

go4women 2021

Nous sélectionnons des sujets pour vous les présenter

## Résilier un contrat de travail

**Cyrine Zeder, membre de la direction d'AM Suisse, a abordé des situations délicates qui se manifestent lors de la résiliation d'un rapport de travail dans le cadre de l'atelier « La liberté de résiliation dans le cadre des rapports de travail et ses restrictions ».**

En principe, les deux parties – l'employeur et l'employé – peuvent résilier un contrat de travail en respectant les préavis légaux et les dispositions légales de protection contre les licenciements. La résiliation doit être claire et sans équivoque, même si le mot « résiliation » peut être remplacé par d'autres termes. Sauf accord contraire, la résiliation peut également être signifiée oralement, par e-mail ou par SMS. Les échéances et les préavis de résiliation sont fixés par la loi et repris dans la CCNT.

### Liberté de résiliation et motifs de résiliation

La liberté de résiliation réciproque est un pilier de l'ordre de travail libéral qui prévaut en Suisse. Elle exige qu'un licenciement puisse également être prononcé même s'il n'est pas nécessaire pour l'entreprise sur le plan opérationnel. La liberté de résiliation est limitée par la protection temporelle et matérielle contre les licenciements. Un licenciement abusif ou un licenciement immédiat injustifié entraîne toutefois également la cessation du rapport de travail.

Il n'est pas nécessaire d'indiquer de motif de résiliation pour que celle-ci soit valable, bien que la personne licenciée puisse l'exiger en vertu de l'art. 335, al. 2 CO. Quoi qu'il en soit, le motif doit être véridique, complet et correct.

Recommandation importante: le licenciement doit toujours être empreint d'humanité. En d'autres termes, il doit être bien préparé (par exemple en ce qui concerne les heures supplémentaires ou le solde de vacances) et il doit se dérouler dans une atmosphère détendue. Il doit par exemple être prononcé en fin de journée plutôt que tôt le

matin. Attention: si un supérieur masculin signifie par exemple son licenciement à une collaboratrice, il est conseillé de demander à une autre femme d'être présente en qualité de témoin ou de laisser la porte du bureau ouverte. Cette approche permet d'éviter un acte de vengeance tel que l'accusation de harcèlement sexuel.

### Protection matérielle contre les licenciements

La loi (art. 336 CO) énumère les abus, mais cette liste ne saurait être exhaustive. Le licenciement en raison de caractéristiques personnelles (sexe, famille, orientation sexuelle, origine, religion), de l'exercice d'un droit constitutionnel ou de l'appartenance à un parti, ou encore en cas de service militaire ou de protection civile ou d'exercice d'une obligation légale non volontaire, telle que les sapeurs-pompiers ou le comptage de voix lors d'élection en font partie. Un licenciement ne doit pas non plus être prononcé pour contrecarrer des prétentions à une prime ou à une gratification, ni par vengeance. La protection matérielle contre les licenciements est une législation contre les abus sans protection des droits acquis. En d'autres termes, elle ne peut pas annuler un licenciement abusif, mais elle peut éventuellement avoir des conséquences en matière de dédommagement. La partie qui a été licenciée doit prouver que le licenciement est abusif et elle a droit à une justification correcte et complète. Le juge considérera que la preuve du caractère abusif est apportée si des indices le rendent très vraisemblable. Il examinera et fixera un montant d'indemnisation qui tient compte de toutes les circonstances et s'élèvera au maximum à six mois de salaire. Cette indemnisation ne constitue ni des dommages-intérêts, ni une répara-



go4women 2021 / Wir berichten über ausgewählte Themen

# Ein Arbeitsverhältnis beenden

**Cyrine Zeder, Mitglied der Geschäftsleitung AM Suisse, behandelte im Workshop «Kündigungsfreiheit im Arbeitsverhältnis und deren Einschränkungen» herausfordernde Situationen bei der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses.**

Grundsätzlich dürfen beide Parteien – Arbeitgeber und Arbeitnehmer – unter Beachtung der gesetzlichen Fristen und des Kündigungsschutzes ein Arbeitsverhältnis kündigen. Die Kündigung muss klar und unmissverständlich sein, auch wenn das Wort «Kündigung» durch andere Begriffe ersetzt werden kann. Sofern nicht anders vereinbart, kann die Kündigung auch mündlich, per E-Mail oder SMS erfolgen. Die Kündigungsfristen und -termine werden vom Gesetz festgelegt und sind im LGAV übernommen worden.

**Kündigungsfreiheit und Beendigungsgründe**

Die gegenseitige Kündigungsfreiheit ist ein Pfeiler der liberalen Arbeitsordnung der Schweiz. Sie verlangt, dass eine Kündigung auch ohne betriebliche Notwendigkeit ausgesprochen werden kann. Die Kündigungsfreiheit wird durch den zeitlichen und sachlichen Kündigungsschutz begrenzt. Allerdings: Auch eine missbräuchliche Kündigung oder eine fristlose ungerechtfertigte Auflösung führt zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Ein Kündigungsgrund muss für die Wirksamkeit nicht angegeben wer-

den, gemäss Art. 335 Abs. 2 OR kann der oder die Gekündigte dies aber verlangen. In jedem Fall muss die Begründung wahr, vollständig und korrekt sein.

Eine wichtige Empfehlung: Die Kündigung soll immer menschlich erfolgen. Das heisst, dass sie gut vorbereitet sein muss – zum Beispiel bezüglich Überzeit oder Ferienguthaben –, sie soll in entspannter Atmosphäre erfolgen – Stichwort: zuerst Dampf rauslassen – und sie soll zum Beispiel nicht am frühen Morgen, sondern gegen Feierabend ausgesprochen werden. Achtung: Spricht zum Beispiel ein männlicher Vorgesetzter einer weiblichen Mitarbeiterin die Kündigung aus, lohnt es sich, eine weibliche Person als Zeugin dabei zu haben, oder auch die Bürotür offenzulassen. Ein Racheakt, wie zum Beispiel der Vorwurf der sexuellen Belästigung, kann so vermieden werden.

**Sachlicher Kündigungsschutz**

Das Gesetz (Art. 336 OR) führt Missbrauchsbestände auf, die jedoch nie abschliessend sein können. Dazu gehört zum Beispiel die Kündigung wegen persönlicher Eigenschaften (Geschlecht, Familie, sexuelle Aus-

tion, ni un salaire, mais sert à réparer le préjudice au sens d'une sorte de peine conventionnelle.

### Protection temporaire contre les licenciements

Le délai de protection prévu par le droit du travail représente une interdiction de résilier un contrat de travail à certains moments. Si le motif de la période de protection ne survient qu'après la notification du licenciement, le préavis de résiliation est interrompu et ne se poursuit qu'à l'expiration de la période de protection ou en cas de rétablissement antérieur, ce qui permet d'éviter que le licenciement ne se produise de manière inopportune et qu'il complique la réorientation de l'employé visé par le licenciement. Les délais de protection s'appliquent par exemple pendant le service militaire et le service de protection civile, en cas de maladie pour laquelle l'employé n'est pas fautif, pendant la grossesse et pendant une période de 16 semaines suivant l'accouchement, pendant des opérations d'assistance à l'étranger. Un employé n'est pas non plus toujours autorisé à démissionner. Il ne peut par exemple signifier sa démission à son supérieur si celui-ci est en service militaire et qu'il doit le remplacer.

Le délai de protection débute au moment de l'acte déclencheur, tel qu'une maladie, et dure aussi longtemps que celui-ci perdure. En cas de grossesse, il peut débuter rétroactivement si la femme ne savait pas encore qu'elle était enceinte. Différents cas de figure donnent lieu à des délais de protection qui courent en parallèle et peuvent se chevaucher. Selon l'art. 336c CO, les délais de protection dépendent du nombre d'années de service. Selon l'art. 336c, al. 2 CO, une résiliation prononcée pendant une période de protection est nulle et non avenue, le rapport de travail se poursuit et ne peut être résilié qu'à l'expiration de la période de protection ou d'un éventuel rétablissement antérieur. Si le licenciement a toutefois eu lieu avant la manifestation d'un motif de protection, le préavis de résiliation est interrompu et ne se poursuit qu'après le rétablissement ou l'expiration de la période de protection.

Les règles relatives au maintien du salaire en cas d'empêchement de l'employé (art. 324a CO) déterminent si et pendant combien de temps l'employé

perçoit son salaire. Il est donc possible que le contrat de travail se poursuive sans que l'employeur ne doive verser de salaire.

### Licenciement dans le contexte du coronavirus

En cas de maladie due au coronavirus, le délai de protection s'applique conformément à la réglementation en cas de maladie: 30 jours durant la première année de service, pendant 90 jours de la 2<sup>e</sup> à la 5<sup>e</sup> année de service et pendant 180 jours à partir de la 6<sup>e</sup> année de service. S'agissant d'un licenciement pendant une quarantaine, le traitement juridique est controversé et les jugements à ce sujet font encore défaut.

### Conclusion

Les droits et les obligations des parties sont complexes, mais il existe des solutions pour éviter les éventuels écueils. Quoiqu'il en soit, veuillez vous adresser au service juridique d'AM Suisse à Zurich en cas de doute.

Résumé: Rob Neuhaus

Vous obtiendrez des conseils juridiques ici:

<https://www.am-suisse.ch/fr/prestations-de-services/gestion-dentre-prise/conseil-juridique>



richtung, Herkunft, Religion), wegen der Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts oder der Parteimitgliedschaft, oder bei Militär- oder Schutzdienst und bei der Ausübung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht, wie Feuerwehr, oder Stimmzählung. Eine Kündigung darf auch nicht ausgesprochen werden, um Ansprüche auf Bonus oder Gratifikation zu vereiteln, und ebenso wenig aus Rache. Der sachliche Kündigungsschutz ist eine Missbrauchsgesetzgebung ohne Bestandschutz. Das heisst, er kann eine missbräuchliche Kündigung nicht aufheben, aber hat gegebenenfalls Entschädigungsfolgen. Die Partei, der gekündigt wurde, muss beweisen, dass die Kündigung missbräuchlich war, sie hat Anspruch auf richtige und vollständige Begründung. Der Richter wird den Beweis der Missbräuchlichkeit als erbracht ansehen, wenn Indizien diese als sehr wahrscheinlich erscheinen lassen. Er wird eine Entschädigungshöhe prüfen und festlegen, die alle Umstände würdigt und maximal sechs Monatslöhne beträgt. Diese Entschädigung ist weder Schadenersatz noch Genugtuung oder Lohn, sondern dient der Wiedergutmachung im Sinne einer Art Konventionalstrafe.

#### **Zeitlicher Kündigungsschutz**

Die arbeitsrechtliche Sperrfrist ist ein Verbot, zu gewissen Zeitpunkten die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses auszusprechen bzw. falls der Sperrfristengrund erst nach Aussprache der Kündigung eintritt, dann wird die Kündigungsfrist unterbrochen und läuft entweder erst nach Ablauf der Sperrfrist oder bei früherer Genesung weiter. So soll verhindert werden, dass die Kündigung zur Unzeit kommt und es für Arbeitnehmende schwierig wird, sich neu zu orientieren. Sperrfristen gelten zum Beispiel während dem Militär- und Schutzdienst, bei unverschuldeter Krankheit, während der Schwangerschaft und 16 Wochen nach Geburt, während Dienstleistungen für Hilfsaktionen im Ausland. Auch ein Arbeitnehmer darf nicht immer kündigen, zum Beispiel wenn der Vorgesetzte im Militärdienst ist und er ihn vertreten muss.

Die Sperrfrist beginnt mit dem auslösenden Tatbestand, zum Beispiel einer Krankheit und dauert so lange wie diese. Bei einer Schwangerschaft kann sie rückwirkend dann beginnen, wenn die Frau noch gar nicht wusste, dass sie schwanger ist. Verschiedene Tatbestände lösen eigene Sperrfristen aus, die parallel laufen und sich überlappen können. Gemäss OR 336c bestehen verschiedene Sperrfristen, je nach Dienstjahr. Nach Art. 336c Abs. 2 OR ist eine Kündigung während einer Sperrfrist nichtig, das Arbeitsverhältnis läuft fort und kann erst nach Ablauf der Sperrfrist bzw. allfälliger früherer Genesung gekündigt werden. Erfolgte jedoch die Kündigung vor Eintreten eines Sperrfristengrundes, so wird die Kündigungsfrist unterbrochen und läuft erst nach Genesung oder Ablauf der Sperrfrist weiter.

Ob und wie lange Arbeitnehmende Lohnfortzahlung erhalten, folgt den Regeln über die Lohnfortzahlung bei Verhinderung des Arbeitnehmers (OR 324a). Es kann also sein, dass das Arbeitsverhältnis fort dauert, der Arbeitgeber aber keinen Lohn mehr zahlen muss.

#### **Kündigung im Umfeld von Corona**

Bei Corona-Erkrankung gilt die Sperrfrist gemäss Regelung bei Erkrankungen: im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab 2. bis und mit 5. Dienstjahr während 90 Tagen und ab 6. Dienstjahr während 180 Tagen. Bezüglich Kündigung während Quarantäne ist die rechtliche Handhabung umstritten, diesbezügliche Gerichtsurteile fehlen noch.

#### **Fazit**

Die Rechte und Pflichten der Parteien sind komplex, aber es gibt Lösungsansätze, um mögliche Stolpersteine zu umgehen. Und was immer gilt: Melden Sie sich im Zweifelsfall bei der Rechtsberatung von AM Suisse in Zürich an. ■

*Zusammenfassung: Rob Neuhaus*

Hier erhalten Sie rechtliche Beratung:  
<https://www.amsuisse.ch/de/dienstleistungen/unternehmensfuehrung/rechtsberatung>

