Le travail occasionnel se caractérise aussi par des engagements ponctuels proposés par l'employeuse selon ses besoins. Le travail sera occasionnel lorsque les engagements successifs constituent une suite de contrats distincts, sans obligation pour l'employeuse d'en proposer d'autres et pour la travailleuse d'accepter des offres éventuelles³⁵³. Si les engagements distincts constituent une fraude à la loi (« contrats en chaîne »), ils seront requalifiés de contrat à durée indéterminée³⁵⁴. La différence avec le travail sur appel au sens large est que les engagements successifs ne se fondent pas sur un contrat-cadre³⁵⁵.

6.1.3.3 Travail à temps partiel

Le travail à temps partiel est prévu à l'art. 319, al. 2, CO. Il se caractérise par une durée de travail inférieure à la durée normalement prévue. Même si l'art. 319, al. 2, CO prévoit qu'il faut « travailler régulièrement », la durée du travail peut être irrégulière et entrecoupée de périodes sans travail plus ou moins longues, tant que la relation de travail est unique et continue³⁵⁶. C'est ce qui fait la distinction avec le travail occasionnel. Sur cette base, le travail sur appel est souvent inclus dans la catégorie du travail à temps partiel³⁵⁷. Le critère distinctif du travail sur appel par rapport à d'autres formes de temps partiel est la possibilité pour l'employeuse de faire appel à la travailleuse selon ses besoins.

6.1.3.4 Conclusion

Pour le travail sur appel, les délimitations et la terminologie font l'objet d'avis divers et peuvent s'avérer difficiles à établir. Pour notre propos, les deux critères suivants sont à retenir : la possibilité ou non de refuser les offres et l'absence de garantie d'une durée du travail. C'est la combinaison entre absence de durée garantie et impossibilité de refuser les offres qui rend la situation de la travailleuse particulièrement précaire. Ce sont également ces formes de travail sur appel qui ont été traitées dans les arrêts de principe du Tribunal fédéral. Le « travail sur appel » dans la suite de l'exposé se réfère donc au travail sur appel au sens strict.

³⁵¹ RONCORONI (n. 51), 1413 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 319 n. 18.

³⁵² Arrêt du Tribunal fédéral du 7 janvier 2010, 4A_509/2009, cons. 2.3.

³⁵³ Entre autres, AUBERT (n. 23), 217; Commentaire Staempfli-DUNAND, art. 319 CO n. 61.

³⁵⁴ ATF 119 V 46, cons. 1c; 129 III 618, cons. 6.2.

³⁵⁵ RONCORONI (n. 51), 1413.

³⁵⁶ AUBERT (n. 23), 217 ; MANFRED REHBINDER, Rechtsfragen der Teilzeitarbeit, in: MANFRED REHBINDER (éd.), Flexibilisierung der Arbeitszeit, Bern 1987, 28 ss, 32.

³⁵⁷ Notamment, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 319 n. 18; AUBERT (n. 23), 218; REHBINDER (n. 60), 31; EGLI (n. 21), 208; BRÜHWILER (n. 54), art. 319 CO n. 11f.

6.2 Temps d'attente (Bereitschaftsdienst, Rufbereitschaft)

6.2.1 Qualification de temps de travail en droit public

6.2.1.1 Définition du temps de travail

L'art. 13 OLT 1 définit la durée du travail comme « le temps pendant lequel le travailleur doit se tenir à la disposition de l'employeur ». La durée du travail n'est donc pas uniquement un temps où une activité est effectuée. Le critère déterminant est que la travailleuse se tienne à disposition de l'employeur, dans l'attente d'être appelée par exemple. La doctrine précise qu'être à disposition ne se limite pas à être sous la conduite directe de l'employeur mais s'étend à toute période consacrée principalement aux intérêts de l'employeur, si celui-ci l'a voulu ou l'a toléré ou si les intérêts de l'entreprise le commandaient³⁵⁸. A cet égard, l'art. 13 OLT 1 ne pose pas de restriction quant au lieu, la mise à disposition du temps ne devant en particulier pas s'effectuer dans l'entreprise³⁵⁹.

6.2.1.2 En cas de service de piquet

La définition générale de l'art. 13 OLT 1 est concrétisée aux art. 14 et 15 OLT 1 pour ce qui est du service de piquet. Ces règles générales sont complétées, pour les catégories spéciales de travailleurs ou d'entreprises, par l'art. 8a OLT 2. Nous abordons ici les art. 15 OLT 1 et 8a OLT 2 qui concernent la qualification du piquet de temps de travail.

Ainsi, la durée des interventions est considérée pleinement comme du temps de travail, le temps d'attente dans l'entreprise également (art. 15, al. 1 et 2, OLT 1). En dehors de l'entreprise, l'attente ne sera pas du temps de travail, à l'exception du trajet pour se rendre à son lieu de travail et en revenir en cas d'intervention (art. 15, al. 2, OLT 1), contrairement à la règle générale de l'art. 13, al. 1, OLT 1.

L'art. 8a OLT 2³⁶⁰ s'applique aux cliniques et hôpitaux (art. 15, al. 1, OLT 2). Les interventions sont annoncées dans un délai minimum de 30 minutes (al. 1). Si ce délai est inférieur pour des raisons impérieuses, le temps d'attente hors intervention effective et trajet est comptabilisé à 10% comme temps de travail (al. 2). Il sera comptabilisé à 100% comme temps de travail si le délai d'annonce est tellement court que le piquet doit être effectué dans l'entreprise (al. 3).

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser la distinction entre le piquet effectué dans l'entreprise et hors de l'entreprise au sens de l'art. 15 OLT 1³⁶¹ : Il a ainsi jugé que la distinction trouve sa raison d'être dans les possibilités plus grandes de disposer de temps libre et de se reposer en dehors de l'entreprise. Il faut donc que la travailleuse puisse effectivement bénéficier de ces possibilités, ce qui n'est pas le cas si le délai d'intervention est très court, de 15 minutes par exemple. Il s'agit alors de piquet dans l'entreprise, à moins que le travailleur puisse être en attente à son domicile. La règle posée à l'art. 8a, al. 3, OLT 2 ne fait ainsi qu'exprimer ce qui découle déjà de l'art. 15 OLT 1 ainsi interprété. Ainsi, un médecin qui pouvait, selon son contrat, se balader la nuit à moto dans les environs tout en étant joignable et à disposition dans un délai de 15 minutes a été considéré comme faisant du piquet dans l'entreprise³⁶². Dans deux autres cas, malgré des délais d'interventions de 15

³⁵⁸ ADRIAN VON KAENEL (PIERRE SIEGENTHALER), Commentaire LTr (GEISER/VON KAENEL/WYLER), art. 9 n. 5; MÜLLER/MADUZ, OFK-ArG, Vorbem. zu Art. 9-14, n. 3.

³⁵⁹ SECO (n. 36), 113-1.

³⁶⁰ Pour une analyse détaillée de cette disposition, voir MANUEL STENGEL/SANDRA BRÄNDLI, Pikettdienst unter Art. 8a ArGV 2, PJA 2013, 55 ss.

³⁶¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 4 mai 2010, 4A_94/2010, cons. 4.4. et arrêt du 7 juin 2016, 4A_11/2016, cons. 4.1. Egalement, arrêt du Tribunal fédéral du 22 novembre 2010, 4A_523/2010, cons. 5.1.

³⁶² Arrêt du 7 juin 2016, 4A_11/2016, cons. 4.3.

ou 30 minutes, le piquet a été qualifié de piquet en dehors de l'entreprise, vu la possibilité d'effectuer le piquet au domicile ou dans une chambre louée à proximité³⁶³.

6.2.1.3 En cas de travail sur appel

Le temps d'attente en cas de travail sur appel n'est pas réglé spécialement dans l'OLT 1. Or, le travail sur appel, qui n'est pas du piquet, n'est pas soumis aux règles spéciales applicables au service de piquet. La qualification de temps de travail se fera donc sur la base de la définition générale de l'art. 13 OLT 1³⁶⁴.

Cependant, il est à notre avis possible de tenir compte des analogies avec le service de piquet. Ainsi, les critères de concrétisation établis par les règles sur le piquet, comme le lieu de l'attente ou le délai d'intervention, ou la prise en compte du degré de liberté dont dispose la personne en attente pour se reposer ou vaquer à d'autres occupations, seront pertinents. Par conséquent, le temps d'attente qui doit être effectué dans l'entreprise pourra être qualifié de temps de travail. Il en ira de même si les délais d'intervention sont très courts ou si les interventions sont fréquentes, qu'il y ait requalification en temps d'attente en entreprise ou que la restriction posée soit grande au point que les possibilités de repos et d'utilisation à du temps à des fins personnelles soient trop réduites. D'autres critères, comme la possibilité de passer le temps d'attente à domicile, sont également mis en avant et amènent également à une approche au cas par cas³⁶⁵.

Une approche semble-t-il plus tranchée est tirée de l'interprétation de l'art. 13 OLT 1 selon laquelle être à disposition de l'employeuse signifie affecter son temps principalement à ses intérêts. En effet, le temps d'attente sera qualifié de temps de travail s'il est effectué en entreprise, mais non s'il l'est hors de l'entreprise³⁶⁶. La qualification de temps de travail est toutefois possible dans des cas exceptionnels, si les appels très fréquents empêchent par exemple d'utiliser le temps libre de manière adéquate³⁶⁷.

6.2.1.4 Conséquences de la qualification en droit public

La qualification de temps de travail dans le régime de la LTr fonde comme nous l'avons vu (ci-dessus IV, C, 1) l'application de bien des dispositions protectrices. Elle n'aura par contre aucune valeur pour la question de la rémunération du temps d'attente. Celle-ci relève uniquement du droit privé, à l'exception des cas où la LTr prévoit des règles explicites sur la rémunération, comme en matière de travail supplémentaire (art. 13, al. 1, LTr).

Le service de piquet est l'objet de règles spéciales. L'art. 19, al. 3, OLT 1 règle l'interaction entre repos quotidien et service de piquet. Des limites sont également fixées à l'art. 14, al. 2 et 3, OLT 1 quant à la fréquence des services et à leur compensation par du repos. Et la modification des plans

³⁶³ Arrêt du Tribunal fédéral du 4 mai 2010, 4A_94/2010, cons. 4.5 (délai 15 minutes) et arrêt du Tribunal fédéral du 31 mars 2016, 8C_739/2015, cons. 4.2.2 (délai 30 minutes).

³⁶⁴ MÜLLER/MADUZ, OFK-ArG, Vorbem. zu Art. 9-14, n. 8.

³⁶⁵ GEISER (n. 50), n. 1.40 et 1.45, qui fait de la possibilité d'être à son domicile même une condition du temps d'attente hors entreprise et qui retient au n. 1.47 comme critère «welches Ausmass der Einschränkung der Arbeitnehmer».

³⁶⁶ ADRIAN VON KAENEL, Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers, DTA 2009, 1 ss, 4 et ROGER RUDOLPH/ADRIAN VON KAENEL, Aktuelle Fragen zur Arbeitszeit, PJA 2012, 197 ss, 198.

³⁶⁷ RUDOLPH/VON KAENEL (n. 71), 207, en lien non avec le travail sur appel mais avec la personne joignable en permanence. Voir aussi dans ce sens, GEISER (n. 50), n. 1.42, selon lequel les plages de temps sans intervention doivent avoir une durée minimale à déterminer dans chaque cas concret.

et horaires du piquet sont soumises à conditions (art. 14, al. 4, OLT 1, ci-dessus V, C, 3). Nous renvoyons pour un aperçu complet du régime du piquet à l'aide-mémoire du Seco sur ce sujet³⁶⁸.

6.2.2 Qualification de temps de travail en droit privé

6.2.2.1 Définition du temps de travail

Le temps de travail n'est pas défini légalement en droit privé. C'est en traitant du travail sur appel et de la qualification du temps d'attente que le Tribunal fédéral a posé la définition, à l'ATF 124 III 249.

Le Tribunal fédéral définit le travail comme une activité humaine exercée de façon systématique et visant à satisfaire un besoin. Une activité n'est pas nécessaire. Le simple fait d'être à disposition est suffisant, même en dehors des locaux de l'employeuse. Le Tribunal fédéral ajoute que le temps d'attente n'est effectué que dans la perspective d'une rémunération, ce qui en fait du travail rémunéré en vertu de l'art. 320, al. 2, CO³⁶⁹.

6.2.2.2 Régime juridique du temps d'attente

Le Tribunal fédéral a tout d'abord jugé que le travail sur appel, par lequel l'employeuse sollicite la force de travail de la travailleuse selon ses besoins, est licite³⁷⁰. Une durée du travail fixée comme dans le cas d'espèce dans une convention collective ne garantit pas de recevoir du travail à hauteur de cette durée³⁷¹.

Le temps d'attente est du temps de travail du point de vue du droit privé, même s'il est effectué en dehors des locaux de l'employeuse. La distinction entre temps d'attente en entreprise et hors entreprise aura toutefois un effet sur sa rémunération. Ainsi, le temps d'attente en entreprise est à rémunérer au taux plein³⁷², au même titre que les périodes où la travailleuse accomplit une activité. Le temps d'attente en dehors de l'entreprise est du temps de travail rémunéré, mais sa nature est différente. La personne en attente n'est pas restreinte dans son temps libre de la même manière³⁷³. L'intérêt économique de ce temps d'attente est également moindre pour l'employeur. De ce fait, l'attente en dehors de l'entreprise sera rémunérée à un taux moindre que l'activité effective et l'attente en entreprise³⁷⁴.

Le Tribunal fédéral précise également que les parties peuvent inclure la rémunération dans le salaire, que le temps d'attente s'effectue dans l'entreprise ou en dehors³⁷⁵. A défaut d'accord, la rémunération se détermine selon l'usage et à défaut, en équité par le juge (art. 322 CO)³⁷⁶.

³⁶⁸ Aide-mémoire sur le service de piquet, disponible sous www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Merkblätter_und_Checklisten/merkblatt-zum-pikettdienst.html.

³⁶⁹ ATF 124 III 249, cons. 3b.

³⁷⁰ ATF 124 III 249, cons. 2a.

³⁷¹ ATF 124 III 249, cons. 2b.

³⁷² ATF 124 III 249, cons. 3a.

³⁷³ ATF 124 III 249, cons. 3a.

³⁷⁴ ATF 124 III 249, cons. 3b.

³⁷⁵ Cons. 3c. Egalement, cons. 3a pour l'attente en entreprise, rémunérée au taux plein «...mangels abweichender Vereinbarung...».

³⁷⁶ ATF 124 III 249, cons. 3a.

Les règles ainsi dégagées par le Tribunal fédéral concernaient, dans l'arrêt en question, le travail sur appel, mais elles seront également appliquées au temps d'attente en cas de service de piquet et à d'autres formes d'attente³⁷⁷.

Sur l'accord incluant la rémunération du temps d'attente dans le salaire, le Tribunal fédéral a jugé que le salaire minimum fixé dans une convention collective ne comprend, en l'absence d'éléments indiquant le contraire, que la rémunération du temps de travail effectif et non du temps d'attente³⁷⁸. Dans une autre affaire, une clause prévoyant que le piquet en dehors de l'entreprise n'était pas considéré comme du temps de travail a été interprétée comme excluant une rémunération séparée du salaire³⁷⁹.

L'inclusion de la rémunération dans le salaire doit respecter les limites générales posées par le code des obligations³⁸⁰. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé qu'un salaire de 4'000 puis 4'250 francs rémunérant les services d'un agent de sécurité, y compris le temps d'attente, n'est pas contraire aux mœurs, vu le caractère peu astreignant du piquet (interventions rares et possibilité pour les agents de se remplacer mutuellement, malgré un délai d'intervention de 15 à 30 minutes)³⁸¹. Ainsi, un accord qui inclut la rémunération du piquet dans le salaire pourrait être contraire aux mœurs et donc nul³⁸² si le salaire est peu élevé et que le piquet contraignant justifie un taux de rémunération élevé.

Le taux de rémunération de l'attente hors entreprise, en l'absence d'accord ou d'usage, doit être déterminé. Au vu des motifs justifiant la rémunération moindre, le taux sera inversement proportionnel à l'intérêt du temps d'attente pour l'employeuse et à la liberté dont dispose la personne en attente. Deux éléments qui peuvent servir d'indicateurs de cette liberté sont le délai d'intervention et la fréquence des interventions³⁸³.

Une fois le taux de rémunération déterminé, les heures d'attente doivent être comptabilisées. Deux possibilités sont que les plages d'attente soient fixées dans le contrat ou qu'un accord se dégage d'une pratique régulière appliquée par les parties.

Le temps d'attente étant du temps de travail, être de piquet ou sur appel ne doit pas être possible pendant le congé hebdomadaire ou les vacances (art. 329, al. 1 et 2 et 329a ss CO) ou en cas de compensation d'heures supplémentaires³⁸⁴. S'agissant de la rémunération, le Tribunal fédéral a jugé qu'un « congé sur appel » n'avait pas à être rémunéré, car la personne de piquet était libérée le matin du congé et que le niveau de contrainte général du piquet était très faible (nombre de jours peu nombreux et pas d'appels dans le cas concret malgré un délai d'intervention très court)³⁸⁵.

³⁷⁷ Voir arrêt du Tribunal fédéral du 4.5.2010, 4A_94/2010, cons. 5.2 et arrêt du Tribunal fédéral du 22.11.2010, 4A_523/2010, cons. 5.2 ; Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt, décision du 27.10.2014, GS.2013.32, cons. 3.7.3.

³⁷⁸ ATF 124 III 249, cons. 3b.

³⁷⁹ Arrêt du Tribunal fédéral du 4.5.2010, 4A_94/2010, cons. 5.2.

³⁸⁰ Voir GEISER (n. 21), 1334-1336 ; CLASS (n. 52), 37-38.

³⁸¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 22.11.2010, 4A_523/2010, cons. 5.2.

³⁸² Sur les conséquences de la nullité en général et notamment la nullité partielle, voir GEISER (n. 21), 1338 et CLASS (n. 52), 37.

³⁸³ Exemples : Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt, décision du 27.10.2014, GS.2013.32, cons. 3.7.4 (50% pour une présence à domicile de 20h à 7h dans une chambre séparée avec possibilité de dormir) ; Chambre d'Appel des prud'hommes du canton de Genève, décision du 18.1.1999, Cause 6 8002/98-6, SARB-Rechtssprechung 2/2000, n. 134, cons. 5d (25% pour un piquet à l'hôtel de 23h à 7h avec possibilité de dormir) et décisions cantonales citées par HENNEBERGER/RIEDER (n. 52), 1059-1060.

³⁸⁴ Sur ce dernier point, BSK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 319 CO n. 8.

³⁸⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 22.11.2010, 4A_523/2010, cons. 6.

6.3 Garantie d'une durée minimale de travail (et donc d'un revenu minimal) en cas de travail sur appel

Lorsque le contrat exclut la rémunération du temps d'attente, la durée du travail rémunéré dépendra exclusivement des interventions effectuées. Or, en cas de travail sur appel, c'est l'employeuse qui décide unilatéralement des interventions et de leur étendue. La travailleuse pourra donc se voir privée de toute rémunération durant les périodes où il n'y a pas de travail, tout en devant rester à disposition. Ce type de relation entre typiquement dans la définition des relations précaires dont nous avons parlé ci-dessus (ch. II, A). Est-ce à dire que le droit suisse, qui permet la flexibilité de la durée du travail ne permet pas de garantir une durée fixe du travail et donc un minimum de rémunération en cas de travail atypique?

L'ATF 124 III 249 sera critiqué sur ce point, en raison du résultat peu satisfaisant, mais aussi en regard des protections qu'offre le droit suisse³⁸⁶. Quelques mois après le premier arrêt, l'ATF 125 III 65 reviendra sur ces protections.

L'affaire concernait un agent de sécurité qui a vu son revenu passer d'une fourchette de 4'000 à 5'000 à un peu plus de 300.- une fois terminé le chantier qu'il surveillait. L'employeur l'informa le mois suivant « qu'il n'était plus en mesure de lui fournir le nombre d'heures de travail habituel,... » et l'orienta vers l'assurance-chômage³⁸⁷. La caisse refusa de verser des indemnités. Se posa alors la question du salaire jusqu'à la fin du délai de congé.

Le Tribunal fédéral rappelle que le travail sur appel n'est pas interdit mais précise que « cette forme de travail doit respecter les dispositions légales impératives »³⁸⁸. Les premières de ces dispositions sont celles régissant le délai de congé, en l'espèce l'art. 335c CO. Le Tribunal fédéral précise ainsi que la protection liée au délai de congé doit permettre au travailleur de « chercher une nouvelle place de travail tout en conservant l'essentiel de ses ressources... » ; de ce fait, « Lorsqu'il permet une diminution brutale du volume mensuel de travail, le contrat de travail sur appel vide de sa substance la protection impérative liée au délai de congé ;... »³⁸⁹.

Les autres règles impératives sont celles régissant la demeure de l'employeur (art. 324 CO). Le Tribunal fédéral rappelle qu'« il résulte de l'art. 324 al. 1 CO que le risque de l'entreprise incombe non pas au travailleur, mais à l'employeur. En conséquence, lorsque, pour des motifs économiques, il refuse la prestation de travail dûment offerte, l'employeur tombe en demeure et reste devoir le salaire... »³⁹⁰. Il conclut dans le même considérant que « dans le cadre de l'art. 324 CO, le législateur n'a pas voulu permettre à l'employeur de déterminer unilatéralement, en fonction de ses propres besoins, la durée du travail et la rétribution du travailleur. » Le Tribunal fédéral a jugé par conséquent que l'agent avait droit au salaire moyen payé sur une durée déterminée équitablement jusqu'à la fin du délai de congé.

Ainsi, une protection du revenu de la travailleuse existe et constitue une limite du travail sur appel. Déterminer où se trouve cette limite n'est pas aisé³⁹¹. En effet, après avoir admis dans le premier arrêt que le travail sur appel est licite et que toute rémunération pour le temps d'attente peut être exclue, le Tribunal fédéral va jusqu'à dire que le législateur n'a pas voulu permettre à l'employeur de

³⁸⁶ En particulier RONCORONI (n. 53), 1417-1418.

³⁸⁷ ATF 125 III 65, Faits.

³⁸⁸ ATF 125 III 65, cons. 3b.

³⁸⁹ ATF 125 III 65, cons. 4, b, aa.

³⁹⁰ ATF 125 III 65, cons. 5.

³⁹¹ Voir toutefois la proposition de quantifier la rémunération du temps d'attente en fonction des critères fixés dans les deux arrêts du TF : HENNEBERGER/RIEDER (n. 52), 1062 ss.

déterminer unilatéralement la durée du travail et la rétribution du travailleur en fonction de ses propres besoins. Or c'est précisément de cela qu'il s'agit dans le travail sur appel. C'est pourquoi une contradiction potentielle entre les deux décisions a été relevée³⁹². Savoir si le second arrêt contredit le premier ou y apporte seulement un correctif dépend en particulier de la portée donnée à l'interdiction de transférer le risque de l'entreprise sur la travailleuse. Les avis divergent.

La situation une fois le contrat résilié ne fait plus débat³⁹³. La décision du Tribunal fédéral est claire sur ce point précis et l'argument fondé sur l'art. 335c CO n'est pas contesté. La controverse porte sur le régime du contrat qui n'est pas résilié.

Selon une première opinion, exprimée avant le second arrêt, il n'y a pas de possibilité de transférer le risque de l'entreprise sur la travailleuse³⁹⁴. Un temps d'attente qui n'est pas rémunéré ou qui est rémunéré à taux réduit n'est alors pas possible. Cette opinion prend en compte en particulier l'art. 324, al. 2, CO, qui permet d'imputer sur le salaire que ce que la travailleuse a épargné ou ce qu'elle a gagné en exécutant un autre travail. Ainsi, le revenu ne peut diminuer en fonction du degré de liberté dans le temps d'attente mais uniquement s'il peut être remplacé par un autre gain ou revenu. Cette première opinion est minoritaire aujourd'hui, la possibilité d'une certaine flexibilité s'étant imposée.

La seconde opinion, largement majoritaire, admet la flexibilité induite par le travail sur appel et voit un correctif dans les principes posés par le second arrêt sur la base de l'art. 324 CO³⁹⁵. En particulier, la garantie d'une activité suffisante ou à défaut d'un revenu suffisant sur la base de l'art. 326, al. 1 et 4, CO appliqué par analogie ou d'une rémunération convenable, en application de l'art. 349a CO par analogie, est défendue. L'analogie à l'art. 326, al. 1, CO est discutée, pour savoir si le travail sur appel doit être la forme exclusive de travail pratiquée, pour un seul employeur, comme le prévoit la disposition³⁹⁶. Une opinion fait également intervenir le délai d'annonce dans l'établissement de l'équilibre entre les deux décisions. Si ce délai atteint les 15 jours prévus à l'art. 69 OLT 1 (appliqué par analogie), le degré de liberté de la travailleuse est assez grand pour que le risque de l'entreprise puisse être reporté sur elle intégralement³⁹⁷. La garantie d'un travail suffisant devrait à notre avis aussi porter sur ce cas, à moins de considérer qu'il ne s'agit plus de travail sur appel au sens strict³⁹⁸. L'art. 69 OLT 1 traite aussi des horaires de travail et non de la durée du travail et ne peut pas être sollicité pour déterminer la durée minimale garantie, d'autant plus que la LTr ne traite pas de la rémunération du temps de travail.

Une troisième opinion déduit du second arrêt une interdiction de toute diminution abrupte de l'activité³⁹⁹.

³⁹² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 319 n. 18; BRÜHWILER (n. 54), art. 319 CO n. 11f.

³⁹³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 319 n. 18 et décisions cantonales citées.

³⁹⁴ RONCORONI (n. 51), 1418.

³⁹⁵ Risque de l'entreprise : AUBERT (n. 23), 226 et COR-AUBERT, art. 324 CO n. 4 ; EGLI (n. 21), 211 ; Senti (n. 50), 1243 ; HENNEBERGER/RIEDER (n. 55), 1065-1067 . Risque de l'entreprise et art. 326 CO ou 349a CO par analogie : GEISER (n. 21), 1336 ; STAEHELIN (n. 51), 387-388 ; Commentaire Staempfli-DUNAND, art. 319 n. 57 (« nombre d'heures de travail plus ou moins constant » et « rémunération convenable » sans mention des art. 326 ou 349a CO) ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (n. 55), Travail à temps partiel n. 6 ; VISCHER/MÜLLER, §7 n. 18 et 21 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 319 n. 18. Durée minimale garantie sur la base de ces dispositions et d'autres règles impératives : BYRNE-SUTTON (n. 22), 102 et 103 ss.

³⁹⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 319 n. 18.

³⁹⁷ HENNEBERGER/RIEDER (n. 52), 1067.

³⁹⁸ Dans ce sens en lien avec un service de piquet compris dans un sens large, SENTI (n. 47), 672

³⁹⁹ RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, Droit du travail, 3^{ème} éd., Berne 2014, 272 ; BSK CO I-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321 CO n. 19.

Une dernière opinion, plus restrictive, ne se fonde pas sur l'interdiction de transférer le risque de l'entreprise mais sur le principe de la confiance⁴⁰⁰. Ainsi, l'employeuse doit garantir une certaine quantité de travail lorsqu'un volume de travail régulier a été fourni sur une certaine durée et peut de ce fait être attendu de bonne foi à l'avenir. Cette approche est défendue par certains auteurs sans exclure l'application de l'art. 324 CO⁴⁰¹. D'autres posent la condition de la régularité mais considèrent qu'il s'agit alors non pas de travail sur appel mais d'un travail à la tâche auquel s'appliquent les règles sur la demeure⁴⁰².

7 Conclusion

Cet exposé nous a permis de voir que les protections adossées à un modèle de travail typique s'appliquent également aux formes de travail atypique étudiées. Ces protections n'empêchent pas ces formes de flexibilité mais les encadrent.

Les horaires variables doivent respecter la procédure de mise en place et d'annonce posée dans la LTr et les limites du droit privé. Les modifications à court terme sont de l'ordre de l'exception en droit public et doivent respecter l'équilibre des intérêts en droit privé ainsi que le cadre contractuel posé.

Le service de piquet et le travail sur appel remettent en question la notion même de durée du travail et l'alternance claire entre durée du travail et temps libre. La durée du travail n'est plus ce temps entièrement consacré aux besoins de l'employeuse. Elle se trouve mélangée à une dose plus ou moins grande de liberté pour la travailleuse et ainsi en quelque sorte diluée de l'intérieur. Un entre-deux en est le résultat.

La définition de la durée du travail permet d'appréhender cet entre-deux. La notion large de temps de travail, qui n'est pas limitée aux seules périodes d'activité, permet d'étendre la protection à cet entre-deux et donc de réguler ces formes flexibles. Cela étant, nous avons vu divers problèmes de délimitations, que ce soit en lien avec la définition de la forme de travail ou avec l'endroit précis où une limite doit être posée.

La LTr règle ainsi de manière détaillée le service de piquet mais pas les autres formes d'attente. Le droit privé distingue les régimes du travail sur appel au sens strict, du travail sur appel au sens large et du travail occasionnel. Ensuite, alors que le droit public ne connaît en principe que le temps de travail à taux plein et sinon le temps libre, le droit privé permet une palette de statuts intermédiaires par le biais de la rémunération à taux réduit du temps d'attente hors entreprise. Le degré de liberté dont dispose la travailleuse pendant l'attente est un critère central en droit public comme en droit privé. Alors qu'en droit public, l'évaluation de ce degré de liberté sert de base à la distinction entre temps de travail et temps libre, elle servira en droit privé à déterminer le taux de rémunération. A cela s'ajoute, en droit privé, la garantie d'un minimum d'activité en cas de travail sur appel au sens strict, assurant un minimum de revenu. L'étendue et les conditions de ce minimum restent toutefois incertaines.

⁴⁰⁰ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 319 CO n. 35 ; BRÜHWILER (n. 54), art. 319 CO n. 11f.

⁴⁰¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 319 n. 18; ZK-STAEHELIN, art. 319 CO n. 59; VISCHER/MÜLLER, §7 n. 23.

⁴⁰² OLIVIER SUBILIA/JEAN-LOUIS DUC, Droit du travail – Eléments de droit suisse, Lausanne 2010, art. 319 CO n. 42.

Muster⁴⁰³: Klage aus Verletzung der Fürsorgepflicht («Stresshaftung»)

Sabine Steiger-Sackmann, Zentrum Für Sozialrecht, ZHAW Winterthur

1 Vorbemerkungen

1.1 Ausgangslage

Die Klägerin A. war in der Marketing-Agentur B. angestellt. Sie war vor zehn Jahren als Werbeassistentin in die Firma eingetreten. Zuletzt leitete sie grössere Projekte im Online-Markt mit einem Team von fünf bis zehn Mitarbeitenden. Sie unterstand dem Leiter der Abteilung Online-Marketing, welcher diese Funktion vor eineinhalb Jahren übernommen hat.

Die Klägerin verfügt über ausgezeichnete Mitarbeiterbeurteilungen und ein Zwischenzeugnis ihres früheren Vorgesetzten, welches sie als sehr motivierte und engagierte Mitarbeiterin ausweist. Kurz nach der Ablieferung eines wichtigen und umfangreichen Projektes erlitt sie einen Hirnschlag. Sie ist nach wie vor arbeitsunfähig. Ihr Arbeitsverhältnis ist seitens der Arbeitgeberin nach Ablauf der Sperrfrist aufgelöst worden. Sie hat die Kündigung nicht als missbräuchlich angefochten.

1.2 Probleme und Risiken

Die Problematik bei sogenannten Stresshaftungsklagen liegt beim Nachweis des Kausalzusammenhanges zwischen der Verletzung der Fürsorgepflicht und der Erkrankung mit ihren finanziellen Folgen. Weil es hier um das Zusammenspiel von vielen verschiedenen Faktoren geht, ist die Beweisführung sehr anspruchsvoll. Übermässige Belastungen am Arbeitsplatz sind in ihrer Summe und bei langandauernder Einwirkung eine Gefahr für die Gesundheit, auch wenn die einzelnen Belastungen für sich genommen für die Gesundheit unbedenklich sind. Eine grosse Herausforderung bei der Beweisführung ist es, die oft jahrelange Übermässigkeit der Belastung am Arbeitsplatz so konkret wie möglich darzulegen. Die Gesundheitsgefahr für die Arbeitgeberin muss erkennbar gewesen sein. Zudem muss dargetan werden, welche Massnahmen die Arbeitgeberin unterlassen hat, und dass das rechtzeitige Ergreifen dieser Massnahmen die Erkrankung hätte abwenden können.

Eine weitere Problematik liegt zudem darin, dass jeder Mensch neben dem Arbeitsleben auch ein Privatleben hat, welches ebenfalls regelmässig Anforderungen stellt. Die physische und psychische Konstitution der Menschen sind unterschiedlich ausgestaltet und durch viele Faktoren wie Herkunft, Biografie, Lebensumstände und Alter determiniert. Ob und in welchem Umfang solche Umstände als mitwirkende Ursachen rechtlich zu würdigen sind, muss ebenfalls Prozessthema (und Beweisgegenstand) sein. Diese Auseinandersetzung kann für Klagende zu einer grossen persönlichen Belastung werden und dürfte ihren Heilungsprozess nicht immer begünstigen.

Angesichts der hohen Hürden, die Anspruchsgrundlagen zu klären, empfiehlt es sich, den Prozess zunächst danach auszurichten und nur einen Teilschaden (wie z.B. die Heilungskosten) einzuklagen. Dies ist insbesondere zu empfehlen, wenn einzelne Schadenspositionen wie z.B. der Erwerbsausfall noch nicht vollständig substantiiert werden können, weil die Eingliederung noch nicht abgeschlossen ist.

⁴⁰³ Das Muster ist analog den kommentierten Musterklagen aufgebaut, welche WILLI FISCHER, FABIANA THEUS SIMONI UND DIETER GESSLER im Verlag Schulthess Zürich 2016 herausgegeben haben (ISBN/ISSN978-3-7255-7409-4). Ihnen gebührt mein Dank für das Überlassen der Formatvorlage.

Der Anspruch von Arbeitnehmenden infolge Verletzung der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht verjährt nicht in fünf, sondern in zehn Jahren (Art. 127 OR), denn es handelt sich nicht um eine Forderung «aus dem Arbeitsverhältnis» im Sinne von Art. 128 Ziff. 3 OR. Die Verjährung beginnt mit der Fälligkeit der Forderung zu laufen (Art. 130 Abs. 1 OR). Forderung auf Schadenersatz und Genugtuung aus vertragswidriger Körperverletzung werden im Zeitpunkt der Verletzung der vertraglichen Pflicht fällig (BGE 137 III 16, E. 2.3).

2 Klageschrift

[Briefkopf Anwaltskanzlei]

Einschreiben

Gericht XY

[Adresse]

0000 XY

[Ort], [Datum]

Klage

[Anrede]

In Sachen

[Vorname] [Name]

Klägerin

[Adresse], [Ort],

vertreten durch Rechtsanwältin [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

gegen

[Firma der Gesellschaft]

Beklagte

[Adresse], [Ort],

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

betreffend Forderung aus Arbeitsvertrag (Verletzung der Fürsorgepflicht)

stellt die Unterzeichnende namens und im Auftrag der Klägerin folgende

RECHTSBEGEHREN

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den bis zum 31. Dezember 2016 aufgelaufenen Schaden im Betrag von CHF, zuzüglich Schadenszins bis zum 31. Dezember 2016 von CHF sowie 5% Zins auf CHF ab 31. Dezember 2016 bis zum Urteilstag zu ersetzen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin eine Genugtuung von CHF 10'000 zu bezahlen.
3. Beim Rechtsbegehren 1 handelt es sich um eine Teilklage. Die Klägerin behält sich weitere Forderungen zu einem späteren Zeitpunkt vor.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt. von 8%) zulasten der Beklagten.

Bemerkung 1: Mit einer Teilklage lassen sich Prozesskosten reduzieren und das Verfahrens beschleunigen, indem man nur den liquiden Teil eines Anspruchs geltend macht (Botschaft ZPO, BBl 2006, 7288). Damit klar ist, dass auf weitere (Teil-) Forderungen nicht verzichtet wurde, ist ein Vorbehalt für weitere Ansprüche zu empfehlen (BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 86 ZPO N 8).

Bemerkung 2: Bis und mit einem eingeklagten Streitwert von CHF 30'000 wird das vereinfachte Verfahren durchgeführt (Art. 243 ZPO). Aufgrund von Art. 224 Abs. 1 ZPO kann auf eine Widerklage nur dann eingetreten werden, wenn diese die Streitwertgrenze nicht überschreitet (Art. 94 Abs. 1 ZPO). In einem solchen Fall muss das angerufene Gericht beide Klagen dem Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit überweisen (Art. 224 Abs. 2 ZPO).

BEGRÜNDUNG

I. Formelles

1. Die Unterzeichnende ist von der Klägerin gehörig bevollmächtigt.

BO: Vollmacht vom [Datum]

Beilage 1

2. Die Beklagte war Arbeitgeberin der Klägerin. Sie hat ihren Sitz in XY und dort hat die Klägerin auch ihre Arbeit verrichtet. Die gestellten Forderungen beruhen auf dem Arbeitsvertrag zwischen den Parteien vom 20. Dezember 2005. Somit ist die sachliche und örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gegeben (Art. 10 Abs. 1 lit. b sowie Art. 34 Abs. 1 ZPO).

BO: Auszug aus dem Handelsregister B. AG vom [Datum]

Beilage 2

BO: Arbeitsvertrag vom 20. Dezember 2005

Beilage 3

3. Am 15. Dezember 2016 hat die Schlichtungsverhandlung stattgefunden, die erfolglos verlief.

BO: Klagebewilligung vom [Datum]

Beilage 4

Bemerkung 3: Auch im vereinfachten Verfahren ist zwingend eine Schlichtungsverhandlung durchzuführen (Art. 198 ZPO). Darauf können die Parteien nur dann gemeinsam verzichten, wenn der Streitwert mindestens CHF 100'000 beträgt.

4. Der Klägerin erhebt mit ihrem Rechtsbegehren 1 eine Teilklage (Art. 86 ZPO). Sie behält sich vor, von der Beklagten zu einem späteren Zeitpunkt weiteren Schadenersatz wie Erwerbsschaden, Haushaltsschaden, weitere Kosten für Heilbehandlung sowie vorprozessuale Anwaltskosten (inkl. restliche Schadenszinsen) zu fordern.

Bemerkung 4: Zu den Schadenspositionen Erwerbsausfall, Haushaltsschaden und Anwaltskosten wird auf die Musterklagen zur Arzthaftung (§ 19) sowie zu Personenschäden bei Unfällen (§ 22) verwiesen (FISCHER WILLI, THEUS SIMONI FABIANA, GESSLER DIETER (Hrsg.): Kommentierte Musterklagen zum Vertrags- und zum Haftpflichtrecht, Band I, Zürich 2016).

II. Sachverhalt

1. Die Klägerin ist heute 53 Jahre alt. Sie kam vor gut zehn Jahren als bereits erfahrene Werbefachfrau aus einer anderen Werbeagentur zur Beklagten. Sie wurde schon fünf Monate nach Beginn ihres Arbeitsverhältnisses von der Beklagten zur Leiterin eines Teams von anfänglich sechs, später von bis zu 10 Personen befördert. Die Klägerin ist seit 25 Jahren verheiratet und wohnt mit ihrem Ehemann in XY.

BO: Arbeitsvertrag vom 20. Dezember 2005

Beilage 3

BO: Organigramme 2005, 08, 11 und 2014 der Beklagten B.

Beilage 4 a-d

BO: Pflichtenhefte der Klägerin 2006, 20012 Beilage 5

BO: Lebenslauf der Klägerin Beilage 6

BO: Klägerin Parteibefragung,
evtl. Beweisaus-
sage

2. Die Klägerin hat nach der Handelsmatura eine Ausbildung als Werbeassistentin erfolgreich abgeschlossen. Ihre fachlichen Kenntnisse sind laut ihren Arbeitszeugnissen und Mitarbeiterbeurteilungen unbestritten; sie erreichte über Jahre hinweg fast immer die höchste Qualifikation. Das Knowhow für die Leitungsfunktion musste sie sich «on the Job» erwerben. Erst vor gut drei Jahren erlaubte ihr die Beklagte, eine Führungsschulung zu besuchen, welche sie ebenfalls mit einem sehr guten Resultat abgeschlossen hat.

BO: Arbeitszeugnisse früherer Arbeitsstellen Beilage 6a-f

BO: Mitarbeiterbeurteilungen 2005 bis 20015 Beilage 8 a-l

BO: Zwischenzeugnis vom 5. Mai 2014 Beilage 9

BO: Zertifikat und Notenblatt MAS Führung im Werbemarkt Beilage 10

3. Drei Tage nach der Ablieferung eines Projektes an einen wichtigen Kunden erlitt die Klägerin am frühen Morgen des 6. August 2015 einen gesundheitlichen Zusammenbruch. Ihr Mann avisierte den Hausarzt, welcher die Klägerin ins Kantonsspital einwies. Dort wurde ein Hirnschlag diagnostiziert. In der Folge musste die Klägerin zudem wegen Depressionen behandelt werden. Die Analyse der Situation ergab, dass die jahrelange übermässige Belastung am Arbeitsplatz als Hauptursache für diese gesundheitliche Entwicklung gesehen werden muss.

BO: die nachfolgend genannten

BO: Klägerin Parteibefragung,
evtl. Beweisaus-
sage

4. Da sich die Klägerin in Absprache mit ihrer Psychotherapeutin nicht bei einem von der Beklagten vorgeschlagenen Case Management beteiligen wollte, kündigte diese das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin per 31. Dezember 2016.

BO: Schreiben der Klägerin an die HR-Verantwortlichen der Beklagten vom 16. September 2016
Beilage 11

BO: Kündigung vom 26. September 2016 Beilage 12

III. Medizinische Situation

1. Die Klägerin wurde von ihrem Hausarzt am 6. August 2015 in die Stroke-Unit des Kantonsspitals eingewiesen. Dank der raschen Reaktion des Ehemannes der Klägerin und dem unmittelbaren Spitaleintritt konnten aufgrund der Diagnose umgehend die nötigen medizinischen Massnahmen sowie bald darauf die stationäre Rehabilitation eingeleitet werden.

BO: Bericht des Kantonsspitals XY vom 6. Oktober 2015 Beilage 13

BO: Austrittsbericht Rehaklinik C. vom 14. Dezember 2015 Beilage 14

2. Die Klägerin leidet als Folge des Hirnschlages immer noch an Sprachfindungsstörungen, mangelnder Konzentrationsfähigkeit und rascher Ermüdbarkeit. Sie ist heute noch in logopädischer Behandlung.

BO: Ärztlicher Bericht von Dr. med. N. vom 12. Oktober 2016 Beilage 15

BO: Klägerin Parteibefragung,
evtl. Beweisaus-
sage

3. Im Lauf der neurologischen Behandlung wurde deutlich, dass die Klägerin an einer schweren Depression litt, welche höchstwahrscheinlich schon vor ihrem Hirnschlag ausgebrochen war, aber unbehandelt geblieben war. Die Klägerin musste während knapp zwei Monaten in der psychiatrischen Klinik L. hospitalisiert werden. Noch heute wird die Klägerin ambulant medikamentös und psychotherapeutisch behandelt. Auf Empfehlung der Psychotherapeutin besucht die Klägerin zudem seit Juni 2016 eine Craniosakral-Therapie.

BO: Fachärztlicher Bericht von Dr. med. D., Facharzt FMH Neurologie, vom 2. März 2016
Beilage 16

BO: Austrittsbericht der psychiatrischen Klinik L. vom 5. Mai 2016
Beilage 17

BO: Ärztlicher Bericht von Dr. med. S., Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie vom 21. November 2016
Beilage 18

BO: Rechnungen von Frau PQ(Craniosakal-Therapie)
Beilage 19 a-d

BO: Klägerin
Parteibefragung,
evtl. Beweisaussage

4. Die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin beträgt nach wie vor 100%. Aufgrund von neurologischen und neuropsychologischen Defiziten ist ausgeschlossen, dass sie ihre frühere Berufstätigkeit wiederaufnehmen kann. Für eine allfällige adaptierte, leidensangepasste Tätigkeit besteht bei der Klägerin aufgrund der somatischen Situation eine Arbeitsunfähigkeit von 50%.

BO: Fachärztlicher Bericht von Dr. med. D., Facharzt FMH Neurologie, vom 2. März 2016
Beilage 20

5. Eine Arbeitsunfähigkeit von 100% besteht derzeit auch aus psychiatrischer Sicht. Längerfristige Prognosen können zum heutigen Zeitpunkt nicht getroffen werden, da die Behandlung noch nicht abgeschlossen ist. Es ist gemäss fachärztlicher Beurteilung aber mit einer Behandlungsbedürftigkeit von mindestens zwei weiteren Jahren zu rechnen.

BO: Fachärztlicher Bericht von Dr. med. S., Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie vom 21. November 2016
Beilage 21

6. Die Klägerin ist seit 14. März 2016 bei der Invalidenversicherung angemeldet. Aufgrund der medizinischen Situation konnten noch keine beruflichen Massnahmen durchgeführt werden. Bisher wurden der Klägerin noch keine Leistungen zugesprochen.

BO: IV-Anmeldung vom 14. März 2016 (Kopie)
Beilage 22

BO: Klägerin
Parteibefragung,
evtl. Beweisaussage

IV. Haftung der Beklagten

1. Laut Art. 328 Abs. 2 OR hat der Arbeitgeber zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Massnahmen zu treffen, welche nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind, soweit es ihm mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung billigerweise zugemutet werden kann. Die Haftung für Schadenersatz und Genugtuung wegen Verletzung dieser Pflichten folgt den allgemeinen Regeln der Verschuldenshaftung (STREIFF/ VON KAENEL/ RUDOLPH, Art. 328 OR N 17a). Art und Umfang des Schadenersatzes sowie der Haftungsmassstab richten sich nach den allgemeinen Grundsätzen (Art. 97 ff. bzw. 42 ff. OR).

2. Die Klage der geschädigten Arbeitnehmerin richtet sich gegen die Arbeitgeberin, auch wenn sie nicht direkt Verursacherin der Persönlichkeitsverletzung bzw. Gesundheitsgefährdung ist (STREIFF/ VON KAENEL/ RUDOLPH, Art. 328 OR N 17, S. 557). Die Beklagte war Arbeitgeberin der Klägerin und haftet für die wirtschaftlichen Folgen der Verletzungen ihrer Fürsorgepflicht.

BO: Arbeitsvertrag vom 20. Dezember 2005
Beilage 3

V. Vertragsverletzung

a. Übermässige Belastung

1. Bei der Beklagten ist Personalmangel ein permanenter Zustand. Während des rund zehn Jahre dauernden Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien war dies regelmässig Thema an internen Sitzungen. Mehrere Mitarbeitende haben das Unternehmen wegen der chronischen Personalknappheit verlassen. Sie schenkten dem Argument des Wettbewerbsdruckes keinen Glauben mehr und sahen eher das ineffiziente Management als Ursache für die anscheinend zu hohe Kostenstruktur.

BO: Protokolle der Besprechungen Abteilung Marketing

Beilage 23
Von der Beklagten
zu edieren

BO: ehemalige Mitarbeitende L., M. und N. (Adressen)

als Zeugen

Bemerkung 5: Die hier und nachfolgend geschilderten Belastungsfaktoren (chronischer Personalmangel, angespanntes Arbeitsklima, überzogene Kontrollen, ständiger Druck) finden sich auch in den von PORTMANN/RUDOLPH erwähnten Gerichtsfällen in BSK, N 21d zu Art. 328 OR. Zudem gibt die Wegleitung zur Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz in Anhang zu Art. 2 ArGV 3 einen knappen Überblick über psychosoziale Risikofaktoren in der Arbeit und ihre Auswirkungen.

2. Das Arbeitspensum der Klägerin betrug bis zum 31. Dezember 2013 100%. Es waren aber regelmässig Arbeitstage von 9-10 Stunden und immer wieder Arbeit an Wochenenden erforderlich, um die Aufgaben nur einigermaßen erledigen zu können. Die effektiven Arbeitszeiten lagen also deutlich über dem vereinbarten Pensum von 42 Stunden pro Woche. Eine Erfassung der Arbeitszeit wird bei der Beklagten nicht durchgeführt, weil Vertrauensarbeitszeit gilt und die Arbeit auch ausserhalb des Büros ausgeführt wird. Aus der Leistungserfassung für die Projektabrechnungen lassen sich die erbrachten verrechenbaren Stunden der Klägerin eruieren; diese allein entsprechen im Durchschnitt etwa dem vereinbarten Arbeitspensum von 42 Stunden pro Woche. Nach der Beförderung zur Projektleiterin anfangs 2007 musste die Klägerin aber nochmals etwa 20% einer Vollzeitstelle für interne Sitzungen, Controlling, Berichte und Führungsaufgaben mit den Mitarbeitenden (wie Absprache der Abwesenheiten, Einsatzplanung, Koordination, MAB, Arbeitszeugnisse etc.) aufwenden.

BO: Erbrachte Stunden der Klägerin im Projekterfassungstool

Beilage 24

BO: Einträge von Terminen und Besprechungen aus der Agenda der Klägerin

Beilage 25

BO: Klägerin

Parteibefragung,
evtl. Beweisaussage

3. Die Klägerin litt zunehmend darunter, dass sie ihre Arbeit nicht in der Qualität ausführen konnte, die sie als nötig erachtete. Tatsächlich führten Nachbesserungen aufgrund von Kundenreklamationen zu einer noch grösseren Arbeitslast. Die Klägerin reduzierte aus gesundheitlichen Gründen ihr Pensum ab 2014 auf 80%, musste aber erneut hinnehmen, dass ihr Anspruch auf eine Ferienwoche verfiel, wie dies schon in den vorhergehenden Jahren der Fall war. Um nicht negativ aufzufallen, begründete sie den Reduktionswunsch mit dem Hinweis auf ihre demente Mutter. Diese lebte allerdings schon damals seit einigen Jahren in einem Pflegeheim, und mehr als die wöchentlichen Besuche der Klägerin waren nicht erforderlich.

BO: Reklamationen von Kunden Mai 2012 bis Juni 2013

Beilage 26

BO: Lohnabrechnungen Dez. 12/ Jan. 13 sowie Dez. 13/ Jan. 14 mit Feriensaldo

Beilage 27

BO: Antrag auf Pensumsreduktion an HR vom 7. Sept. 2013

Beilage 28

BO: Klägerin

Parteibefragung,
evtl. Beweisaussage

Bemerkung 6: Freiwillige Reduktionen des Arbeitspensums können ein Hinweis auf übermässige Belastungen am Arbeitsplatz sein. Eine eher unterschätzte Belastung für Mitarbeitende ist das sog. Moraldilemma, d.h. eine Situation, die den Mitarbeitenden über längere Zeit nicht erlaubt, die beruflichen Standards umzusetzen, welche sie in ihrer Ausbildung erlernt haben oder ihren Qualitätsansprüchen entsprechen (SECO, Stress Studie 2010: Stress

bei Schweizer Erwerbstätigen – Zusammenhänge zwischen Arbeitsbedingungen, Personenmerkmalen, Befinden und Gesundheit, Bern 2011, S. 43).

4. Eine zusätzliche Belastung kam für die Klägerin ab März 2014 zur ohnehin schon herausfordernden Arbeitssituation dazu: ihr bisheriger Vorgesetzter machte sich selbständig und verliess die Beklagte. Da die Klägerin damals schon gesundheitlich angeschlagen war, verzichtete sie darauf, sich um dessen Nachfolge zu bewerben. In der Folge wurde die Stelle mit einem externen jüngeren Bewerber, Herrn L., besetzt. Dieser stellte die Abteilung völlig auf den Kopf, ohne dass sich für die Mitarbeitenden die Belastungssituation verbesserte. Im Gegenteil: er führte das Projekt Futuro ein und verschärfte die Zielvorgaben aller Untergebenen, weil er offenbar von der Geschäftsleitung entsprechende Aufträge erhalten hatte. Mehrere Mitarbeitende kündigten in der Folge, so dass die verbleibenden Mitarbeitenden eine umso höhere Arbeitslast zu bewältigen hatten. Gerade zu dieser Zeit fiel die Assistentin der Klägerin wegen Schwangerschaft und Mutterschaft aus. Das Team der Klägerin musste ab Juli 2014 mit 4 Personen die Arbeitslast von früher 7 Personen bewältigen.

BO: PP-Präsentation Projekt Futuro

Beilage 29

BO: Zielvorgaben für die Jahre 2103-2015

Beilage 30

BO: Auflistung der Teamzusammensetzung 2013-2015

Beilage 31

5. Dem nicht genug kam dazu, dass der neue Vorgesetzte L. häufig gegenüber der Klägerin ausfällig wurde, sie übermässig kontrollierte, vor ihren Mitarbeitenden bloss stellte wegen ihrer grauen Haare. Mit Blick auf sie drohte er an einem Meeting, dass dem «freien Arbeitsmarkt zugeführt werde, wer den Anforderungen nicht gewachsen» sei, denn «in einer Küche könne nur arbeiten, wer die Hitze ertrage». Die Klägerin wandte sich daraufhin im Mai 2015 an die HR-Verantwortliche der Beklagten und bat um eine Aussprache, da sie dieses Klima nicht mehr ertrage. Nach etwa 2 Wochen beschied ihr die HR-Verantwortliche per Mail, dass L. eine solche Besprechung nicht nötig finde, denn er müsse seinen Führungsstil nicht vor ihr rechtfertigen.

BO: Mail der HR-Verantwortlichen vom 19. Mai 2015

Beilage 32

BO: Klägerin

Parteibefragung,
evtl. Beweisaussage

Bemerkung 7: Arbeitgebende verletzen ihre Fürsorgepflicht, wenn sie nicht versuchen, Konflikte abzubauen und Beschwerden von belasteten Arbeitnehmenden nicht nachgehen (STREIFF/ VON KAENEL/ RUDOLPH, Art. 328 OR N 17, S. 557). Mobbing wird vom Bundesgericht als systematisches, über längere Zeit andauerndes und ohne begründeten Anlass erfolgendes Ausgrenzen eines Gruppenmitgliedes durch die eigene Gruppe oder durch einzelne Gruppenmitglieder definiert (STREIFF/ VON KAENEL/ RUDOLPH, Art. 328 OR N 14 und 17 m.v.H.). Zeigen Vorgesetzte ein solches Verhalten, wird dies Bossing genannt.

Oft zu wenig beachtet wird, dass Persönlichkeitsverletzungen und gesundheitliche Gefährdungen auch ohne eigentliches Mobbing oder Bossing vorliegen können. Auch sog. Gratifikationskrisen wirken sich auf längere Dauer negativ auf die Gesundheit aus. Mit Gratifikationskrise wird eine Arbeitssituation bezeichnet, bei der einer hohen Verausgabung keine angemessene Belohnung (nicht nur monetär, sondern auch bezüglich Wertschätzung, Aufstiegsmöglichkeiten etc.) gegenübersteht (SIEGRIST JOHANNES, Arbeitswelt und stressbedingte Erkrankungen – Forschungsevidenz und präventive Massnahmen, München 2015, S. 35 ff.)

6. Zur Arbeitssituation in einer Werbeagentur gehört es, auf Kundenwünsche einzugehen, sozusagen «Unmögliches möglich zu machen», mehrere Bälle in der Luft zu halten und demzufolge die Arbeit immer wieder zu unterbrechen und laufend Prioritäten zu setzen. Eine hohe Arbeitsbelastung vor Abgabeterminen kann ebenfalls als tätigkeitsimmanent bezeichnet werden. Die Klägerin hat durch ihre langjährige erfolgreiche Berufstätigkeit in dieser Branche unter Beweis gestellt, dass sie diesen Anforderungen physisch und psychisch gewachsen war. Die äusserlichen Arbeitsbedingungen bei der Beklagten überstiegen aber das branchenübliche Mass, wie der Klägerin im Lauf ihrer Zusatzausbildung (oben II.2.) im Vergleich mit ihren Kolleginnen und Kollegen feststellen musste. In der Folge versuchte sie ab 2012 die Ursachen der Probleme anzusprechen und machte Vorschläge für klarere Zuständigkeiten, einfachere Abläufe und ein allgemein besseres Projektmanagement. Sie stiess bei ihrem damaligen Vorgesetzten sowie dem Geschäftsführer jedoch auf mehr oder weniger offene Ablehnung. Ihr Vorbringen wurden zur Kenntnis genommen - und dabei blieb es auch. Auch ein Gespräch mit der HR-Verantwortlichen verschaffte der Klägerin nicht das nötige Gehör. Die konstant übermässig hohe Arbeitsbelastung über mehrere Jahre und ohne Phasen von geringerer Arbeitsmenge in einem grundsätzlich schon anforderungsreichen Berufsfeld überstieg bei der Klägerin das branchenübliche Mass. Dass mehrmals Ferienansprüche verfallen, um das Tagesgeschäft zu bewältigen (oben Ziff. 3), ist ein Indiz für übermässige Arbeitslast. Ab März 2014 kamen bei der Klägerin zur hohen Arbeitslast die persönlichen Angriffe ihres Vorgesetzten und die offene Kündigungsandrohung dazu.

BO: Mail der Klägerin an P. vom 7. Juli 2013	Beilage 33
BO: HR-Verantwortliche C.	als Zeugin
BO: Gutachten	gerichtlich anzuordnen
<p>Bemerkung 8: Die Pflicht zur Vermeidung von Stressschäden ist auf Fälle nicht tätigkeitsimmanenter Überforderung begrenzt; eine tätigkeitsimmanente erhöhte Belastung müssen Arbeitnehmende hinnehmen (STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, Art. 328 N 2ff., N 7, 15f.; REHBINDER/STÖCKLI, BK OR Art. 328 N 5; BSK OR I-PORTMANN/ RUDOLPH, Art. 328 N 21e; OGer ZH LA150023 vom 13.11.2015, E.1).</p>	
<p>b. Erforderliche Massnahmen</p>	
<p>7. Aufgrund von Art. 328 OR und Art. 6 ArG haben Arbeitgebende die Pflicht, Massnahmen zum Schutz vor Persönlichkeitsverletzung und Gesundheitsschädigungen zu treffen und dafür zu sorgen, dass sich die Mitarbeitenden so verhalten, dass Gefahren vermieden werden. Es sind diejenigen Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind, soweit sie mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung den Arbeitgebenden billigerweise zugemutet werden können.</p>	
<p>8. Einem Unternehmen wie dem der Beklagten ist es zumutbar, die effektiven Arbeitszeiten zu erfassen, dafür zu sorgen, dass die vereinbarten Ferien effektiv bezogen werden. Es vermag den Aufgabenbereich der HR-Verantwortlichen so zu fassen, dass Massnahmen zum Schutz vor übermässigen Arbeitsbelastungen initiiert werden. Es spricht auch nichts dagegen, dem Personal eine Vertrauensperson oder Anlaufstelle für Konfliktfälle zur Verfügung zu stellen. Zudem kann bei Auswahl und Schulung von Führungskräften darauf geachtet werden, dass diese die Gesundheit der Mitarbeitenden nicht gefährden und sie auf Anzeichen von Problemen sensibilisiert sind (SECO, Wegleitung zur ArGV3, Anhang zu Art. 2 ArGV3).</p>	
<p>c. Unterlassen zumutbarer Massnahmen</p>	
<p>9. Eine Verletzung der Fürsorgepflicht liegt vor, wenn die konkret als nötig erachteten Schutzmassnahmen geeignet gewesen wären, allfällige aus der Belastung resultierende Gesundheitsstörungen aufzufangen (oben b.), diese Massnahmen für die Beklagte zumutbar gewesen wären, die Beklagte diese aber dennoch unterlassen hat (Obergericht ZH LA150023 vom 13.11.2015, E.3.3).</p>	
<p>10. Die Beklagte hat es unterlassen, folgende ihr zumutbare Massnahmen zu ergreifen:</p>	
<ul style="list-style-type: none"> – Erfassung der effektiv geleisteten Arbeitszeit; – Reduktion der tatsächlichen Arbeitszeiten sowie Gewährung der Ferien; – klare Regelung von Zuständigkeiten, Verantwortlichkeiten und Stellvertretungen; – zeitnahe Reaktion der HR-Abteilung nachdem sich die Klägerin über die Arbeitssituation beschwert hatte (vorstehend Ziff. 6); – Abklärung und Verbesserung von Arbeitsorganisation und Führungsstil nach der Meldung durch die Klägerin (vorstehend Ziff. 7); – wirksames Konfliktmanagement u.U. unter Beizug einer externen Fachperson; – zur Verfügungsstellung einer Vertrauensperson, bei der sich Mitarbeitende frühzeitig beraten können. 	
<p>BO: die vorgenannten</p>	
<p>VI. Verschulden</p>	
<p>1. Die Haftung aufgrund von Art. 97 ff. OR setzt die Verletzung einer vertraglichen oder gesetzlichen Pflicht voraus. Die Arbeitgeberhaftung ist eine Verschuldenshaftung. Das Verschulden kann auch in einem Organisationsmangel des Betriebs liegen (PORTMANN/ RUDOLPH, BSK, N 53 zu Art. 328 OR; BGer vom 17.10.2005, 4C.24/2005, E.7).</p>	

<p>Ein Verhalten ist sorgfaltswidrig, wenn die verantwortliche Person aufgrund der Umstände sowie ihrer Kenntnisse und Fähigkeiten die durch ihr Fehlverhalten bewirkte Gefährdung der Rechtsgüter des Opfers hätte erkennen können (PORTMANN, Stresshaftung im Arbeitsverhältnis, ARV 2008 S. 7 ff).</p>	<p>2. Die Klägerin machte schon ihren früheren Vorgesetzten P. auf die mangelnden Personal-Ressourcen in ihren Projekten und auf ihre persönliche Überbelastung aufmerksam. In ihrem Mail vom 7. Juli 2013 erwähnte sie Schlafstörungen und Herzprobleme und meldete ihm, dass sie wegen eines dringenden Projektes ihre Ferien vom Vorjahr nicht beziehen konnte und diese nun gemäss den internen Regelungen verfallen seien, was sie sehr frustrierte. Sie erwähnte, dass keine Balance zwischen ihrem Einsatz und der Wertschätzung seitens der Firma bestehe. Sie brauche nicht mehr Lohn; wichtiger seien für sie bessere Arbeitsbedingungen. Auch ihren Mitarbeitenden gegenüber fühle sie sich verpflichtet, auf eine Verbesserung der Situation hinzuwirken. Darauf hat ihr der Vorgesetzte P. nur knapp geantwortet, er schaue, was er tun könne. Geändert hat sich damals aber nichts an der Situation.</p> <p>BO: Mail der Klägerin an P. vom 7. Juli 2013 Beilage 33</p> <p>BO: Mail von P. an die Klägerin vom 15. Juli 2013 Beilage 34</p> <p>BO: Klägerin Parteibefragung, evtl. Beweisaussage</p>
<p>3. Der Wunsch nach Reduktion des Arbeitspensums und vermehrte Absenzen der Klägerin trotz geringerem Pensum, waren Hinweise auf eine anhaltende gesundheitlich belastende Situation. Auch die hohe Fluktuation beim übrigen Personal machte für die Beklagte erkennbar, dass die Belastungen übermässig waren. Diese Situation wurde verschiedentlich in Meetings angesprochen, welche jedoch ab 2014 nicht mehr protokolliert wurden. Werden erforderliche Stellen nicht besetzt ist offensichtlich, dass die verbleibenden Mitarbeitenden eine noch höhere Arbeitsbelastung zu tragen haben.</p> <p>BO: ehemalige Mitarbeiterin T. (Adresse) als Zeugin</p> <p>BO: Zeugnisse betr. Krankheitsabsenzen der Klägerin Beilagen 35</p> <p>BO: Klägerin Parteibefragung, evtl. Beweisaussage</p>	<p>4. Offiziell hatte die Klägerin ihr Pensum auf anfangs 2014 auf 80% reduziert. Dennoch war sie nach wie vor täglich im Büro anzutreffen oder beantwortete auch oft Mails von auswärts, ja gar während ihren Ferien. Dies hätte ihrem Vorgesetzten auffallen müssen. Die Bemerkung der Klägerin auf dem MAB-Formular vom 19. Dezember 2014 zu ihren Wünschen fürs neue Jahr «Endlich die Arbeitszeit einhalten können» war ein deutlicher Hinweis auf eine zu hohe Arbeitsbelastung.</p> <p>BO: ehemalige Mitarbeiterin T. (Adresse) als Zeugin</p> <p>BO: MAB vom 19.12.2014 Beilage 36</p>
<p>5. Unter dem neuen Vorgesetzten war es für die Klägerin nicht mehr zumutbar, ihre gesundheitliche Situation anzusprechen, ohne gleich die Kündigung zu riskieren (vgl. oben V. Ziff. 6). Ihr zunehmender Zynismus und ihre fatalistischen Bemerkungen hätten aber erkennen lassen, dass die Klägerin mit psychischen Problemen kämpfte, war sie doch zuvor als motivierte, humorvolle und von den Mitarbeitenden als warmherzig Kollegin geschätzt worden. Auch ohne medizinische Kenntnisse hätte eine solche Wesensveränderung auffallen müssen und zu Abklärungen führen müssen.</p> <p>BO: ehemalige Mitarbeiterin T. (Adresse) als Zeugin</p> <p>Bemerkung 9: Über Verlauf und Symptome eines sich abzeichnenden Burnouts informieren z.B. BURISCH MATHIAS, Das Burnout-Syndrom, Theorie der Erschöpfung, Fallbeispiele, Hilfe zur Selbsthilfe, 6. A., Berlin 2014; LITZCKE SVEN, SCHUH HORST, PLETKE MATTHIAS, Stress, Mobbing und Burn-out am Arbeitsplatz, Umgang mit Leistungsdruck, Belastungen im Beruf meistern, mit Fragebogen, Checklisten, Übungen, 6. A., Berlin 2013 oder https://burnout-info.ch.</p>	

VII. Kausalzusammenhang

1. Eine Haftung für Gesundheitsbeeinträchtigungen bei Arbeitnehmenden setzt das Vorliegen eines natürlichen sowie eines adäquaten Kausalzusammenhangs voraus. Dabei ist der natürliche Kausalzusammenhang gegeben, wenn die Unterlassung von Schutzmassnahmen nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg (Erkrankung) entfiel; das sorgfaltswidrige Verhalten somit eine «conditio sine qua non» für den Schaden darstellt (BGE 133 III 462, E. 4.4.2). Bei der natürlichen Kausalität ist lediglich nachzuweisen, dass der dargestellte Kausalzusammenhang mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vorhanden ist (BGE 132 III 715, E. 3.2). Danach gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (BGE 133 III 81 E. 4.2.2, S. 89). Diese Beweiserleichterung gilt insbesondere in Fällen wie dem vorliegenden, bei dem ein hypothetischer Verlauf zu beurteilen ist (BGer 4A_48/2010 vom 9. Juli 2010, E. 7.1).
2. Der adäquate Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn ein Ereignis nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolgs also durch das Ereignis als allgemein begünstigt erscheint (BGE 123 III 110, E. 3a). Aufgrund der heutigen medizinischen Erkenntnisse ist allgemein bekannt, dass Stress im Sinne der bundesgerichtlichen Adäquanzformel geeignet ist, gesundheitliche Schädigungen herbeizuführen (PORTMANN, Stresshaftung, S. 9). Grundsätzlich unterscheidet die Rechtsprechung auch bei Unterlassungen zwischen natürlichem und adäquatem Kausalzusammenhang. Bei einem hypothetischen Kausalverlauf infolge Unterlassung fliesst jedoch die nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge überwiegende Wahrscheinlichkeit bereits in die Beurteilung eines natürlichen Kausalzusammenhanges ein. Es ist daher bei Unterlassungen in der Regel nicht sinnvoll, den festgestellten oder angenommenen hypothetischen Geschehensablauf auch noch auf seine Adäquanz zu prüfen (BGE 132 III 305, E. 3.5).
3. Mitursachen wie die konstitutionelle Prädisposition der geschädigten Person vermögen den adäquaten Kausalzusammenhang in der Regel nicht zu unterbrechen (BGE 123 III 110 E. 3c; BGE 113 II 86 E. 1b; Urteil des Bundesgerichts 4A_275/2013 E.5).
4. Wie oben dargelegt, ist die Klägerin eine langjährige Mitarbeiterin. Sie hat eine hohe Arbeitslast und schwierige Arbeitsbedingungen über lange Zeit ertragen. Sie verfügt demnach über eine gute Konstitution. Es sind in ihrem privaten Umfeld keine negativen Belastungen auszumachen. Die Beklagte hat hingegen genügende Schutzmassnahmen unterlassen, obwohl sie die übermässige Belastung der Klägerin kannte oder hätte erkennen können. Mit Aufstockung des Personalbestandes, klaren Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten, mit einer gesetzeskonformen Arbeitszeiterfassung, mit wirksamem Konfliktmanagement und dem Angebot einer unabhängigen Vertrauensstelle wäre die Klägerin nicht erkrankt. Es liegen keine Faktoren vor, welche den Kausalzusammenhang unterbrochen hätten.

BO: Gutachten

gerichtlich
anzuordnen

VIII. Schaden

1. Art. 46 OR bestimmt, dass der am Körper verletzte Geschädigte Kostenersatz beanspruchen kann. Wie eingangs dargelegt, fordert die Klägerin mit der vorliegenden Teilklage lediglich den bis zum 31.12.2016 aufgelaufenen Schaden für Heilungskosten und behält sich die Geltendmachung weiterer Schadenspositionen ausdrücklich vor.

Bemerkung 10: Der Gläubiger hat die Entstehung und die Höhe des Schadens nachzuweisen. Lässt sich der Nachweis auch unter Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 2 und Art. 46 Abs. 2 OR nicht erbringen, besteht die Möglichkeit auf eine Feststellung der grundsätzlichen Haftpflicht zu klagen und mit der eigentlichen Leistungsklage zuzuwarten, bis der Schaden beweisbar wird (HaftpflichtKomm-Giger, Art. 97 OR N 46)

2. Es kann nur der Teil des Schadens geltend gemacht werden, der nicht bereits durch andere Verantwortliche ersetzt worden ist (BGE 127 III 453 E. 8). Die Kosten für die medizinische Behandlung und Rehabilitation sind weitgehend von der Krankenversicherung der Klägerin übernommen worden. Als Direktschaden werden Franchise und Selbstbehalte ab dem 6. August 2015 geltend gemacht.

BO: Abrechnungen der Krankenkasse J. für 2015, 2016, 2017

Beilagen 37

3. Ausserdem macht die Klägerin Kosten für Heilbehandlungen geltend, welche nicht als Pflichtleistungen von der Krankenversicherung zu übernehmen sind. Es ist dies die Cranio-Sakraltherapie.

BO: Rechnungen für Cranio-Sakraltherapie

Beilagen 38

Bemerkung 11: Als haftpflichtrechtlicher Schaden können im Sinne der Differenztheorie Heilungskosten geltend gemacht werden, welche nicht Pflichtleistungen nach KVG sind (Art. 46 Abs. 1 OR).

4. Weitere Schadenspositionen werden ausdrücklich vorbehalten.

IX. Umfang des Schadenersatzes

1. Nach Art. 43 Abs. 1 OR bestimmt der Richter Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden unter Würdigung der Umstände und der Grösse des Verschuldens. Hat der Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt, oder haben Umstände, für die er einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt oder die Stellung des Ersatzpflichtigen sonst erschwert, so kann der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden (Art. 44 OR). Als Reduktionsgründe kommen in Betracht: einerseits Umstände, die den Schädiger betreffen wie leichtes Verschulden (Art. 43 Abs. 1 OR) und andererseits Umstände, für die der Geschädigte einzustehen hat, wie Selbstverschulden oder Einwilligung (Art. 44 Abs. 1 OR).
2. Eine vorbestehende Gesundheitsschädigung, die sich auch ohne das schädigende Ereignis bzw. ohne das Fehlverhalten des Haftpflichtigen ausgewirkt hätte, ist bei der Schadensberechnung gemäss Art. 42 OR zu berücksichtigen; dem Haftpflichtigen ist nur der tatsächlich auf das Verhalten zurückzuführende Schaden zurechenbar, für das er haftet. Daher sind die vermögensrechtlichen Folgen vorbestehender Schwächen der Geschädigten, die sich mit Sicherheit oder doch mit hoher Wahrscheinlichkeit auch ohne das schädigende Ereignis (z.B. in einer verkürzten Lebens- oder Aktivitätsdauer) ausgewirkt hätten, von der Schadensberechnung anteilmässig auszuschneiden. Wäre der Schaden dagegen ohne das schädigende Verhalten voraussichtlich überhaupt nicht eingetreten, so bleibt der Haftpflichtige dafür auch dann voll verantwortlich, wenn der krankhafte Vorzustand den Eintritt des Schadens begünstigt oder dessen Ausmass vergrössert hat. Dem Anteil der Prädisposition kann in diesem Fall im Rahmen von Art. 44 OR Rechnung getragen werden (BGE 131 III 12, E.4).
3. Die Klägerin anerkennt, dass sie insofern an der Entstehung des Schadens einen kleinen Anteil hat, als sie lange zugewartet hat, bis sie sich explizit über die Arbeitslast und die Arbeitsbedingungen beschwert hat. Wie das Verhalten der Beklagten später gezeigt hat (oben V. Ziff. 4 ff.), hatte die Klägerin die Situation allerdings richtig eingeschätzt, denn nach ihrer Beschwerde hat sich die Situation nicht gebessert, sondern verschlechtert. Die Klägerin hat sich im Gegenteil bemüht, ihrer Gesundheit Sorge zu tragen, indem sie ihr Arbeitspensums mit einer entsprechenden Lohneinbusse reduziert hat. Eine konstitutionelle Prädisposition liegt bei der Klägerin ebenfalls nicht vor. Sie war bis 2013 trotz anspruchsvoller Arbeitssituation gesund und betätigte sich in der Freizeit sportlich. Ihr persönliches Umfeld ist intakt. Allfällige mitwirkenden Ursachen an der Entstehung des Gesundheitsschadens sind – wenn überhaupt – in unbedeutendem Mass beteiligt. Die Klägerin ist dennoch bereit, einen Anteil von 10% zu übernehmen.

BO: sämtliche vorgenannten

Bemerkung 12: Die Anerkennung einer Haftungsquote wäre aufgrund des geschilderten Sachverhaltes nicht nötig. Sie wird hier allein aus prozesstaktischen Gründen vorgeschlagen, mit der Absicht, dieses Beweisthema zum persönlichen Schutz der Klägerin «klein» zu halten. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die Beklagte das ganze Privatleben der Klägerin zum Prozessthema macht (siehe auch oben Bemerkungen 1 und 2).

X. Schadenszins

1. Auf jedem Schadenersatzbetrag, welcher vor dem Rechnungstag fällig geworden ist, ist eine Verzinsung von 5% p.a. seit dem Schadenentstehungstag vorzunehmen (BGE 122 III 53 E. 4.c).

XI. Genugtuung

1. Bei Verletzung der Persönlichkeit besteht Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und dies nicht anders wiedergutmacht worden ist (Art. 49 Abs. 1 OR). Zur Beurteilung des seelischen Schmerzes ist auf einen Durchschnittsmassstab abzustellen, da nicht jeder Mensch gleich empfindet (BGE 120 II 97 E. 2b; BGer 8C_539/2015 vom 13.11.2015, E. 2.2).
2. Die Klägerin ist seit dem 6. August 2015 gesundheitlich schwer beeinträchtigt und musste sich zahlreichen Spitalaufenthalten und Therapien unterziehen. Sie wird voraussichtlich dauernd körperlich und psychisch beeinträchtigt bleiben. Sie leidet unter neurologischen und neuropsychologischen Defiziten, welche auch das Privatleben stark beeinträchtigen. An Sport (Bergsteigen und Kajakfahren) ist wegen körperlichen Defiziten und Gleich-

gewichtproblemen nicht mehr zu denken. Die Klägerin wird dauernd nicht in der Lage sein, die früheren Hausarbeiten wie Einkaufen, Wäsche aufhängen und Bügeln zu besorgen. Aufgrund der psychischen Situation haben sich viele Freunde und Bekannte zurückgezogen. Ohne die Unterstützung ihres Mannes wäre die Klägerin auf fremde Hilfe angewiesen und lebte sozial isoliert.

BO: Fachärztlicher Bericht von Dr. med. D., Facharzt FMH Neurologie, vom 2. März 2016

Beilage 20

BO: Fachärztlicher Bericht von Dr. med. S., Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie vom 21. November 2016

Beilage 21

3. Eine Genugtuung im beantragten Umfang (einschliesslich des Zinses) entspricht der Gerichtspraxis (STREIFF/ VON KAENEL/ RUDOLPH, Art. 328 OR N 16, S. 552; PORTMANN WOLFGANG, Genugtuungsbegründende Persönlichkeitsverletzungen im Arbeitsverhältnis - Konkretisierung nach Tatbeständen, Zurechnungsgründen und Rechtsgrundlagen, recht 2010 S. 1.15).

XII. Zusammenfassung

1. Der bis zum 31. Dezember 2016 aufgelaufene Schaden von CHF im Rahmen der vorliegenden Teilklage von der Beklagten zu ersetzen. Zusätzlich ist ein Zins von 5% seit dem Rechnungstag bis zum Urteilstag auf dem Betrag von CHF ... geschuldet.
2. Die Voraussetzungen zur Zusprechung einer Genugtuung von CHF 10'000 liegen vor.
3. Bei diesem Ausgang hat die Beklagte für die Gerichtskosten aufzukommen und der Klägerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Abschliessend wird höflich um Gutheissung der gestellten Anträge ersucht.

Mit freundlichen Grüssen

[Unterschrift des Rechtsanwaltes der Klägerin]

[Name des Rechtsanwaltes der Klägerin]

zweifach

Beilagen: Gemäss separatem Beweismittelverzeichnis

3 Ergänzende Hinweise

Zusätzlich zur Literatur, welche in der Rechtsschrift oder in den Bemerkungen genannt wurde, sei hier verwiesen auf folgende Publikationen:

STEIGER-SACKMANN SABINE, Grundlagen und Tücken von Stresshaftungsklagen, in: AJP 6/2017

STEIGER-SACKMANN SABINE, Krankmachende Arbeitsbedingungen – ein unterschätztes Haftungsrisiko? in: Böhme Anna (u.a. Hrsg.), Ohne jegliche Haftung, Festschrift Willi Fischer, Zürich 2016, S. 485 ff.

STEIGER-SACKMANN SABINE, Schutz vor psychische Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz; Rechtliche Möglichkeiten zur Verbesserung der Prävention, Zürich 2013, Rz. 770 f.

Alle diese Texte sind bei Swisslex und die beiden letzten unter <https://digitalcollection.zhaw.ch> online verfügbar.

Die Autorin dankt für Rückmeldungen und Verbesserungsvorschläge zum Klagemuster, und sie ist interessiert an Erfahrungsberichten zu Stresshaftungsklagen (bitte per Mail an: stsa@zhaw.ch).

- 102 Vertrags- und Lohnverhandlungen 2013/2014. Eine Übersicht aus dem Bereich der SGB-Gewerkschaften. April 2014. *Négociations conventionnelles et salariales 2013/2014. un aperçu des secteurs couverts par les syndicats de l'USS. Avril 2014.*
- 103 Ein starker Service Public – damit die Schweiz funktioniert. Reden der Tagung vom 27.2.2014. April 2014. *Des services publics forts pour une Suisse qui fonctionne ! Les interventions de la journée du 27.2.2014. Avril 2014.*
- 104 Was für die Lohngleichheit zu tun ist. Eine Analyse der Lohnunterschiede zwischen den Geschlechtern und der politischen Gegenmassnahmen. April 2014. *Que faire pour instaurer l'égalité de salaire entre les sexes ? Analyse des différences de salaire entre les femmes et les hommes et contre-mesures politiques. Juin 2014.*
- 105 Zur Mitgliederentwicklung der Gewerkschaften im Jahr 2013. Sept. 2014. *Évolution des effectifs des syndicats en 2013. Sept. 2014*
- 106 55. SGB-Kongress vom 23.-24. Oktober 2014. Positionspapiere und Resolutionen. November 2014. *55e Congrès de l'USS des 23 et 24 octobre 2014. Textes d'orientation et résolutions. Novembre 2014.*
- 107 SGB-Verteilungsbericht. Eine Analyse der Lohn-, Einkommens- und Vermögensverteilung in der Schweiz. Januar 2015, *avec résumé en français.*
- 108 Höhere Prämienverbilligungen gegen die Krankenkassen-Prämienlast. Eine Analyse der durchschnittlichen Prämienlast in der Schweiz und Vorschläge für den Ausbau der Prämienverbilligungen. Januar 2015, *avec résumé en français.*
- 109 *Un projet européen disputé. Les débats de politique européenne des syndicats depuis les années 70. Mars 2015.* Existiert nur auf Französisch.
- 110 Vertrags- und Lohn-Verhandlungen 2014/15. Mai 2015. *Négociations contractuelles et salariales 2014/15. Mai 2015.*
- 111 Fragwürdige Spar- und Steuerpolitik in den Kantonen. Eine ökonomische Analyse. Juni 2015. *Une politique cantonale d'austérité et fiscale contestable. Analyse économique. Août 2015*
- 112 Zur Mitgliederentwicklung der Gewerkschaften im Jahr 2014. Okt. 2015. *Évolution des effectifs des syndicats en 2014. Octobre 2015.*
- 113 Mehr Stellensuchende wegen Leistungsabbau bei den Sozialversicherungen. Dezember 2015. *Davantage de demandeurs et demandeuses d'emploi à cause du démantèlement des prestations des assurances sociales. Janvier 2016.*
- 114 Fragwürdige Spar- und Steuerpolitik in den Kantonen. Januar 2016. Eine ökonomische Analyse. *Une politique cantonale d'austérité et fiscale contestable. Analyse économique. Janvier 2016.*
- 115 Vertrags- und Lohnverhandlungen 2015/2016. März 2016. *Négociations conventionnelles et salariales 2015/2016. Mars 2016.*
- 116 Lohnkontrollen – ein Reader. Juni 2016. *25 ans après la Grève des femmes – Les contrôles des salaires. Juin 2016.*
- 117 SGB-Verteilungsbericht 2016. Eine Analyse der Lohn-, Einkommens- und Vermögensverteilung in der Schweiz. Juli 2016. *Rapport 2016 de l'USS sur la répartition des salaires, des revenus et de la fortune en Suisse. Octobre 2016.*
- 118 Zur Mitgliederentwicklung der Gewerkschaften im Jahr 2015. Sept. 2016. *Évolution des effectifs des syndicats en 2015. Octobre 2016.*
- 119 USR III kostet jeden Haushalt mindestens 1000 Franken pro Jahr. Januar 2017, *avec résumé en français.*
- 120 SGB- Juristen-Tagung 2015: Zwischen Strassburg und Genf: Die Bedeutung des Völkerrechts für das Arbeitsrecht. März 2017
- 121 Vertrags- und Lohnverhandlungen 2016/2017. März 2017. *Négociations conventionnelles et salariales 2016/2017. Mars 2017.*
- 122 Zutritts- und Informationsrechte für Gewerkschaften im Betrieb. Juni 2017. *Les droits d'accès à l'entreprise et à l'information des syndicats. Juin 2017*
- 123 Zur Mitgliederentwicklung der Gewerkschaften im Jahr 2016. Sept. 2017. *Évolution des effectifs des syndicats en 2016. Sept. 2017.*
- 124 *Augmentation du niveau de formation des travailleuses et travailleurs : analyse et revendications syndicales. Sept. 2017.* Mit einer Zusammenfassung auf Deutsch.
- 125 Digitalisierung muss den Berufstätigen nützen: Analyse und Handlungsbedarf. Oktober 2017. *La numérisation doit servir aux salarié(e)s : analyse et mesures requises. Octobre 2017.*
- 126 Die ILO – Bedeutung für Gewerkschaften in der Schweiz. Februar 2018. *Importance de l'OIT pour les syndicats de Suisse. Février 2018.*
- 127 Über den Tellerand. Ein gewerkschaftlicher Blick auf Europa, April 2018.
- 128 Unsere Zeit ist mehr wert! 13. SGB-Frauenkongress vom 19. und 20. Januar 2018. Oktober 2018 *Notre temps vaut plus que ça ! 13^e Congrès des femmes de l'USS des 19 et 20 janvier 2018. Octobre 2018*
- 129 Vertrags- und Lohnverhandlungen 2017/2018. Eine Übersicht aus dem Bereich der SGB-Gewerkschaften. Juni 2018. *Négociations conventionnelles et salariales 2017/2018. Un aperçu des secteurs couverts par les syndicats de l'USS. Juin 2018*
- 130 Verteilungsbericht 2018. Die Verteilung der Löhne, Einkommen und Vermögen sowie die Belastung durch Steuern und Abgaben in der Schweiz. Oktober 2018
- 131 Analyse der Kantonsfinanzen. Budget 2019/AFP 2020-2022. November 2018. *Analyse des finances cantonales. Budget 2019/PFN 2020-2022. Novembre 2018*
- 132 Zur Mitgliederentwicklung der Gewerkschaften im Jahr 2017. Dezember 2018. *Évolution des effectifs des syndicats en 2017. Décembre 2018*
- 133 Temporärarbeit in der Schweiz. Juni 2019. *Le travail temporaire en Suisse. Juin 2019.*
- 134 Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz in Gesamtarbeitsverträgen. Juli 2019, *avec résumé en français.*
- 135 Zur Mitgliederentwicklung der Gewerkschaften im Jahr 2018. Oktober 2018. *Évolution des effectifs des syndicats en 2018. Octobre 2019*
- 136 Analyse der Kantonsfinanzen. *Analyse des finances cantonales. Budget 2020 / AFP/PFN 2021-2023. November 2019/novembre 2019*
- 137 Spuren der Entsolidarisierung: Analyse und Handlungsbedarf. *Avec une version courte en français.* Januar 2020/janvier 2020
- 138 SGB-Kongress vom 30.11. & 1.12.2018: Positionspapiere und Resolutionen. *Congrès de l'USS du 30.-1.12.2018: Textes d'orientation et résolutions* Februar 2020/février 2020
- 139 Essenziell. Der Service public in der Corona-Krise – Bilanz und Ausblick. *Simplement essentiel é le service public dans la crise. Bilan et perspectives* Juni 2020/juin 2020
- 140 Verteilungsbericht 2020. Die Verteilung der Löhne, Einkommen und Vermögen sowie die Belastung durch Steuern und Abgaben in der Schweiz. *Avec une introduction française* Juli 2020/juillet 2020
- 141 Die Medienumfrage 2020. Eine Analyse der Arbeitsbedingungen und Löhne von über 1000 Medienschaffenden in der Schweiz. *Enquête 2020 sur le médias. Analyse des conditions de travail et des salaires de plus de 1000 journalistes en Suisse* Juli 2020/juillet 2020
- 142 Zur Mitgliederentwicklung der Gewerkschaften im Jahr 2019. *Évolution des effectifs des syndicats en 2019* September 2020/septembre 2020
- 143 Zwiespalt Homeoffice. Analyse, Good Practice und Forderungen samt Mustervertrag. *L'ambivalence du télétravail. Analyses, bonnes pratiques, revendications et conventions-type.* Oktober 2020/octobre 2020